

Indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende  
voorschriften aan evenredigheid

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag

© 2024 M. van Zanten | Boom (Den Haag)

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproductie van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het veelevoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-uvo.nl](http://www.stichting-uvo.nl)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

De handelseditie van dit proefschrift is uitgegeven bij Boom.

ISBN 978-94-6212-928-3

ISBN 978-94-0011-430-2 (e-book)

NUR 823

[www.boom.nl](http://www.boom.nl)

[www.boom.nl/juridisch](http://www.boom.nl/juridisch)

INDIRECTE TOETSING DOOR DE  
BESTUURSRECHTER VAN  
ALGEMEEN VERBINDENDE  
VOORSCHRIFTEN AAN  
EVENREDIGHEID

INDIRECT REVIEW BY ADMINISTRATIVE COURTS OF ACTS OF GENERAL APPLICATION  
IN THE LIGHT OF PROPORTIONALITY  
(with a summary in English)

**Proefschrift**

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Universiteit Utrecht  
op gezag van de  
rector magnificus, prof. dr. H.R.B.M. Kummeling,  
ingevolge het besluit van het college voor promoties  
in het openbaar te verdedigen op

vrijdag 17 mei 2024 des middags te 2.15 uur  
door

**Melanie van Zanten**

geboren op 13 januari 1996  
te Nunspeet

**Promotor:**

Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

**Copromotor:**

Dr. S.W. Haket

**Beoordelingscommissie:**

Prof. mr. J.E. van den Brink

Prof. mr. J.H. Gerards

Prof. mr. J. Goossens

Prof. mr. J.E.M. Polak

Prof. mr. R.J.B. Schutgens

*Voor Naomi en Julia*



## VOORWOORD

Bij de start van mijn promotieonderzoek had ik niet verwacht dat ik zou gaan schrijven over onderwerpen die tegelijkertijd zo in de (bestuursrechtelijke) schijnwerpers zouden staan. Ik heb dat uiteindelijk als heel motiverend en inspirerend ervaren, al was het, vooral op het einde, soms ook wel uitdagend (alwéér een interessante uitspraak over evenredigheidstoetsing die het verdient ergens ingepast te worden).

Ik had gelukkig een promotor die met evenredigheidstoetsing, en alle (andere) (Europees) bestuursrechtelijke onderwerpen, wel raad weet: Rob Widdershoven. Rob is een fantastische promotor. Zijn enorme kennis, creativiteit, vermogen om in ieder verhaal een heldere lijn aan te brengen én gezelligheid waren van groot belang voor de totstandkoming van dit proefschrift. Sim Haket bleek direct nadat hij als copromotor betrokken werd een heel betrokken en stimulerende begeleider. Hij las de stukken zeer nauwkeurig, stelde kritische vragen en spoorde me aan om een en ander nét wat zorgvuldiger op te schrijven. Ik dank beiden voor hun steun, de soms enigszins hectische maar altijd heel waardevolle proefschriftbesprekingen en het vertrouwen dat zij mij tot het einde hebben gegeven in een goede afloop.

Jacobine van den Brink, Janneke Gerards, Jurgen Goossens, Jaap Polak en Roel Schutgens dank ik voor hun bereidheid en tijd om plaats te nemen in de beoordelingscommissie. Ik ben vereerd dat zij al die pagina's hebben willen lezen en dankbaar voor hun waardevolle commentaar.

Sommige personen hebben op een bijzondere manier een (inhoudelijke) bijdrage geleverd aan de totstandkoming van dit proefschrift. Rolf Ortlep heeft mij vooral in de eindfase als geen ander geholpen om te komen tot de afronding. Voor zijn bijzondere betrokkenheid en steun ben ik hem heel dankbaar. Met Ben Schueler voerde ik regelmatig gesprekken over onder andere 'indirecte toetsing' en 'evenredigheid'. Die gesprekken vonden vaak plaats op een verder zo goed als lege 'Newton' op vrijdagmiddag na de onderwijsvergaderingen en hoorcolleges voor het vak Bestuursrecht. Ben was tijdens die gesprekken – en daarbuiten – ontzettend sympathiek, geïnteresseerd, scherp en voor mij een enorme inspirator.

Voor de rechtsvergelijking met Duitsland verbleef ik in het najaar van 2021 enige tijd in Konstanz. Ik ben prof. dr. Hans Christian Röhl en Maren Wellnitz erkentelijk voor de

## VOORWOORD

gastvrijheid, hun interesse in het onderzoek en de leerzame gesprekken over het Duitse bestuurs(proces)recht.

Er zijn misschien plekken die inspirerender zijn voor het schrijven van een proefschrift dan het 'Newtongebouw'. Inspirerend en bovendien gezellig was het daar wel door mijn (oud-)collega's van de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie. Claire Loven, Tong Xu en Thijs van Duffelen dank ik in het bijzonder voor hun steun en hulp tijdens alle stadia van het promotietraject. Ook dank ik Titia de Kramer voor de geboden ruimte om de laatste hand te leggen aan mijn proefschrift en Paulien Willemsen voor het lezen van de 'procedurele' rechtsvergelijkende hoofdstukken. Natuurlijk dank ik ook Manon Julicher, die mij wil bijstaan als paranimf. Manon was er vanaf het begin van mijn promotietraject bij en toen bleek al heel snel: ik had mij geen betere kamergenoot kunnen wensen!

Het woord 'Harderwijk' komt – met dit voorwoord inbegrepen – 183 keer voor in dit proefschrift. Vóórdat ik het proefschrift schreef, was Harderwijk al speciaal voor mij, omdat het de plek is waar ik omringd met lieve familie en vrienden ben opgegroeid. Mijn 'Harderwijkse' vrienden Justin van den Brink en Sela Rijsbosch dank ik voor hun onvoorwaardelijke vriendschap. Ik vind het bijzonder (leuk) dat Sela ook mijn paranimf wil zijn. Ernst, Nova en Donna zou ik geloof ik 'bonusfamilie' of iets dergelijks moeten noemen, maar het woordje 'bonus' is wat mij betreft overbodig. Donna en Ernst: ... Ready for it? Jeroen en Daniël waren oprecht geïnteresseerd en boden beiden op hun heel eigen manier steun de afgelopen jaren. Mijn vader dank ik voor zijn rotsvaste vertrouwen in mij. Zijn veerkracht en optimisme zijn een bron van inspiratie. Mijn moeder dank ik voor meer dan ik kan verwoorden. Het boek draag ik op aan Naomi en Julia. Ik ben enorm trots dat zij mijn zusjes zijn.

Het onderzoek is afgesloten op 1 november 2023. Met literatuur en jurisprudentie van na die datum is beperkt rekening gehouden.

Melanie van Zanten

Utrecht, februari 2024



# INHOUDSOPGAVE

<b>Lijst met afkortingen</b>	<b>xxi</b>
<b>1 Inleiding</b>	<b>1</b>
1.1 Waar gaat dit proefschrift over?	1
1.2 Indirecte toetsing in ontwikkeling	3
1.3 Onderzoeksvraag en deelvragen	8
1.4 Terminologie en afbakening	9
1.4.1 Het object van de toetsing	9
1.4.2 Toetsingsmaatstaven	11
1.4.3 Directe versus indirecte toetsing	12
1.4.4 Toetsingsintensiteit	16
1.4.5 Generieke, groepsspecifieke en specifieke toetsing	17
1.4.6 Toetsingsmodaliteit	18
1.4.6.1 Relevantie	18
1.4.6.2 Materiële toetsing	19
1.4.6.3 Procedurele toetsing	20
1.4.6.4 Semi-procedurele toetsing	21
1.4.7 Onverbindend verklaren en buiten toepassing laten	24
1.5 Methode en opzet van het onderzoek	28
1.5.1 Eerste fase	28
1.5.2 Tweede fase	29
1.5.3 Derde fase	32
1.6 De bestuursrechtelijk-maatschappelijke achtergrond	33
1.6.1 Ontwikkelingen rechterlijke toetsing over de volle breedte van het bestuursrecht	33
1.6.2 Responsief bestuursrecht	38
1.7 Leeswijzer	40
<b>DEEL I DE NATIONALE DIMENSIE</b>	
<b>2 Het constitutionele vertrekpunt</b>	<b>43</b>
2.1 Inleiding	43
2.2 Machtenscheiding, democratie en legaliteit	45
2.2.1 Het gewicht van de eisen van machtenscheiding, democratie en legaliteit	45

## INHOUDSOPGAVE

2.2.2	Traditionele taakverdeling lagere regelgever – rechter	47
2.2.2.1	Taak van de lagere regelgever	47
2.2.2.2	Taak van de rechter	49
2.3	Relativeringen	52
2.3.1	Opbouw	52
2.3.2	‘Voortgaande terugtrek’	53
2.3.3	Gebrekkige democratische legitimatie	58
2.3.4	Respons van de rechter	60
2.3.4.1	Rechterlijke controle ter compensatie	60
2.3.4.2	Rechterlijke controle ter aanvulling	64
2.3.5	Standpunt	66
2.4	Rechterlijke controle (effectieve rechtsbescherming)	68
2.4.1	Inleiding	68
2.4.2	Effectieve rechtsbescherming in het nationale recht	68
2.4.2.1	Van beginsel in wording tot grondwettelijk recht	68
2.4.2.2	Eisen aan de toetsingsintensiteit	71
2.4.3	Effectieve rechtsbescherming in het EVRM	73
2.4.3.1	Artikel 6 EVRM: algemeen	73
2.4.3.2	Artikel 6 EVRM en toetsingsintensiteit	74
2.4.3.3	Artikel 13 EVRM: algemeen	77
2.4.3.4	Artikel 13 EVRM en toetsingsintensiteit	79
2.4.4	Effectieve rechtsbescherming in het Unierecht	81
2.4.4.1	Artikel 47 Handvest: algemeen	81
2.4.4.2	Artikel 47 Handvest en toetsingsintensiteit	84
2.4.5	Tussenconclusie	87
2.5	Fundamentele rechten	90
2.5.1	Inleiding	90
2.5.2	Fundamentele rechten: factor voor intensievere toetsing in Nederland	90
2.5.3	Differentiatie in de toetsingsintensiteit	93
2.5.4	Tussenconclusie	96
2.6	Passend constitutioneel vertrekpunt: perspectiefverschuiving	96
<b>3</b>	<b>De stand van zaken in Nederland</b>	<b>101</b>
3.1	Inleiding	101
3.2	De periode van na het <i>Landbouwwliegers</i> -arrest	102
3.2.1	Introductie en doorwerking van de <i>Landbouwwliegers</i> -maatstaf	102
3.2.2	De <i>Landbouwwliegers</i> -maatstaf geëvolueerd	106

3.3	Twee lijnen, één beoordelingskader	109
3.4	Eerste lijn: de 1 juli 2019-maatstaf	110
3.4.1	De conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven	110
3.4.1.1	Directe aanleiding en strekking van de conclusie	110
3.4.1.2	Invulling van (enkele) algemene rechtsbeginselen	112
3.4.1.3	Intensiteit en wijze van toetsing	114
3.4.1.4	Consequenties	116
3.4.2	De introductie van de 1 juli 2019-maatstaf	117
3.5	Tweede lijn: het <i>Harderwijk</i> -beoordelingskader	122
3.6	Verwachte intensivering gelet op het nieuwe beoordelingskader	126
3.6.1	Inleiding	126
3.6.2	Sleutelrol evenredigheidsbeginsel en structuur en inhoud evenredigheidstoets	126
3.6.3	Toetsingsintensiteit	127
3.6.4	Toetsingsmodaliteiten	128
3.6.5	Verdisconteerde omstandigheden	130
3.6.6	De consequenties van succesvolle indirecte toetsing	131
3.7	Toepassingen nieuw beoordelingskader	133
3.7.1	Inleiding	133
3.7.2	De structuur en inhoud van de evenredigheidstoets	133
3.7.3	Toetsingsintensiteit	136
3.7.3.1	Algemene uitwerking van de factoren	136
3.7.3.2	Generiek in de regel terughoudend, specifiek en groepsspecifiek vaker intensief?	141
3.7.3.3	Verband tussen toetsingsintensiteit en (niet) doorstaan van de toets?	142
3.7.3.4	De mate van democratische legitimatie: een bepa- lende factor?	143
3.7.4	Wijze van evenredigheidstoetsing (toetsingsmodaliteiten)	145
3.7.4.1	Intensieve(re) materiële evenredigheidsbeoordelin- gen	145
3.7.4.2	Uitwerking ‘tussenweg’: procedurele invulling evenredigheidstoets	151
3.7.4.3	Verdisconteringslijn bij algemeen verbindende voorschriften?	158
3.7.5	Bevindingen en onderwerpen voor de rechtsvergelijking	160
3.8	Procedurele complicatie: de consequenties van succesvolle indirecte toetsing	163

## INHOUDSOPGAVE

3.8.1	Onverbindend verklaren en buiten toepassing laten	163
3.8.2	Strijd met het evenredigheidsbeginsel	164
3.8.3	Strijd met het zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel	169
3.8.4	Complicatie: voorkeur specifiek buiten toepassing laten bij meer structurele onrechtmatigheid	170
3.8.5	Complicatie: buiten toepassing laten vanwege formele gebreken	173
3.8.6	Bevindingen en onderwerpen voor de rechtsvergelijking	178
3.9	Procedurele complicatie: de verhouding tussen directe en indirecte toetsing	180
3.9.1	Belang van het vraagstuk	180
3.9.2	Indirecte toetsing blijft mogelijk...	182
3.9.3	... maar met welke intensiteit en in welke omvang?	185
3.9.4	Bevestiging van het evidentiecriterium	188
3.9.5	Bevindingen en onderwerpen voor de rechtsvergelijking	190
3.10	Overzicht bevindingen en vragen	192

## DEEL II RECHTSVERGELIJKING. DE PROCEDURELE POSITIE VAN INDIRECTE TOETSING

<b>4</b>	<b>De procedurele positie van indirecte toetsing in het Unierecht</b>	<b>197</b>
4.1	Inleiding	197
4.2	Unierechtelijke rechtsbescherming tegen EU-regelgeving in hoofdlijnen	198
4.2.1	EU-regelgeving	198
4.2.2	Rechtsstatelijke uitgangspunten	200
4.2.3	Vormen van directe en indirecte toetsing	201
4.2.3.1	Inleiding	201
4.2.3.2	Directe toetsing	201
4.2.3.3	Indirecte toetsing: exceptie van onwettigheid	206
4.2.3.4	Indirecte toetsing: de prejudiciële procedure inzake de geldigheid	208
4.3	De consequenties van succesvolle indirecte toetsing	210
4.3.1	Inleiding	210
4.3.2	De niet-toepasselijkverklaring	211
4.3.3	De niet-toepasselijkverklaring en het verleden, het heden en de toekomst	214
4.3.3.1	Verleden	214
4.3.3.2	Heden en toekomst	217

4.3.4	Inhoudelijke voortzetting van het 'oude', door de rechter onrechtmatig bevonden rechtsregime	218
4.3.5	De formeel verstrekkender gevolgen van een ongeldigverklaring	224
4.3.6	Tussenconclusie	225
4.4	De verhouding tussen directe en indirecte toetsing	226
4.4.1	Inleiding	226
4.4.2	Hoofdregel	227
4.4.3	Uitzonderingen	229
4.4.3.1	Uitzonderingen voor particulieren na niet (tijdig) ingesteld beroep	229
4.4.3.2	Uitzonderingen voor geprivilegieerde beroepspartijen na niet (tijdig) ingesteld beroep	232
4.4.3.3	Uitzonderingen na zonder succes ingesteld beroep	235
4.4.4	Tussenconclusie	238
4.5	Conclusie	239
<b>5</b>	<b>De procedurele positie van indirecte toetsing in Duitsland</b>	<b>243</b>
5.1	Inleiding	243
5.2	Bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen lagere regelgeving in hoofdlijnen	244
5.2.1	Lagere regelgeving in het Duitse rechtssysteem	244
5.2.2	Rechtsstatelijke uitgangspunten	246
5.2.3	Bevoegdheid en organisatie bestuursrechtspraak	247
5.2.4	Vormen van directe en indirecte toetsing door de bestuursrechter	250
5.2.4.1	Inleiding	250
5.2.4.2	Directe toetsing	250
5.2.4.3	Indirecte toetsing	254
5.3	De consequenties van succesvolle indirecte toetsing	258
5.3.1	Inleiding	258
5.3.2	Het <i>Nichtigkeitsdogma</i>	259
5.3.2.1	Nietigheid als uitgangspunt	259
5.3.2.2	Wettelijke uitzonderingen	261
5.3.2.3	Uitzonderingen in de rechtspraak	262
5.3.3	<i>Normverwerfung</i>	263
5.3.3.1	<i>Prüfen, prinzipale Normverwerfung en inzidente Normverwerfung</i>	263

5.3.3.2	<i>Inzidente Normverwerfung</i> en het verleden, het heden en de toekomst	265
5.3.4	Inhoudelijke voortzetting van het ‘oude’, door de rechter onrechtmatig bevonden rechtsregime	267
5.3.5	Tussenconclusie	272
5.4	De verhouding tussen directe en indirecte toetsing	273
5.4.1	Inleiding	273
5.4.2	Hoofdregeel	274
5.4.3	Uitzonderingen en beperkingen	277
5.4.3.1	Zonder succes ingesteld direct beroep	277
5.4.3.2	Wettelijke beperkingen voor de omvang van indirecte toetsing	279
5.4.4	Tussenconclusie	282
5.5	Conclusie	283
<b>6</b>	<b>De procedurele positie van indirecte toetsing in Frankrijk</b>	<b>285</b>
6.1	Inleiding	285
6.2	Bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen lagere regelgeving in hoofdlijnen	286
6.2.1	Lagere regelgeving in het Franse rechtssysteem	286
6.2.2	Rechtsstatelijke uitgangspunten	292
6.2.3	Bevoegdheid en organisatie bestuursrechtspraak	293
6.2.3.1	Inleiding	293
6.2.3.2	De bevoegdheid van de bestuursrechter	293
6.2.3.3	Organisatie bestuursrechtspraak en onderlinge competentie	299
6.2.4	Vormen van directe en indirecte toetsing door de bestuursrechter	300
6.2.4.1	Inleiding	300
6.2.4.2	Directe toetsing	301
6.2.4.3	Indirecte toetsing	304
6.3	De consequenties van succesvolle indirecte toetsing	307
6.3.1	Inleiding	307
6.3.2	De <i>déclaration d’illégalité</i>	307
6.3.3	De <i>déclaration d’illégalité</i> en het verleden	310
6.3.4	De <i>déclaration d’illégalité</i> , het heden en de toekomst	313
6.3.5	Inhoudelijke voortzetting van het ‘oude’, door de rechter onrechtmatig bevonden rechtsregime	316
6.3.6	Tussenconclusie	321

6.4	De verhouding tussen directe en indirecte toetsing	322
6.4.1	Inleiding	322
6.4.2	Hoofregel	322
6.4.3	Uitzonderingen	325
6.4.3.1	Uitzondering na zonder succes ingesteld beroep	325
6.4.3.2	Beperkingen voor de omvang van indirecte toetsing	326
6.4.4	Tussenconclusie	330
6.5	Conclusie	331
<b>Samenvatting deel II</b>		<b>333</b>
II.1	Directe toetsing	333
II.2	Indirecte toetsing	334
II.3	De consequenties van succesvolle indirecte toetsing	335
II.3.A	Reikwijdte	336
II.3.B	Inhoudelijke voortzetting rechtsregime	337
II.4	De verhouding tussen directe en indirecte toetsing	339
<b>DEEL III RECHTSVERGELIJKING. EVENREDIGHEIDSTOETSING VAN WET- EN REGELGEVING</b>		
<b>7</b>	<b>Evenredigheidstoetsing in het Unierecht</b>	<b>345</b>
7.1	Inleiding	345
7.2	Het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel: algemene opmerkingen en inhoud	346
7.2.1	Algemene opmerkingen	346
7.2.2	Inhoud	347
7.2.3	Geschiktheid	348
7.2.4	Noodzakelijkheid	349
7.2.5	Evenredigheid in strikte zin	350
7.3	De dynamische toepasbaarheid van het evenredigheidsbeginsel	351
7.3.1	Variëren in toetsingsintensiteiten en toetsingsmodaliteiten	351
7.3.2	Schets van de factoren voor de toetsingsintensiteit	352
7.3.3	Opmaat: een driedeling	353
7.4	Evenredigheid en discretionaire regelgevende bevoegdheden	354
7.4.1	Technische en politieke discretie en de evenredigheidseis	354
7.4.2	Materiële rechterlijke terughoudendheid	356
7.4.2.1	De maatstaf van kennelijke onevenredigheid	356
7.4.2.2	Ratio voor materiële terughoudendheid	357

## INHOUDSOPGAVE

7.4.3	Van materieel terughoudende naar semi-procedurele evenredigheidstoetsing: introductie en ratio	359
7.4.4	Het procedurele element: zorgvuldigheid en motivering	362
7.4.5	Kenmerken van de semi-procedurele evenredigheidstoetsing	368
7.4.5.1	Drie karakteristieken	368
7.4.5.2	De inhoud van zorgvuldigheid en motivering wordt afgestemd op de evenredigheidseisen	368
7.4.5.3	De aannemelijkheidstoets	373
7.4.5.4	Een negatieve uitkomst leidt tot de conclusie van een materiële schending	377
7.4.6	Tussenconclusie	378
7.5	Evenredigheid en fundamentele rechten	380
7.5.1	De eis van een evenredige beperking	380
7.5.2	De variërende toetsingsintensiteiten bij de beperking van fundamentele rechten	382
7.5.3	De variërende toetsingsmodaliteiten bij de beperking van fundamentele rechten	385
7.5.3.1	Introductie	385
7.5.3.2	Materieel intensieve evenredigheidstoetsing	385
7.5.3.3	Semi-procedurele evenredigheidstoetsing	388
7.5.3.4	Materieel terughoudende evenredigheidstoetsing	394
7.5.4	Tussenconclusie	396
7.6	Evenredigheid en de verkeersvrijheden	397
7.6.1	De eis van een evenredige beperking en toetsingsintensiteit	397
7.6.2	De toetsingsintensiteit bij een beperking van de verkeersvrijheden	399
7.6.3	Variërende toetsingsmodaliteiten bij belemmeringen van het vrije verkeer	400
7.6.3.1	EU-regelgeving	400
7.6.3.2	Nationale regelgeving	401
7.6.4	Tussenconclusie	406
7.7	Conclusie	406
<b>8</b>	<b>Evenredigheidstoetsing door het EHRM</b>	<b>411</b>
8.1	Inleiding	411
8.2	Het EVRM-toetsingskader in vogelvlucht: negatieve en positieve verplichtingen	412



8.3	De evenredigheidseis	415
8.3.1	Algemeen	415
8.3.2	Geschiktheid	417
8.3.3	Noodzakelijkheid	418
8.3.4	Evenredigheid in strikte zin	420
8.4	De variërende toetsingsintensiteit	420
8.4.1	Introductie	420
8.4.2	Een glijdende schaal	421
8.4.3	De <i>margin of appreciation</i> -doctrine	422
8.4.4	De <i>margin of appreciation</i> -doctrine en toetsingsintensiteit	425
8.5	Variërende toetsingsmodaliteiten: materiële en semi-procedurele evenredigheidstoetsing	428
8.5.1	Materiële evenredigheidstoetsing als uitgangspunt	428
8.5.2	De ‘ <i>procedural turn</i> ’ van het EHRM	432
8.5.3	Ratio semi-procedurele evenredigheidstoetsing	433
8.5.4	Situaties waarin het EHRM een semi-procedurele evenredigheidstoetsing uitvoert	434
8.5.5	De inhoud van semi-procedurele evenredigheidstoetsing	437
8.5.5.1	Indicatoren voor (on)evenredigheid	437
8.5.5.2	Consequenties van de uitkomst van een semi-procedurele toetsing	442
8.5.6	Tussenconclusie	444
8.6	Conclusie	445
<b>9</b>	<b>Evenredigheidstoetsing in Duitsland</b>	<b>447</b>
9.1	Inleiding	447
9.2	Het Duitse evenredigheidsbeginsel: algemene opmerkingen en inhoud	448
9.2.1	Algemene opmerkingen	448
9.2.2	Legitiem doel	449
9.2.3	Geschiktheid	450
9.2.4	Noodzakelijkheid	451
9.2.5	Evenredigheid in strikte zin	451
9.2.6	Opmaat: de toepassing van evenredigheid bij wet- en regelgeving	452
9.3	Het evenredigheidsbeginsel en de grondrechten	454
9.4	Algemene uitgangspunten voor evenredigheidstoetsing	456
9.4.1	Factoren voor toetsingsintensiteit	456
9.4.2	Variëren in toetsingsintensiteiten	458

## INHOUDSOPGAVE

9.4.3	Materiële evenredigheidstoetsing	460
9.4.4	De opkomst van de semi-procedurele evenredigheidstoetsing	461
9.4.5	Inhoud en ratio semi-procedurele evenredigheidstoets	462
9.4.6	Tussenconclusie	465
9.5	Enkele toepassingen in de rechtspraak	467
9.5.1	Introductie	467
9.5.2	Geschiktheid	467
9.5.2.1	Terughoudend	467
9.5.2.2	Tussenvariant	468
9.5.2.3	Intensief	470
9.5.2.4	Geschiktheid <i>ex tunc</i> of <i>ex nunc</i> ?	471
9.5.3	Noodzakelijkheid	472
9.5.3.1	Ingewikkeldheden bij de noodzakelijkheidstoets	472
9.5.3.2	Terughoudend	474
9.5.3.3	Tussenvariant	475
9.5.3.4	Intensief	477
9.5.4	Evenredigheid in strikte zin	478
9.5.4.1	Intensiteit van de inmenging	478
9.5.4.2	De gewichtigheid en urgentie van het doel	479
9.5.4.3	De afweging	480
9.5.5	Tussenconclusie	485
9.6	Conclusie	488
<b>Samenvatting deel III</b>		<b>491</b>
III.1	Structuur en inhoud van de evenredigheidstoets	491
III.2	Toetsingsintensiteit	493
III.2.A	Differentiatie in toetsingsintensiteiten	494
III.2.B	Factoren voor de toetsingsintensiteit	494
III.3	Toetsingsmodaliteiten	496
<b>DEEL IV SYNTHESE EN CONCLUSIE</b>		
<b>10 Synthese en aanbevelingen Nederland</b>		<b>503</b>
10.1	Inleiding	503
10.2	Algemeen beeld anno 2023	504
10.2.1	Passend constitutioneel vertrekpunt: perspectiefverschuiving	504
10.2.2	Verwachte operationalisering nieuw beoordelingskader	506

10.2.3	De door de bestuursrechters ingeslagen koers	509
10.2.4	Kanttekeningen bij de ingeslagen koers	510
10.3	Structuur en inhoud evenredigheidstoets	512
10.3.1	Vertrekpunt	512
10.3.2	Naar een consistente toepassing van de drietrapstoets	513
10.3.3	Richtsnoeren voor de inhoud	514
10.4	Toetsingsintensiteit	518
10.4.1	Vertrekpunt	518
10.4.2	Toch een in treden verdeelde glijdende schaal?	520
10.4.3	Tekstuele verfijning factor 'het aan de orde zijn van fundamentele rechten'	521
10.4.4	Verfijning van de toepassing van de factoren	522
10.5	Toetsingsmodaliteiten	525
10.5.1	Vertrekpunt	525
10.5.2	Verdere ontwikkeling semi-procedurele evenredigheidstoets	526
10.5.2.1	Bij generieke evenredigheidsbeoordelingen	526
10.5.2.2	Richtsnoeren voor de inhoud	528
10.5.2.3	Positieve en negatieve waarderingen van de zorgvuldigheid en/of motivering	531
10.6	De consequenties van succesvolle indirecte toetsing	533
10.6.1	Vertrekpunt	533
10.6.2	Startpunt voor passende consequenties	534
10.6.2.1	Grens voor het specifiek buiten toepassing laten	534
10.6.2.2	<i>Revival</i> (partiële) onverbindendverklaring	536
10.6.3	Passende consequenties en hun consequenties	538
10.6.3.1	Buiten toepassing laten	538
10.6.3.2	(Partieel) onverbindend verklaren	540
10.7	De verhouding tussen directe en indirecte toetsing	543
10.7.1	Vertrekpunt	543
10.7.2	Niet (tijdig) direct aangevochten	545
10.7.3	Zonder succes direct aangevochten	547
<b>11</b>	<b>Conclusie</b>	<b>551</b>
11.1	Inleiding	551
11.2	Hoe de intensivering verloopt	552
11.3	Hoe moet de intensivering worden gewaardeerd?	554
11.3.1	Toetsingskaders	554
11.3.2	Waardering	556

11.4	Aanbevelingen	558
<b>Samenvatting</b>		<b>563</b>
1	Inleiding	563
2	Toetsingskaders en thema's	564
2.1	Constitutioneel kader	564
2.2	De aard van indirecte toetsing	564
2.3	Vijf thema's	565
3	Beantwoording onderzoeksvraag	566
3.1	Overkoepelende bevindingen	566
3.2	Thema 1: structuur en inhoud van de evenredigheidstoets	567
3.3	Thema 2: toetsingsintensiteit	568
3.4	Thema 3: toetsingsmodaliteiten	571
3.5	Thema 4: de consequenties van succesvolle indirecte toetsing	572
3.6	Thema 5: de verhouding tussen directe en indirecte toetsing	575
<b>Summary</b>		<b>579</b>
1	Introduction	579
2	Frameworks and themes	580
2.1	Constitutional framework	580
2.2	The nature of indirect review	580
2.3	Five themes	581
3	Answering the research question	581
3.1	Overarching findings	581
3.2	Theme 1: structure and content of the proportionality test	582
3.3	Theme 2: intensity of review	583
3.4	Theme 3: modalities of proportionality review	585
3.5	Theme 4: the consequences of successful indirect review	587
3.6	Theme 5: the relationship between direct and indirect review	588
<b>Literatuurlijst</b>		<b>591</b>
<b>Jurisprudentielijst</b>		<b>637</b>
<b>Curriculum vitae</b>		<b>655</b>

## LIJST MET AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht (Administratiefrechtelijke Beslissingen)
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Afdeling	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Afdeling advisering	Afdeling advisering van de Raad van State
afl.	aflevering
A-G	advocaat-generaal
AGVwGO	Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung
amvb	algemene maatregel van bestuur
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
art.	artikel(en)
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BauGB	Baugesetzbuch
BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
BR	Bouwrecht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJA	Code de justice administrative
CMLRev	Common Market Law Review
CRDF	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Dagloonbesluit	Dagloonbesluit werknemersverzekeringen

*LIJST MET AFKORTINGEN*

DC	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées
Dienstenrichtlijn	Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376/36)
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
e.v.	en volgende
ECHR	European Convention on Human Rights
ECtHR	European Court of Human Rights
ed.	editor
eds.	editors
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ELJ	European Law Journal
ELRev	European Law Review
EP	Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EPL	European Public law
EU	Europese Unie
EuConst	European Constitutional Law Review
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
GG	Grundgesetz
GK	Grote Kamer
Gst.	Gemeentestem
Gw	Grondwet
Handvest	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Hrsg.	Herausgeber
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
i.h.b.	in het bijzonder
JA	Juristische Arbeitsblätter
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
JuS	Juristische Schulung

LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
m.nt.	met noot van
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NJW	Neue juristische Wochenschrift
nr.	nummer
nrs.	nummers
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NtEr	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NTM	Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
O&A	Overheid en Aansprakelijkheid
OUP	Oxford University Press
OVG	Oberverwaltungsgericht
p.	pagina(s)
par.	paragraaf/paragrafen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	rechtbank
RDP	Revue de droit public et de la science politique en France
REALaw	Review of European Administrative Law
red.	redactie
RFDA	Revue française de droit administratif
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
rn.	randnummer
ROB	Raad voor het Openbaar Bestuur
Sdu	Staatsdrukkerij en -uitgeverij
SEW	Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TBR	Tijdschrift voor Bouwrecht
TC	Tribunal des conflits
Trema	Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht

*LIJST MET AFKORTINGEN*

TvCR	Tijdschrift voor Constitutioneel Recht
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAR	Vereniging voor bestuursrecht
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
Wet AB	Wet algemene bepalingen
WLP	Wolf Legal Publishers
WPO	Wet op het primair onderwijs
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WVO	Wet op het voortgezet onderwijs



# 1 INLEIDING

## 1.1 WAAR GAAT DIT PROEFSCHRIFT OVER?

Ter introductie van het onderwerp van dit proefschrift begin ik met de onderstaande casus.<sup>1</sup>

June-ius, een waterpijpcafé, is sinds jaar en dag gevestigd in de gemeente Groenbeek. In de strijd tegen de ondermijnende criminaliteit besluit de gemeente Groenbeek op een bepaald moment om waterpijpcafés vergunningplichtig te maken. Ter bescherming van de leefbaarheid en de openbare orde en de veiligheid voegt de gemeenteraad van Groenbeek een artikel toe aan de APV, als gevolg waarvan het voortaan verboden is om een waterpijpcafé te exploiteren zonder vergunning van de burgemeester.<sup>2</sup> June-ius vraagt geen vergunning aan en hierop legt de burgemeester van Groenbeek aan June-ius een last onder dwangsom op. June-ius komt op tegen de last onder dwangsom en voert, nadat het bezwaar ongegrond is verklaard, in beroep bij de bestuursrechter aan dat de last onder dwangsom onterecht is opgelegd, omdat de vergunningplicht uit de APV, die met de last onder dwangsom wordt gehandhaafd, onrechtmatig zou zijn. Volgens June-ius heeft de gemeenteraad niet voldoende onderbouwd waarom het noodzakelijk is om de gehele branche te reguleren met het oog op de leefbaarheid en de openbare orde en de veiligheid en heeft de gemeenteraad ook niet overtuigend gemotiveerd dat de vergunningplicht effectief is om het nagestreefde doel te bereiken. Naar aanleiding van dat betoog toetst de bestuursrechter of de APV-bepaling voldoet aan het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

In de bovenstaande casus toetst de bestuursrechter de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift – de APV-bepaling – in het kader van een beroep dat is gericht tegen een appellabel besluit – de last onder dwangsom – dat is opgelegd ter handhaving van een vergunningplicht die in het algemeen verbindende voorschrift is opgenomen.

---

1 De casus is deels ontleend aan ABRvS 3 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:461, AB 2021/296, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder. In die uitspraak oordeelt de Afdeling dat de aanwijzing van de autoverhuurbranche in de gemeente Tilburg als vergunningplichtig, gebrekkig is gemotiveerd. Vanwege deze gebrekkige motivering kan de Afdeling niet beoordelen of het aanwijzingsbesluit van de burgemeester zich verdraagt met de eisen van artikel 9 van de Dienstenrichtlijn. De Afdeling laat het aanwijzingsbesluit daarom buiten toepassing.

2 Over de aanpak via de gemeentelijke verordening van ontwrichtende effecten van ondermijnende activiteiten, zie bijvoorbeeld De Kort 2020.

Deze vorm van toetsing noemen we indirecte (of exceptieve) toetsing; dit ter onderscheiding van de directe toetsing van een algemeen verbindend voorschrift in een tegen dat voorschrift gericht vernietigingsberoep bij de bestuursrechter.<sup>3</sup> Bij deze indirecte toetsing kan de bestuursrechter nagaan of een algemeen verbindend voorschrift in overeenstemming is met hogere regelgeving en algemene rechtsbeginselen.<sup>4</sup> Dit onderzoek gaat over de ontwikkelingen op het gebied van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde formele wetgeving, aan nationale algemene rechtsbeginselen door de bestuursrechter.<sup>5</sup> Bij die ontwikkelingen, en in dit onderzoek, speelt het evenredigheidsbeginsel een sleutelrol, maar wordt uitdrukkelijk ook aandacht besteed aan de toetsing aan formele algemene rechtsbeginselen, in het bijzonder het motiveringsbeginsel en het formele zorgvuldigheidsbeginsel.<sup>6</sup>

De indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan (bepaalde) algemene rechtsbeginselen is, zoals ik in de volgende paragraaf verder zal uitleggen, volop in ontwikkeling, en roept bijvoorbeeld de volgende vragen op. Welke stappen zet de bestuursrechter precies als hij beoordeelt of een algemeen verbindend voorschrift, zoals de vergunningplicht in de bovenstaande casus, in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel? En met welke intensiteit toetst de bestuursrechter of zo'n vergunningplicht, die voortkomt uit een politiek-bestuurlijke afweging, in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel? Is het voor de intensiteit van die toetsing relevant dat de APV-bepaling afkomstig is van de gemeenteraad – een orgaan dat rechtstreeks is gekozen door burgers? Hoe verhoudt die terughoudendheid zich dan tot de (ingrijpende) gevolgen die zo'n vergunningplicht heeft voor exploitanten van waterpijpcafés? Biedt de bestuursrechter wel effectieve rechtsbescherming als hij zich in zijn toetsing terughoudend opstelt? En stel dat de bestuursrechter tot de conclusie komt dat de vergunningplicht in strijd is met het evenredigheidsbeginsel en/of het motiveringsbeginsel en hij het voorschrift onverbindend verklaart of buiten toepassing laat, wat betekent dat dan voor de handhaving van de vergunningplicht ten opzichte van andere waterpijpcafés die zonder vergunning worden geëxploiteerd en daarvoor een last onder dwangsom opgelegd hebben gekregen of opgelegd krijgen?

---

3 Over het onderscheid tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en waarom ik spreek van *indirecte* toetsing (en niet van exceptieve toetsing), zie paragraaf 1.4.3.

4 In hun standaardoverwegingen wijzen de bestuursrechters erop dat algemeen verbindende voorschriften kunnen worden getoetst op rechtmatigheid, in het bijzonder op verenigbaarheid met hogere regelgeving. Verder overwegen zij dat de rechter de bevoegdheid toekomt om te bezien of het betreffende voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in het geding zijnde besluit en dat daarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene rechtsbeginselen een belangrijk richtsnoer vormen. Zie bijvoorbeeld CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, r.o. 7.5.1.

5 Voor de afbakeningskwesities zie paragraaf 1.4.

6 Zie nader paragraaf 1.4.2.

Dit soort vragen komt in dit onderzoek aan de orde. Daarbij wordt beschreven hoe de Nederlandse bestuursrechters deze vragen momenteel beantwoorden en op welke vragen het antwoord nog niet op eenduidige wijze is gegeven. Die antwoorden worden tegen het licht gehouden en aan de hand van een rechtsvergelijkend onderzoek wordt gezien in hoeverre er aanpassingen mogelijk en wenselijk zijn.

## 1.2 INDIRECTE TOETSING IN ONTWIKKELING

Het is niet altijd vanzelfsprekend geweest dat de (bestuurs)rechter algemeen verbindende voorschriften toetst aan algemene rechtsbeginselen. Het was tamelijk revolutionair toen de Hoge Raad in 1986 in het *Landbouwwliegers*-arrest bepaalde dat algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde formele wetgeving, door de rechter kunnen worden getoetst aan nationale algemene rechtsbeginselen.<sup>7</sup> De Hoge Raad overwoog in dit *Landbouwwliegers*-arrest dat de rechter kon nagaan of het willekeurverbod is geschonden, ‘in dier voege dat het betreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voormelde uitvoeringsbesluit bekend waren of behoorden ten zijn, in redelijkheid niet tot het betreffende voorschrift is kunnen komen.’<sup>8</sup> Dit kwam neer op een beperkte evenredigheidsstoets. Bij die toets moest de rechter terughoudendheid betrachten van de Hoge Raad. De Hoge Raad bouwde verder nog een extra terughoudendheid in. Die extra terughoudendheid hield in dat de schending van andere algemene rechtsbeginselen dan het evenredigheidsbeginsel, zoals het motiveringsbeginsel, alleen een reden kon zijn voor het onverbindend verklaren of buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift als die schending ook strijd met het willekeurverbod opleverde: de zogenoemde willekeursluis.<sup>9</sup>

Sleutelwoorden voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen conform de *Landbouwwliegers*-maatstaf zijn dus ‘terughoudendheid’, ‘willekeurstoetsing’ en ‘willekeursluis’. Deze sleutelwoorden kenmerkten ook lange tijd de indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.<sup>10</sup> Deze terughoudende wijze van toetsing heeft te maken met het traditionele denken over de verhouding tussen de staatsmachten en met het democratieprincipe. De gedachte is: omdat het primaat voor (de controle op) rechts-

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

8 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*), r.o. 6.1.

9 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*), r.o. 6.1; Bok 2006, p. 98; conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 5.1.

10 Vergelijk Bok 2006, p. 93-95; conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6; Van Male 2022, punt 9.6.

vorming in onze democratische rechtsstaat ligt bij democratisch gelegitimeerde organen en de bestuursrechter niet democratisch is gelegitimeerd, past hem terughoudendheid bij het beoordelen van de aanvaardbaarheid van de keuzes die in algemeen verbindende voorschriften worden gemaakt in het licht van algemene rechtsbeginselen.<sup>11</sup>

In de loop der jaren is de *Landbouwwliegers*-maatstaf wel geëvolueerd en gerelativeerd.<sup>12</sup> Zo werd de willekeursluis – die aanvankelijk leek te gelden voor de toetsing aan ook andere beginselen dan motivering – al vrij snel na het *Landbouwwliegers*-arrest voor een deel losgelaten, met name bij de toetsing aan materiële algemene rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel.<sup>13</sup>

De *Landbouwwliegers*-maatstaf werd ook vaker ter discussie gesteld. Deze discussie heeft zich verder ontwikkeld nadat Hirsch Ballin in zijn VAR-preadvies uit 2015 uiteenzette waarom de bestuursrechters volgens hem discretionaire individuele besluiten niet langer in de regel terughoudend zouden moeten toetsen.<sup>14</sup> Dat preadvies heeft ook invloed gehad op het denken over hoe de rechter algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen zou moeten toetsen.<sup>15</sup> In de jaren volgend op het preadvies van Hirsch Ballin werd in de literatuur de vraag gesteld in hoeverre de terughoudende toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen conform de *Landbouwwliegers*-maatstaf nog passend was.<sup>16</sup> Daarbij werd erop gewezen dat de argumenten die de rechterlijke terughoudendheid dragen, met name de democratische legitimatie van algemeen verbindende voorschriften, in kracht zijn afgenomen door vooral de terugtrek van de wetgever en de vaak gebrekkige politieke controle op algemeen verbindende voorschriften.<sup>17</sup> Bovendien werd de terughoudende wijze van toetsing ter discussie gesteld vanwege supranationale ontwikkelingen. Als gevolg van de toenemende invloed van het Unierecht en het EVRM heeft de toetsing van (ook) algemeen verbindende voorschriften steeds vaker betrekking op EU- en EVRM-rechtsbeginselen en die toetsing is vaak indringender dan de toetsing aan nationale rechtsbeginselen.<sup>18</sup> Dat roept de vraag op of de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen meer conform de toetsing van die voorschriften aan EU- en EVRM-beginselen zou moeten plaatsvinden. In dat verband, maar dan ten aanzien van de inhoud en niet de intensi-

11 Zie bijvoorbeeld De Poorter & Çapkurt 2017, p. 60; Van Heusden 2022, p. 51-53; Van Male 2022, punt 9.6.

12 Zie uitgebreid paragraaf 3.2.2.

13 Van der Helm 2020, p. 44; Bok 2006, p. 99; Van Male 2015, p. 170-171; conclusie advocaat-generaal Wissink 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:98, punt 7.8.2.

14 Hirsch Ballin 2015, p. 7-58.

15 Van Male 2022, punt 9.6; De Poorter & Çapkurt 2017, p. 90-92; Van Heusden 2022, p. 25.

16 Vergelijk De Poorter & Çapkurt 2017; Van Heusden 2019, i.h.b. par. 2; Van Gijssel & Heinrich 2018.

17 Zie vooral De Poorter & Çapkurt 2017, p. 90-91; Van Heusden 2019, par. 2.3.

18 Vergelijk mijn bijdrage in de Nijmeegse bundel *Toetsingsintensiteit* (Van Zanten 2022, p. 118-120).

teit van de toetsing, werd er bijvoorbeeld ook meer dan eens gepleit voor het vormgeven van de evenredigheidstoetsing conform de toetsing die het Hof van Justitie uitvoert aan het Europese evenredigheidsbeginsel.<sup>19</sup> Deze evenredigheidstoets bestaat uit een geschiktheidstoets, een noodzakelijkheidstoets en een toets van de evenredigheid in strikte zin.

De discussie over de houdbaarheid van de *Landbouwwliegers*-maatstaf heeft haar weerslag gehad op de rechtspraak. De hoogste bestuursrechters introduceerden een nieuw beoordelingskader, bestaande uit twee lijnen. Daardoor is de *Landbouwwliegers*-maatstaf verder op de achtergrond geraakt. Ten eerste formuleerden de hoogste bestuursrechters nieuwe uitgangspunten voor de (indirecte) rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan (alle) nationale algemene rechtsbeginselen. Dit deden zij nadat staatsraad advocaat-generaal Widdershoven in zijn conclusie van 22 december 2017 had geadviseerd om deze toets te intensiveren.<sup>20</sup> De CRvB formuleerde de nieuwe uitgangspunten als eerste in vier uitspraken van 1 juli 2019,<sup>21</sup> waarna de andere hoogste bestuursrechters volgden.<sup>22</sup> Voor deze nieuwe maatstaf gebruik ik in dit proefschrift de term ‘1 juli 2019-maatstaf’. Ten tweede werden er op 2 februari 2022 nieuwe uitgangspunten geformuleerd voor de toetsing van besluiten, inclusief algemeen verbindende voorschriften, aan het evenredigheidsbeginsel door de Afdeling in de *Harderwijk*-uitspraak.<sup>23</sup> Daaraan ging de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021 vooraf.<sup>24</sup> De uitgangspunten uit de *Harderwijk*-uitspraak gelden dus ook voor de evenredigheidstoetsing van algemeen verbindende voorschriften<sup>25</sup> en worden ook door de andere hoogste bestuursrechters gehanteerd.<sup>26</sup> Voor de nieuwe uitgangspunten voor de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel die in de *Harderwijk*-uitspraak zijn geformuleerd, hanteer ik in

19 Binnen de context van algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde formele wetgeving, zie Widdershoven 2018, p. 188; Aarts & Van Heusden 2020, p. 181-188; De Poorter & Capkurt 2017, p. 92.

20 Conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

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

22 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452; CbB 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240; HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1988.

23 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*).

24 Conclusie staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

25 Over het toepassingsbereik zegt de Afdeling zelf in de *Harderwijk*-uitspraak dat artikel 3:4, tweede lid, Awb geldt voor alle besluiten waarbij het bestuursorgaan beleidsruimte heeft en dat zij het daarom wenselijk vindt om ‘een beoordelingskader te formuleren dat in essentie voor al deze (categorieën van) besluiten kan worden toegepast, van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete tot besluiten tot het vaststellen van een bestemmingsplan’. Zie ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.3. Verder overweegt de Afdeling dat de drietrappstoets niet met betrekking tot elk bestreden besluit categorisch moet worden uitgevoerd, ook omdat bijvoorbeeld ‘de geschiktheid al aan de orde [kan] komen bij de (exceptieve) toetsing van het algemeen verbindende voorschrift of de beleidsregel waarop het bestreden besluit berust’. Zie ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.8.

26 CbB 23 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:557; CRvB 24 oktober 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2207; HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1124.

dit proefschrift de term ‘*Harderwijk*-beoordelingskader’. Als ik spreek over ‘het nieuwe beoordelingskader’ bedoel ik de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader gezamenlijk.

De 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader brengen een intensiverings-tendens tot uitdrukking bij de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften.<sup>27</sup> Daarmee bedoel ik dat de toets meer kan inhouden dan de toets conform de *Landbouwwliegers*-maatstaf, die, zoals gezegd, wordt gekenmerkt door ‘terughoudendheid’, ‘willekeurtoetsing’ en de ‘willekeursluis’. Zo kan de toetsing conform de nieuwe uitgangspunten, afhankelijk van de aan de orde zijnde factoren, intensiever zijn en is met de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf de willekeursluis volledig (lees: ook bij de toetsing aan formele algemene rechtsbeginselen) losgelaten.<sup>28</sup> De uitgangspunten van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader geven verder gezamenlijk een richting aan voor, en wekken verwachtingen over, het verloop van de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen. Zo is het bijvoorbeeld gelet op het *Harderwijk*-beoordelingskader heel aannemelijk dat het evenredigheidsbeginsel een belangrijke rol zal spelen bij die intensivering. Tegelijkertijd is de gewijzigde koers relatief kortgeleden ingezet en zijn er nog veel vragen over de precieze operationalisering ervan. Het gaat dan bijvoorbeeld om de volgende vragen. Welke consequenties hebben de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader eigenlijk precies voor de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen? Hoe verloopt de intensivering in de rechtspraak van de bestuursrechters sinds de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader? Welke vragen roepen de toepassingen van deze twee nieuwe lijnen ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften op? Hoe moet de intensivering worden gewaardeerd? Zijn er verdere stappen die de bestuursrechters zouden kunnen zetten en, zo ja, welke?

Dit proefschrift beoogt de hierboven opgeworpen vragen te beantwoorden. Dit, ten behoeve van de verdere ontwikkeling van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen door de Nederlandse bestuursrechter. Daarbij neem ik (de toepassingen van) de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader als uitgangspunt en bouw ik daarop voort. Ik bespreek materiële kwesties die gereleateerd zijn aan de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen, zoals de toetsingsintensiteit en de wijze en inhoud van de

27 Zie Van Angeren e.a. 2019 wat betreft de 1 juli 2019-maatstaf.

28 Voor de gevolgen van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader voor de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen zie paragraaf 3.6.

toetsing aan een algemeen rechtsbeginsel. Daarnaast besteed ik aandacht aan een aantal specifieke procedurele complicaties waartoe de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen conform het nieuwe beoordelingskader, en het verdere verloop daarvan, leidt of zou kunnen leiden. In hoofdstuk 3 zal duidelijk worden dat deze procedurele complicaties zijn gerelateerd aan twee onderwerpen. Het eerste onderwerp gaat over de consequenties van een succesvolle indirecte toetsing door de bestuursrechter van een algemeen verbindend voorschrift aan algemene rechtsbeginselen. Het tweede onderwerp betreft de invloed van de soms bestaande mogelijkheid om algemeen verbindende voorschriften direct te laten toetsen door de bestuursrechter op de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter. Deze twee onderwerpen zal ik hierna soms ook kortweg aanduiden als ‘de consequenties van succesvolle indirecte toetsing’ en ‘de verhouding tussen directe en indirecte toetsing’.

Het proefschrift bouwt voort op wat er de afgelopen jaren is geschreven over (de intensivering van) de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen door de Nederlandse bestuursrechter. In dat verband vermeld ik het proefschrift van Van Heusden.<sup>29</sup> In haar proefschrift beantwoordt zij de vraag hoe en in hoeverre de Nederlandse bestuursrechter kan oordelen over de rationaliteit van algemeen verbindende voorschriften, in het licht van een veranderde rechtsstatelijke context.<sup>30</sup> Daarbij betreft zij ook de toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter aan de beginselen van evenredigheid, zorgvuldigheid en motivering en de ontwikkelingen op dat gebied. Dit boek sluit aan bij en heeft overeenkomsten met het onderzoek van Van Heusden. Wel worden in het onderhavige onderzoek uitspraken meegenomen die zijn verschenen in de periode tussen de twee proefschriften, in het bijzonder de *Harderwijk*-uitspraak,<sup>31</sup> en heeft dit onderzoek bovendien een rechtsvergelijkende invalshoek.

---

29 Van Heusden 2022. Verder zijn er de afgelopen jaren ook regelmatig annotaties verschenen waarin wordt gereflecteerd op de vraag hoe de indirecte rechterlijke toetsing van een algemeen verbindend voorschrift in de betreffende zaak plaatsvindt aan algemene rechtsbeginselen, vaak het evenredigheidsbeginsel. Zie onder meer de annotaties van Van den Brink & Van Waarde, in bijvoorbeeld *AB 2022/145*, *AB 2022/147*, *AB 2022/147*, *AB 2022/148*. Van den Brink heeft daarnaast in haar VAR-preadvies laten zien hoe (intensief) de bestuursrechter coronasteunregelingen exceptief toetst aan het evenredigheidsbeginsel. Zie Van den Brink 2021, p. 298 e.v.

30 Van Heusden 2022, p. 41.

31 Van Heusden heeft haar onderzoek afgesloten op 1 december 2021, dus voordat de Afdeling de *Harderwijk*-uitspraak deed op 2 februari 2022.

### 1.3 ONDERZOEKSVRAAG EN DEELVRAGEN

Tegen de achtergrond van het voorgaande is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd voor dit proefschrift:

*Welke verdere stappen kunnen de Nederlandse bestuursrechters zetten bij de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde formele wetgeving, aan nationale algemene rechtsbeginselen in het licht van de intensivering van die toetsing na de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf en het Harderwijk-beoordelingskader en hoe kunnen deze rechters omgaan met twee procedurele complicaties waartoe de intensivering en verdere stappen (kunnen) leiden?*

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag worden de volgende deelvragen beantwoord.

1. Wat is een passend constitutioneel vertrekpunt voor het verdere verloop van de intensivering gelet op de gesignaleerde ontwikkelingen binnen de democratische rechtsstaat en supranationale ontwikkelingen die de aanleiding vormden voor de waargenomen intensiveringstendens?
2. Welke richting geven de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader gezamenlijk aan voor, en welke verwachtingen wekken zij over, de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen?
3. Hoe verloopt de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen gelet op de toepassingen van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader door de Nederlandse bestuursrechters en welke vragen van materiële en procedurele aard roept het verloop van de intensivering op?
4. Geeft de gesignaleerde intensivering aanleiding om de wijze van indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen aan te passen en, zo ja, welke aanpassingen zouden de Nederlandse bestuursrechters dan kunnen doen en wat zijn de gevolgen daarvan voor twee (mogelijke) procedurele complicaties: de consequenties van succesvolle indirecte toetsing en de verhouding tussen directe en indirecte toetsing?



## 1.4 TERMINOLOGIE EN AFBAKENING

### 1.4.1 *Het object van de toetsing*

Het object van de indirecte toetsing waarop de onderzoeksvraag betrekking heeft, is beperkt tot algemeen verbindende voorschriften, ook wel wetgeving in materiële zin genoemd. Algemeen verbindende voorschriften worden in de Memorie van Toelichting bij de Derde Tranche Awb omschreven als ‘naar buiten werkende, voor de daarbij betrokken bindende regels, uitgegaan van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent.’<sup>32</sup> Meer recent en mede op basis van de voorgaande omschrijving is een algemeen verbindend voorschrift in de literatuur ook gedefinieerd als: ‘a. een naar buiten werkende regel, b. die algemeen is naar plaats, tijd en persoon, c. dus voor herhaalde toepassing vatbaar is, d. een zelfstandige normstelling bevat, e. de geadresseerde burgers bindt, f. en die is vastgesteld krachtens een specifiek daartoe strekkende bevoegdheid die direct of indirect is ontleend aan de [Grondwet] of een gewone wet (in formele zin).’<sup>33</sup>

Algemeen verbindende voorschriften kunnen ook zijn neergelegd in wetten in formele zin. Wetten in formele zin die algemeen verbindende voorschriften bevatten vallen *niet* binnen het bereik van de onderzoeksvraag. Als ik in dit onderzoek spreek van ‘algemeen verbindende voorschriften’ dan bedoel ik dus algemeen verbindende voorschriften die lager in rang staan dan de formele wet, tenzij uit de context iets anders blijkt. De term ‘algemeen verbindend voorschrift’ wissel ik af met de term ‘lagere regelgeving’.

Waarom sluit ik formele wetgeving uit? Het is nog steeds geldend recht dat formele wetgeving niet door de rechter kan worden getoetst aan nationale algemene rechtsbeginselen. Daartegen verzet zich de ruime uitleg van artikel 120 van de Grondwet, die inhoudt dat het verbod om wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet ook het verbod inhoudt om die wetten te toetsen aan nationale algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht.<sup>34</sup> In de rechtspraak wordt voorlopig aan die ruime uitleg van artikel 120 van de Grondwet vastgehouden.<sup>35</sup> Op dit moment beziet de (grond)wetgever wel of en, zo ja, hoe een vorm van rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan nationale algemene rechtsbeginselen mogelijk moet worden, maar de ontwikkelingen op dit gebied zijn nog

32 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 105. Vergelijk HR 10 juni 1919, ECLI:NL:HR:1919:59 (*Rogge*).

33 Bröring & De Graaf (red.) 2022, p. 213. Vergelijkbare omschrijvingen worden gegeven door andere auteurs, zie bijvoorbeeld Zijlstra (red.) 2012, par. 2.3.2; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 208 e.v.; Schlössels & Zijlstra 2017, rn. 192; Van Male 1988, p. 3; Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, p. 14.

34 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*).

35 Zie de ‘1 maart-uitspraken’ van de Afdeling: ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:852.

volop in beweging.<sup>36</sup> De rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan nationale algemene rechtsbeginselen maakt momenteel dus een eigen ontwikkeling door en die is voorlopig nog niet op hetzelfde punt als de ontwikkeling van de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften die lager in rang staan dan de formele wet.<sup>37</sup> We weten niet *of* wetten in formele zin op (korte) termijn door de rechter kunnen worden getoetst aan nationale algemene rechtsbeginselen en, zo ja, hoe de rechter dat zou moeten doen. Omdat het op dit moment nog te onzeker is in welke richting de ontwikkelingen op het gebied van de rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan nationale algemene rechtsbeginselen op gaan, laat ik deze kwestie buiten beschouwing.

Hoewel de onderzoeksvraag dus geen betrekking heeft op de rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan nationale algemene rechtsbeginselen, is dit proefschrift wel van belang voor die toetsing als de (grond)wetgever, of op enig moment toch de rechter, zou beslissen dat de rechter formele wetgeving wel kan toetsen aan nationale algemene rechtsbeginselen. Veel van wat in dit onderzoek wordt betoogd, geldt dan in beginsel ook voor de toetsing van formele wetgeving.

Soms is de mate van democratische legitimatie van het orgaan dat een algemeen verbindend voorschrift heeft vastgesteld relevant voor het te bespreken onderwerp. Als dat zo is, hanteer ik twee termen: direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften en indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften.<sup>38</sup> Onder direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften versta ik algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door een rechtstreeks gekozen algemeen vertegenwoordigend orgaan (gemeentelijke, provinciale verordeningen en verordening van waterschappen). Onder indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften versta ik algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door organen die werkzaam zijn onder politieke verantwoordelijkheid aan een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Daarbij gaat het vooral om algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en gedelegeerde regelgeving vastgesteld door het college van burgemeester en wethouders of gedeputeerde staten. Als de mate van democratische legitimatie *niet* relevant is voor het te bespreken onderwerp hanteer ik de term ‘algemeen verbindend voorschrift’ of ‘lagere regelgeving’.

---

36 Zie de ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’ (brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming van 1 juli 2022 (*Kamerstukken II 2021/22*, 35925-VII, 169, p. 8-9)) en, wat betreft de toetsing aan specifiek het evenredigheidsbeginsel het voorstel tot wijziging van artikel 3:4, tweede lid, Awb, dat op 20 januari 2023 in preconsultatie is gegaan (*Voorstel evenredigheidsbeginsel*, bijlage bij *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763).

37 Zie over deze ontwikkeling paragraaf 1.6.1.

38 Dit onderscheid komt grotendeels overeen met het onderscheid dat Schlössels & Zijlstra maken tussen ‘democratiewetgeving’ en ‘democratische bestuurswetgeving’. Zie Schlössels & Zijlstra 2017, rn. 488.

### 1.4.2 Toetsingsmaatstaven

De (bestuurs)rechter kan een algemeen verbindend voorschrift aan verschillende maatstaven (indirect) toetsen.<sup>39</sup> Denk aan hogere nationale regelgeving, zoals wetten in formele zin, nationale algemene rechtsbeginselen, rechtstreeks werkend Unierecht en een eenieder verbindende bepaling van een verdrag. De onderzoeksvraag van dit proefschrift heeft betrekking op de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan *nationale algemene rechtsbeginselen*. Dat betekent dat ik niet bekijk hoe de bestuursrechters algemeen verbindende voorschriften indirect toetsen aan hogere regelgeving.<sup>40</sup> Ook blijft de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan EVRM- en EU-beginselen, al dan niet in gecodificeerde vorm, door de Nederlandse bestuursrechter als zodanig buiten beschouwing.<sup>41</sup>

Dit onderzoek gaat verder niet over de toetsing aan *elk* nationaal algemeen rechtsbeginsel. In hoofdstuk 3 leg ik uit dat de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader vooral consequenties hebben voor de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>42</sup> In het kader van die evenredigheidstoetsing speelt de toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel vervolgens ook een belangrijke rol.<sup>43</sup> Deze drie beginselen, waarvan het evenredigheidsbeginsel het belangrijkste is, staan met andere woorden centraal bij de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Om die reden is het verdere onderzoek beperkt tot de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel en als onderdeel daarvan de toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

Dat vooral de beginselen van evenredigheid, formele zorgvuldigheid en motivering een rol spelen in de intensiveringstendens van de bestuursrechters zou er overigens mee te maken kunnen hebben dat de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan andere nationale algemene rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbegin-

39 In de 1 juli 2019-maatstaf is het zo geformuleerd dat 'algemeen verbindende voorschriften die geen wet in formele zin zijn, door de rechter kunnen worden getoetst op rechtmatigheid, in het bijzonder op verenigbaarheid met hogere regelgeving. De rechter komt tevens de bevoegdheid toe te bezien of het betreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding zijnde besluit. Bij die, niet rechtstreekse, toetsing van het algemeen verbindende voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer.' Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:452, r.o. 6.

40 Een dergelijke toets is bijvoorbeeld aan de orde in de uitspraak waarin de Afdeling de partiële bouwvrijstelling stikstof buiten toepassing laat wegens de strijd met artikel 6 van de Habitatrictlijn, hoewel daarin ook een formele wetsbepaling wordt getoetst. Zie ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159.

41 Zie hiervoor Van Heusden 2022, p. 171-180.

42 Zie paragraaf 3.6.2.

43 Zie paragraaf 3.6.4.

sel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel al verder ontwikkeld is. Zoals al aangegeven in paragraaf 1.2 werd de willekeursluis bij de toetsing aan sommige materiële algemene rechtsbeginselen al vrij snel losgelaten in de rechtspraak. Dat is anders bij de toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Bij de toetsing aan die beginselen werd de willekeursluis, tot aan de formulering van de 1 juli 2019-maatstaf, vrijwel steeds toegepast.<sup>44</sup> Er bestaat in die zin meer ruimte om de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften te laten verlopen via de toetsing aan de beginselen van zorgvuldigheid en motivering. Voor de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel geldt, zie paragraaf 1.2, dat deze conform de *Landbouwwliegers*-maatstaf een lange tijd beperkt is tot een toetsing aan het willekeurverbod, met daarbij de volgende vraag: heeft het vaststellende orgaan in redelijkheid tot het voorschrift kunnen komen? Gelet daarop is er ook de nodige ruimte om de toepassing van het evenredigheidsbeginsel te intensiveren en is het niet verrassend dat het evenredigheidsbeginsel een sleutelrol speelt bij de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.

#### 1.4.3 *Directe versus indirecte toetsing*

Algemeen verbindende voorschriften kunnen zowel direct als indirect worden getoetst door de rechter. Bij een directe toetsing staat de rechtmatigheid van een voorschrift ten principale centraal, terwijl indirecte toetsing, in Nederland, plaatsvindt ten behoeve van de beoordeling van een geschil over een besluit of ten behoeve van een oordeel over een strafvervolgning.<sup>45</sup>

De Nederlandse bestuursrechter kan algemeen verbindende voorschriften zowel direct als indirect toetsen.

De bestuursrechter toetst een algemeen verbindend voorschrift *direct* als hij dat doet in een vernietigingsberoep dat tegen het algemeen verbindende voorschrift is ingesteld. Daarin staat ten principale de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift centraal. Het aandeel algemeen verbindende voorschriften dat de bestuursrechter direct kan toetsen is wel beperkt, omdat artikel 8:3, eerste lid, onder a, Awb bepaalt dat er geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit inhoudende een algemeen verbindend voorschrift (of een beleidsregel). Sommige algemeen verbindende voorschriften zijn bij

<sup>44</sup> Zie Van Male 2015, p. 171; conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punten 6.10 en 6.11; Van Heusden 2019, p. 13-14.

<sup>45</sup> Zie over directe en indirecte toetsing bijvoorbeeld Schutgens 2009, p. 14-15; Van Loon 2014, p. 52-53; Sillen 2010, p. 28-29.

wijze van uitzondering wel appellabel. Tot die groep behoren onder meer bestemmingsplannen en, onder de Omgevingswet, omgevingsplannen. Deze appellabele algemeen verbindende voorschriften kunnen dus direct worden getoetst door de bestuursrechter; overige, niet-appellabele voorschriften kunnen door de bestuursrechter uitsluitend indirect worden getoetst. *Indirecte* toetsing van een algemeen verbindend voorschrift door de bestuursrechter vindt niet plaats in een tegen dat voorschrift gericht vernietigingsberoep, maar in het kader van de beoordeling van een vernietigingsberoep dat is ingesteld tegen een appellabel besluit dat is genomen ter uitvoering of handhaving van het betreffende algemeen verbindende voorschrift.

In plaats van de term ‘indirecte toetsing’ wordt ook vaak de term ‘exceptieve toetsing’ gebruikt. De term ‘exceptieve toetsing’ is een processuele term. Toegespitst op de beoordeling door de bestuursrechter, geeft de term ‘exceptieve toetsing’ aan dat de toetsing ‘bij wege van exceptie’ plaatsvindt, in die zin dat de toets wordt uitgevoerd in het kader van de beoordeling van een vernietigingsberoep tegen een ander besluit, namelijk het appellabele besluit dat ter uitvoering of handhaving van het algemeen verbindende voorschrift is genomen. De toets van het algemeen verbindende voorschrift staat daarbij niet op zichzelf, maar is, zoals Bok het noemt, ‘een onderdeel van de rechterlijke redenering, die tot het uiteindelijke dictum leidt’.<sup>46</sup> De bestuursrechter onderzoekt de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift dat van belang is voor de beslissing over het aangevochten besluit.<sup>47</sup> In dat verband beziet de bestuursrechter, zoals hij het zelf omschrijft, of ‘het betreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding zijnde besluit’.<sup>48</sup> Is de grondslag van het in geding zijnde besluit niet ‘voldoende deugdelijk’, bijvoorbeeld omdat het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel, dan verklaart de bestuursrechter het betreffende voorschrift onverbindend of laat hij het buiten toepassing. Het aangevochten in het geding zijnde besluit wordt vervolgens (gedeeltelijk) vernietigd, omdat dat besluit geen wettelijke grondslag meer heeft.<sup>49</sup> De indirecte toets van een algemeen verbindend voorschrift hangt dus samen met de beoordeling van de individuele toepassing die een voorschrift heeft gehad in de vorm van een appellabel besluit in het voorliggende, specifieke geval. De aanleiding voor de indirecte toets is gelegen in de individuele toepassing in de vorm van een appellabel besluit én de beoordeling van de rechtmatigheid van een voorschrift bij wijze van indirecte toetsing vindt plaats

46 Hij spreekt in dit verband van een onzelfstandige wijze van toetsing, zie Bok 1991, p. 5.

47 Vergelijk Van Male 2022, par. 9.4.

48 Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, r.o. 6. In dit verband kan ook de term ‘exceptie van onverbindendheid’ worden begrepen, in die zin dat tijdens een beroep tegen een besluit de ‘exceptie’ opgeworpen wordt dat de grondslag voor het aangevochten besluit onverbindend is. Deze term werd in het verleden wel gehanteerd (zie bijvoorbeeld Bok 1991, p. 4), maar in de huidige literatuur komt de term niet meer vaak voor (zie wel Van Male 2022, par. 9.4).

49 Vergelijk Schutgens 2009, p. 14.

ter beoordeling van de rechtmatigheid van die individuele toepassing in de vorm van een appellabel besluit.

Ik prefereer de term ‘indirecte toetsing’. Die term gebruik ik dan ook in dit proefschrift. Met Schutgens vind ik dat de term ‘indirecte toetsing’ duidelijker contrasteert met de term ‘directe toetsing’.<sup>50</sup> De term ‘indirecte toetsing’ geeft duidelijker aan dat ik daarmee de toetsing van algemeen verbindende voorschriften bedoel die *niet* direct is en dus *niet* plaatsvindt tijdens een vernietigingsberoep dat tegen het algemeen verbindende voorschrift is ingesteld.

De bestuursrechter is niet de enige rechter die algemeen verbindende voorschriften toetst. Ook de burgerlijke rechter en de strafrechter doen dat. De strafrechter toetst algemeen verbindende voorschriften indirect.<sup>51</sup> Hierbij beoordeelt hij de rechtmatigheid van het voorschrift dat overtreden is. Hij ontslaat de verdachte van alle rechtsvervolging indien hij (de toepassing van) dat voorschrift onrechtmatig acht, omdat het tenlastegelegde en bewezen feit dan geen strafbaar feit oplevert.<sup>52</sup> De burgerlijke rechter toetst ook de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften wanneer bij hem een op artikel 6:162 BW gebaseerde vordering wordt ingesteld.<sup>53</sup> Doorgaans wordt de toetsing van een algemeen verbindend voorschrift door de burgerlijke rechter als ‘direct’ aangemerkt.<sup>54</sup>

De onderzoeksvraag van dit proefschrift heeft uitsluitend betrekking op de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter. De reden daarvoor is dat de rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften in Nederland voornamelijk plaatsvindt door middel van indirecte toetsing door de bestuursrechter.<sup>55</sup> Vanwege artikel 8:3, eerste lid, onder a, Awb is er slechts een beperkte mogelijkheid om algemeen verbindende voorschriften direct aan te vechten bij de bestuursrechter. Bovendien is er de jurisprudentielijn van de Hoge Raad die inhoudt dat een partij die een algemeen verbindend voorschrift bij de burgerlijke rechter aanvecht niet-ontvankelijk wordt

---

50 Zie Schutgens 2009, p. 14 (noot 51). Een andere reden waarom hij de term ‘indirecte toetsing’ gebruikt in plaats van de term ‘exceptieve toetsing’ is omdat hij ‘indirecte toetsing’ een neutralere term vindt. Hij wijst erop dat ‘exceptieve toetsing’ impliceert dat een burger zich verweert tegen belastend overheidsingrijpen, terwijl er ook vormen van exceptieve toetsing mogelijk zijn, waarbij van een zodanig verweer geen sprake is.

51 Bok 1991, p. 4-5; Sillen 2010, p. 28-29; Schutgens 2009, p. 14-15; Van Loon 2014, p. 53.

52 Zie Bok 1991, p. 5.

53 Zie recent hierover Dempster 2023.

54 Zie bijvoorbeeld Schutgens 2009, p. 15; Van Loon 2014, p. 52. Sillen merkt de toetsing door de burgerlijke rechter formeel gezien niet als direct aan, omdat de onrechtmatigheid van (de toepassing van) het voorschrift slechts een van de eisen is waaraan een onrechtmatige daad moet voldoen, maar hij merkt ook op dat de toetsing materieel gezien neerkomt op een directe toets. Zie Sillen 2010, p. 29.

55 Vergelijk Van Heusden 2022, p. 29-30.

verklaard in haar vordering, indien zij het voorschrift via een niet-onevenredig belastende weg indirect kan laten toetsen door de bestuursrechter.<sup>56</sup> Deze jurisprudentielijn heeft de consequentie dat het in de regel aan de bestuursrechter wordt gelaten om veel algemeen verbindende voorschriften (indirect) te toetsen, namelijk de zogenoemde indirect werkende algemeen verbindende voorschriften.<sup>57</sup> Indirect werkende algemeen verbindende voorschriften scheppen afdwingbare rechten en plichten via een uitvoeringsbesluit.<sup>58</sup> Burgers kunnen zo'n besluit doorgaans afwachten of aanvragen en in het beroep daartegen ook het onderliggende, indirect werkende voorschrift laten toetsen door de bestuursrechter.

Aldus geldt voor veel algemeen verbindende voorschriften dat de rechtsbescherming daartegen plaats moet vinden bij de indirect toetsende bestuursrechter, zodat het ook voor de hand ligt om die indirecte toetsing door de bestuursrechter in dit onderzoek centraal te stellen. Daar komt bij dat de intensiveringstendens bij de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen is begonnen in de rechtspraak van de indirect toetsende bestuursrechter.<sup>59</sup> De 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader zijn door de bestuursrechters geïntroduceerd en deze rechters spelen bij de (verdere) intensivering van die toetsing een voortrekkersrol.<sup>60</sup>

Wat in dit proefschrift dus niet aan de orde komt, is de toetsing door de burgerlijke rechter en de strafrechter van algemeen verbindende voorschriften. Evenmin bekijk ik hoe de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift direct toetst aan algemene rechtsbeginselen. In het onderzoek wordt wel aandacht besteed aan de directe toetsing door de bestuursrechter, maar alleen voor zover het gaat om de procedurele vraag welke invloed de mogelijkheid van directe toetsing heeft op de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften. In dit verband zij benadrukt dat ik in dit onderzoek met directe toetsing in Nederland uitsluitend bedoel de toetsing door de bestuursrechter in een tegen een algemeen verbindend voorschrift gericht vernietigingsberoep. Ik bedoel dus niet de toetsing door de burgerlijke rechter van algemeen verbindende voorschriften die, zoals hierboven gezegd, doorgaans ook als direct wordt aangemerkt.

56 Zie hierover Schutgens 2017, p. 98 e.v.; Van Heusden 2022, p. 29-30; Demper 2023, p. 109.

57 Schutgens 2017, p. 99-105.

58 Schutgens 2017, p. 99.

59 Paragraaf 1.2.

60 Vergelijk Van Heusden 2022, p. 29-30 en ook de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 5.2.

#### 1.4.4 Toetsingsintensiteit

In het onderzoek worden allerlei aan toetsingsintensiteit gerelateerde termen gebruikt.

Ik stel de rechterlijke toetsingsintensiteit voor als een glijdende schaal, die loopt van een terughoudende tot een intensieve toetsing met daartussenin tussenintensiteiten. Het middegebied met de tussenintensiteiten kan op twee verschillende manieren worden voorgesteld.<sup>61</sup> Een eerste mogelijkheid is dat de tussenintensiteit(en) voorgesteld worden als afgebakende treden. Ik spreek dan van een in treden of delen verdeelde glijdende schaal. Een tweede mogelijkheid is om de tussenintensiteiten zo voor te stellen dat zij traploos in elkaar overlopen. Als een dergelijke glijdende schaal wordt gebruikt, spreek ik van een traploze glijdende schaal.

Wat het precies betekent om terughoudend, intensief of met een tussenintensiteit te toetsen, is onderwerp van het onderzoek. In het bijzonder wordt bekeken wat het betekent om terughoudend, intensief of met een tussenintensiteit te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Daarbij gebruik ik de termen ‘intensief’ en ‘indringend’ als synoniemen.<sup>62</sup> Als ik spreek van een ‘intensievere’ of ‘indringendere’ toetsing dan wel van ‘intensiever’ of ‘indringender’ toetsen dan betekent dat opschaling van de rechterlijke toets, bijvoorbeeld van terughoudend naar (een) tussenintensiteit of intensieve toetsing. Als ik spreek van een ‘terughoudendere’ toetsing dan wel van ‘terughoudender’ toetsen dan betekent dat afschaling, bijvoorbeeld van (een) tussenintensiteit naar terughoudend.

Hiervoor is al een aantal keren gesproken over de ‘intensivering’ van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen of de ‘intensiveringstendens’. Deze tendens is ingezet met de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader. Ik spreek van ‘intensivering’ of ‘intensiveringstendens’ omdat, zoals ook al aangegeven in paragraaf 1.2, de toetsing conform de nieuwe uitgangspunten op verschillende onderdelen meer kan inhouden dan de toets conform de ‘oude’ *Landbouwwliegers*-maatstaf.

61 Vergelijk Huijbers 2019, p. 127; Gerards 2002, p. 81-82.

62 Koenraad heeft voorgesteld om de term ‘intensief’ te gebruiken ‘voor onderzoek naar de totstandkoming van bestuursregelgeving (met andere woorden: procedurele toetsing) en de term ‘indringend’ voor het waarden van de inhoud van bestuursregelgeving (met andere woorden: materiële toetsing)’. Zie Koenraad 2023, p. 324. Ik gebruik dat onderscheid niet, omdat in de loop van het onderzoek duidelijk zal worden dat wat Koenraad ‘procedurele toetsing’ noemt mijns inziens betekent dat de rechter met een tussenintensiteit toetst. Een ‘procedurele toetsing’ is mijns inziens dus wel intensiever/indringender (want: tussenintensiteit), maar niet ‘intensief’. Zie hierover i.h.b. paragrafen 3.4.1.3, 7.4.3 t/m 7.4.5, 8.5.3 t/m 8.5.5, 9.4.4, 9.4.5, 9.5.2.2, 9.5.3.3 en 10.5.2.



#### 1.4.5 *Generieke, groepsspecifieke en specifieke toetsing*

In dit proefschrift gebruik ik regelmatig de begrippen ‘generieke toetsing’, ‘groepsspecifieke toetsing’ en ‘specifieke toetsing’ om aan te geven hoe de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift indirect toetst aan algemene rechtsbeginselen.

Onder een generieke toetsing versta ik dat de bestuursrechter de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift als zodanig beoordeelt in het licht van een algemeen rechtsbeginsel, los van de omstandigheden van het voorliggende geval.<sup>63</sup> Met groepsspecifieke toetsen bedoel ik dat de bestuursrechter de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift als zodanig beoordeelt in het licht van een algemeen rechtsbeginsel, voor een of meer specifieke groepen van gevallen waarop dat voorschrift betrekking heeft. Spreek ik van specifiek toetsen, dan bedoel ik daarmee dat de bestuursrechter beoordeelt of de toepassing van een voorschrift in een specifiek geval in overeenstemming is met een algemeen rechtsbeginsel.<sup>64</sup> Generieke toetsing, groepsspecifieke toetsing en specifieke toetsing kunnen in een en dezelfde uitspraak voorkomen,<sup>65</sup> in die zin dat de bestuursrechter bijvoorbeeld eerst het algemeen verbindend voorschrift als zodanig beoordeelt (generiek) in het licht van een algemeen rechtsbeginsel, waarna hij bekijkt of de toepassing van dat voorschrift in overeenstemming is met een algemeen rechtsbeginsel (specifiek). Deze vormen van toetsing hoeven echter niet samen voor te komen in een en dezelfde uitspraak. De bestuursrechter kan bijvoorbeeld ook alleen een specifieke toets uitvoeren.<sup>66</sup>

Soms wordt de indruk gewekt dat indirect toetsen hetzelfde is als generiek toetsen.<sup>67</sup> De begrippen indirecte toetsing en generieke toetsing zijn volgens mij geen synoniemen. Als de bestuursrechter een algemeen verbindend indirect toetst, dan wil dat alleen zeggen dat die toetsing plaatsvindt in het kader van een beroep dat is ingesteld tegen een appellabel besluit dat op het betreffende voorschrift is gebaseerd. De term indirecte toetsing zegt met andere woorden iets over hoe het voorschrift ter toetsing terecht is gekomen bij de bestuursrechter. Het zegt niet hoe die toetsing aan een algemeen rechtsbeginsel (of een andere toetsingsmaatstaf) vervolgens kan plaatsvinden. De indirecte toetsing van een

63 De term ‘generieke toetsing’ komt inhoudelijk overeen met de term ‘abstracte toetsing’, zie bijvoorbeeld Sillen 2010, p. 35.

64 De term ‘specifieke toetsing’ komt inhoudelijk overeen met de term ‘concrete toetsing’, zie bijvoorbeeld Sillen 2010, p. 35.

65 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:507; Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652; Rb. Amsterdam 6 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7648.

66 Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493.

67 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 6 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7648, r.o. 6.1-7.1, waarin de term ‘exceptieve toetsing’ gebruikt wordt om aan te geven dat de regeling als zodanig wordt getoetst.

algemeen verbindend voorschrift kan een generieke, groepsspecifieke of specifieke toetsing inhouden. Met ‘indirect toetsen’ bedoel ik dus niet hetzelfde als ‘generiek toetsen’.

#### 1.4.6 Toetsingsmodaliteit

##### 1.4.6.1 Relevantie

Als ik in dit onderzoek spreek over ‘toetsingsmodaliteit’ dan bedoel ik daarmee de wijze waarop de rechter regelgeving toetst en in het bijzonder of die rechterlijke toets als procedureel, materieel of semi-procedureel is aan te merken. De term ‘procedureel’ wissel ik daarbij af met de term ‘formeel’. Het onderscheid tussen een procedurele, materiële of semi-procedurele toets is relevant voor de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, zoals ik hierna zal toelichten.

Het onderscheid tussen procedurele en materiële toetsing is in Nederland relevant geworden voor de rechterlijke toetsing van lagere regelgeving aan het evenredigheidsbeginsel door de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017,<sup>68</sup> die voorafging aan de formulering van de 1 juli 2019-maatstaf. In de conclusie van 22 december 2017 stelde Widdershoven voor om onder bepaalde omstandigheden een ‘tussenweg’ te hanteren bij de rechterlijke toetsing van lagere regelgeving aan het evenredigheidsbeginsel; een toetsing tussen een intensieve materiële evenredigheidstoets en een terughoudende materiële evenredigheidstoets (toets op willekeur).<sup>69</sup> Deze tussenweg houdt een vorm van evenredigheidstoetsing in waarbij de nadruk ligt op de toetsing aan formele beginselen, in het bijzonder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Hij noemde deze wijze van toetsing ‘*process-review*’ en ‘procedurele toetsing’.

Het verschil tussen materiële en procedurele toetsing is door de bestuursrechters overgenomen in de 1 juli 2019-maatstaf. Op grond van deze maatstaf zijn verschillende modaliteiten mogelijk van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel; een modaliteit waarbij de toets materieel terughoudend of intensief kan zijn en een modaliteit waarbij de toetsing aan de formele beginselen van zorgvuldigheid en motivering een rol speelt.<sup>70</sup> Wat deze modaliteiten precies inhouden en hoe zij verder kunnen worden geoperationaliseerd, is onderwerp van dit onderzoek. Voor het onderzoek is het wel zinvol om helder te hebben

68 Conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557. Vergelijk Van Heusden 2022, p. 30-35.

69 Zie hierover paragraaf 3.4.1.3. Naast de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, zie ook Widdershoven 2018, waarin hij eveneens zijn ‘tussenweg’ bespreekt.

70 Zie uitgebreider paragraaf 3.6.4.

wat er in algemene zin wordt verstaan onder materiële en procedurele (evenredigheids) toetsing. In de internationale literatuur is er al geruime tijd aandacht voor het onderscheid tussen procedurele en materiële rechterlijke toetsing.<sup>71</sup> Daarin wordt ook een modaliteit onderscheiden die procedurele en materiële toetsing combineert: semi-procedurele toetsing.

#### 1.4.6.2 Materiële toetsing

Een zuiver materiële rechterlijke toetsing van regelgeving kan worden omschreven als een vorm van toetsing waarbij de rechter de rechtmatigheid van regelgeving beoordeelt aan de hand van louter de inhoud van die regelgeving.<sup>72</sup> De rechter bekijkt ‘wat er is gedaan’ en niet ‘hoe dat is gedaan’.<sup>73</sup> Bar-Siman-Tov omschrijft een zuiver materiële toetsing, in het kader van constitutionele toetsing, als volgt:

*‘Under the classic or “pure” model of substantive judicial review, courts determine the constitutionality of legislation based strictly on an examination of the statute’s content (or substance). Typically, courts examine whether the content of a certain statute impermissibly infringes upon constitutionally protected rights or values. In making that determination, the process in which the legislature enacted the law is considered irrelevant [...]. Only the end product of the legislative process – the content of the enacted law – is the subject of judicial review.’<sup>74</sup>*

Toegespitst op evenredigheidstoetsing houdt een zuiver materiële toets in dat de rechter aan de hand van uitsluitend de inhoud van regelgeving beoordeelt of er aan de eisen van evenredigheid is voldaan, zoals het bestaan van een legitiem doel, geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin.<sup>75</sup> Hij beoordeelt aan de hand van de inhoud of regelgeving een legitiem doel dient, of de regelgeving geschikt is om het doel te bereiken, of de regelgeving noodzakelijk is en of met de inhoudelijk gemaakte keuze een redelijk evenwicht is gevonden tussen ‘*means, ends and affected rights*’.<sup>76</sup> De wijze waarop regelgeving tot stand is gekomen speelt bij materiële beoordelingen op evenredigheid aldus geen

71 Zie bijvoorbeeld Bar-Siman-Tov 2011; Bar-Siman-Tov 2012; Coenen 2002; Meßerschmidt 2012; Meßerschmidt 2016a; Meßerschmidt 2016b; Gerards & Brems (red.) 2017; Huijbers 2019; Lenaerts 2012; Popelier & Van de Heyning 2013; Popelier & Van de Heyning 2017; Harbo 2017; Hofmann 2020; Harvey 2017; Popelier 2013.

72 Zie bijvoorbeeld Bar-Siman-Tov 2012, p. 279; Bar-Siman-Tov 2011, p. 1923; Meßerschmidt 2012, p. 350; Meßerschmidt 2016b, p. 376; Huijbers 2019, p. 101.

73 Vergelijk Huijbers 2019, p. 111.

74 Bar-Siman-Tov 2012, p. 279.

75 Vergelijk Popelier & Van de Heyning 2017, p. 10 (noot 39) met verwijzing naar Weiss 2015, p. 71 en Bar-Siman-Tov 2012, p. 279.

76 Popelier & Van de Heyning 2017, p. 10 (noot 39) met verwijzing naar Weiss 2015, p. 71; Bar-Siman-Tov 2012, p. 279.

enkele rol. Deze materiële evenredigheidstoets, die Harbo *'conventional proportionality review'* noemt, betekent volgens Harbo ook dat de rechter de evenredigheidsbeoordelingen van de regelgever terzijde schuift als hij tot een van de regelgever afwijkende beoordeling komt ten aanzien van een of meer evenredigheidseisen.<sup>77</sup>

### 1.4.6.3 Procedurele toetsing

In haar proefschrift over procesgebaseerde toetsing in rechtspraak over fundamentele rechten definieert Huijbers procesgebaseerde toetsing als een 'rechterlijke redenering waarmee de besluitvormingsprocedure van overheidsinstanties wordt beoordeeld in het licht van procedurele standaarden'.<sup>78</sup> Als de rechter een zuiver procedurele toets van regelgeving uitvoert, dan heeft hij geen aandacht voor de inhoud van regelgeving, maar beoordeelt hij de rechtmatigheid van regelgeving uitsluitend aan de hand van de beoordeling van de besluitvormingsprocedure (de wijze waarop regelgeving tot stand is gekomen).<sup>79</sup> In de woorden van Bar-Siman-Tov:

*'The question of whether the legislature met certain procedural requirements in the legislative process is the sole consideration in determining the validity of legislation. The content of the legislation is deemed completely irrelevant.'*<sup>80</sup>

Volgens Bar-Siman-Tov ziet de rechter bij een zuiver procedurele toetsing vooral toe op de naleving van formele eisen voor de totstandkoming van regelgeving, neergelegd in bijvoorbeeld de constitutie of een wet. Dit soort eisen brengt hij in verband met *'procedural regularity'*.<sup>81</sup> Ik denk hierbij in de context van lagere regelgeving in Nederland bijvoorbeeld aan de eis dat de Afdeling advisering van de Raad van State wordt gehoord over ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur.<sup>82</sup> Popelier & Van de Heyning merken eveneens op dat zuiver procedureel toetsen inhoudt dat de rechter nagaat of een beslissing is genomen in overeenstemming met specifieke procedurele eisen die zijn neergelegd in wet- en regelgeving.<sup>83</sup> Meßerschmidt spreekt van 'traditionele procedurele toetsing'.<sup>84</sup> Daaronder verstaat hij dat de rechter nagaat of wet- of regelgeving is vastgesteld in overeenstemming met expliciete formele vereisten, neergelegd in de grondwet, een wet in for-

77 Harbo 2017, p. 31.

78 Huijbers 2019, p. 100 en 411. Deze definitie heeft zij gebaseerd op de gemeenschappelijke elementen die voortvloeien uit de definities die worden gehanteerd in de literatuur en de door haar besproken voorbeelden van procedurele toetsing in de rechtspraak.

79 Vergelijk Bar-Siman-Tov 2012, p. 280.

80 Bar-Siman-Tov 2012, p. 280.

81 Bar-Siman-Tov 2012, p. 281.

82 Artikel 73, eerste lid, van de Grondwet.

83 Popelier & Van de Heyning 2017, p. 10.

84 Meßerschmidt 2016b, p. 376-377.

mele zin of lagere regelgeving, voor de totstandkoming van regelgeving.<sup>85</sup> Meßerschmidt wijst in dat verband bijvoorbeeld op het initiatiefrecht, eerste en tweede lezingen, et cetera.

Een zuiver procedurele invulling van de toetsing van regelgeving aan evenredigheid zou inhouden dat de rechter de evenredigheid van regelgeving uitsluitend beoordeelt door te bezien of regelgeving is vastgesteld conform de daarvoor geldende formele eisen die zijn neergelegd in wet- en regelgeving. Het is mijns inziens moeilijk voor te stellen dat de Nederlandse bestuursrechter louter het (niet) naleven van dit soort formele eisen doorslaggevend vindt voor zijn evenredigheidsoordeel over een algemeen verbindend voorschrift en dus zuiver procedureel toetst aan evenredigheid. Ik besteed in het onderzoek daarom vooral aandacht aan een modaliteit die naar verwachting meer inspiratie kan bieden: semi-procedurele toetsing.<sup>86</sup>

#### 1.4.6.4 Semi-procedurele toetsing

In de literatuur is opgemerkt dat de beoordeling van de rechtmatigheid van regelgeving doorgaans niet louter materieel of louter procedureel is, maar dat de rechter daarbij zowel de inhoud als de totstandkoming van regelgeving betreft.<sup>87</sup> Er worden verschillende termen gebruikt om deze modaliteit van rechterlijke toetsing aan te duiden, zoals *'process-based review'*,<sup>88</sup> *'semiprocedural review'*,<sup>89</sup> *'novel procedural review'*,<sup>90</sup> *'semisubstantive review'*,<sup>91</sup> *'procedural proportionality review'*<sup>92</sup> en *'procedural rationality review'*.<sup>93</sup> Het is voor dit onderzoek vooral relevant wat deze vorm van rechterlijke toetsing betekent in het licht van de evenredigheidstoets.

Bar-Siman-Tov omschrijft een toetsingsmodaliteit waarvoor hij de term *'semiprocedural review'* (SPR) gebruikt.<sup>94</sup> SPR is volgens hem *'a model of judicial review which merges the examination of the statute's enactment process with the substantive judicial determination of the statute's constitutionality'*.<sup>95</sup> SPR verloopt in twee fases: eerst beoordeelt de rechter of de inhoud van regelgeving een beperking oplevert van door de constitutie beschermde rech-

85 Meßerschmidt 2016b, p. 376-377.

86 Zie in vergelijkbare zin Van Heusden 2022, p. 135 e.v., die ook deze modaliteit in haar onderzoek betreft. Zij spreekt van 'procedurele toetsing in enge zin'.

87 Vergelijk Huijbers 2019, p. 110-116.

88 Huijbers 2019.

89 Bar-Siman-Tov 2012.

90 Meßerschmidt 2016b.

91 Coenen 2002.

92 Harbo 2017.

93 Popelier & Van de Heyning 2017.

94 Bar-Siman-Tov 2012.

95 Bar-Siman-Tov 2012, p. 272.

ten of waarden, waarna de toelaatbaarheid van de beperking bepaald wordt door een beoordeling van de totstandkomingsprocedure.<sup>96</sup>

Een volgens Bar-Siman-Tov opkomende variant van SPR is ‘*Judicially-Created Semiprocedural Review*’.<sup>97</sup> Kenmerkend voor deze variant van SPR is dat de rechter een beoordeling van de totstandkoming van regelgeving integreert in de evenredigheidsstoets.<sup>98</sup> Dat wil zeggen dat de rechter de conclusies over de evenredigheid in meer of mindere mate baseert op de vraag of een beperkende regel tot stand is gekomen met inachtneming van formele eisen, zoals consultatieprocedures, passend onderzoek en voldoende parlementair debat.<sup>99</sup> Deze formele eisen in het licht waarvan de totstandkoming wordt beoordeeld zijn niet zozeer ‘formaliteiten’, neergelegd in de constitutie of de wet, voor de totstandkoming van regelgeving, zoals bij een zuiver procedurele toetsing (zie hierboven in paragraaf 1.4.6.3). Het betreft eerder door de rechter geformuleerde formele eisen die zijn gerelateerd aan wat Bar-Siman-Tov noemt ‘*proper lawmaking*’ en ‘*procedural rationality*’.<sup>100</sup> Dat verschil in de aard van de formele eisen wordt door Bar-Siman-Tov ook expliciet genoemd als een van de verschillen tussen SPR en een zuiver procedurele toetsing. Hij omschrijft het verschil als volgt:

*‘Typically, most courts that exercise pure procedural review enforce only procedural requirements found in the formal rules governing the legislative process, with most enforcing only lawmaking requirements that are constitutionally mandated, while others also enforce statutory and parliamentary rules. Under the emerging semiprocedural model [judicially-created semiprocedural review, MvZ], in contrast, courts typically enforce judicially-created procedural requirements that go beyond the formal rules, including findings, consultation, and proper debate and deliberation. Hence, while the purely procedural model typically holds the legislature to a level of requirements that can be described as “procedural regularity”, SPR typically subjects the legislature to the much higher standard that can be described as ‘procedural rationality’.*<sup>101</sup>

96 Bar-Siman-Tov 2012, p. 272-273.

97 Bar-Siman-Tov 2012, p. 274-279. Dit ter onderscheiding van ‘*Classic Constitutionally-Mandated Semiprocedural review*’, zie p. 273-274.

98 Bar-Siman-Tov 2012, p. 274.

99 Bar-Siman-Tov 2012, p. 274.

100 Zie Bar-Siman-Tov 2012, 278, 281.

101 Bar-Siman-Tov 2012, p. 281.

Bar-Siman-Tov legt ook uit wat het belangrijkste verschil is tussen SPR en een zuiver materiële toets. Hij schrijft in dat verband:

*‘The key difference between purely substantive judicial review and SPR is at the stage of determining the permissibility of infringements. Under the purely substantive model, this determination is based entirely on the judgement of judges on whether substantive balancing tests (such as the legitimacy of the pursued objective; the fit between the measure and that objective; and the over-all cost-benefit of the infringing measure) were satisfied on the merits. SPR complements, or even partially substitutes, these substantive judicial judgements with a procedural examination of whether the legislature devoted considered judgement to these questions.’<sup>102</sup>*

Elementen en kenmerken van het SPR-model van Bar-Siman-Tov zijn terug te zien in omschrijvingen die andere auteurs gebruiken voor een vergelijkbare rechterlijke (evenredigheids)toets.<sup>103</sup> Daarbij gaat het steeds om een vorm van evenredigheidstoetsing waarbij de rechter ook de totstandkoming van regelgeving beoordeelt in het licht van formele eisen die zien op wat door Bar-Siman-Tov ‘*procedural rationality*’ wordt genoemd.<sup>104</sup> Denk daarbij aan eisen die aan zorgvuldigheid zijn gerelateerd, zoals dat autoriteiten tijdens hun besluitvormingsprocedures voldoende kennis moeten vergaren van de te regelen situatie, de verwachte impact van hun beslissing en de negatieve gevolgen ervan.<sup>105</sup> Ook kan worden gedacht aan eisen over deliberatieve besluitvorming en motivering, waarmee het betrekken en afwegen van alle relevante belangen – en het uitleggen daarvan – wordt aangemoedigd bij het nemen van een beslissing.<sup>106</sup>

Gelet op het bovenstaande versta ik onder de modaliteit ‘semi-procedurele evenredigheidstoetsing’ het volgende: een modaliteit van evenredigheidstoetsing waarbij de rechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes.

102 Bar-Siman-Tov 2012, p. 279.

103 Zie bijvoorbeeld Harbo 2017, p. 32; Popelier & Van de Heyning 2017, p. 9-10.

104 Over wat ‘*rationality standards*’ in algemene zin zijn, zie Huijbers 2019, p. 136-138.

105 Huijbers 2019, p. 136.

106 Huijbers 2019, p. 137.

1.4.7 *Onverbindend verklaren en buiten toepassing laten*

Als de indirecte toetsing van (de toepassing van) een algemeen verbindend voorschrift aan een algemeen rechtsbeginsel 'succesvol' is – dat wil zeggen (de toepassing van) het voorschrift wordt met een rechtsbeginsel in strijd bevonden – dan heeft de bestuursrechter twee opties: onverbindend verklaren of buiten toepassing laten. Het is voor het vervolg van dit proefschrift belangrijk dat het helder is wat er onder deze begrippen wordt verstaan en welke consequenties het onverbindend verklaren en buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift hebben.

In de literatuur bestaat er overeenstemming over wat de begrippen 'onverbindend verklaren' en 'buiten toepassing laten' betekenen.<sup>107</sup> Sillen geeft in zijn dissertatie een heldere uitleg: 'een onverbindend voorschrift is een voorschrift dat zelf onrechtmatig is en daarom buiten toepassing gelaten moet worden; een voorschrift waarvan alleen de toepassing onrechtmatig is, moet ook 'buiten toepassing' worden gelaten, maar is niet onverbindend.'<sup>108</sup> Een onverbindend algemeen verbindend voorschrift is dus een voorschrift dat als zodanig in strijd is met hoger recht en daarom in geen enkel geval rechtmatig kan worden toegepast.<sup>109</sup> Het onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift is geen rechtshandeling maar slechts een declaratoire handeling: de rechter constateert dat er aan het voorschrift een gebrek kleeft en leidt uit het systeem van de normenhiërarchie af dat het voorschrift onverbindend is.<sup>110</sup> Om die reden spreek ik soms ook van het onverbindend 'achten'. Het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift betekent dat de rechter dat voorschrift niet toepast in de voorliggende casus, omdat de toepassing ervan in strijd is met hoger recht.<sup>111</sup>

Onverbindend verklaren en buiten toepassing laten hebben verschillende consequenties.

Formeel gezien heeft het onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift beperkte gevolgen, omdat deze constatering strikt genomen geen werking heeft buiten de grenzen van het geding waarin de onverbindendheid is geconstateerd. In die zin overwoog de Hoge Raad in het *Vulhop*-arrest dat de bindende kracht van een uitspraak

---

107 Zie bijvoorbeeld Van Heusden 2022, p. 273-277; Schutgens 2017, p. 129-130; Schutgens 2009, p. 9-10; Sillen 2010, p. 72-73.

108 Sillen 2010, p. 72-73.

109 Schutgens 2009, p. 9; Schutgens 2017, p. 129-130.

110 Schutgens 2017, p. 130; Ortlep 2011, p. 214; Schutgens 2009, p. 37.

111 Buiten toepassing laten wordt hier gebruikt in relatie tot de consequenties die er kunnen zijn als een algemeen verbindend voorschrift in strijd is met hoger recht. Maar, zoals Schutgens opmerkt, kan de rechter een algemeen verbindend voorschrift ook om andere redenen buiten toepassing laten, bijvoorbeeld omdat een ander voorschrift van gelijke rang voorrang krijgt. Zie Schutgens 2009, p. 10.



waarin een voorschrift onverbindend is geacht, in dit geval door de belastingkamer van de Hoge Raad, ‘naar haar aard beperkt [is] tot het in de desbetreffende belastingzaak aan de belastingrechter voorgelegde geschil.’<sup>112</sup> Feitelijk heeft de onverbindendverklaring echter een veel ruimere werking.<sup>113</sup> Met het constateren van de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift geeft de rechter te kennen dat het voorschrift volgens hem in geen enkel geval rechtmatig *kon* worden toegepast en ook niet meer rechtmatig *kan* worden toegepast.<sup>114</sup> Formeel gezien blijft het voorschrift bestaan in de rechtsorde<sup>115</sup> – de rechter kan een algemeen verbindend voorschrift op enkele uitzonderingen na niet vernietigen – maar het voorschrift heeft feitelijk geen betekenis meer. Rechters nemen de constatering dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is namelijk over in andere zaken, zodat die constatering *de facto* een sterke derdenwerking heeft.<sup>116</sup> Bovendien wordt gezegd dat het bestuur algemeen verbindende voorschrift niet meer mag toepassen zolang de onrechtmatigheid voortduurt<sup>117</sup> en dat het bestuur de gevolgen van het onverbindend verklaren over de gehele uitvoeringspraktijk zal moeten respecteren ‘omwille van de consistentie van zijn besluiten, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid’.<sup>118</sup>

Het is niet zeker of er op de regelgever ook een rechtsplicht rust om een onverbindend algemeen verbindend voorschrift in te trekken. Schutgens neemt aan dat er een (ongeschreven) rechtsplicht bestaat om een lagere regeling in te trekken als er een hogere regeling tot stand komt waardoor een bestaande lagere regeling haar verbindende kracht verliest.<sup>119</sup> Hij wijst erop dat door niet-intrekking ten onrechte de schijn in stand wordt gelaten dat de regeling, die dan onderdeel blijft uitmaken van ‘het corpus aan uitgevaardigde wettelijke regelingen’, nog verbindt, waardoor burgers hun handelen daarop ten onrechte blijven afstemmen.<sup>120</sup> Sillen twijfelt of zo’n rechtsplicht tot intrekking bestaat.<sup>121</sup> Zijn twijfel is gelegen in de overwegingen van de Hoge Raad in het *Aujeszky*-arrest, waarin staat dat:

‘van een bestuursorgaan verwacht mag worden dat het, als de hoogste bestuursrechter een regeling onverbindend heeft geacht, hetzij het daarheen leidt dat

112 HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0718 (*Vulhop*), r.o. 3.4.

113 Zie bijvoorbeeld Schutgens 2017, p. 129-130; Schutgens 2006; Schutgens 2009, p. 221-222; Van Heusden 2022, p. 276-277.

114 Schutgens 2017, p. 129-130; Van Heusden 2022, p. 274.

115 Sillen 2018, p. 679; Sillen 2010, p. 150-151; Van Heusden 2022, p. 274.

116 Schutgens 2006; Schutgens 2009, p. 221 e.v.

117 Sillen 2010, p. 150.

118 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 469.

119 Schutgens 2009, p. 43.

120 Schutgens 2009, p. 43.

121 Sillen 2010, p. 153-154.

alsnog een verbindende regeling wordt tot stand gebracht, hetzij zich ook in andere gevallen aan de uitspraak van die hoogste rechter houdt.<sup>122</sup>

De Hoge Raad zou hierboven volgens Sillen niet meer dan een ‘fatsoensregel’ hebben geformuleerd, omdat de Hoge Raad overweegt dat ‘van een bestuursorgaan verwacht mag worden.’<sup>123</sup> Belangrijker, de Hoge Raad noemt de mogelijkheid van intrekking van het onverbindende voorschrift niet. Die optie zou de Hoge Raad waarschijnlijk wel benoemd hebben als de regelgever verplicht zou zijn om een onverbindend voorschrift in te trekken, aldus Sillen.<sup>124</sup> De Hoge Raad laat de regelgever, die een voorschrift heeft vastgesteld dat door de hoogste bestuursrechter onverbindend is geacht, twee andere keuzes: ‘of de wetgever wijzigt het voorschrift zó dat het ophoudt onrechtmatig te zijn of hij houdt zich aan de uitspraak van de hoogste bestuursrechter, dat wil zeggen: hij past het voorschrift in de toekomst niet meer toe.’<sup>125</sup> Overigens, als de regelgever een onverbindend algemeen verbindend voorschrift zo wijzigt dat het ophoudt onrechtmatig te zijn, dus herstelt, dan kan het algemeen verbindende voorschrift ‘herleven.’<sup>126</sup> Dat komt omdat het voorschrift, zoals hierboven gezegd, formeel gezien onderdeel blijft van de rechtsorde en ‘slechts’ niet kan worden toegepast als het onverbindend is verklaard.<sup>127</sup> Is er geen vernietigingsberoep ingesteld tegen het algemeen verbindende voorschrift, dan kan de rechter dat voorschrift immers niet vernietigen en daarmee uit de rechtsorde verwijderen.<sup>128</sup>

De hierboven genoemde verstrekkende gevolgen van het onverbindend verklaren moeten wel worden gerelativeerd voor de toepassingen die dat voorschrift heeft gehad in het verleden. De constatering dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, werkt *ex tunc*,<sup>129</sup> maar dat betekent niet dat het bestuur verplicht is om de reeds in rechte onaan- tastbaar geworden besluiten die op het onrechtmatige voorschrift zijn gebaseerd te heroverwegen.<sup>130</sup> Verder geldt dat een ‘gewijzigde rechtsopvatting’ in een rechterlijke uitspraak, in die zin dat de rechter een algemeen verbindend voorschrift door gewijzigde inzichten anders dan in het verleden onverbindend acht, geen grond oplevert voor herzie-

---

122 HR 18 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO4257 (*Aujeszky*), r.o. 3.5.

123 Sillen 2010, p. 153.

124 Sillen 2010, p. 154.

125 Sillen 2010, p. 153.

126 Sillen 2010, p. 150-152. Wel kan het geschreven positieve recht afwijken van de regel dat onrechtmatige voorschriften kunnen herleven, zie Sillen 2010, p. 154.

127 Sillen 2010, p. 150-152.

128 Vergelijk Sillen 2010, p. 149, die verwijst naar Van Maanen & De Lange 2005, p. 125.

129 Van Heusden 2022, p. 276; Schutgens 2017, p. 130.

130 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*), r.o. 5.8.

ning van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak als bedoeld in artikel 8:119, eerste lid, van de Awb.<sup>131</sup>

Het buiten toepassing laten is door Schutgens omschreven als een ‘neutralere term’, waarmee de rechter slechts aangeeft dat hij het voorschrift niet toepast in de casus die voorligt.<sup>132</sup> Als de rechter de term ‘buiten toepassing laten’ gebruikt, kan daaruit volgens Schutgens niet worden afgeleid of het algemeen verbindende voorschrift buiten de grenzen van het geding wel of niet rechtmatig kan worden toegepast.<sup>133</sup> Als de term ‘buiten toepassing laten’ wordt gehanteerd, kan het zijn dat alleen de specifieke toepassing van een voorschrift onrechtmatig is, maar de term kan ook gebruikt worden in situaties waarin een voorschrift jegens eenieder of een bepaalde groep onrechtmatig is.<sup>134</sup> Om welke situatie het gaat, kan aldus niet worden afgeleid uit het gebruik van enkel de term ‘buiten toepassing laten’. Het buiten toepassing laten heeft zo gezien niet dezelfde ‘lading’ als het onverbindend verklaren, waarmee de rechter te kennen geeft dat een algemeen verbindend voorschrift voor alle daaronder vallende situaties onrechtmatig is. Gelet op dat verschil zijn de gevolgen van het buiten toepassing laten minder verstrekkend dan de gevolgen van het onverbindend verklaren.

In de recente rechtspraak van de bestuursrechters zijn er verschillende ‘varianten’ van het buiten toepassing laten te onderscheiden, waarbij de bestuursrechter wel aangeeft of het voorschrift in andere zaken wel of niet kan worden toegepast. In hoofdstuk 3 (paragrafen 3.8.2 en 3.8.3) zal ik uitleggen dat de bestuursrechter algemeen verbindende voorschriften ‘specifiek’ buiten toepassing kan laten of ‘groepsspecifiek’ buiten toepassing kan laten. Kort gezegd betreft het specifiek buiten toepassing laten alleen de concrete, specifieke zaak. In andere gevallen kan het voorschrift rechtmatig toegepast blijven worden. Wanneer de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift groepsspecifiek buiten toepassing laat, laat hij het voorschrift ook in het specifieke geval buiten toepassing, maar geeft hij daarbij aan dat dit oordeel van overeenkomstige toepassing is op andere, identieke gevallen en dus op een gehele groep. Soms gebruiken de bestuursrechters ook alleen de term buiten toepassing laten, zonder dat daarbij duidelijk wordt of het voorschrift voor een specifiek geval, een specifieke groep of eenieder onrechtmatig is. Wanneer dat laatste aan de orde is – het voorschrift is jegens eenieder onrechtmatig en wordt buiten toepassing gelaten – zou overigens gesproken kunnen worden van ‘generiek buiten toepassing laten’.

131 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*), r.o. 5.8.

132 Schutgens 2009, p. 9.

133 Schutgens 2009, p. 9.

134 Zie ook de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 2.5.

## 1.5 METHODE EN OPZET VAN HET ONDERZOEK

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden, is het onderzoek ingedeeld in drie fases.

### 1.5.1 *Eerste fase*

In de eerste fase van het onderzoek staat de nationale dimensie centraal. Het onderzoek in deze fase is juridisch-dogmatisch. Aan de hand van een onderzoek naar het geldende recht – neergelegd in regelgeving, beginselen, begrippen, leerstukken en rechterlijke uitspraken en het daarop gegeven commentaar in de literatuur – worden de voor dit onderzoeksthema relevante gegevens in kaart gebracht en geanalyseerd.<sup>135</sup>

Het doel van het onderzoek in de eerste fase is tweeledig. Ten eerste heeft het als doel om te bezien wat een passend constitutioneel vertrekpunt is voor het verdere verloop van de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen (deelvraag 1). Wat een passend constitutioneel vertrekpunt is, wordt mede bepaald aan de hand van de in paragraaf 1.2 gesignaleerde ontwikkelingen binnen de democratische rechtsstaat en supranationale ontwikkelingen die de aanleiding vormden voor de waargenomen intensiveringstendens. Het tweede doel is het verkrijgen van inzicht in het verloop van de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen en de vragen van materiële en procedurele aard die daarbij rijzen (deelvragen 2 en 3).

De eerste fase van het onderzoek zal duidelijk maken dat de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften verloopt door de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, in het kader waarvan ook de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering een rol speelt. Bovendien zal in hoofdstuk 3 duidelijk worden dat het verloop van de intensivering vragen oproept, die zijn onder te brengen in vijf thema's waarop het nieuwe beoordelingskader en de toepassingen daarvan van invloed zijn:

- de structuur en inhoud van de evenredigheidstoets;
- de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel;
- de modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel;

---

135 Vranken 2014, nrs. 8. e.v.

- de consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften;
- de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

### 1.5.2 Tweede fase

In de tweede fase zie ik hoe er met de materiële en procedurele vragen, gerelateerd aan de hierboven genoemde vijf thema's, wordt omgegaan in andere rechtssystemen. In deze fase wordt een rechtsvergelijkend onderzoek uitgevoerd. De rechtssystemen die in het rechtsvergelijkende onderzoek worden betrokken zijn het Unierechtelijk rechtssysteem, het EVRM-rechtssysteem, het Franse rechtssysteem en het Duitse rechtssysteem. Het doel van de rechtsvergelijking is 'normatief',<sup>136</sup> in de zin dat het beoogt om te leren van andere rechtssystemen om zo de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen in Nederland in perspectief te plaatsen en, waar nodig, verder te kunnen brengen. Het onderzoek identificeert vergelijkbare leerstukken en concepten in andere rechtssystemen met het oog op het (her)vormen van de Nederlandse leerstukken en concepten. De rechtsvergelijking in dit onderzoek onderscheidt zich daarmee van rechtsvergelijkende onderzoeken die een 'niet-normatief' doel hebben, zoals onderzoeken die zien op het in volledigheid beschrijven van (onderdelen van) andere rechtssystemen.<sup>137</sup>

#### *Inhoud van de rechtsvergelijking*

De focus in het rechtsvergelijkende deel ligt op de vergelijking met enkele leerstukken en concepten uit de andere rechtssystemen. Welke objecten in de rechtsvergelijking zijn betrokken, is bepaald aan de hand van de vijf thema's die ik hierboven heb genoemd: de structuur en inhoud van de evenredigheidstoets, de intensiteit bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, de modaliteiten bij toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, de consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

Het rechtsvergelijkende onderzoek is opgedeeld in twee delen. Dat komt omdat een deel van de thema's, en de daaraan gerelateerde vragen, een meer procedureel karakter hebben, terwijl andere thema's, en de daaraan gerelateerde vragen, meer materieel van aard zijn. Het

136 Oderkerk 2015, p. 600-601, waarin zij een onderscheid maakt tussen normatieve en niet-normatieve doelstellingen van rechtsvergelijkend onderzoek. Zie over de doelstellingen bijvoorbeeld ook Glenn 2012.

137 Oderkerk 2015, p. 601.

afzonderlijk bestuderen en bespreken van deze procedurele en materiële thema's maakt het geheel overzichtelijker.

De thema's 'consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften' en 'de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften' hebben een meer procedureel karakter en raken aan de eigen aard van indirecte toetsing in het rechtsbeschermingssysteem. Zij zijn de aanleiding om de procedurele positie van indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften te bekijken in andere rechtsbeschermingsrechtssystemen, namelijk: het Unierecht, Duitsland en Frankrijk. Ik bekijk wat in die rechtssystemen de consequenties zijn van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en wat de verhouding is tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Daarbij gaat het in Frankrijk en Duitsland steeds om directe en indirecte toetsing door de *bestuursrechter*. Wat betreft het Unierecht gaat het om de directe en indirecte toetsing door het Hof van Justitie. Om een en ander te kunnen plaatsen bespreek ik ook enkele algemene karakteristieken van deze rechtsbeschermingssystemen.

De thema's 'de structuur en inhoud van de evenredigheidstoets', 'de intensiteit bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel' en 'de modaliteiten bij toetsing aan het evenredigheidsbeginsel' zijn materieel van aard en staan meer los van de eigen aard van indirecte toetsing door de bestuursrechter. Deze materiële thema's zijn de aanleiding om de evenredigheidstoetsing van wet- en regelgeving te bespreken in andere rechtssystemen, namelijk: het Unierecht, het EVRM-systeem en Duitsland. In dit deel van de rechtsvergelijking zal ik ook de toetsing van formele wetgeving (naast lagere regelgeving) op evenredigheid betrekken die de rechters in die andere rechtssystemen uitvoeren. Zo wordt een zo volledig mogelijk beeld verkregen van de wijze waarop algemene regels, of die nou zijn neergelegd in een formele wet of niet, op evenredigheid kunnen worden getoetst door een rechter.

#### *Gekozen rechtssystemen*

Het is om verschillende redenen interessant om te bekijken wat de procedurele positie van indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften is in het Unierecht, Duitsland en Frankrijk.

Ten eerste leveren de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssystemen van Duitsland en Frankrijk naar verwachting een contrasterend beeld op over de procedurele positie van indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften in een rechtsbeschermingssysteem. Het Duitse rechtsbeschermingssysteem is sterk gericht op individuele rechtsbescherming, terwijl het Franse rechtssysteem meer gericht is op de handhaving van het

objectieve recht. Dat verschil heeft naar verwachting gevolgen voor bijvoorbeeld de consequenties van succesvolle indirecte toetsing en de reikwijdte daarvan. Zo zullen de consequenties van succesvolle indirecte toetsing in Frankrijk vermoedelijk verder reiken dan in Duitsland. Ten tweede bestaat er in het Unierecht, Duitsland en Frankrijk een mogelijkheid om algemeen verbindende voorschriften direct te laten toetsen in een vernietigingsberoep en is daarnaast indirecte toetsing van die voorschriften mogelijk. Dat is interessant voor het procedurele thema ‘verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften’. Daarbij verschilt de mate waarin directe toetsing mogelijk is in deze verschillende rechtssystemen. In Frankrijk staat het vernietigingsberoep open tegen vrijwel alle lagere regelgeving en zijn er geen strikte ontvankelijkheidsvoorwaarden. In het Unierecht kan eveneens vrijwel alle (lagere) regelgeving direct worden aangevochten bij het Hof van Justitie, maar daarvoor gelden in elk geval voor particulieren wel strikte ontvankelijkheidsvoorwaarden. Een interessante vraag om in dat verband te stellen is wat een ruime of juist minder ruime beroepsmogelijkheid tegen algemeen verbindende voorschriften betekent voor de latere indirecte toetsing van die voorschriften. In Duitsland kan lagere regelgeving ook direct worden aangevochten, zij het in beperkte omvang. Een belangrijke vorm van lagere regelgeving waartegen het vernietigingsberoep in Duitsland wel openstaat, is het bestemmingsplan. Ook in het Nederlandse rechtssysteem zijn bestemmingsplannen appellabel. Interessant is daarom om te bekijken hoe men in Duitsland omgaat met de indirecte toetsing van bestemmingsplannen die ook direct getoetst kunnen worden door de bestuursrechter.

Aan de keuze om de materiële thema’s in juist het Unierecht, het EVRM-systeem en Duitsland te bestuderen, liggen ook verschillende redenen ten grondslag.

Het Unierecht en het EVRM zijn gekozen vanwege de grote invloed op het Nederlandse bestuurs(proces)recht, ook als het gaat om hoe de rechter aan algemene rechtsbeginselen (in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel) moet toetsen in zaken met een supranationale dimensie. Het is verstandig om deze systemen in het onderzoek te betrekken, zodat de toetsing aan nationale algemene rechtsbeginselen niet onnodig afwijkt van de toetsing die vanuit het supranationale recht wordt voorgeschreven en/of uitgevoerd. Bovendien zoekt de Nederlandse bestuursrechter bij de invulling van zijn (evenredigheids)toets van algemeen verbindende voorschriften inspiratie in het Unierecht en het EVRM. Zo zijn de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader via de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017 en de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021 geïnspireerd op het Unierecht

en het EVRM.<sup>138</sup> Een specifieke reden voor de keuze voor het Duitse rechtssysteem is dat een rechtsvergelijkend onderzoek dat gaat over de rechterlijke toetsing aan in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel niet voorbij kan gaan aan het Duitse rechtssysteem. De inhoud van de evenredigheidstoets die de Afdeling in de *Harderwijk*-uitspraak heeft geformuleerd – een toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin – wortelt uiteindelijk in het Duitse rechtssysteem. Bij de verdere ontwikkeling van de evenredigheidstoets is het dan ook zinvol om te bekijken hoe het evenredigheidsbeginsel wordt toegepast in het Duitse rechtssysteem bij de rechterlijke beoordeling van wet- en regelgeving.

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat ik het EVRM-systeem buiten beschouwing laat wat betreft de procedurele thema's en dat vragen gerelateerd aan de materiële thema's niet aan de orde komen in de rechtsvergelijking met Frankrijk. De uitsluiting van het EVRM-systeem in dit verband heeft er vooral mee te maken dat er in dat systeem in het geheel geen vernietigingsberoep bestaat. Daardoor kan niet worden bekeken hoe indirecte toetsing functioneert naast het bestaan van een vernietigingsberoep. Het ontbreken van het onderzoek naar evenredigheidstoetsing in Frankrijk heeft te maken met de beperkingen tijdens de coronapandemie. Een groot deel van het rechtsvergelijkende onderzoek stond gepland voor een periode waarin het reizen naar een buitenlandse universiteit bemoeilijkt werd en er verschillende lockdowns waren. Uiteindelijk hebben de beperkingen tijdens de coronapandemie voor dit proefschrift concreet tot gevolg gehad dat de rechtsvergelijking met Frankrijk geen betrekking heeft op de evenredigheidstoetsing van algemeen verbindende voorschriften door de Franse bestuursrechter.

### 1.5.3 *Derde fase*

In de derde fase van het onderzoek wordt het verloop van de intensivering van de indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen tegen het licht gehouden. Ik bekijk of er aanleiding is om deze toets aan te passen en, zo ja, welke aanpassingen de Nederlandse bestuursrechters dan zouden kunnen doen. Ook bespreek ik wat de gevolgen van die aanpassingen zijn voor de procedurele complicaties, gerelateerd aan de consequenties van succesvolle indirecte toetsing en de verhouding tussen directe en indirecte toetsing (deelvraag 4).

---

<sup>138</sup> Zie de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, i.h.b. punten 7.8, 7.9, 8.5, 8.7 en de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, i.h.b. punten 7 en 8.



Belangrijke toetsingskaders voor het verloop van de intensivering en de verdere stappen die de bestuursrechters zouden kunnen zetten, zijn het in de eerste fase geformuleerde constitutionele vertrekpunt én de aard van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter. Het bedoelde constitutionele vertrekpunt wordt geformuleerd in hoofdstuk 2. Met de aard van de indirecte toetsing door de bestuursrechter van een algemeen verbindend voorschrift bedoel ik dat die toets samenhangt met de beoordeling van de individuele toepassing die een voorschrift heeft gehad in de vorm van een appellabel besluit in het voorliggende, specifieke geval.<sup>139</sup> De aanleiding voor de indirecte toets is gelegen in de individuele toepassing in de vorm van een appellabel besluit én de beoordeling van de rechtmatigheid van een voorschrift bij wijze van indirecte toetsing vindt plaats ter beoordeling van de rechtmatigheid van die individuele toepassing in de vorm van een appellabel besluit. Eveneens relevant voor de waardering is de richting die de bestuursrechters zelf aangeven in de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader.

## 1.6 DE BESTUURSRECHTELIJK-MAATSCHAPPELIJKE ACHTERGROND

### 1.6.1 *Ontwikkelingen rechterlijke toetsing over de volle breedte van het bestuursrecht*

De ontwikkelingen op het gebied van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen staan niet op zichzelf. Zij moeten worden geplaatst tegen de achtergrond van de ontwikkeling van de rechterlijke toetsing over de volle breedte van het bestuursrecht.<sup>140</sup>

Het startpunt voor de ontwikkelingen op het gebied van de rechterlijke toetsing in het bestuursrecht is het VAR-preadvies van Hirsch Ballin uit 2015.<sup>141</sup> In het preadvies betoogt Hirsch Ballin onder meer dat de veronderstelde democratische legitimatie van het bestuur niet steeds kan rechtvaardigen dat de bestuursrechter besluiten die met beleids- of beoordelingsvrijheid zijn genomen (in de regel) terughoudend (marginaal) toetst. Politieke speelruimte zou door de wetgever niet welbewust aan het bestuur worden gegeven, maar berusten 'op een praktische noodzaak en op de complexiteit van de beslissituaties, in de verwachting dat de verdere uitwerking en toepassing wel politiek moet worden verant-

<sup>139</sup> Vergelijk paragraaf 1.4.3.

<sup>140</sup> Zie over ontwikkelingen op het gebied van de rechterlijke toetsingsintensiteit ook de Nijmeegse bundel *Toetsingsintensiteit*, verschenen in 2022 (Schutgens e.a. (red.) 2022); Ortlep 2022b; Addink 2023; Van den Berge 2016, p. 293 e.v.

<sup>141</sup> Hirsch Ballin 2015.

woord, maar niet zelf politiek van aard zijn.<sup>142</sup> De situatie die daardoor ontstaat waarin ‘de ruimte voor het bestuur, voor de rechterlijke taak een vacuüm is’, is ontoelaatbaar, aldus Hirsch Ballin.<sup>143</sup> Als antwoord hierop zou een genuanceerdere rechterlijke toetsing moeten plaatsvinden, waarbij niet alleen de discretionaire bevoegdheid van het bestuur, maar ook de aard van de rechtsverhouding en het gewicht van de voor belanghebbenden op het spel staande belangen de intensiteit van de rechterlijke toetsing bepalen.<sup>144</sup>

Erop wijzend dat de term ‘vrijheid’ verwarrend kan zijn en geen ‘enkel gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid geheel vrij is’, meldt de Raad van State vervolgens in 2017 dat de Afdeling bestuursrechtspraak de termen ‘beleidsvrijheid’ en ‘beoordelingsvrijheid’ heeft vervangen door de termen ‘beleidsruimte’ en ‘beoordelingsruimte’, met als overkoepelende term ‘beslissingsruimte’.<sup>145</sup> Van de term ‘marginale toetsing’ is afgestapt: die term suggereert een te vrijblijvende opstelling van de rechter.<sup>146</sup> Bij alleen terminologische veranderingen blijft het niet. De rechterlijke toetsing wordt ook daadwerkelijk indringender, zo schrijft althans de Raad van State zelf in zijn jaarverslagen,<sup>147</sup> en dat wordt ook in de literatuur gesignaleerd.<sup>148</sup> In dat licht wordt er bijvoorbeeld gewezen<sup>149</sup> op het verlaten van het *ne bis*-beoordelingskader bij besluiten op herhaalde aanvragen,<sup>150</sup> de rechterlijke toetsing bij de toepassing van beleidsregels door bestuursorganen,<sup>151</sup> en de rechterlijke toetsing van de instemming met een winningsplan van de gaswinning in Groningen.<sup>152</sup>

Intussen werd er ook nagedacht over de wijze waarop de intensivering van de rechterlijke toetsing van besluiten dan zou moeten plaatsvinden. In de literatuur werd opgemerkt dat bij een indringender toetsing moet worden gedacht aan een toetsing ‘aan het recht’, waaronder dan in het bijzonder de formele beginselen van zorgvuldigheid en motivering zouden moeten worden verstaan.<sup>153</sup> Maar ook het evenredigheidsbeginsel kwam steeds meer

142 Hirsch Ballin 2015, p. 26.

143 Hirsch Ballin 2015, p. 27.

144 Vergelijk Ortlep & Zorg 2018, p. 23.

145 Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61. Vergelijk Polak 2016, p. 25-27.

146 Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61.

147 Jaarverslag Raad van State 2015, p. 65-67; Jaarverslag Raad van State 2016, p. 60-62.

148 Zie bijvoorbeeld Van den Berge 2016, p. 293-300; Kegge 2018; Van Gijssel & Heinrich 2018, par. 8.1; Ortlep & Zorg 2018, p. 23-24.

149 Zie De Poorter 2021, p. 16; Ortlep & Zorg 2018, p. 23-25; Van den Berge 2020, p. 45.

150 ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131; CRvB 20 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4872; CbB 24 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:190.

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

152 ABRvS 18 november 2015, ECLI:RVS:2015:3578 (*Groninger Gaswinning*).

153 Zie Huisman & Jak 2019, p. 217; Ortlep & Zorg 2018, p. 24; Kegge 2018, p. 3-19. Vergelijk ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (*Groninger Gaswinning*), r.o. 16, waarin de Afdeling overweegt dat de discretionaire besluitvorming van de minister is onderworpen aan rechterlijke toetsing, waarbij de Afde-

in beeld als maatstaf waarmee de bestuursrechter zijn toetsing zou intensiveren.<sup>154</sup> De opkomst van het evenredigheidsbeginsel, en de rechterlijke toetsing daaraan, zette door.<sup>155</sup> In de nasleep van het kinderopvangtoeslagenschandaal, waarin evenredigheidstoetsing juist schitterde door afwezigheid, vroeg de Afdeling vier conclusies over de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. De conclusies gaan over de rechterlijke toetsing van niet-bestraffende sancties aan het evenredigheidsbeginsel,<sup>156</sup> de (on)mogelijkheden van rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel,<sup>157</sup> de rechterlijke toetsing van beleidsregels aan het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder over de vraag wat de rol van het evenredigheidsbeginsel is bij begunstigend beleid,<sup>158</sup> en de rechterlijke toetsing van lagere regelgeving aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>159, 160</sup>

De conclusie over de rechterlijke toetsing van niet-bestraffende sancties aan het evenredigheidsbeginsel, genomen door staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel op 7 juli 2021, is voorafgegaan aan de *Harderwijk*-uitspraak van de Afdeling.<sup>161</sup> Dat is de uitspraak waarin de Afdeling nieuwe uitgangspunten heeft geformuleerd voor de toetsing van besluiten, waaronder ook algemeen verbindende voorschriften, aan het evenredigheidsbeginsel (het *Harderwijk*-beoordelingskader).<sup>162</sup> Het *Harderwijk*-beoordelingskader wordt inmiddels veelvuldig toegepast in met name de rechtspraak waarin beschikkingen worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb en dat leidt tot een veelomvattender, en vaak indringender, toetsing dan gebruikelijk was con-

---

ling ook beoordeelt of de afweging ‘berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen, en deugdelijk is gemotiveerd’.

- 154 Barkhuysen 2018; Addink 2023, p. 336 e.v.; Van den Berge 2016, p. 293 e.v. Zie ter illustratie ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen (*Alcoholslotprogramma*); ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2768, AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AB 2020/85, m.nt. A. Drahmman & D.K. Jongkind; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, AB 2020/86, m.nt. A. Drahmman & D.K. Jongkind; ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493, AB 2021/4, m.nt. I.M. van der Heijden; ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2849, AB 2021/10, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.
- 155 Vergelijk Addink 2023, p. 321-324.
- 156 Conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.
- 157 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Snijders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.
- 158 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1440.
- 159 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:516. Over de rechterlijke toetsing van lagere regelgeving werden al eerder uitgangspunten geformuleerd in de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.
- 160 Voor de ontwikkelingen op het gebied van evenredigheidstoetsing na deze conclusies, zie bijvoorbeeld Barkhuysen & Van Emmerik 2023; Addink 2023, p. 336 e.v.; Verbeek 2023; Damen 2022; Bröring 2022; Schlössels 2022.
- 161 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*).
- 162 Zie over de *Harderwijk*-uitspraak, het daarin geformuleerde kader en de consequenties daarvan verder bijvoorbeeld Addink 2023, p. 322-323; Schlössels 2022; Bröring 2022; Feenstra 2022; Damen 2022, p. 634-635; Verbeek 2023; Barkhuysen & Van Emmerik 2023.

form de *Maxis en Praxis*-maatstaf<sup>163</sup> uit 1996.<sup>164</sup> Conform de laatstgenoemde maatstaf diende de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel zich te beperken tot de vraag of er sprake is van zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen dat moet worden geoordeeld dat het orgaan niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.<sup>165</sup>

De conclusie over de (on)mogelijkheden van rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel, genomen door staatsraad advocaat-generaal Sniijders op 18 mei 2022, is onderdeel van de bredere en wederom opgelaaide discussie over het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, inclusief het in dat artikel gelezen verbod van toetsing van formele wetten aan nationale algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht.<sup>166</sup> Rechteren hebben vanwege het huidige artikel 3:4 Awb en het *Harmonisatiewet*-arrest<sup>167</sup> nauwelijks mogelijkheden om (de toepassing van) formele wetten op evenredigheid – of aan andere nationale algemene rechtsbeginselen – te toetsen.<sup>168</sup> Het is alleen mogelijk om af te zien van de toepassing van een dwingend geformuleerde formele wetsbepaling als die toepassing vanwege bijzondere omstandigheden, die niet of niet ten volle zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, leidt tot strijd met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht (contra-legendtoepassing van algemene rechtsbeginselen).<sup>169</sup> Deze beperkingen van de rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan nationale algemene rechtsbeginselen zijn ter discussie komen te staan in de nasleep van het kinderopvangtoeslagenschandaal, dat duidelijk heeft gemaakt welk leed (ongekend onrecht) deze beperkingen, in combinatie met ‘hardvochtige’ formele wetgeving en een strikte toepassing daarvan door het bestuur, kunnen veroorzaken.

163 ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153 (*Maxis en Praxis*).

164 Zie bijvoorbeeld *Damen* 2022, p. 634-635. Hij wijst op ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335; CBB 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1048; Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972; ABRvS 22 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1765; ABRvS 22 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1741. Zie verder bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1235; ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:564; Rb. Midden-Nederland 11 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:477 t/m 479; Rb. Midden-Nederland 2 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2046; Rb. Midden-Nederland 17 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2764.

165 Zie verder *Ortlep* 2022b.

166 Over deze discussie zie bijvoorbeeld; Scheltema & Lubberdink 2021; Barkhuysen 2021; Barkhuysen 2022; Uzman 2022; Leijten 2022; Becker 2022; Hoogers 2022; Vetzo 2022; Schutgens 2022; Leijten & Loven 2023; Laninga & Duchateau 2023; Duchateau & Laninga 2023; Al Khatib & Tinggen 2023; Ten Hoor & Van Achthoven 2023.

167 In het *Harmonisatiewet*-arrest bepaalde de Hoge Raad dat artikel 120 van de Grondwet zich ook verzet tegen de rechterlijke toetsing van wetten in formele aan nationale algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht. Zie HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*).

168 Zie bijvoorbeeld de annotaties van *Ortlep* onder CBB 26 januari 2021, AB 2021/251, Rb. Zeeland-West-Brabant 22 juli 2021, AB 2021/268 en CRvB 7 april 2021, AB 2021/241).

169 Zie onder andere HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, AB 2019/59, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Binnenvaart*).

Staatsraad advocaat-generaal Snijders onderzocht in zijn conclusie welke ruimte er in de rechtspraak onbenut wordt gelaten op het gebied van de rechterlijke (evenredigheids)toetsing van formele wetgeving. Eerder werd dat gedaan door staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel in hun conclusie van 7 juli 2021.<sup>170</sup> Snijders en Widdershoven & Wattel verschilden in opvatting over de wegen waarlangs de evenredigheidstoetsing van formele wetgeving zou kunnen plaatsvinden, maar zagen wel mogelijkheden voor een vorm van verruiming.<sup>171</sup> Het antwoord vanuit de rechtspraak kwam in twee uitspraken van de grote kamer van de Afdeling van 1 maart 2023.<sup>172</sup> In deze twee uitspraken heeft de grote kamer – waarin behalve de Afdeling ook waren vertegenwoordigd de Hoge Raad, het CbB en de CRvB – herbevestigd dat artikel 120 Grondwet zich ook verzet tegen de rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan nationale algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, waaronder het evenredigheidsbeginsel.

In de twee uitspraken van 1 maart 2023 overweegt de Afdeling dat zij het niet aangewezen acht om de gedachtevorming door de (grond)wetgever te doorkruisen over de vraag of het toetsingsverbod in zijn huidige vorm gehandhaafd moet blijven en zij legt het toetsingsverbod daarom niet anders uit dan voorheen.<sup>173</sup> In dat kader is relevant te vermelden dat de regering in de ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’ van 1 juli 2022 te kennen heeft gegeven een vorm van constitutionele toetsing voor te staan, inhoudende een gespreide rechterlijke toetsing *ex post* aan klassieke vrijheidsrechten, waarbij de rechter in een bindend rechterlijk oordeel de wet of wetsbepaling buiten toepassing kan laten wegens strijd met de Grondwet.<sup>174</sup> In de hoofdlijnenbrief wijst de regering niet op voorhand elke vorm van rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen af, maar neemt hierover nog geen duidelijk standpunt in, omdat de ‘jurisprudentiële ontwikkeling’ nog volop in beweging is. Verder is relevant te vermelden dat op 20 januari 2023 het voorstel tot wijziging van artikel 3:4, tweede lid, Awb in preconsultatie is gegaan.<sup>175</sup> Het voorstel beoogt het mogelijk te maken dat alle besluiten kunnen worden getoetst aan het even-

170 Deze conclusie gaat over de rechterlijke toetsing van niet-bestaande sancties aan het evenredigheidsbeginsel, maar omdat de bevoegdheid om een sanctie op te leggen in de (formele) wet of in beleidsregels gefixeerd kan zijn, zijn Widdershoven en Wattel ook ingegaan op de (on)mogelijkheden van de rechterlijke toetsing van beleidsregels, algemeen verbindende voorschriften en formele wetten aan het evenredigheidsbeginsel. Zie punt 9 van hun conclusie.

171 Over beide conclusies en het verschil daartussen zie Uzman 2022; Leijten 2022; Becker 2022 en mijn annotatie onder ABRvS 1 maart 2023, AB 2023/128.

172 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AA mei 2023, m.nt. J.J.J. Sillen, JB 2023/86, m.nt. R.J.N. Schlössels, NTFR 2023/377, m.nt. M.T.M. Hennevelt. Zie ook Laninga & Duchateau 2023.

173 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.9.

174 Zie de ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’ (brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming van 1 juli 2022 (*Kamerstukken II* 2021/22, 35925-VII, nr. 169)). Zie over deze brief bijvoorbeeld Hoogers 2022.

175 *Voorstel evenredigheidsbeginsel*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763.

redigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb, dus ook besluiten waarvan de inhoud (gebonden) wordt bepaald door de formele wet.<sup>176</sup>

### 1.6.2 *Responsief bestuursrecht*

De ontwikkelingen op het gebied van de rechterlijke toetsing in het bestuursrecht moeten worden geplaatst tegen de achtergrond van de algemenere beweging van een 'autonoom bestuursrecht' naar een 'responsief bestuursrecht'.<sup>177</sup>

In een autonome rechtsorde waarborgt het recht tegen machtsmisbruik en daarbij zijn legaliteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid belangrijke beginselen.<sup>178</sup> Tegen die achtergrond is kenmerkend voor het autonome bestuursrecht dat besluiten worden genomen op basis van algemene regels en dat de rechter vervolgens toetst of die algemene regels goed zijn toegepast.<sup>179</sup> In een responsieve rechtsorde is er veel meer aandacht voor de menselijke maat; de individuele omstandigheden van de burger en de behoefte van de samenleving.<sup>180</sup> Voor het bestuursrecht heeft dat onder meer de consequentie dat het gewicht van het rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel afneemt en dat het evenredigheidsbeginsel juist een 'sleutelbeginsel' wordt.<sup>181</sup> In die zin schrijven Schuurmans, Leijten & Esser dat het evenredigheidsbeginsel 'bij uitstek het rechtsbeginsel [is] aan de hand waarvan de specifieke omstandigheden worden meegewogen: die moeten in verhouding staan tot het te bereiken doel'.<sup>182</sup> In de ontwikkeling naar een responsief bestuursrecht spelen ook de beginselen van zorgvuldigheid en motivering een rol. Het zorgvuldigheidsbeginsel verlangt tegen de achtergrond van een meer responsieve opstelling onderzoek naar de individuele omstandigheden. Het motiveringsbeginsel verlangt in deze context dat wordt aangetoond dat dat onderzoek ook daadwerkelijk is verricht.<sup>183</sup>

De ontwikkeling naar een responsief bestuursrecht heeft consequenties voor de rechter (en ook de andere staatsmachten).<sup>184</sup> In de autonome rechtsorde stelt de rechter zich op als

---

176 Over dit voorstel zie bijvoorbeeld Schlössels & Albers 2023, par. 4.5; Marseille e.a. 2023, p. 911-912.

177 Voor het verband tussen beide zie bijvoorbeeld Ortlep 2022a; Van den Berge 2020, p. 43-46; Ortlep 2020a, p. 24; Ortlep 2020b, p. 26-27; Huisman & Jak 2021, p. 252-254. In Nederland is de ontwikkeling naar een responsief bestuursrecht aangewakkerd door Scheltema, zie onder meer Scheltema 2015; Scheltema 2016; Scheltema 2019.

178 Zie Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 16.

179 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 16.

180 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 16; Van den Berge 2020, p. 17-18.

181 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 18.

182 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 18.

183 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 18.

184 Vergelijk Huisman & Jak 2021; Scheltema 2021; Esser & Becker 2021; Van den Berge 2020, p. 21-27.

‘objectieve zegsman’ en laat hij zich strikt leiden door algemene regels en abstracte beginselen, zonder daarbij rekening te houden met particuliere omstandigheden en de concrete behoeftes van burgers.<sup>185</sup> Een ‘responsieve’ rechter dient in heel algemene zin juist ‘de behoefte van de samenleving en haar individuele burgers’ centraal te stellen.<sup>186</sup> Daarbij is een veranderende denkhouding van belang, in die zin ‘van de bestuursrechter mag worden verwacht dat zijn denkhouding is dat wetgeving geen sta-in-de-weg is voor het vinden van een voor de burger en maatschappij bevredigende oplossing.’<sup>187</sup> Wat dit alles concreet kan betekenen voor de bestuursrechter is door verschillende auteurs uiteengezet.<sup>188</sup>

Inmiddels is duidelijk dat er door de bestuursrechters diverse stappen zijn gezet naar een responsievere opstelling. Dat komt goed tot uitdrukking in de hierboven in paragraaf 1.6.1 besproken ontwikkelingen op het gebied van de rechterlijke toetsing van bestuurshandelen, waarbij het evenredigheidsbeginsel inderdaad een sleutelpositie inneemt. Maar responsiviteit is ook op andere manieren waar te nemen in de rechtspraak van de bestuursrechters.<sup>189</sup> Er kan bijvoorbeeld worden gewezen op de relativering van de leer van de formele rechtskracht,<sup>190</sup> het niet langer ambtshalve beoordelen van de tijdigheid van een rechtsmiddel in de voorgaande fase,<sup>191</sup> en de verschuiving van het bestuurlijke naar het burgerperspectief bij de toepassing van het vertrouwensbeginsel.<sup>192</sup> Overigens is een responsieve opstelling niet alleen maar zichtbaar in de rechtspraak, maar worden het belang daarvan en de wens daarvoor ook onderstreept door de andere staatsmachten.<sup>193</sup> Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb.<sup>194</sup> Met dat voorstel wordt beoogd om ‘door middel van aanpassingen in de Awb de menselijke maat in het bestuurs(proces)recht te vergroten en de overheid meer “responsief” te maken.’<sup>195</sup>

185 Van den Berge 2020, p. 21.

186 Zie Esser & Becker 2021, p. 249. Vergelijk Van den Berge 2020, p. 22.

187 Ortlep 2022a, p. 4.

188 Zie Huisman & Jak 2021; Esser & Becker 2021.

189 Vergelijk Ortlep 2020b, p. 26-27.

190 Polak 2019, p. 7-70; Barkhuysen 2019, p. 2931; Ortlep & Van Zanten 2021. Zie voor nuancerings in het overheidsaansprakelijkheidsrecht HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 en daarover Kortmann 2020; Sanderink & Schlössels 2019, p. 3224-3230; Roozendaal 2019, p. 117-123.

191 Vergelijk CRvB 9 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1500; HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1153; ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1730; CBb 12 oktober 2021, ECLI:NL:CBB:2021:931.

192 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694. Zie ook de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Watel van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896.

193 Zie de brief ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’ (brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 1 juli 2022 (*Kamerstukken II* 2021/22, 35510, nr. 102).

194 Zie bijlage 1 bij *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763. Zie nader bijvoorbeeld Schlössels & Albers 2023; Marseille e.a. 2023.

195 Zie bijlage 2 bij *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, p. 3.

## 1.7 LEESWIJZER

Het proefschrift bestaat uit vier delen.

Deel I gaat over de nationale dimensie. In hoofdstuk 2 bespreek ik wat een passend constitutioneel vertrekpunt is voor het verdere verloop van de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen. Hoofdstuk 3 gaat over de stand van zaken in Nederland op het gebied van de indirecte rechterlijke toetsing door de bestuursrechters van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen. Ik bespreek kort hoe de toetsing plaatsvond voorafgaand aan de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader. Vervolgens ga ik in op de inhoud van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader en op welke richting zij aangeven voor, en welke verwachtingen zij wekken over, de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. Daarna bekijk ik hoe de intensivering voorts nog verloopt in de rechtspraak van de bestuursrechters en welke vragen van materiële en procedurele aard daarbij rijzen.

Na deel I volgen de rechtsvergelijkende delen II en III. In deel II bespreek ik wat de procedurele positie is van indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften in de (bestuursrechtelijke) rechtsbeschermingssystemen van het Unierecht (hoofdstuk 4), Duitsland (hoofdstuk 5) en Frankrijk (hoofdstuk 6). In deze hoofdstukken bespreek ik ook enkele meer algemene karakteristieken van deze rechtsbeschermingssystemen. In deel III gaat het over evenredigheidstoetsing van wet- en regelgeving in het Unierecht (hoofdstuk 7), door het EHRM (hoofdstuk 8) en in Duitsland (hoofdstuk 9). De procedurele positie van indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften in de rechtsbeschermingssystemen wordt voorafgaand aan de evenredigheidstoetsing besproken, omdat het ter bespreking van die procedurele positie nodig is om ook meer algemene karakteristieken van de rechtsbeschermingssystemen te schetsen. Die algemene karakteristieken zijn dan weer nuttig bij de bespreking van evenredigheidstoetsing.

Deel IV bestaat uit de synthese (hoofdstuk 10) en de conclusie (hoofdstuk 11). In hoofdstuk 10 breng ik de lijnen uit de delen I t/m III van dit onderzoek samen. Ik houd de door de Nederlandse bestuursrechter ingezette intensiveringstendens tegen het licht en bekijk in hoeverre en welke aanpassingen er mogelijk en wenselijk zijn. In hoofdstuk 11 beantwoord ik de onderzoeksvraag en geef ik een samenvatting van de aanbevelingen.



# DEEL I

## DE NATIONALE DIMENSIE

In het eerste deel staat de nationale dimensie centraal. Het bestaat uit twee hoofdstukken. Hoofdstuk 2 is een ‘constitutioneel’ hoofdstuk. Ik zie in dat hoofdstuk wat een passend constitutioneel vertrekpunt is voor het verdere verloop van de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen door de Nederlandse bestuursrechter. In hoofdstuk 3 bespreek ik vervolgens de stand van zaken op het gebied van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen door de bestuursrechter. Aan de orde komt wat de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader precies inhouden en hoe de Nederlandse bestuursrechters op basis van hun nieuwe maatstaven algemeen verbindende voorschriften indirect toetsen aan algemene rechtsbeginselen, in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel. Ik zie ook welke vragen van materiële en procedurele aard daarbij rijzen. Deze vragen vormen de basis voor de rechtsvergelijkende delen II en III van het onderzoek.



## 2 HET CONSTITUTIONELE VERTREKPUNT

### 2.1 INLEIDING

De indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen door de Nederlandse bestuursrechter intensiveert.<sup>1</sup> In dit hoofdstuk wordt een constitutioneel vertrekpunt geformuleerd voor het verdere verloop van die intensivering.

In de jaren na het *Landbouwwliegers*-arrest van de Hoge Raad<sup>2</sup> nam de bestuursrechter weinig ruimte in ten opzichte van de lagere regelgever. Hij stelde zich principieel terughoudend op, dat wil zeggen: vrijwel standaard terughoudend.<sup>3</sup> In dit hoofdstuk leg ik uit waarom het vertrekpunt van een principieel terughoudende rechterlijke opstelling niet langer houdbaar is en zou moeten verschuiven, en al verschuift, naar een meer gebalanceerde rechterlijke opstelling, waarbij de rechterlijke toetsingsintensiteit niet in de regel terughoudend is, maar afhankelijk van de omstandigheden varieert van terughoudend tot intensief.<sup>4</sup> Het perspectief van waaruit die verschuiving wordt bepleit en beschreven, zijn de fundamentele eisen van de Nederlandse democratische rechtsstaat en het gewicht dat die eisen in het overkoepelende concept van de democratische rechtsstaat hebben voor het bepalen van de rechterlijke opstelling bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen. Daarbij betrek ik zowel supranationale ontwikkelingen als ontwikkelingen binnen de Nederlandse democratische rechtsstaat die volgens opvattingen in de literatuur de aanleiding zijn voor de door de bestuursrechters ingezette intensiveringstendens.<sup>5</sup>

Het is breed aanvaard dat als fundamentele eisen van de Nederlandse klassiek-liberale rechtsstaat<sup>6</sup> zijn te beschouwen het legaliteitsbeginsel, de machtenscheiding, de funda-

---

1 Deze intensivering is ingezet met de 1 juli 2019-maatsaf (CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 t/m 2019) en het *Harderwijk*-beoordelingskader (ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*)). Zie paragrafen 1.2 en 3.3 t/m 3.6.

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

3 Deze standaard terughoudende toetsing hield een toetsing aan het willekeurverbod in. Ook kon de schending van een ander (met name formeel) algemeen rechtsbeginsel alleen tot het buiten toepassing laten of onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift leiden bij de strijd met het verbod van willekeur. Zie uitgebreider paragraaf 3.2.

4 Zie ook Van Zanten 2022, p. 115-120.

5 Vergelijk paragraaf 1.2.

6 Hierover het rapport WRR 2002; Voermans & Gerards 2011, p. 28-29 en 31-32 (inclusief bijlage 3).

mentele rechten en rechterlijke controle.<sup>7</sup> Zij worden ook in dit onderzoek als fundamentele eisen van de Nederlandse rechtsstaat beschouwd. Het democratieprincipe staat in hechte verbinding met de fundamentele eisen van de rechtsstaat.<sup>8</sup> Ik bespreek het democratieprincipe in dit hoofdstuk alleen voor zover het verbonden is met de fundamentele eisen van de rechtsstaat, in het bijzonder de machtenscheiding en het legaliteitsbeginsel. Ik begrijp het democratieprincipe in dit onderzoek zo, dat het verlangt dat burgers zeggenschap hebben over de regelgeving die hen bindt.<sup>9</sup> Meer specifiek vereist het dat de wettelijke grondslag die – op grond van het legaliteitsbeginsel – nodig is voor (bepaald) overheidsoptreden wordt vastgesteld door of met de betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging die is gekozen door middel van vrije, geheime verkiezingen en op basis van algemeen kiesrecht.<sup>10</sup>

De fundamentele eisen van de democratische rechtsstaat zeggen afzonderlijk of in samenhang iets over de constitutionele opstelling van de (bestuurs)rechter bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In paragraaf 2.2 leg ik uit dat de Nederlandse (bestuurs)rechter, bij het bepalen van zijn constitutionele opstelling ten opzichte van de lagere regelgever, lange tijd structureel méér gewicht heeft toegekend aan de eisen van de democratische rechtsstaat die, volgens de gebruikelijke Nederlandse invulling, pleiten voor rechterlijke terughoudendheid (het democratieprincipe in samenhang met de eisen van machtenscheiding en legaliteit) dan aan de eisen op grond waarvan juist een minder terughoudend rechterlijk optreden wordt verlangd (rechterlijke controle en fundamentele rechten). Het constitutionele vertrekpunt conform de *Landbouwwliegers*-maatstaf, dat een principiële terughoudende rechterlijke opstelling inhoudt, is in die zin ongebalanceerd.

Zoals hierboven al gezegd, leg ik in dit hoofdstuk uit dat het ongebalanceerde vertrekpunt ‘princiële terughoudendheid’ zou moeten verschuiven, en al verschuift, naar een meer gebalanceerde rechterlijke opstelling, waarbij de rechterlijke toetsingsintensiteit niet in de regel terughoudend is, maar afhankelijk van de omstandigheden varieert van terughou-

7 Zie bijvoorbeeld Burkens e.a. 2022, p. 16-23; WRR 2002, p. 43-48; Van Ommeren 2003, p. 12 en 19; Voermans & Gerards 2011, p. 28-32 en bijlage 3. Uit de toelichtende stukken bij de algemene bepaling in de Grondwet (‘De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtstaat’) blijkt eveneens dat het legaliteitsbeginsel, de machtenscheiding, onafhankelijke rechtspraak en grondrechten beschouwd worden als ‘kenmerkende vereisten’ waaraan voldaan moet worden om te kunnen spreken van een rechtsstaat. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 6.

8 Vergelijk Kortmann/Bovend’Eert e.a. 2021, p. 53; Burkens e.a. 2022, p. 23-25.

9 Vergelijk Kortmann/Bovend’Eert e.a. 2021, p. 53; Burkens e.a. 2022, p. 217; Van Ommeren 2003, p. 19; *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 5.

10 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 41; Burkens e.a. 2022, p. 41-42; Voermans 2004, p. 40; Verhey & Aal 2017, p. 241; Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 661.

dend tot intensief. Daartoe leg ik in paragraaf 2.3 eerst uit waarom er bij het bepalen van de rechterlijke opstelling *minder gewicht* moet worden toegekend aan de eisen van de democratische rechtsstaat waaruit rechterlijke terughoudendheid voortvloeit, waardoor principiële terughoudendheid niet meer gerechtvaardigd kan worden. Dit zijn de eisen van machtscheiding en het legaliteitsbeginsel in samenhang met het democratieprincipe. Vervolgens leg ik uit waarom er bij het bepalen van de rechterlijke opstelling juist *meer gewicht* toegekend moet worden aan eisen die zich verzetten tegen principiële rechterlijke terughoudendheid en die een gedifferentieerde rechterlijke toetsing voorschrijven. Hier gaat het om de eis van rechterlijke controle, in het bijzonder de eis van effectieve rechtsbescherming als onderdeel daarvan (paragraaf 2.4) en de fundamentele rechten (paragraaf 2.5). Zoals in de slotparagraaf (paragraaf 2.6) uiteen zal worden gezet, is het resultaat van dit hoofdstuk een met de tijdgeest overeenstemmende gebalanceerde rechterlijke opstelling ten opzichte van de lagere regelgever. Daarbij bepaalt de bestuursrechter de wijze en intensiteit van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen evenzeer vanuit zijn eigen uit de rechtsstaat voortvloeiende taak om effectieve rechtsbescherming te bieden en om de fundamentele rechten te beschermen.

## 2.2 MACHTENSCHIEDING, DEMOCRATIE EN LEGALITEIT

### 2.2.1 *Het gewicht van de eisen van machtscheiding, democratie en legaliteit*

In de nasleep van het *Landbouwwliegers*-arrest van de Hoge Raad heeft de Nederlandse (bestuurs)rechter zich een lange tijd vrijwel standaard terughoudend opgesteld bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen.<sup>11</sup> Waar komt die terughoudendheid vandaan? Het antwoord op deze vraag kan eveneens in de rechtspraak van de Hoge Raad worden gevonden. In het *Landbouwwliegers*-arrest oordeelt de Hoge Raad dat de rechter ‘terughoudendheid moet betrachten’ vanwege ‘zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van het rechter in het Nederlandse staatsbestel’.<sup>12</sup> Daarbij verwijst de Hoge Raad naar artikel 11 Wet AB, op grond waarvan de rechter volgens de wet moet rechtspreken en niet de innerlijke waarde of billijkheid van de

11 Voor wat die terughoudende toetsing precies inhield, zie paragraaf 3.2.1. Overigens is de terughoudende toetsing conform het *Landbouwwliegers*-arrest in de loop der jaren wel genuanceerder geworden. Zie paragraaf 3.2.2.

12 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*), r.o. 6.1.

wet mag beoordelen.<sup>13</sup> Met het benoemen van ‘de aard van de wetgevende functie’, ‘de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel’ en artikel 11 Wet AB verwijst de Hoge Raad naar enkele constitutionele uitgangspunten die hij kennelijk bepalend vindt voor de opstelling van de rechter bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.<sup>14</sup> Die uitgangspunten zijn voornamelijk verbonden met de fundamentele rechtsstatelijke eis van de machtenscheiding in combinatie met het democratieprincipe.<sup>15</sup>

Het is aannemelijk dat ook het legaliteitsbeginsel een rol speelt bij het bepalen van de rechterlijke opstelling bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften, maar dat komt minder duidelijk tot uitdrukking in de overwegingen van de Hoge Raad. Het legaliteitsbeginsel houdt in dat er voor (bepaald)<sup>16</sup> overheidsoptreden een wettelijke grondslag nodig is en dat dat overheidsoptreden moet plaatsvinden binnen de grenzen van het recht.<sup>17</sup> De eisen die uit het legaliteitsbeginsel voortvloeien en die van belang zijn voor het definiëren van de verhouding tussen de rechter en de lagere regelgever zijn grotendeels verdisconteerd in de eis van machtenscheiding, in combinatie met het democratieprincipe, en rechterlijke controle.<sup>18</sup>

Het legaliteitsbeginsel is voor de constitutionele opstelling van de rechter van belang, omdat het voorschrijft dat ook de rechter is gebonden aan het recht en niet zonder meer overgaat tot rechtsvorming als daarvoor geen wettelijke grondslag bestaat.<sup>19</sup> Daarin zit een zekere overlap met de eis van machtenscheiding, op basis waarvan de rechter rechtsprekt met de regels in de hand die door de democratisch gelegitimeerde wetgever zijn vastgesteld. Het legaliteitsbeginsel heeft voor de verhouding tussen de rechter en de lagere regelgever verder bijvoorbeeld tot gevolg dat de rechter controleert of de bevoegdheid tot het vaststellen van een algemene regel berust op een wettelijke grondslag en die regel in overeenstemming is met het recht. De legaliteitseis dat overheidsbevoegdheden moeten berusten op een wettelijke grondslag en in overeen-

13 ‘De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.’

14 Vergelijk Keus 2018; Bok 2006, p. 97-98.

15 Vergelijk Keus 2018; Bok 2006, p. 97-98; Van Heusden 2019, par. 2; De Poorter & Çapkurt 2017, p. 90.

16 Er wordt verschillend gedacht over de vraag welk overheidsoptreden een wettelijke grondslag behoeft. Zie voor een overzicht van de verschillen in de literatuur over het object van het legaliteitsbeginsel Voermans 2011, p. 7-9.

17 Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 661; Burkens e.a. 2022, p. 51-52; Kortmann/Bovend’Eert e.a. 2021, p. 51.

18 Vergelijk Boogaard 2013, p. 62.

19 Bovend’Eert 2009, p. 147-148 en recenter Bovend’Eert 2021a, p. 141-144.

stemming met het recht moeten worden uitgeoefend, is anders zinloos. Ook hier is duidelijk een overlap zichtbaar met de eis van machtenscheiding (en rechterlijke controle), in de zin dat uit de in het kader van de machtenscheiding aanwezige ‘checks and balances’ een controlerende taak voor de rechter voortvloeit ten opzichte van zijn collega-staatsmachten.

De eisen van rechterlijke controle, en als onderdeel daarvan: effectieve rechtsbescherming, en de fundamentele rechten hebben geen (expliciete) plaats in het *Landbouwwliefers*-arrest. Dat doet het vermoeden ontstaan dat die eisen voor de Hoge Raad en – in navolging daarvan – de bestuursrechters geen of in elk geval geen doorslaggevende rol speelden bij het bepalen van de rechterlijke opstelling voor het beoordelen van algemeen verbindende voorschriften in het licht van algemene rechtsbeginselen.

Uit het bovenstaande volgt dat er een aantal rechtsstatelijke eisen een bepalende betekenis hebben gehad voor hoe de rechter zich ten opzichte van de lagere regelgever heeft opgesteld bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. Dat zijn de eisen van machtenscheiding, het democratieprincipe en – daarmee sterk verbonden – het legaliteitsbeginsel. Op de fundamentele eisen van rechterlijke controle en fundamentele rechten lijkt minder nadruk te zijn gelegd, waarmee ik overigens niet wil beweren dat aan die eisen geen enkele betekenis toekwam. De traditionele Nederlandse invulling van de eis van machtenscheiding, in combinatie met het democratieprincipe, heeft een bepaalde taakverdeling tot gevolg bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften en de controle daarop. Daarbij heeft de niet democratisch gelegitimeerde rechter een beperkte rol in vergelijking met de direct of indirect democratisch gelegitimeerde lagere regelgever. Hoe die taakverdeling er – volgens een traditionele Nederlandse invulling – precies uitziet in het Nederlandse staatsbestel, bespreek ik hieronder in paragraaf 2.2.2.

## 2.2.2 *Traditionele taakverdeling lagere regelgever – rechter*

### 2.2.2.1 **Taak van de lagere regelgever**

De leer van de machtenscheiding betekent in haar zuivere vorm dat de bevoegdheden van de staat (wetgeving, uitvoering en rechtspraak) zijn verspreid over verschillende personen of organen om zo te voorkomen dat alle machten in de handen van één persoon of orgaan liggen en daardoor machtsconcentratie plaatsvindt.<sup>20</sup> In Nederland kennen we geen zuivere vorm van machtenscheiding, maar een spreiding van machten, waarbij de verschil-

<sup>20</sup> Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2021, p. 44.

lende organen in onderlinge afhankelijkheid elkaar controleren en in evenwicht houden in een systeem van ‘checks and balances’.<sup>21</sup>

De eis van de machtenscheiding zegt op zichzelf nog niet welk orgaan de bevoegdheid heeft om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. Welk orgaan die bevoegdheid heeft, wordt ingegeven door het democratieprincipe. In het licht van het democratieprincipe is het onder meer vereist dat de wettelijke grondslag die – op grond van het legaliteitsbeginsel – nodig is voor (bepaald) overheidsoptreden wordt vastgesteld door of met de betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging die is gekozen door middel van vrije, geheime verkiezingen en op basis van algemeen kiesrecht.<sup>22</sup> Het uitgangspunt is gelet daarop dat algemeen verbindende voorschriften worden vastgesteld door een direct democratisch gelegitimeerde wetgever. In Nederland is dat eerst en vooral de formele wetgever (de regering en de Staten-Generaal)<sup>23</sup> en zijn dat verder de vertegenwoordigende organen van de decentrale overheden, namelijk de provinciale staten, de gemeenteraad en het algemeen bestuur van de waterschappen.<sup>24</sup> Zij hebben in het licht van het democratieprincipe ‘de beste papieren’ om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen.<sup>25</sup> Deze algemeen verbindende voorschriften heb ik in paragraaf 1.4.1 ‘direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften’ genoemd.

In het ideaalmodel zijn alle algemeen verbindende voorschriften *direct* democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften.<sup>26</sup> Zo werkt het in de praktijk niet helemaal. Algemeen verbindende voorschriften kunnen niet alleen worden vastgesteld door de formele wetgever of de volksvertegenwoordigende organen van de decentrale overheden, maar ook door ‘het bestuur’, in het bijzonder de regering, individuele ministers en de uitvoerende organen van de decentrale overheden.<sup>27</sup> Regelgeving die van deze organen afkomstig is heb ik in paragraaf 1.4 ‘indirect democratisch gelegitimeerde algemeen ver-

21 Burkens e.a. 2022, p. 114-115.

22 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 41; Burkens e.a. 2022, p. 41-42; Voermans 2004, p. 40; Verhey & Aal 2017, p. 241; Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 661.

23 Zie artikel 81 van de Grondwet.

24 De verordenende bevoegdheid in zowel autonomie als medebewind ligt in beginsel bij hen. Zie artikel 127 Grondwet voor provinciale staten en de gemeenteraad (‘Provinciale staten en de gemeenteraad stellen, behoudens bij de wet of door hen krachtens de wet te bepalen uitzonderingen, de provinciale onderscheidenlijk de gemeentelijke verordeningen vast’) en artikel 77 van de Waterschapswet voor het algemeen bestuur van een waterschap (‘De in artikel 56 omschreven bevoegdheid tot regeling en bestuur berust bij het algemeen bestuur voor zover deze niet bij of krachtens reglement dan wel bij wet of bij algemene maatregel van bestuur is toegekend aan het dagelijks bestuur of aan de voorzitter’). Vergelijk Zijlstra (red.) 2012, p. 355-362.

25 Zijlstra (red.) 2012, p. 257.

26 Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 174.

27 Regelgevende bevoegdheden kunnen aan hen worden gedelegeerd (of geattribueerd), hoewel daaraan wel (wettelijke) grenzen zijn gesteld. Zie bijvoorbeeld Zijlstra (red.) 2012, p. 253-262, 358-360 en 362-363.



bindende voorschriften' genoemd. Dat het bestuur regelgevende bevoegdheid uitoefent, is onontkoombaar,<sup>28</sup> maar heeft ook nadelen. Zo leidt het tot een afname van het democratische gehalte van regelgeving.<sup>29</sup> Een beperking voor het delegeren van regelgevende bevoegdheid wordt daarom gevonden in het zogenoemde *primaat van de wetgever*, of – breder – het *primaat van de politiek*.<sup>30</sup> Daarmee wordt er beoogd om het democratisch verlies beperkt te houden, zonder dat de volksvertegenwoordiging zich steeds moet bemoeien met technische details.<sup>31</sup> Het *primaat van de wetgever* houdt in dat ten minste 'de hoofdelementen' van een regeling in de formele wet moeten worden vastgelegd.<sup>32</sup> Het verlies aan democratisch gehalte bij indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften wordt ook op een andere manier geprobeerd te ondervangen. In dat verband is het de gedachte dat het bestuur zich, ook voor het uitoefenen van de regelgevende bevoegdheid, verantwoordt aan de volksvertegenwoordiging in het door 'checks and balances' gekenmerkte systeem.<sup>33</sup> De politieke controle door een volksvertegenwoordigend orgaan is voor het bestuur de belangrijkste legitimatie voor rechtsvorming.<sup>34</sup>

Kort en goed komt het bovenstaande erop neer dat algemeen verbindende voorschriften bij voorkeur *direct* democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften zijn. Is dat niet zo, dan geldt onder meer de waarborg dat het volksvertegenwoordigend orgaan politieke controle uitoefent op algemeen verbindende voorschriften. De vraag is hoeveel ruimte er nog is voor rechterlijke controle in een systeem waarin van oudsher een groot gewicht wordt toegekend aan politieke besluitvorming door de volksvertegenwoordigende organen en degenen die onder hun controle staan. Daarover gaat het in de volgende paragraaf.

#### 2.2.2.2 Taak van de rechter

In het licht van het machtsevenwicht vervult de rechter een controlerende rol ten opzichte van de andere staatsmachten, waarbij ook wordt voorzien in het bieden van rechtsbe-

28 Het is bijna onmogelijk voor de democratisch gelegitimeerde wetgevers om alle inhoudelijke normen zelf vast te stellen, bijvoorbeeld vanwege een gebrek aan tijd of de snelheid van maatschappelijke (technologische) veranderingen. Zie Voermans 2004, p. 39-40; Zijlstra (red.) 2012, p. 258; Voermans 2017, p. 162-163; Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, p. 42-44.

29 Voermans 2004, p. 39.

30 Voermans 2004, p. 40; Van Ommeren 2015, p. 466.

31 Van Ommeren 2015, p. 466.

32 Zie Aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie verder Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985; Voermans 2004, p. 39 e.v.; Verhey & Aal 2017, p. 251-252. Op decentraal niveau is de mogelijkheid tot het delegeren van de regelgevende bevoegdheid aan het bestuur ook beperkt, maar de grenzen zijn daarbij minder duidelijk, zie Zijlstra (red.) 2012, p. 358-360.

33 Voermans 2004, p. 39; De Poorter & Capkurt 2017, p. 90; Meuwese 2014, p. 103.

34 Zie de bronnen genoemd in de vorige voetnoot.

scherming tegen de overheid.<sup>35</sup> Ook de lagere regelgever wordt door de rechter gecontroleerd.<sup>36</sup>

Bij de rechterlijke controle van algemeen verbindende voorschriften geldt het uitgangspunt dat de rechter is gebonden aan de wet (artikel 11 Wet AB). Onder ‘wet’ moet een wet in materiële zin worden verstaan.<sup>37</sup> De binding van de rechter aan de wet laat echter onverlet dat hij controleert of lagere algemeen verbindende voorschriften in overeenstemming zijn met hogere voorschriften. De rechterlijke toetsing ziet dan op wetmatigheid van algemeen verbindende voorschriften. Dit rechterlijk toezicht is simpelweg een toepassing van de uit de normenhiërarchie voortvloeiende regel dat lagere regels in overeenstemming moeten zijn met hogere regels: *lex superior derogat legi inferiori*.<sup>38</sup> Het enige wat de rechter doet en ook moet doen (hij dient immers gehoorzaam te zijn aan de wet) is controleren of de lagere regel zich verdraagt met de hogere regel.<sup>39</sup> De rechterlijke bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften te toetsen aan hoger geschreven recht is in de rechtspraak al lang geleden aanvaard en is tegenwoordig onomstreden.<sup>40</sup> Men gaat ervan uit dat het rechterlijk toetsingsrecht bestaat, tenzij het geschreven recht anders bepaalt.<sup>41</sup>

De rechter controleert dus of een algemeen verbindend voorschrift in overeenstemming is met hogere regelgeving. De binding van de rechter aan de wet sluit in dat hij de hogere regel toepast en daarmee – bij implicatie – de lagere regel buiten toepassing laat voor zover deze daarmee conflicteert.<sup>42</sup> Bij de toetsing aan algemene rechtsbeginselen – aanvankelijk en deels nog steeds ongeschreven recht – ligt het iets ingewikkelder.

Een algemeen rechtsbeginsel heeft geen ‘alles of niets’-karakter heeft.<sup>43</sup> Waar rechtsregels conditioneel zijn en een bepaalde uitkomst dicteren zodra een bepaald rechtsfeit zich voordoet, zijn algemene rechtsbeginselen richtinggevend voor de oplossing van een

35 Burkens e.a. 2022, p. 22-23.

36 De rechter controleert ook de formele wetgever. Daarbij is een uitdrukkelijke beperking gelegen in (de uitleg van) artikel 120 van de Grondwet. Formele wetgeving wordt door de rechter niet getoetst aan de Grondwet en evenmin aan nationale algemene rechtsbeginselen. Zie HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), recent herbevestigd in ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:852.

37 Burkens e.a. 2022, p. 115.

38 Van Buuren 1987, p. 16; Schutgens 2009, p. 7.

39 Bok 1991, p. 32.

40 HR 6 maart 1864, W. 2646 (*Pothuis*); HR 19 april 1865, W. 2706 (*Brandweerverordening Haskerland*). Zie Sillen 2010, p. 7; Bok 1991, p. 32; Schutgens 2009, p. 7.

41 Sillen 2010, p. 7; Schutgens 2009, p. 7.

42 Bok 1991, p. 32.

43 Dworkin 1977, p. 24. Zie verder bijvoorbeeld Schlössels 2004, p. 22-24; Ortlep 2011, p. 187-188; Widershoven 2017, p. 88-91; Buijze 2013, p. 63-68.

bepaald geschil.<sup>44</sup> Algemene rechtsbeginselen zijn geen absolute normen. Zij hebben een gewicht dat relatief is, dat wil zeggen een gewicht dat in meer of mindere mate kan worden gerealiseerd in een concreet geval.<sup>45</sup> In hoeverre het gewicht dat een beginsel representeert (een morele of ethische waarde) wordt gerealiseerd in een bepaald geval, hangt af van andere beginselen en regels die relevant zijn.<sup>46</sup> Rechtsbeginselen hoeven daarbij niet volledig te worden gerealiseerd, maar zijn het beste waarnaar je kunt streven.<sup>47</sup> Zij bevatten een optimaliseringsgebod.<sup>48</sup>

Rechtsbeginselen hebben dus een relatieve toepassingskracht en komen in aanmerking voor afweging tegen andere relevante belangen. Dat karakter van rechtsbeginselen is van belang in het licht van de functie die zij vervullen in het proces van rechtsvorming. Een van de functies van rechtsbeginselen is dat zij het proces van rechtsvorming begeleiden.<sup>49</sup> Dat wil zeggen dat de regelgever of de rechter wordt geacht om het rechtsbeginsel in meer of mindere mate te realiseren, ook als het gaat om (het beoordelen van) de keuzes die worden gemaakt in algemene regels.<sup>50</sup> In hoeverre een rechtsbeginsel wordt gerealiseerd in een algemeen verbindend voorschrift vergt het maken van een afweging. In hoeverre is het aanvaardbaar om het gewicht van een rechtsbeginsel te beperken gelet op de belangen die daar tegenover staan? Dat is een afweging die in het licht van het democratieprincipe bij uitstek een taak is voor de direct of indirect democratisch gelegitimeerde wetgever, zo is de gedachte.<sup>51</sup> Omdat de rechter niet democratisch is gelegitimeerd en is gebonden aan de wet, past hem terughoudendheid bij het beoordelen van die afweging. Als hij zou bepalen dat volgens hem het gewicht van een rechtsbeginsel méér zou moeten worden gerealiseerd in het ter toetsing voorliggende voorschrift, dan zou dat de taak van de rechter te buiten gaan.

Om de voorgaande reden zagen we in de rechtspraak – het *Landbouwwliegers*-arrest in het bijzonder – en het commentaar daarop in de literatuur de opvatting dat de rechter alleen moet ingrijpen als het aan het rechtsbeginsel toegekende gewicht klaarblijkelijk onrechtmatige regelgeving oplevert (lees: in strijd is met het verbod van willekeur).

Van Buuren stelt in 1987 dat '[z]olang het resultaat van de afweging verdedigbaar is, de rechter zich van een ingrijpen [dient] te onthouden. Omdat het bij

44 Dworkin 1977, p. 25.

45 Dworkin 1977, p. 26-27.

46 Buijze 2013, p. 65-66; Gerards 2012, p. 25.

47 Buijze 2013, p. 66.

48 Widdershoven 2017, p. 89 inclusief verwijzingen.

49 Vergelijk Schlössels 2004, p. 14; Widdershoven 2017, p. 91.

50 Widdershoven 2017, p. 91.

51 Vergelijk Van Male 1988, p. 324; Van Buuren 1987, p. 53.

regelgeving naar zijn aard om een meer abstracte afweging van belangen gaat, hetgeen ook betekenis heeft voor de vraag welk gewicht toekomt aan het feit dat een rechtsbeginsel (in meer of mindere mate) in het gedrang komt, dient de rechter bij de toetsing van regelgeving aan rechtsbeginselen het bestuur méér beoordelingsvrijheid te laten in geval van toetsing van individuele beschikkingen.<sup>52</sup> Hij erkent tegelijkertijd dat zijn standpunt over de vraag hoever de rechter mag gaan met het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan het ongeschreven recht waarschijnlijk tijdsgebonden is.<sup>53</sup> Bok heeft een vergelijkbare opvatting. Volgens hem is het duidelijk ‘dat een rechterlijke terugwijzing van een geschreven regel, wegens strijd met het ongeschreven recht, slechts in klaarblijkelijke gevallen op haar plaats is. Treft de rechter een regel aan, waarvan hij denkt: “Dat zou ik zelf anders hebben opgeschreven”, maar waaraan geen evidente rechtmatigheidsgebreken kleven, dan zal hij zijn appreciatie niet in de plaats van de wetgever mogen stellen [...]’<sup>54</sup>

De (beperkte) mogelijkheid van de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen ziet vooral op materiële algemene rechtsbeginselen, zoals het evenredigheidsbeginsel. Over het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel is wel gezegd dat zij zich niet goed lenen voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften, omdat het onaanvaardbaar zou zijn dat de rechter zou overgaan tot het onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift om redenen die niet (rechtstreeks) met de inhoud van het voorschrift te maken hebben.<sup>55</sup> Overigens deelt niet iedereen die opvatting. Zo acht bijvoorbeeld Polak het al in 1987 juist aangewezen om aan formele algemene rechtsbeginselen te toetsen, omdat die formele toetsing zou kunnen voorkomen dat de rechter de innerlijke waarde van regelgeving beoordeelt – iets dat zich niet verdraagt met artikel 11 Wet AB.<sup>56</sup>

## 2.3 RELATIVERINGEN

### 2.3.1 *Opbouw*

In de vorige paragrafen heb ik besproken dat een traditionele invulling van de eis van machtscheiding in combinatie met het democratieprincipe heeft geleid tot een bepaalde

52 Van Buuren 1987, p. 53.

53 Van Buuren 1987, p. 20.

54 Bok 2006, p. 98.

55 Van Buuren 1987, p. 53.

56 Polak 1987, p. 144-145.

taakverdeling tussen de rechter en de lagere regelgever. Deze houdt in dat het primaat voor (de controle op) rechtsvorming ligt bij een volksvertegenwoordigend orgaan; de rechter respecteert in beginsel de door de volksvertegenwoordigende organen gemaakte en/of gecontroleerde keuzes, tenzij er sprake is van klaarblijkelijk onrechtmatige regelgeving in het licht van de algemene rechtsbeginselen.

Omdat de Nederlandse rechter structureel meer gewicht heeft toegekend aan de eis van machtenscheiding in combinatie met het democratieprincipe ter bepaling van zijn opstelling ten opzichte van de lagere regelgever, heeft dat geleid tot een principieel terughoudende toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In deze paragraaf leg ik uit waarom de rechter minder gewicht zou moeten toekennen aan de eis van machtenscheiding en het democratieprincipe bij het bepalen van hoe hij zich opstelt bij de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In de kern is het argument daarvoor dat de veronderstellingen die ten grondslag liggen aan de rechterlijke terughoudendheid, zie de vorige paragrafen, die rechterlijke terughoudendheid niet steeds kunnen dragen. Materiële normstelling vindt vaker plaats in algemeen verbindende voorschriften onder het niveau van de formele wet (paragraaf 2.3.2), terwijl veel van die voorschriften, niet alle, gebrekkig democratisch zijn gelegitimeerd (paragraaf 2.3.3). Volgens verschillende opvattingen in de literatuur vraagt dat om een bepaalde respons van de rechter (paragraaf 2.3.4). Bij een deel van deze opvattingen sluit ik mij aan (paragraaf 2.3.5).

### 2.3.2 ‘Voortgaande terugtred’

Er is een (voortdurende) ontwikkeling, die inhoudt dat de regelgevende bevoegdheid in belangrijke mate door direct democratisch gelegitimeerde organen wordt gedelegeerd aan indirect democratisch gelegitimeerde organen (‘het bestuur’). Dit verschijnsel wordt aangeduid met de term ‘terugtred van de wetgever’ en is bepaald niet nieuw. Ruim honderd jaar geleden wees Struycken op de ontwikkeling dat het vaststellen van inhoudelijke normen veelal wordt overgelaten aan het bestuur.<sup>57</sup> Het fenomeen werd later, in 1959, beschreven door Van Wijk in zijn oratie ‘Voortgaande terugtred’ en in 1970 plaatste Koopmans de ontwikkeling tegen de achtergrond van de veranderende rol van de wetgever; van codificeren naar modificeren.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Struycken 1910.

<sup>58</sup> Van Wijk 1959; Koopmans 1970. Zie ook Van Schendelen 1976.

De terugtred van de wetgever is dus niet nieuw. Als de overheid zich met name na de Tweede Wereldoorlog steeds vaker de bestaanszekerheid van burgers gaat aantrekken, neemt de hoeveelheid wetgeving een hoge vlucht.<sup>59</sup> Die wetgeving vormt de basis waarmee de overheid de omstandigheden schept die het voor de burger daadwerkelijk mogelijk maken om aan zijn leven gestalte te geven.<sup>60</sup> Wetgeving is niet langer, zoals in de klassiek-liberale rechtsstaat, slechts een instrument om burgers te beschermen tegen overheidsop treden, maar wordt met de uitbouw van de verzorgingsstaat ook een instrument van de presterende overheid.<sup>61</sup> De vele regels waarmee de overheid ingrijpt in de sociaal-economische sfeer kunnen niet enkel en alleen door de formele wetgever worden vastgesteld. De wetgever is daarom 'teruggetreden' en er vindt gelede normstelling plaats.<sup>62</sup> Daarbij vindt een belangrijk deel van de algemene normstelling niet plaats op het niveau van de formele wet, maar in lagere regelgeving, afkomstig van bijvoorbeeld de regering, ministers of de organen van de decentrale overheid.<sup>63</sup> Formele wetgeving is daarbij het juridische fundament voor het mogelijk maken van beleid dat door het bestuur wordt gevormd en gevoerd.<sup>64</sup>

De terugtred van de wetgever is, in de woorden van Van Wijk, nog steeds 'voortgaand'. Men wijst daar geregeld op in de literatuur.<sup>65</sup> Bij die voortzetting speelt bijvoorbeeld kaderwetgeving een rol.<sup>66</sup> Een belangrijk kenmerk van kaderwetten is dat 'ze doorgaans niet zelf beleidsinhoudelijke regulatieve keuzes vastleggen, maar vooral randvoorwaarden scheppen waarbinnen bijvoorbeeld lagere regelgevers, beleidsmakers of uitvoerders dienen te opereren.'<sup>67</sup> Kaderwetten kunnen (vergaande) delegaties van regelgevende bevoegdheid in de hand werken.<sup>68</sup> Als voorbeeld daarvan kan de Omgevingswet worden genoemd, op grond waarvan de materiële normstelling bijna volledig plaatsvindt in de uitvoeringsregelingen in het kader van het streven naar flexibiliteit, slagvaardigheid en snelheid.<sup>69</sup>

59 Burkens e.a. 2022, p. 32.

60 Burkens e.a. 2022, p. 25-26.

61 Zie Van Gestel & Vleugel 2013, p. 35; Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, p. 7.

62 Zie onder andere Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 139 e.v. over het begrip 'gelede normstelling' en voorbeelden daarvan. Naast de ontwikkeling van de sociale rechtsstaat zijn meerdere redenen te noemen voor de terugtred van de wetgever. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014 wijzen op het technische karakter van wetgeving, decentralisatie, beoordeling in concreto en overleg, zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 144.

63 Bröring & De Graaf (red.) 2022, p. 36.

64 Koopmans 1970, p. 230; Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, p. 7.

65 Te noemen zijn bijvoorbeeld (niet uitputtend) Hirsch Ballin 2019; Verhey & Aal 2017; Van Gestel 2019; Van Gestel 2012; Van Gestel & Vleugel 2013; Van Heusden 2022, p. 54-58.

66 Zie bijvoorbeeld Verhey & Aal 2017, p. 260-262.

67 Van Gestel & Vleugel 2013, p. 19.

68 Van Gestel & Vleugel 2013, p. 173; Jaarverslag Raad van State 2018, p. 23.

69 Zie hierover bijvoorbeeld Verhey & Aal 2017, p. 260-262; Groothuijse, Landman & Nehmelman 2018; advies van de Afdeling advisering van 13 januari 2014 over het voorstel van wet houdende regels over het

Daarover zijn de nodige zorgen geuit, onder meer door de Afdeling advisering in het advies over de Omgevingswet.<sup>70</sup> De Afdeling advisering stelde hierover dat het voorstel nauwelijks materiële normen kent en dat de regulering van het materiële omgevingsrecht daarom bijna volledig plaatsvindt in de uitvoeringsregelingen.<sup>71</sup> Hoewel dat vanuit het streven naar flexibiliteit, snelheid en een tijdige implementatie van Europese regelgeving kan worden begrepen, zorgt het beperkt aantal materiële normen op het niveau van de formele wet voor minder voorspelbaarheid.<sup>72</sup> Daarnaast stelde de Afdeling advisering dat '[h]et voorstel onvoldoende recht [doet] aan de medewetgevende rol van het parlement. Het vaststellen van ingrijpende algemeen verbindende voorschriften door regering en Staten-Generaal gezamenlijk als wetgever, is een belangrijke verworvenheid van de parlementaire democratie in Nederland. Ook om die reden zouden essentiële normen en een zorgvuldige begrenzing van de aan het bestuur gedelegeerde regelgevende bevoegdheid in de wet in formele zin neergelegd moeten worden. Het omgevingsrecht bevat immers belangrijke, bindende voorschriften die ingrijpen in het dagelijks leven van burgers en de activiteiten van bedrijven.'<sup>73</sup>

De verwachting is dat kaderwetten met vergaande delegatiebepalingen in de toekomst vaker zullen voorkomen.<sup>74</sup> Zij geven namelijk ruimte voor een flexibele normstelling en zijn daarmee onder meer geschikt om snel te kunnen inspelen op de snel veranderende (technologische) omstandigheden in de samenleving en om Europese regelgeving tijdig te kunnen implementeren.<sup>75</sup> Wanneer het aantal kaderwetten (met vergaande delegatiebepa-

---

beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), nr. W14.13.0235/IV (*Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 4).

70 Advies van de Afdeling advisering van 13 januari 2014 over het voorstel van wet houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), nr. W14.13.0235/IV (*Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 4).

71 Advies van de Afdeling advisering van 13 januari 2014 over het voorstel van wet houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), nr. W14.13.0235/IV (*Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 4), p. 17.

72 Advies van de Afdeling advisering van 13 januari 2014 over het voorstel van wet houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), nr. W14.13.0235/IV (*Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 4), p. 17.

73 Advies van de Afdeling advisering van 13 januari 2014 over het voorstel van wet houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), nr. W14.13.0235/IV (*Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 4), p. 33. De zorgen over de voorspelbaarheid van de inhoud van het nieuwe omgevingsrecht en het democratische gehalte daarvan heeft de Raad van State herhaald in verschillende jaarverslagen, zie Jaarverslag Raad van State 2014, p. 50; Jaarverslag Raad van State 2015, p. 14; Jaarverslag Raad van State 2016, p. 48; Jaarverslag Raad van State 2018, p. 23-24.

74 Verhey & Aal 2017, p. 261.

75 Zie over de redenen voor kaderwetgeving bijvoorbeeld Van Gestel 2012, p. 164-166.

lingen) inderdaad zal toenemen, kan dat leiden tot een 'hernieuwde opleving van het aandeel gedelegeerde regelgeving'.<sup>76</sup>

Kaderwetgeving is niet het enige type wetgeving dat problematisch kan zijn. Ook tegen bijvoorbeeld experimenteerregelingen bestaan bezwaren.<sup>77</sup> Hierbij is het op grond van een delegatiebepaling mogelijk dat er tijdelijk wordt afgeweken van een hogere regeling.<sup>78</sup> Met de experimenteerregels die op basis van een delegatiebepaling vastgesteld kunnen worden, kan 'proefondervindelijk' worden vastgesteld of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem.<sup>79</sup> Dat is vooral van belang als het gaat om een nieuwe ontwikkeling die naar aard, omvang of effecten nog onduidelijk is.<sup>80</sup>

Een voorbeeld van een experimenteerregeling is het Besluit experiment regelluwe scholen primair en voortgezet onderwijs, dat op 1 januari 2016 in werking is getreden. Het experiment is op 1 januari 2022 geëindigd<sup>81</sup> en had gelet op artikel 2 van het Besluit als doel om 'te onderzoeken of het aan scholen bieden van regelluwe ruimte leidt tot initiatieven die de kwaliteit, of bij gelijkblijvende kwaliteit, de doelmatigheid van het onderwijs verbeteren en waarvoor na afloop van het experiment definitief ruimte in de WPO en WVO gecreëerd kan worden.' In het experiment kregen scholen de gelegenheid om af te wijken van een aantal wettelijke regelingen. De delegatiebepalingen bepaalden dat experimenteerregels konden worden vastgesteld met het oog op verbetering van de kwaliteit, toegankelijkheid of doelmatigheid van het basisonderwijs, het voortgezet onderwijs of het beroepsonderwijs. In het advies schreef de Afdeling advisering over het Besluit dat de regering het besluit

76 Verhey & Aal 2017, p. 260.

77 Zie Jaarverslag Raad van State 2018, p. 24-25. Hierover Verhey & Aal 2017, p. 262-264; Van Gestel 2019, p. 235-236.

78 Ranchordás 2018, p. 28 merkt op dat experimenteerregelgeving wordt kenmerkt door drie centrale elementen: tijdelijkheid, afwijking van hogere regels en evaluatie.

79 Toelichting bij Aanwijzing 2.41 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie over de functies van experimenteerwetgeving bijvoorbeeld Ranchordás 2018, p. 32 e.v.

80 Jaarverslag Raad van State 2018, p. 24.

81 Voor de uitkomsten van het experiment zie de brief van de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media van 17 december 2020 (*Kamerstukken II* 2020/21, 29546, 33). Daarin worden twee dealexperimenten genoemd die positieve effecten bleken te hebben voor de leerlingen, de scholen en het stelsel en die volgens de minister structureel mogelijk en breed toegankelijk konden worden gemaakt voor scholen. Veel dealexperimenten bleken onvoldoende data te hebben opgeleverd, maar de uitkomsten werden wel waardevol gevonden en konden daarom volgens de minister worden meegenomen in andere (bestaande) trajecten of nieuw op te zetten experimenten. Een deel van de dealexperimenten hoefde volgens de minister niet structureel mogelijk te worden gemaakt, omdat er al voldoende ruimte bleek te zijn.



onvoldoende heeft ingekaderd en dat er niet is vastgesteld welke knelpunten scholen nou precies ervaren in het licht van de bestaande wettelijke regels.<sup>82</sup>

Het Besluit experiment regelluwe scholen primair en voortgezet onderwijs en het advies van de Afdeling advisering laten zien welk probleem experimenteerregels kunnen opleveren. Omdat de wetgever nou eenmaal niet kan voorspellen hoe een toekomstig experiment er precies uit kan gaan zien,<sup>83</sup> kunnen experimenteergrondslagen zodanig ruim zijn dat zij in feite een *carte blanche* geven aan het orgaan dat de experimenteerregels kan vaststellen. Het resultaat van zo'n ruime experimenteerbepaling kan zijn een onvoldoende ingekaderde experimenteerregeling, die erop neerkomt dat zomaar iets wordt geprobeerd om 'vermeende' problemen op te lossen.<sup>84</sup> Dat verdraagt zich niet goed met het legaliteitsbeginsel en roept de vraag op in hoeverre kan worden gezegd dat de volksvertegenwoordiging met de experimenteerregeling daadwerkelijk heeft ingestemd (hoewel formeel natuurlijk wel betrokken).<sup>85</sup>

De hierboven besproken voortgaande terugtred van de wetgever geeft uitdrukking aan een gesignaleerde verschuiving binnen de trias politica die erop neerkomt dat de wetgever en het bestuur als het ware 'versmelten'.<sup>86</sup> De functiescheiding tussen wetgevende en uitvoerende macht vervaagt; het bestuur wordt in toenemende zelf regelgever en voert die regels vervolgens zelf ook uit. Het bestuur als wetgever in eigen zaak.<sup>87</sup> Deze versmelting tussen de wetgever en het bestuur is een uitdrukking van een bredere ontwikkeling, namelijk de ontwikkeling naar wat wordt genoemd een *administrative state*.<sup>88</sup> Een, wat Voermans noemt, 'door het bestuur gedomineerde overheid die zich grotendeels onttrekt aan de klassieke controlemechanismen van de democratische rechtstaat (rechterlijke controle,

82 Advies van de Afdeling advisering van 18 september 2015 inzake het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur houdende vaststelling van regels omtrent experimenten met regelluwe scholen in het primair- en voortgezet onderwijs (Besluit experiment regelluwe scholen PO/VO), nr. W05.15.0195/I (*Stcrt.* 2015, 43020), p. 1.

83 Ranchordás 2018, p. 50; Van Gestel 2019, p. 236.

84 Ter illustratie van een tijdelijke afwijking om zomaar iets te proberen (hetgeen geen experiment is) wijst de Raad van State op het Besluit regelluwe scholen primair en voortgezet onderwijs, zie Jaarverslag Raad van State 2018, p. 25. Zie ook Ranchordás 2018, p. 49-50 en Van Gestel 2019, p. 236.

85 Van Gestel 2019, p. 235-236.

86 Koopmans spreekt over 'de versmelting tussen administratie en wetgever', zie Koopmans 1970, p. 227. Zie hierover ook de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI: NL:RVS:2017:3557, punt 7.3 e.v.; Jaarverslag Raad van State 2019, p. 6.

87 Van Male 1988, p. 273; Koopmans 1970, p. 230; conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 7.4.

88 Hirsch Ballin 2019, p. 22 e.v.; Voermans 2017; Passchier & Voermans 2021; Goossens & De Poorter 2022, p. 50-51.

legaliteit, machtsverspreiding).<sup>89</sup> Een onderdeel van deze ontwikkeling is ook dat het bestuur steeds vaker werkt met algemeen verbindende voorschriften die vergunningstelsels vervangen.<sup>90</sup> Deze verschuiving vindt onder meer plaats in het omgevingsrecht.<sup>91</sup> Door deze verschuiving overvleugelt het bestuur in de *administrative state* niet alleen de wetgever, maar ook de rechter. Tegen algemeen verbindende voorschriften kan geen direct beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter, anders dan tegen beschikkingen. Algemeen verbindende voorschriften kunnen wel indirect worden getoetst door de bestuursrechter, maar die toetsing was in elk geval voor de introductie van het nieuwe beoordelingskader veel terughoudender dan de toetsing van beschikkingen.<sup>92</sup> Schueler vat het voorgaande treffend samen: '[d]oor het beschreven mechanisme wordt de normstelling "verbestuurlijkt" en wordt tegelijk de rechterlijke invloed verzwakt. In dit mechanisme trekt het bestuur de macht naar zich toe, wordt de rechter op afstand gezet en laat de volksvertegenwoordiging dit gebeuren.'<sup>93</sup>

### 2.3.3 Gebrekkige democratische legitimatie

Materiële normstelling onder het niveau van de formele wet kan plaatsvinden in direct of indirecte democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften. Zoals aangegeven in paragraaf 1.4.1, versta ik onder 'direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften' de algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door een rechtstreeks gekozen algemeen vertegenwoordigend orgaan (gemeentelijke, provinciale verordeningen en verordening van waterschappen). Onder 'indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften' versta ik, zoals aangegeven in paragraaf 1.4.1, algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door organen die werkzaam zijn onder politieke verantwoordelijkheid aan een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Daarbij gaat het vooral om algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en gedelegeerde regelgeving door het college van burgemeester en wethouders of gedeputeerde staten.

Als er gesproken wordt over de 'terugtrek van de wetgever' wordt daarmee doorgaans bedoeld dat de materiële normstelling voor een groot deel plaatsvindt in *indirect* democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften, zoals algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen. Dit leidt tot 'democratisch verlies', maar er wordt

89 Voermans 2017, p. 14.

90 Zie onder andere Barkhuysen 2015; Schueler 2015, p. 435; Van Male 2016, p. 129; De Poorter & Çapkurt 2017, p. 85.

91 Zie Houweling 2006; Schueler 2015, p. 435.

92 Vergelijk Barkhuysen 2015, p. 2729.

93 Schueler 2015, p. 435.

van uitgegaan dat dit verlies voor een deel ondervangen wordt door de politieke controle, uitgeoefend door een volksvertegenwoordigend orgaan.<sup>94</sup> In zoverre zijn dit soort voorschriften *indirect* democratisch gelegitimeerd. In de literatuur wordt opgemerkt dat deze indirecte democratische legitimatie echter dreigt te worden overschat,<sup>95</sup> onder meer vanwege het gebrek aan tijd en ondersteuning van Kamerleden,<sup>96</sup> maar ook door de vaak gebrekkige informatievoorziening door bewindsleden aan de Tweede Kamer,<sup>97</sup> met als duidelijk voorbeeld de informatievoorziening rond de kinderopvangtoeslag.<sup>98</sup> Ook de politieke controle door gemeenteraden op het lokale overheidshandelen ‘vertroebelt’.<sup>99</sup> Zo constateert de Raad voor het Openbaar Bestuur in het advies *Goede ondersteuning, sterke democratie* dat het werk van de decentrale volksvertegenwoordigers als gevolg van de decentralisaties en de vraagstukken over natuur (stikstof), ruimte en klimaat ingewikkelder en zwaarder is geworden, terwijl de inhoudelijke ondersteuning (ambtelijke bijstand, fractieondersteuning) is achtergebleven.<sup>100</sup> Dat heeft invloed op de mate waarin zij hun kaderstellende, volksvertegenwoordigende, maar ook controlerende taak kunnen uitvoeren.

Gelet op het bovenstaande is de politieke controle door volksvertegenwoordigende organen in elk geval niet zodanig dat *indirect* democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften steeds sterk democratisch zijn gelegitimeerd. De vraag laat zich stellen of een terughoudende rechterlijke toetsing dan nog steeds aangewezen is (zie de volgende paragraaf: respons van de rechter).

Een ‘democratisch verlies’ is niet aan de orde bij direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften, bijvoorbeeld afkomstig van de gemeenteraad. Zoals gezegd in paragraaf 2.2.2.1, hebben de volksvertegenwoordigende organen van de decentrale overheden, samen met de formele wetgever, ‘de beste papieren’ om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen, of zij nou in autonomie of medebewind worden vastgesteld. In zoverre zou het voor de rechter nog altijd aangewezen zijn om zich terughoudend

94 Zie paragraaf 2.2.2.1.

95 De Poorter & Çapkurt 2017, p. 90-91; Van Male 1988, p. 271; Hirsch Ballin 2015, p. 27 en 56-57.

96 Zie Voermans 2017, p. 14-15. Hoewel de motie Jetten c.s. (*Kamerstukken II* 2019/20, 35300, nr. 19) heeft geleid tot een verhoogd budget voor een betere ondersteuning van Kamerleden, noemt bijvoorbeeld de Raad voor het Openbaar Bestuur dit ‘slechts een eerste bescheiden stap,’ zie ROB 2021, p. 7. Zie ook de aanbevelingen in ROB 2020a.

97 Bovend'Eert & Broeksteeg 2010, p. 42-44; Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 279-280.

98 Volgens de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag is de Tweede Kamer bij ‘herhaling geconfronteerd met ontijdige, onvolledige en onjuiste informatie rond de kinderopvangtoeslag,’ zie Ondervragingscommissie toelagenaffaire, *Ongekend onrecht, Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2, p. 6. Zie ook Bovend'Eert 2021b, p. 690-695.

99 Nehmelman 2015, p. 6 e.v.

100 ROB 2020b. Zie ook Hessels 2018.

op te stellen bij het toetsen van direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften. Maar, zoals Van Male stelt, het feit dat een algemeen verbindend voorschrift is vastgesteld door een volksvertegenwoordigend orgaan betekent nog niet zonder meer dat die legitimatie ‘voor het volle pond kan doorklinken’, bijvoorbeeld omdat een algemeen verbindend voorschrift overwegend door ambtenaren kan worden voorbereid.<sup>101</sup> Is er dan toch aanleiding om de rechterlijke terughoudendheid bij de toetsing van direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften te herwaarderen? Dat is een vraag die in de volgende paragraaf (respons van de rechter) aan de orde komt.

#### 2.3.4 *Respons van de rechter*

##### 2.3.4.1 **Rechterlijke controle ter compensatie**

Een deel van de algemeen verbindende voorschriften, vooral de indirect gelegitimeerde voorschriften, zijn gebrekkig democratisch gelegitimeerd. Sommige auteurs vinden dat de rechter dit ‘democratisch tekort’ moet compenseren en dat principiële rechterlijke terughoudendheid, ingegeven door het democratieprincipe in combinatie met de eis van machtscheiding, in zoverre onhoudbaar is. Hierna geef ik een aantal standpunten in die lijn weer.<sup>102</sup>

In zijn dissertatie schrijft Van Male dat lagere regelgeving voor een belangrijk deel wordt vastgesteld door organen met een indirecte democratische legitimatie en dat van de controle door vertegenwoordigende organen geen wonderen mogen worden verwacht.<sup>103</sup> Het toezicht en de verantwoordingsplicht kunnen maar weinig waarborgen bieden voor de rechtspositie van de burger, zo stelt Van Male.<sup>104</sup> Hij gaat nog verder en stelt:

‘Zelfs in het gunstige geval dat wetgeving door organen met een eigen democratische legitimatie wordt vastgesteld, betekent dat niet zonder meer, dat die legitimatie ook in die wetgeving voor het volle pond kan doorklinken. Ook wanneer men voorbijgaat aan de politicologische theorie van de verkiezingsparadox, die een verklaring geeft voor het gebrekkig op elkaar aansluiten van opvattingen en inzichten van volksvertegenwoordigers en electoraat, valt het moeilijk te ontkennen, dat het zwaartepunt van de normstelling verschoven is

---

101 Van Male 1988, p. 271.

102 Die lijn vertegenwoordigt de dominante opvatting in de literatuur, zie conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 7.3 e.v.

103 Van Male 1988, p. 271.

104 Van Male 1988, p. 271.

van de vaststellings- naar de voorbereidingsfase en dus van het direct gelegitimeerde naar het indirect gelegitimeerde orgaan.<sup>105</sup>

Volgens Van Male rechtvaardigt de ‘uitholling van de waarborgfunctie van de wet’ het ‘operationeel maken van compenserende waarborgen, zoals rechterlijke toetsing aan ongeschreven recht en het invoeren van een rechtstreeks vernietigingsberoep.<sup>106</sup>

Van Male ziet in het verminderde democratische gehalte van algemeen verbindende voorschriften dus aanleiding voor compensatie door de rechter, zelfs als het direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften betreft. In 2015 nam hij nog altijd hetzelfde standpunt in. In de bundel *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* stelt Van Male dat er voor de rechter minder reden is voor terughoudendheid als de democratische legitimatie van een regeling beperkt of gebrekkig is.<sup>107</sup> Dat kan zich met name voordoen bij ‘regelgeving door een zelfstandig bestuursorgaan, door een ambtelijk orgaan, of – bij decentralisatie – door het dagelijks bestuur van de gemeente, de provincie of het waterschap’, maar ook als benadeelde groepen niet zijn geconsulteerd in de voorbereiding, of ‘als het resultaat van de afweging de vrucht is van een politiek compromis, waarbij andere (politieke) argumenten dan de mee te wegen belangen de uitkomst hebben bepaald.’<sup>108</sup> Volgens hem heeft te gelden dat naarmate het ‘democratiebeginsel minder zwaar doorweegt in de totstandkoming van regeling, [...] er voor de rechter meer reden [is] om dit tekort aan waarborg door adequate rechtsbescherming te compenseren.’<sup>109</sup>

Ook volgens De Poorter & Çapkurt mogen er geen wonderen worden verwacht van politieke controle.<sup>110</sup> Zij lichten dat standpunt toe aan de hand van de Omgevingswet, waarover hierboven is opgemerkt dat veel van de materiële normstelling plaatsvindt onder het niveau van de formele wet.<sup>111</sup> Veel van die regelgeving wordt voorbereid door ‘een ambtenarenapparaat waarin een groot deel van de omgevingsrechtelijke expertise in Nederland is geconcentreerd. Politieke controle is hier in sterke mate gemarginaliseerd’, zo stellen De Poorter & Çapkurt.<sup>112</sup> Met betrekking tot direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften schrijven zij dat ‘het een fictie is’ om te veronderstellen dat al deze voorschriften politiek gecontroleerd zijn.<sup>113</sup> Zij vinden echter dat de mate van demo-

105 Van Male 1988, p. 271.

106 Van Male 1988, p. 274.

107 Van Male 2015, p. 171.

108 Van Male 2015, p. 171.

109 Van Male 2015, p. 171-172.

110 De Poorter & Çapkurt 2017, p. 90.

111 Zie paragraaf 2.3.2.

112 De Poorter & Çapkurt 2017, p. 90-91.

113 De Poorter & Çapkurt 2017, p. 91.

cratische legitimatie geen werkbaar criterium is om de intensiteit van de rechterlijke toetsing te bepalen.<sup>114</sup> Wel menen De Poorter & Çapkurt dat ‘het traditionele denken waarbij de democratische legitimatie van de regelgever wordt verondersteld, niet de ultieme rechtvaardiging kan vormen om in het algemeen de rechter te verplichten tot een terughoudende toetsing.’<sup>115</sup>

Volgens Hirsch Ballin raken ‘de constitutionele implicaties van de *administrative state*’ de taakopvatting van de bestuursrechter.<sup>116</sup> Die ‘constitutionele implicaties’ gaan niet alleen over het aandeel ‘modificerende wetgeving’ in de *administrative state*, maar ook over het beperkte feitelijke effect van de parlementaire betrokkenheid bij de met modificerende wetgeving gepaard gaande delegaties.<sup>117</sup> Volgens hem is van volledige afwezigheid van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving geen sprake,<sup>118</sup> maar hij noemt ‘het feitelijke effect van deze betrokkenheid’ wel beperkt.<sup>119</sup> Over wat dit betekent voor de taakopvatting van de bestuursrechter schrijft Hirsch Ballin het volgende:

‘Lange tijd was in de bestuursrechtspraak de opvatting dominant dat de rechter zich terughoudend dient op te stellen omdat het de bedoeling van de wetgever was, ‘beoordelingsvrijheid’ aan het bestuur te geven, waarover dit zich dan jegens de volksvertegenwoordiging diende te verantwoorden. Realiteitszin en het fundamentele recht op een effectieve rechtsbescherming wijzen echter in een andere richting, waarbij de rechter geroepen is tot een volledige beoordeling van de rechtmatigheid, waaronder de evenredigheid, van het bestuurlijk optreden.’<sup>120</sup>

Een laatste hier weer te geven opvatting is die van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven, die tot uitdrukking komt zijn conclusie van 22 december 2017, waarin hij de bestuursrechters adviseert om algemeen verbindende voorschriften indringender te toet-

114 De Poorter & Çapkurt 2017, p. 91.

115 De Poorter & Çapkurt 2017, p. 91.

116 Hirsch Ballin 2019, p. 24.

117 Hirsch Ballin 2019, p. 24.

118 Hij betwijfelt niet zozeer de formele betrokkenheid van het parlement bij gedelegeerde regelgeving op rijksniveau. Daarbij verwijst Hirsch Ballin naar een kwantitatief en kwalitatief onderzoek van Borman (Borman 2017), waaruit blijkt dat voor 39% van de in 2015 en 2016 in het Staatsblad gepubliceerde algemene maatregelen van bestuur een voor- en/of nahangprocedure gold. Dat is nog best veel, vooral gelet op de ook door Hirsch Ballin genoemde zin in Aanwijzing 2.35 dat ‘[i]n de wet [...] geen formele betrokkenheid van het parlement bij gedelegeerde regelgeving [wordt] geregeld tenzij daarvoor bijzondere redenen bestaan.’ Zie Hirsch Ballin 2019, p. 24.

119 Hirsch Ballin 2019, p. 24.

120 Hirsch Ballin 2019, p. 24.

sen aan algemene rechtsbeginselen.<sup>121</sup> Op basis van onder meer sommige van de hierboven genoemde auteurs, concludeert staatsraad advocaat-generaal Widdershoven het volgende:

‘Voor veel algemeen verbindende voorschriften geldt dat zij door het bestuur worden vastgesteld dat daartoe niet of in beperkte mate democratisch is gelegitimeerd. Sowieso is bij deze voorschriften niet gegarandeerd dat democratisch gekozen organen bij de totstandkoming ervan zijn betrokken. Daar komt bij dat het bestuur door regeltechniek – namelijk de vervanging van verguningsbevoegdheden door algemene regels – ook de rechter op afstand zet, althans zolang die laatste deze regels alleen via de willekeursluis blijft toetsen. Om het evenwicht binnen de Trias te herstellen, is een indringender rechterlijke toetsing nodig.’<sup>122</sup>

De hierboven genoemde auteurs vinden aldus dat de rechter het ‘democratisch tekort’ bij gebrekkig democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften zou moeten compenseren of ten minste dat de rechterlijke terughoudendheid niet steeds kan worden gerechtvaardigd door ‘het traditionele denken waarbij de democratische legitimatie van de regelgever wordt verondersteld’. Dat geldt in elk geval voor *indirect* democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften. Volgens Van Male kan er ook aanleiding zijn om het ‘democratisch tekort’ bij *direct* democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften te compenseren, voor zover die voorschriften gebrekkig democratisch zijn gelegitimeerd.

Het bovenstaande roept wel de vraag op hoe de rechter een ‘democratisch tekort’ dan kan compenseren. Het is duidelijk dat de rechter niet kan voorzien in politieke controle en die controle in zoverre zou kunnen vervangen. De rechterlijke controle kan en mag niet de strekking hebben om de wenselijkheid of opportuniteit van beleidskeuzes te beoordelen; dat is en blijft de taak van de direct en indirect democratisch gelegitimeerde organen. De ‘compensatie’ moet daarentegen gevonden worden in de eigen aard van rechterlijke controle. Bij die rechterlijke controle moet de rechter, gelet op de eis van machtscheiding en het democratieprincipe, de wenselijkheid en opportuniteit van beleidskeuzes, neergelegd in algemeen verbindende voorschriften, aannemen. Zijn taak binnen de trias politica is om vervolgens rechtsbescherming te bieden en als onderdeel daarvan de algemeen ver-

121 Conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557. Zie over deze conclusie uitgebreid paragraaf 3.4.1.

122 Conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.1.

bindende voorschriften die op burgers worden toegepast tegen het licht van de rechtsnormen te houden waarvan zij niet mogen afwijken.<sup>123</sup> Daarbij is het uitgangspunt al lang niet meer dat de rechter is gebonden aan de wet; hij is gebonden aan het *recht* en beoordeelt de *rechtmatigheid* van algemeen verbindende voorschriften.<sup>124</sup> Onderdeel van het recht zijn niet alleen de wetten in formele zin en ander hoger geschreven (internationaal) recht, maar ook de algemene (ongeschreven) rechtsbeginselen. De rechter zou bij deze rechtmatigheidstoets het democratisch tekort kunnen ‘compenseren’ door zich bij de toetsing aan de algemene rechtsbeginselen niet langer in de regel te beperken tot de vraag of sprake is van klaarblijkelijk onrechtmatige regelgeving in het licht van de algemene rechtsbeginselen (lees: in strijd is met het verbod van willekeur).<sup>125</sup> Dat betekent niet dat de toets van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen altijd indringend(er) zou moeten zijn, maar wel dat van een principieel terughoudende toets is afgestapt.

#### 2.3.4.2 Rechterlijke controle ter aanvulling

Stel, de wetgever en de lagere regelgever lossen het democratisch tekort zelf op, bijvoorbeeld door het primaat van de wetgever te herstellen (minder delegatie)<sup>126</sup> en/of de politieke controle te versterken. Zou de rechter dan terug moeten naar een principieel terughoudende rechterlijke toets van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen? Er is aanleiding om die vraag ontkennend te beantwoorden.<sup>127</sup> In dat verband is het relevant dat, zoals ik hierna zal toelichten, steeds meer tot uitdrukking komt dat het geen kwestie is van óf politieke controle óf rechterlijke controle, maar van én politieke controle én rechterlijke controle. Dit vanwege het verschil tussen beide.

Democratische legitimatie van algemeen verbindende voorschriften, of dat nou direct of indirecte legitimatie betreft, biedt geen garantie dat die algemeen verbindende voorschriften (voor eenieder) in overeenstemming zijn met het recht.<sup>128</sup> De strekking van politieke

123 Zie paragraaf 2.2.2.2.

124 Hirsch Ballin 1988, p. 234 met verwijzing naar Brenninkmeijer 1987, p. 36-37. Zie ook Brenninkmeijer 1992, p. 25. Het komt steeds vaker tot uitdrukking dat de rechter ‘aan het recht’ toetst. De Raad van State vestigt daarop bijvoorbeeld de aandacht in zijn jaarverslag over 2015, zie Jaarverslag Raad van State 2015, p. 67 en Polak 2016, p. 25-26. Vergelijk verder bijvoorbeeld Huisman & Jak 2019, p. 217; Bok 2006, p. 97-98.

125 Zie paragraaf 2.2.2.2.

126 De vraag is overigens wel in hoeverre dat kan. De rolverandering van de wetgever lijkt vanwege bijvoorbeeld de Europese invloed op wetgeving maar ook de complexiteit van de samenleving niet meer te stoppen, zodat niet te veel moet worden verwacht van het herstel van het primaat van de wetgever. Zie Van Gestel 2019, p. 238-239 (die er ook op wijst dat het parlement zelf heeft aangegeven de prioriteiten te hebben verlegd van medewetgeven naar toezicht op de regering); Hirsch Ballin 2019, p. 27-33.

127 Vergelijk de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.1; Van Heusden 2022, p. 71.

128 Vergelijk Van Male 2016, p. 127: ‘[d]e historie leert dat democratische legitimatie geen garantie is voor rechtmatige wetgeving’.



vaststelling van, en controle op, algemeen verbindende voorschriften is dat de volksvertegenwoordiging beleidsbeslissingen beoordeelt in het licht van diens opvatting over het publieke belang. Hoewel die beoordeling ook moet zien op de vraag of de gemaakte keuzes in overeenstemming zijn met rechtsnormen, waaronder de algemene rechtsbeginselen en de grondrechten, ziet politieke controle doorgaans vooral op ‘politieke wenselijkheid’, waarbij een afweging wordt gemaakt tussen maatschappelijke belangen en individuele en/of minderheidsbelangen.<sup>129</sup> Het risico bestaat wel dat bij die afweging niet alle individuele en/of minderheidsbelangen worden meegewogen.<sup>130</sup> Ook kan de regelgever op voorhand (bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften) soms niet (goed) voorzien hoe die voorschriften in elk individueel geval of voor een bepaalde groep uitwerken.<sup>131</sup> In dit verband schreef Koopmans reeds in 1970 dat de politieke controle weliswaar geschikt is om de hoofdrichting van het beleid te beoordelen, maar niet ‘voor het nagaan van de individuele uitingsvormen daarvan.’<sup>132</sup>

Politieke controle is dus algemeen van aard en ziet op de wenselijkheid van de gemaakte keuzes. Rechterlijke controle is, zoals ook hierboven ook al deels aangegeven in paragraaf 2.3.4.1, anders van aard. De rechter beschouwt de politieke wenselijkheid van de gemaakte keuzes als vaststaand en beoordeelt of die keuzes in overeenstemming zijn met het recht, inclusief de algemene rechtsbeginselen en de fundamentele rechten. Rechterlijke controle begint in die zin waar politieke controle stopt. Daarbij komt dat rechterlijke controle doorgaans vooral betrekking heeft op de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften voor specifieke en groepsspecifieke gevallen. Dat geldt zeker voor de controle door de indirect toetsende bestuursrechter. Bij die indirecte toetsing toetst de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift immers naar aanleiding van de toepassingen die het heeft gehad in de vorm van appellabele uitvoerings- of handhavingsbesluiten. Dat biedt een aanvulling op de politieke controle, omdat de indirect toetsende bestuursrechter (duidelijker) kan zien wat de gevolgen van een algemeen verbindend voorschriften zijn voor een specifiek of groepsspecifiek geval.<sup>133</sup> Het is heel goed mogelijk dat die gevolgen ingrijpender zijn dan de regelgever had verwacht of heeft voorzien tijdens de vaststelling van regelgeving.<sup>134</sup> Blijkt de rechter na verloop van de tijd en na een veelheid van zaken over hetzelfde voorschrift te ondervinden dat dit voorschrift in structurele zin een ingrijpender uitwerking heeft dan aanvankelijk was verwacht en/of voor-

129 Vergelijk Meijerman 2018, par. 3.

130 Vergelijk Meijerman 2018, par. 3; Sanderink 2021.

131 Vergelijk Scheltema 2020, p. 4-6; Scheltema 2021, p. 815-818.

132 Koopmans 1970, p. 232.

133 Vergelijk de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.1; Van Heusden 2022, p. 71.

134 De indirect toetsende bestuursrechter heeft zo gezien een ‘*benefit of hindsight*’, zie de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.1.

zien, dan kan dat overigens ook aanleiding zijn om een generieker onrechtmatigheidsdeel uit te spreken.<sup>135</sup>

Kortom, politieke controle en rechterlijke controle zijn anders van aard. Politieke controle gaat over politieke wenselijkheid en is algemeen, terwijl rechterlijke controle betrekking heeft op het recht en doorgaans groepsspecifieke en specifieke gevallen betreft. Deze twee vormen van controle vullen elkaar aan en zijn niet inwisselbaar.<sup>136</sup> Zelfs als politieke controle geen tekortkomingen heeft, en algemeen verbindende voorschriften daardoor democratisch zijn gelegitimeerd, kan die controle de rechterlijke controle niet ondervangen.

### 2.3.5 *Standpunt*

Voor *indirect* democratisch gelegitimeerde voorschriften geldt mijns inziens dat de (bestuurs)rechter niet vanwege traditionele machtenscheidingsargumenten en het democratieprincipe kan volstaan met een principiële terughoudende toetsing aan algemene rechtsbeginselen.

De veronderstelling die aan een principiële rechterlijke terughoudendheid ten grondslag ligt, namelijk de politieke controle door een volksvertegenwoordigend orgaan, gaat vaak niet op. Veel indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften zijn in werkelijkheid niet of nauwelijks politiek gecontroleerd. Tegelijkertijd wordt de rechtspositie van burgers steeds vaker bepaald door deze algemeen verbindende voorschriften, door de terugtred van de wetgever en de ontwikkeling dat vergunningstelsels in toenemende mate worden vervangen door algemeen verbindende voorschriften (ontwikkeling richting een *administrative state*). De rechter kan de gebrekkige politieke controle niet vervangen, die is immers anders dan de rechterlijke controle, maar hij kan wel vanuit zijn eigen uit de rechtsstaat voortvloeiende taak beoordelen of deze voorschriften in overeenstemming zijn met het recht en in zoverre een gebrekkige politieke controle compenseren. Hij zou zich dan niet moeten beperken tot een standaard terughoudende toetsing. Doet de rechter dan wel, dan geldt voor veel algemeen verbindende voorschriften dat zij door geen enkel orgaan binnen de trias politica serieus worden beoordeeld.

---

135 Een voorbeeld daarvan is ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslot*). Overigens betreft dit volgens Widdershoven geen *ex nunc*-toetsing, maar een retrospectieve *ex-tunc* toets. Op grond van de '*nunc*-werkelijkheid' constateert de rechter dat '*ex tunc*-veronderstellingen', de veronderstellingen waarvan de regelgever is uitgegaan ten tijde van de vaststelling van het voorschrift, niet kloppen. Zie Widdershoven 2018, p. 188 (noot 5).

136 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.1; Van Heusden 2022, p. 71.

Bij *direct* democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften ligt het ingewikkelder. Deze voorschriften zijn wel democratisch gelegitimeerd, omdat zij zijn vastgesteld door een volksvertegenwoordigend orgaan. In zoverre gaat de veronderstelling die aan een principieel rechterlijke terughoudendheid ten grondslag ligt – democratische legitimatie – hier wel op, ook al wordt daar in de literatuur soms anders over gedacht. Niettemin denk ik dat traditionele machtenscheidingsargumenten en het democratieprincipe niet zodanig veel gewicht in de schaal zouden moeten leggen dat een *principieel* terughoudende toetsing aangewezen is. Voor de controle op alle algemeen verbindende voorschriften, dus ook de *direct* democratisch gelegitimeerde, geldt dat de rechterlijke controle aan het recht, die vaak is toegespitst op de rechtmatigheid voor een groepsspecifiek of specifiek geval, een wezenlijk andere controle is dan een politieke controle, die ziet op politieke wenselijkheid en algemeen van aard is. Beide zijn niet inwisselbaar, maar vullen elkaar juist aan. Daarbij geldt voor de rechter nog steeds de grens dat hij niet de politieke wenselijkheid van de gemaakte keuzes beoordeelt, ook als die toetsing verder gaat dan een principieel terughoudende toets op willekeur. Vooruitlopend op de volgende paragrafen wordt gezegd dat een principieel terughoudende toetsing ook niet past bij de taak van de rechter naar huidig inzicht, waarbij hij effectieve rechtsbescherming biedt en de fundamentele rechten beschermt. Bezien vanuit deze taak kan de toetsing vanwege machtenscheidingsargumenten, in combinatie met het democratieprincipe, heel goed terughoudend zijn, maar niet principieel en dus als regel terughoudend.

Mijns inziens geldt dus voor de rechterlijke toetsing van *alle* algemeen verbindende voorschriften<sup>137</sup> dat die toetsing niet principieel terughoudend kan zijn vanwege traditionele machtenscheidingsargumenten en het democratieprincipe. Daarmee is nog niet gezegd hoe intensief de rechterlijke toets kan zijn, welke factoren daarvoor bepalend zijn en ook niet of *direct* democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften in de regel terughoudender zouden moeten worden getoetst dan *indirect* democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften. Hierop kom ik terug in de hoofdstukken 3 en 10.<sup>138</sup>

---

137 Voor de zekerheid: onder het niveau van de formele wet.

138 Zie paragrafen 3.7.3 en 10.4 (i.h.b. paragraaf 10.4.4).

## 2.4 RECHTERLIJKE CONTROLE (EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING)

### 2.4.1 Inleiding

Een van de fundamentele rechtsstatelijke eisen is de eis van rechterlijke controle. Van essentieel belang in dat verband is het bestaan van onafhankelijke rechterlijke controle op het handelen van het bestuur.<sup>139</sup> Als er geen rechterlijke toetsing van bestuurshandelen mogelijk zou zijn, dan zou het rechtsstatelijke uitgangspunt dat ook de overheid is gebonden aan het recht in feite illusoir zijn. Doorgaans wordt ervan uitgegaan dat de rechtsbescherming door een onafhankelijk rechter niet alleen moet bestaan, maar ook *effectief* moet zijn, in de zin van *daadwerkelijk* in staat om de daarmee beoogde doelen te bereiken.<sup>140</sup> De eis van een effectieve rechtsbescherming als onderdeel van rechterlijke controle wordt gesteld in het nationale recht, het EVRM, het Unierecht.

In paragraaf 2.2.1 heb ik opgemerkt dat de rechtsstatelijke eis van rechterlijke controle, en als onderdeel daarvan: effectieve rechtsbescherming, lange tijd geen expliciete rol heeft gespeeld bij de opstelling van de bestuursrechter bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In deze paragraaf zet ik uiteen waarom de bestuursrechter in dit verband meer gewicht zou moeten toekennen aan de eis van effectieve rechtsbescherming en waarom deze eis zich verzet tegen een principieel terughoudende rechterlijke toets. In paragraaf 2.4.2 staat de nationale eis van effectieve rechtsbescherming centraal. Mede omdat voor de invulling van die nationale eis ook het EVRM en het Unierecht relevant zijn, bespreek ik ook welke eisen er vanuit het EVRM (paragraaf 2.4.3) en het Unierecht (paragraaf 2.4.4) worden gesteld aan de rechterlijke controle, in het bijzonder de toetsingsintensiteit.

### 2.4.2 Effectieve rechtsbescherming in het nationale recht

#### 2.4.2.1 Van beginsel in wording tot grondwettelijk recht

Lange tijd werd ervan uitgegaan dat effectieve rechtsbescherming ofwel een beginsel betrof dat naar nationaal recht reeds bestond<sup>141</sup> ofwel een nationaal beginsel in wording was.<sup>142</sup>

139 EHRM 23 oktober 1985, nr. 8848/80, ECLI:CE:ECHR:1985:1023JUD000884880 (*Bentham/Nederland*).

140 Het EHRM omschrijft het als volgt: *'The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective'*, zie EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973 (*Airey/Ierland*), par. 24.

141 Zie reeds Widdershoven 1989, p. 114-115; Uzman 2021, p. 262.

142 Vergelijk Wenders 2010, p. 126.

Dat effectieve rechtsbescherming een nationaal beginsel in wording was, komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de met effectieve rechtsbescherming in verband gebrachte definitieve geschilbeslechting. Artikel 8:41a van de Awb geeft de rechter daartoe inmiddels de opdracht.<sup>143</sup> De stappen die de wetgever en – daarvóór – de rechter hebben gezet om de procedures in het bestuursrecht in overeenstemming te brengen met het streven naar een finale geschilbeslechting, brengen de bredere wens van effectiviteit van de rechtsbescherming (dat aan definitieve geschilbeslechting ten grondslag ligt) en de opkomst daarvan in de nationale rechtsorde tot uitdrukking.<sup>144</sup>

Het streven naar effectieve rechtsbescherming kwam verder ook op een andere manier tot uitdrukking in de rechtspraak van de Nederlandse rechters. Bijvoorbeeld ook omdat zij Straatsburgse eisen van effectieve rechtsbescherming hebben toegepast in zaken die buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen.<sup>145</sup> Zo heeft de Afdeling toepassing gegeven aan de eis van de redelijke termijn (artikel 6, eerste lid, EVRM) in vreemdelingenzaken die gaan over de toelating en uitzetting; procedures waarop artikel 6 EVRM niet van toepassing is.<sup>146</sup> Hetzelfde heeft de belastingkamer van de Hoge Raad gedaan, in de zin dat hij heeft geoordeeld dat (niet punitieve) belastinggeschillen binnen een redelijke termijn behoren te worden beslecht, ook al is het belastingrecht een terrein dat niet valt onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM.<sup>147</sup> Beide rechters passen de redelijke termijneisen toe via de band van het rechtszekerheidsbeginsel. De redenering is dat artikel 6 EVRM weliswaar niet van toepassing is op deze terreinen, maar dat het rechtszekerheidsbeginsel ook daar geldt; een beginsel dat ook (mede) ten grondslag ligt aan artikel 6 EVRM. Aangezien artikel 6 EVRM ook (mede) op het rechtszekerheidsbeginsel berust, wordt bijvoorbeeld door de Afdeling voor de invulling van de eis van de redelijke termijn aangesloten bij de jurisprudentie van het EHRM ter zake.<sup>148</sup> Kortom, de Nederlandse rechter heeft via (andere) algemene rechtsbeginselen 6 EVRM-eisen binnengehaald die zien op het bieden van effectieve rechtsbescherming.

143 'De bestuursrechter beslecht het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief.'

144 Hierover uitgebreider Wenders 2010, p. 117-119 en 123-127; Schueler e.a. 2007.

145 Julicher 2020, p. 59; Barkhuysen & Van Emmerik 2022, par. 23.9; Widdershoven 2023, p. 208-209.

146 ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5910, AB 2009, 70, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en ABRvS 17 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI2283.

147 HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5080, AB 2011/184, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik; HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252.

148 ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5910, r.o. 2.9.1.

Inmiddels maakt het beginsel van effectieve rechtsbescherming deel uit van het positieve recht. Sinds 2022 staat het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter<sup>149</sup> in artikel 17, eerste lid, van de Grondwet.<sup>150</sup> Artikel 17, eerste lid, van de Grondwet bepaalt:

‘Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.’

In het recht op een eerlijk proces van artikel 17, eerste lid, van de Grondwet moet het recht op effectieve rechtsbescherming worden ingelezen.<sup>151</sup> Dat volgt uitdrukkelijk uit de parlementaire verdediging van het wetsvoorstel in eerste lezing.<sup>152</sup>

Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer zei minister Plasterk:

‘Waarom willen we het recht op effectieve rechtsbescherming niet opnemen in artikel 17 van de Grondwet, vraagt mevrouw Van Engelshoven. Daarvoor verwijs ik naar wat ik in het algemene deel heb gezegd, namelijk dat dat besloten zit in de algemene term “het recht op een eerlijk proces”. Daarin zit bijvoorbeeld het recht op wederhoor besloten, maar ook het recht op effectieve rechtsbescherming. In de internationale literatuur spreken we in dit verband van effectieve remedy. Dat betekent dus dat die rechtsbescherming er ook daadwerkelijk moet zijn, en niet slechts in theorie.’<sup>153</sup>

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer zei minister Ollongren:

‘De heer Ruers van de SP sprak over de effectieve rechtsbescherming en vroeg waarom die niet is opgenomen in artikel 17 van de Grondwet. De regering is van mening dat met een eerlijk proces ook wordt bedoeld op een effectieve en doeltreffende rechtsgang, ook al staat dat niet expliciet in artikel 17 van de Grondwet. Het recht op een effectief rechtsmiddel wordt in het internationale recht zo uitgelegd dat er daadwerkelijk een effectief rechtsmiddel moet bestaan,

149 Het recht op een eerlijk proces van artikel 17, eerste lid, van de Grondwet impliceert ook een recht voor eenieder op toegang tot de rechter in zaken waarin zijn rechten en verplichtingen of de gegrondheid van een vervolging aan de orde zijn, zie Widdershoven 2023, p. 203, met verwijzing naar *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 12-13.

150 *Stb.* 2022, 331.

151 Zie Uzman 2021, p. 266-267.

152 En zie ook al *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 16.

153 *Handelingen II* 2016/17, nr. 79, 10, p. 9.

en niet slechts in theorie. Dat wil zeggen dat het rechtsmiddel toegankelijk, doeltreffend en doelmatig moet zijn. In dat opzicht ben ik het gewoon met de heer Ruers eens. Een doeltreffende rechtsgang is een wezenlijke voorwaarde voor de uitoefening van het juridische recht op een eerlijk proces in de praktijk.<sup>154</sup>

#### 2.4.2.2 Eisen aan de toetsingsintensiteit

In het kader van een effectieve rechtsbescherming worden er ook eisen gesteld aan de rechterlijke toetsingsintensiteit. Over welke eisen dat zijn, werd al nagedacht voordat effectieve rechtsbescherming expliciet tot een nationaal grondwettelijk beginsel werd gepromoveerd. Zo stelt Gerbrandy in 2009 dat het nationale beginsel van effectieve rechtsbescherming voor de bestuursrechtelijke context mede een ‘voldoende niveau van rechtsbescherming’ eist, in het kader waarvan een ‘voldoende intensieve toets’ moet worden verlangd.<sup>155</sup>

Welke eisen het in artikel 17, eerste lid, van de Grondwet ingelezen beginsel van effectieve rechtsbescherming stelt aan de rechterlijke toetsingsintensiteit is nog niet precies te zeggen. Wel is het duidelijk dat aan artikel 17, eerste lid, van de Grondwet in elk geval dezelfde bescherming kan worden ontleend als aan artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest.<sup>156</sup> Om die reden zal ik in de volgende paragrafen bekijken welke eisen deze artikelen stellen aan de rechterlijke toetsingsintensiteit. Daarbij betrek ik overigens ook 13 EVRM, dat volgens de grondwetgever inhoudelijk dezelfde eisen stelt aan effectieve rechtsbescherming als artikel 6 EVRM en in samenhang met het laatstgenoemde artikel moet worden gelezen.<sup>157</sup>

In de literatuur is erop gewezen dat artikel 17, eerste lid, van de Grondwet juridisch toegevoegde waarde heeft ten opzichte van het EVRM en het Unierecht.<sup>158</sup> Een van de redenen daarvoor is dat de grondwetgever erop gewezen heeft dat artikel 17, eerste lid, van de Grondwet de rechter de legitimatie geeft om artikel 17, eerste lid, van de Grondwet zelf nader in te vullen.<sup>159</sup> Deze legitimatie moet ertoe kunnen leiden dat de Nederlandse rechter de burger op grond van artikel 17, eerste lid, van de Grondwet meer bescherming biedt

154 *Handelingen I* 2017/18, nr. 19, 10, p. 14.

155 Gerbrandy 2009, p. 51.

156 Zie hierover uitgebreid Julicher 2020, hoofdstuk 3.

157 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 16.

158 Zie Julicher 2020, p. 70-72; Widdershoven 2023, p. 205-207. Zie ook de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 7 september 2023, ECLI:NL:CBB:2023:476, punten 5.12-5.15.

159 Julicher 2020, p. 70-72; Widdershoven 2023, p. 206. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4, 9 en 31.

dan hij kan ontleen aan het EVRM en het Unierecht.<sup>160</sup> In hoeverre er voor de Nederlandse bestuursrechter aanleiding is om op grond van het nationale beginsel van effectieve rechtsbescherming verder te gaan in de context van de intensiteit van de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften, zal ik bespreken in paragraaf 2.4.5.

In de literatuur is ook gewezen op de behoefte aan een nationale constitutionele norm op basis waarvan de rechter tot rechtsvorming kan overgaan en die de relatie inkadert tussen de rechter en de andere staatsmachten.<sup>161</sup> De internationale eisen van effectieve rechtsbescherming werden al door de Nederlandse rechter ingezet om tot rechtsvorming over te gaan.<sup>162</sup> Dat is bijvoorbeeld zichtbaar in het *Arbeidskostenforfait*-arrest<sup>163</sup> en het *Urgenda*-arrest<sup>164</sup>. Het vraagstuk en de toelaatbaarheid van rechtsvorming wordt in die arresten geplaatst in de sleutel van het bieden van effectieve rechtsbescherming, waarbij dan wel rekening moet worden gehouden met, zoals de Hoge Raad oordeelde in het *Arbeidskostenforfait*-arrest, ‘de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen.’ In beide gevallen wordt daarbij artikel 13 EVRM aangegrepen als grondslag voor het bieden van effectieve rechtsbescherming.<sup>165</sup> Uzman heeft erop gewezen dat voorzichtigheid op zijn plaats is bij het gebruiken van het internationale recht om de nationale relaties tussen de staatsmachten in te vullen – het bepalen van de constitutionele verhoudingen is in de eerste plaats een nationale aangelegenheid.<sup>166</sup> In zijn woorden: ‘Als de rechter zijn plaats in het staatsbestel mede aan de hand van het beginsel van effectieve rechtsbescherming definieert, dan lijkt het mij vanuit legitimiteitsoogpunt zowel onwenselijk als onheus wanneer hij die verplichting om rechtsbescherming te bieden uitsluitend grondt op een internationale of Europese norm.’<sup>167</sup> Een nationale constitutionele norm die de relatie tussen de rechter en de andere staatsmachten inkadert en op basis waarvan de rechter recht vormt is vanuit legitimiteitsoogpunt aldus aangewezen. Die is er nu met het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter van artikel 17, eerste lid, van de Grondwet.

160 Julicher 2020, p. 70-72; Widdershoven 2023, p. 206 en, voor de mogelijkheden die hij op het punt van verdergaande bescherming ziet, p. 210-220.

161 Zie over die behoefte Uzman 2021, i.h.b. p. 263-264.

162 Uzman 2021, p. 263-264; Bovend'Eert 2009, p. 147; Bovend'Eert 2021a, p. 142.

163 HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756 (*Arbeidskostenforfait*).

164 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

165 Expliciet in het *Urgenda*-arrest en, vermoedelijk, in het *Arbeidskostenforfait*-arrest. Overigens is het ook begrijpelijk dat artikel 13 EVRM wordt aangegrepen, omdat het in beide zaken (deels) gaat om de effectivering van het EVRM.

166 Uzman 2021, p. 263-264.

167 Uzman 2021, p. 263.



### 2.4.3 Effectieve rechtsbescherming in het EVRM

#### 2.4.3.1 Artikel 6 EVRM: algemeen

De eisen die het EVRM stelt aan de nationale rechtsbescherming (in ‘EVRM-zaken’) vloeien voornamelijk voort uit artikel 6 EVRM (het recht op een eerlijk proces), waarover meer hierna, en ook uit artikel 13 EVRM (het recht op effectieve rechtsbescherming), waarover meer in de paragrafen 2.4.3.3 en 2.4.3.4.

In artikel 6 EVRM is het recht op een eerlijk proces neergelegd. Artikel 6 EVRM is volgens het eerste lid van dat artikel alleen van toepassing als er sprake is van geschillen over de vaststelling van ‘*civil rights and obligations*’ (‘burgerlijke rechten en verplichtingen’) of van geschillen over een ‘*criminal charge*’ (‘strafvervolgving’). Of er sprake is van ‘strafvervolgving’ moet worden bepaald aan de hand van drie criteria (‘Engel’ of ‘Öztürk’-criteria): (1) hoe is de overtreding naar nationaal recht geclassificeerd, (2) wat is de aard van de overtreding en (3) wat is de aard en ernst van de opgelegde sanctie?<sup>168</sup> Op grond van die criteria wordt in elk geval de bestuurlijke boete als ‘strafvervolgving’ aangemerkt. De term ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ wordt zodanig ruim uitgelegd dat daaronder vrijwel alle civielrechtelijke en bestuursrechtelijke geschillen vallen.<sup>169</sup> Geschillen die *niet* onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM vallen, hebben betrekking op de toelating en uitzetting van vreemdelingen, op belastingprocedures,<sup>170</sup> op sommige politieke rechten, en ook geschillen betreffende ‘echte’ ambtenaren.<sup>171</sup>

Hoewel de eis niet expliciet in artikel 6 EVRM is opgenomen, is het recht op toegang tot de rechter een essentieel en vast onderdeel van artikel 6 EVRM.<sup>172</sup> De enkele toegang tot de rechter is niet voldoende. De toegang moet ook *effectief* zijn, in die zin dat het gebruikmaken van de rechtsgang niet *de facto* onmogelijk mag worden gemaakt.<sup>173</sup> Voor zover ik kan overzien, is er geen rechtspraak van het EHRM waarin is bepaald dat het recht op toegang tot de rechter *geen* betrekking heeft op algemeen verbindende voorschriften. Ik ga

168 EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071 (*Engel e.a./Nederland*), par. 82; EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79, ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD000854479 (*Öztürk/Duitsland*), par. 50, 53.

169 Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 54.

170 Voor zover het niet-bestaftende belastingbesluiten betreft – fiscale boetes kunnen er wel onder vallen. Zie Widdershoven 2023, p. 205; Julicher 2020, p. 58.

171 Zie Van de Weyer 2019, p. 30-48; Julicher 2020, p. 58-59; Widdershoven 2023, p. 205.

172 EHRM 21 februari 1975, ECLI:NL:XX:1975:AB5466 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*). Vergelijk Wenders 2010, p. 74-75; De Jong 2017, p. 18.

173 Vergelijk Widdershoven 1989, p. 114-115; Wenders 2010, p. 76; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 46-47. Zie bijvoorbeeld EHRM (GK) 5 april 2018, nr. 40160/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0405JUD004016012 (*Zubac/Kroatië*), par. 77.

er daarom van uit dat het recht op toegang tot de rechter van artikel 6 EVRM ook ziet op algemeen verbindende voorschriften.

Uit het recht op toegang tot de rechter kan ook het recht op de rechterlijke toetsing van bestuurshandelen worden afgeleid, waarover meer in de volgende paragraaf.

#### 2.4.3.2 Artikel 6 EVRM en toetsingsintensiteit

Het EHRM bemoeit zich in algemene zin niet veel met hoe intensief de nationale rechter moet toetsen. In veel gevallen wordt het bepalen van de toetsingsintensiteit aan de nationale rechter zelf overgelaten.<sup>174</sup> Daarop bestaan wel uitzonderingen. Zo stelt het EHRM duidelijker eisen aan de toetsingsintensiteit onder de ‘*criminal charge*’-poot van artikel 6 EVRM. Die eisen zijn voornamelijk van belang voor het punitief bestuursrecht en blijven hierna buiten beschouwing.

Bij de uitsluiting van de ‘*criminal charge*’-poot moet wel een kanttekening geplaatst worden. Het komt voor dat de hoogte van een boete wordt vastgesteld in een algemeen verbindend voorschrift (niet zijnde een wet in formele zin). Het algemeen verbindende voorschrift is dan geen *criminal charge*, maar het gefixeerde boetestelsel moet wel kritisch worden beschouwd in het licht van het evenredigheidsbeginsel. Dat leren drie uitspraken van de Afdeling ons, waarin zij oordeelde dat het boetestelsel in de Amsterdamse Huisvestingsverordening voor de (illegale) woningverhuur aan toeristen geen recht doet aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>175</sup> In principe verzet artikel 6 EVRM zich niet tegen een wettelijk gefixeerd boetestelsel, mits dat stelsel tot stand is gekomen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. Dat betekent dat er in het stelsel moet worden gedifferentieerd, waarbij er rekening wordt gehouden met de mogelijke omstandigheden waaronder de overtreding is begaan en die relevant kunnen zijn voor de evenredigheid van het boetebedrag. Zoals de Afdeling deed, moet de rechter daarbij bekijken in hoeverre er inderdaad gedifferentieerd wordt in een wettelijk voorschrift, wat neerkomt op een indringende(r) toepassing van het evenredigheidsbeginsel.<sup>176</sup> In de zaken over het Amsterdamse boetestelsel laat de Afdeling de regeling buiten toepassing en geeft zij

174 Gerards, Barkhuysen & Van Emmerik 2014, p. 47-54.

175 ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2849; ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2850; ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2851.

176 Vergelijk de annotatie van Barkhuysen & Van Emmerik onder ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2849, AB 2021/10, punt 6, die de uitspraken vinden passen in de trend van de opmars van het evenredigheidsbeginsel.

aanknopingspunten voor een stelsel dat wél recht doet aan het evenredigheidsbeginsel.

Waar het in deze paragraaf om gaat, is de vraag in hoeverre het EHRM op grond van artikel 6, eerste lid, EVRM ('*civil*'-poot) eisen stelt aan de intensiteit van toetsing. In het kader van artikel 6, eerste lid, EVRM worden eisen aan de rechterlijke toetsing gesteld door middel van het zogenoemde vereiste van '*full jurisdiction*' (volledige rechtsmacht). Het vereiste van volledige rechtsmacht is een 'wezenskenmerk' van het recht op toegang tot de rechter, zoals dat door het EHRM wordt ingelezen in artikel 6, eerste lid, EVRM.<sup>177</sup> Omdat het vereiste van volledige rechtsmacht door het EHRM is afgeleid uit het eerste lid van artikel 6 EVRM geldt het vereiste voor zowel '*civil*'-procedures als '*criminal*'-procedures.<sup>178</sup>

Het vereiste van volledige rechtsmacht vereist dat de rechter de bevoegdheid moet hebben om alle voor het geschil relevante kwesties over de feiten en het recht te onderzoeken.<sup>179</sup> Daaruit volgen vooropgesteld eisen aan de omvang van de rechterlijke toetsing: de rechter moet in beginsel alle rechtsvragen en feitelijke vragen kunnen beantwoorden. Voor zover het gaat om de beantwoording van alle rechtsvragen is het – in elk geval bij het beoordelen van bestuurshandelingen – van belang dat de rechter kan nagaan of een bestuurshandeling in strijd is met hogere rechtsnormen, waaronder ook de algemene rechtsbeginselen kunnen vallen die zijn erkend in het nationale recht of voortvloeien uit Europese of internationale grondrechten.<sup>180</sup>

De eisen die worden gesteld aan de omvang van de rechterlijke toetsing schetsen het kader waaraan de rechterlijke toetsing moet voldoen. Zij zeggen echter nog niets over de intensiteit waarmee het toezicht op de feitenvaststelling en het toezicht op de inachtneming van hogere geschreven rechtsnormen en de algemene rechtsbeginselen moet worden uitgeoefend. Op de intensiteit van de rechterlijke toetsing ga ik hierna in.

In zijn rechtspraak heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat het vereiste van volledige rechtsmacht flexibel moet worden uitgelegd, in die zin dat aan dit vereiste ook kan worden voldaan als een rechterlijke instantie '*sufficient jurisdiction*' (voldoende rechtsmacht)

177 Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 63.

178 Zo ook Van de Weyer 2019, p. 319. Hierbij merk ik nogmaals op dat wat ik hierna bespreek primair ziet op '*civil*'-procedures.

179 EHRM 17 december 1996, nr. 20641/92, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD002064192 (*Terra Woningen B.V./Nederland*), par. 52; EHRM 23 juni 1981, nrs. 6878/75 en 7238/75, ECLI:CE:ECHR:1981:0623JUD000687875 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere/België*), par. 60; EHRM 23 oktober 1995, nr. 15523/89, ECLI:CE:ECHR:1995:1023JUD001552389 (*Schmautzer/Oostenrijk*), par. 36.

180 De Moor-van Vugt 2012, p. 33; Van de Weyer 2019, p. 320.

heeft.<sup>181</sup> Over ‘*sufficiency of the review*’ sprak het EHRM zich uit in het arrest *Bryan*.<sup>182</sup> Of er sprake is van ‘*sufficient review*’ hangt volgens het EHRM af van een aantal factoren: ‘[...] *in assessing the sufficiency of the review available to Mr Bryan on appeal to the High Court, it is necessary to have regard to matters such as the subject-matter of the decision appealed against, the manner in which that decision was arrived at, and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal.*’<sup>183</sup> Afhankelijk van (1) het voorwerp of de aard van de betrokken bestuurshandeling, (2) de procedurele waarborgen in de bestuurlijke procedure en (3) de inhoud van het concrete geschil, kan aldus sprake zijn van ‘*sufficient review*’.

De toepassing door het EHRM van de bovenstaande factoren laat zien dat ook een terughoudende toetsing in veel gevallen voldoet aan het vereiste van ‘*sufficient review*’. Van de Weyer illustreert dat in zijn dissertatie aan de hand van de bespreking van de relevante rechtspraak van het EHRM in ‘*civil*’-procedures. Daaruit trekt hij de conclusie dat ‘[h]oewel het absoluut klopt dat de verenigbaarheid van een marginale redelijkheidstoets met art. 6 EVRM voorwaardelijk is – d.i. afhankelijk van de concrete vordering en de procedurele waarborgen in de administratieve procedure – moet m.i. worden opgepast met de formulering dat een marginale toetsing slechts een uitzondering zou zijn.’<sup>184</sup> Zijn conclusie is vooral gebaseerd op de toepassing door het EHRM van de eerste twee factoren.

Wat de eerste factor betreft (het voorwerp van de bestuurshandeling), is een terughoudende toetsing gerechtvaardigd als het gaat om een politieke beslissing of een beslissing waarvoor specialistische kennis nodig is.<sup>185</sup> Dat het gaat om een beslissing die (politieke) beleidskeuzes betreft, neemt het EHRM vrij snel aan, zodat een terughoudende toetsing in dat soort gevallen doorgaans voldoende rechtsmacht oplevert. Het enkele feit dat bij die keuzes ook fundamentele rechten aan de orde zijn, maakt dat niet anders: het EVRM (en het EHRM) hecht veel waarde aan het beginsel van democratie en het primaat van de democratisch gelegitimeerde regelgever om belangenafwegingen en politieke keuzes te maken.<sup>186</sup> Dat benodigde expertise noopt tot rechterlijke terughoudendheid wordt door het EHRM duidelijk erkend. Van de Weyer laat zien dat het EHRM daarbij wel van belang

181 Hierover uitgebreid Van de Weyer 2019, p. 341-344.

182 EHRM 22 november 1995, nr. 19178/91, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD001917891 (*Bryan/Verenigd Koninkrijk*).

183 EHRM 22 november 1995, nr. 19178/91, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD001917891 (*Bryan/Verenigd Koninkrijk*), par. 45.

184 Van de Weyer 2019, p. 356.

185 Zie Van de Weyer 2019, p. 344 e.v.

186 Jak & Vermont 2007, p. 130; Gerards 2019, p. 64-65. Zie ook Van de Weyer 2019, p. 346-347.

acht dat voor een *specifieke* beslissing specialistische kennis is vereist en dat het niet voldoende is dat een rechtsterrein in algemene zin wordt aangemerkt als ‘specialistisch’.<sup>187</sup>

De tweede factor ziet op de mate waarin procedurele waarborgen in de bestuurlijke procedure in acht zijn genomen.<sup>188</sup> Daarbij gaat het onder meer om de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de hoorplicht, het transparantiebeginsel, het motiveringsbeginsel, et cetera. In hoeverre de inachtneming van deze beginselen tot gevolg heeft dat met een terughoudende (inhoudelijke) toetsing kan volstaan, is in zijn algemeenheid moeilijk te zeggen. Dat een zorgvuldige bestuurlijke procedure kan leiden tot een terughoudendere rechterlijke toetsing zou wel kunnen worden betoogd door een parallel te trekken met de in de rechtspraak van het EHRM waargenomen trend om nationale handelingen procedureel te toetsen. Daarbij houdt de zorgvuldigheid van de totstandkoming van een nationale handeling verband met de intensiteit waarmee het EHRM de inhoud van die handeling toetst.<sup>189</sup>

Gelet op het bovenstaande geldt aldus dat aan het vereiste van ‘*sufficient review*’ als onderdeel van het recht op toegang tot de rechter kan zijn voldaan als de rechter terughoudend toetst, maar tegen een in de regel terughoudende toets (principiële terughoudende toetsing) verzet artikel 6, eerste lid, EVRM zich.

#### 2.4.3.3 Artikel 13 EVRM: algemeen

Artikel 13 EVRM waarborgt het recht op een effectief rechtsmiddel. De tekst van artikel 13 luidt:

*‘Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.’*

Artikel 13 EVRM geeft uitdrukking aan het uitgangspunt dat het rechterlijk toezicht dat door het EHRM wordt uitgeoefend subsidiair is. De bescherming van de EVRM-rechten is primair een nationale zaak.<sup>190</sup> In het kader daarvan wordt op grond van artikel 13 EVRM

187 Van de Weyer 2019, p. 347.

188 Zie Van de Weyer 2019, p. 349-351.

189 Zie hierover hoofdstuk 8, i.h.b. paragrafen 8.5.2 t/m 8.5.6.

190 Harris e.a. 2018, p. 746 met verwijzing naar EHRM (GK) 26 oktober 2000, nr. 30210/96, ECLI:NL:XX:2000:AD5181 (*Kudla/Polen*), par. 152: ‘*Article 13, giving direct expression to the States’ obligation to protect human rights first and foremost within their own legal system, establishes an additional guarantee for an individual in order to ensure that he or she effectively enjoys those rights.*’ Zie bijvoorbeeld ook EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01, ECLI:NL:XX:2006:AY5760 (*Sürmeli/Duitsland*), par. 97.

aan de nationale rechtsbescherming de eis gesteld dat eenieder met een ‘*arguable claim*’ de mogelijkheid moet hebben om een schending van een EVRM-recht aan te vechten voor een nationale instantie die in staat moet zijn om passend rechtsherstel te bieden. Daaruit volgt dat de toepassingsvoorwaarden voor artikel 13 EVRM de volgende zijn.

Artikel 13 EVRM houdt niet het recht op een effectief rechtsmiddel als zodanig in, maar heeft een accessoir karakter. De eis van een effectief rechtsmiddel geldt alleen wanneer het gaat om een – vermeende – schending van een ander verdragsartikel.<sup>191</sup> Het is niet noodzakelijk dat een materieel verdragsartikel daadwerkelijk is geschonden. Een verdedigbare (*arguable*) bewering dat het EVRM is geschonden, is voldoende.<sup>192</sup> Er wordt daarom over artikel 13 EVRM ook wel gezegd dat dit recht zowel een afhankelijk als autonoom karakter heeft. Afhankelijk omdat het recht alleen kan worden ingeroepen in samenhang met een ander EVRM-artikel; autonoom omdat de toepasselijkheid en eventuele schending van artikel 13 EVRM onafhankelijk is van de vraag of het andere EVRM-recht is geschonden.<sup>193</sup> Dit autonome karakter – in de zin dat een bewering van de schending van een EVRM-recht voldoende is voor de toepasselijkheid van artikel 13 EVRM – is wel beperkt, omdat, zoals gezegd, de enkele bewering van een schending niet voldoende is. Die bewering moet ook *verdedigbaar* zijn (*‘arguable claim’*).

Voor het bepalen wanneer er sprake is van een *arguable claim* kiest het EHRM voor een casuïstische benadering, waarbij het EHRM kijkt naar de feiten van de zaak en de aard van de juridische problematiek.<sup>194</sup> Uzman noemt drie aanknopingspunten.<sup>195</sup> Ten eerste is er volgens hem in beginsel sprake van een *arguable claim* als de toetsing aan het materiële EVRM-recht leidt tot de conclusie dat er sprake is van een inbreuk op dat recht. Ten tweede wordt er doorgaans van een *arguable claim* uitgegaan als er op nationaal niveau onderzoek is gedaan naar de gegrondheid van de klacht. Het derde aanknopingspunt is de vraag of een klacht over de schending van een materieel EVRM-recht in de procedure voor het EHRM kennelijk ongegrond is verklaard en daarmee niet ontvankelijk.<sup>196</sup> In dat geval is een klacht doorgaans niet verdedigbaar.

---

191 Barkhuysen 1998, p. 39-40.

192 EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971 (*Klass/Duitsland*), par. 64. Zie hierover Barkhuysen 1998, p. 44-55.

193 Van de Weyer 2019, p. 66.

194 De Jong 2017, p. 41; Uzman 2013, p. 244.

195 Uzman 2013, p. 244.

196 Vergelijk artikel 35, derde lid, onder a, EVRM.

De eis van een effectief rechtsmiddel is ook van toepassing op algemeen verbindende voorschriften.<sup>197</sup> Aldus moet het nationale recht voorzien in een effectief rechtsmiddel als verdedigbaar beweerd wordt dat (de toepassing van) een algemeen verbindend voorschrift een EVRM-recht schendt. Om van een ‘effectief’ rechtsmiddel voor een rechterlijke of andere nationale instantie<sup>198</sup> te kunnen spreken is het in elk geval vereist dat het middel daadwerkelijk – zowel in theorie als praktijk – bestaat, voldoende toegankelijk is, en doelmatig en doeltreffend is.<sup>199</sup> In dat kader is onder meer vereist dat de intensiteit waarmee de beweerdelijke EVRM-schending wordt beoordeeld niet te beperkt mag zijn.<sup>200</sup> Daarnaast moet rechtsherstel geboden kunnen worden.<sup>201</sup> In welke vorm dat rechtsherstel wordt geboden (vernietiging, compensatie of een combinatie) is voor het EHRM niet zo relevant,<sup>202</sup> zolang er maar wordt voorzien in redres of een maatregel die voorkomt dat een schending van een EVRM-recht plaatsvindt of zich herhaalt.<sup>203</sup>

#### 2.4.3.4 Artikel 13 EVRM en toetsingsintensiteit

Artikel 13 EVRM vereist met betrekking tot de rechterlijke toetsingsintensiteit kort gezegd dat de nationale rechter bij een verdedigbare klacht over een schending van één van de EVRM-rechten een toetsing moet uitvoeren die niet te beperkt is.<sup>204</sup>

Meerdere keren heeft het EHRM uitgesproken dat het ook volstaat als de nationale rechter terughoudend toetst. Dat oordeel van het EHRM komt vooral tot uitdrukking in zaken waarin het EHRM is nagegaan of de Engelse *Wednesbury unreasonableness*-test – in feite een terughoudende willekeurstoets –<sup>205</sup> een voldoende effectieve rechtsbescherming oplevert in de zin van artikel 13 EVRM. Die zaken betreffen bijvoorbeeld de zaken *Soering* en

197 Zie Uzman 2013, p. 249, die deze kwestie bespreekt in het kader van de toepasselijkheid van artikel 13 EVRM op formele wetgeving.

198 Volgens de tekst van artikel 13 EVRM moet een effectief rechtsmiddel kunnen worden aangewend bij een *national authority*; een procedure bij een rechterlijke instantie is niet vereist. Wel moet die instantie in staat zijn om effectieve rechtsbescherming te bieden (*its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective*), zo staat in EHRM (GK) 26 oktober 2000, nr. 30210/96, ECLI:NL:XX:2000:AD5181 (*Kudla/Polen*), par. 157). Het gaat er dus om over welke bevoegdheden en procedurele waarborgen de instantie beschikt, zie Uzman 2013, p. 245; Van de Weyer 2019, p. 57; De Jong 2017, p. 42.

199 Barkhuysen 1998, p. 117-118. Zie ook Uzman 2013, p. 245-246; Wenders 2010, p. 120; De Jong 2017, p. 42; Commissie Rechtsbescherming VAR 2004, p. 49.

200 EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01, ECLI:NL:XX:2006:AY5760 (*Sürmeli/Duitsland*), par. 98.

201 De Jong 2017, p. 42; Uzman 2013, p. 245-246.

202 Uzman 2013, p. 246; Harris e.a 2018, p. 753-754.

203 Uzman 2013, p. 246-247. Zie EHRM (GK) 26 oktober 2000, nr. 30210/96, ECLI:NL:XX:2000:AD5181 (*Kudla/Polen*), par. 158.

204 EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01, ECLI:NL:XX:2006:AY5760 (*Sürmeli/Duitsland*), par. 98; De Jong 2017, p. 42; Wenders 2010, p. 120; Barkhuysen 1998, p. 126.

205 Barkhuysen 1998, p. 130. Zie uitgebreider Van de Weyer 2019, p. 300-305.

*Vilvarajah*, waarin de effectiviteit van deze toets werd beoordeeld in relatie tot de beoordeling van een vermeende schending van artikel 3 EVRM. In de zaak *Soering* ging het om de uitlevering van een gedetineerde aan de Verenigde Staten waar hij terecht zou staan voor twee moorden en de kans aanwezig was dat hij veroordeeld zou worden tot de doodstraf. Het EHRM vindt de beperkte toetsing van de Engelse rechter van de beslissing tot uitlevering voldoende en legt daarbij vooral de nadruk op de *irrationality*: ‘*In an extradition case the test of “irrationality”, on the basis of the so-called “Wednesbury principles”, would be that no reasonable Secretary of State could have made an order for surrender in the circumstances (ibid.). According to the United Kingdom Government, a court would have jurisdiction to quash a challenged decision to send a fugitive to a country where it was established that there was a serious risk of inhuman or degrading treatment, on the ground that in all the circumstances of the case the decision was one that no reasonable Secretary of State could take.*’<sup>206</sup> In de zaak *Vilvarajah*, waarin het ging om de weigering om asiel te verlenen, kwam het EHRM tot een vergelijkbare conclusie over de Engelse *Wednesbury*-toets.<sup>207</sup>

Inmiddels is het duidelijk dat het EHRM vindt dat een terughoudende toets, zoals de *Wednesbury unreasonableness* niet altijd voldoende is om een effectief rechtsmiddel te garanderen. In de zaak *Smith en Grady*, waarin het EHRM concludeerde tot de schending van artikel 8 EVRM omdat twee militairen ter uitvoering van nieuw beleid uit het Britse leger werden ontslagen vanwege hun seksuele geaardheid, vond het EHRM de drempel die door de beperkte Engelse toets werd opgeworpen te hoog. De toets, op grond waarvan werd beoordeeld of ‘*the decision was unreasonable in the sense that it was beyond the range of responses open to a reasonable decision-maker*’, was niet voldoende om de klachten over de schending van artikel 8 EVRM daadwerkelijk te onderzoeken.<sup>208</sup>

Of een terughoudende toets wel of niet voldoende is, lijkt in zijn algemeenheid moeilijk te zeggen. Er wordt ook wel aangenomen dat het EHRM bij het bepalen van de vereiste toetsingsintensiteit op grond van artikel 13 EVRM dezelfde voorwaarden hanteert als bij het vereiste van volledige rechtsmacht onder artikel 6, eerste lid, EVRM (in elk geval wat de ‘*civil*’-poot betreft). Van een gedifferentieerde aanpak, in die zin dat verschillende factoren de toetsingsintensiteit bepalen, lijkt inderdaad sprake te zijn. Zo lijkt het bijvoorbeeld van belang te zijn op welk EVRM-recht het rechterlijk toezicht op een vermeende schending ziet, en hoe ernstig die schending is. Wanneer het bijvoorbeeld gaat om zaken als mishandeling of dood in relatie tot de artikelen 2, 3 en 5 EVRM legt het EHRM hogere standaard-

206 EHRM 7 juli 1989, nr. 14023/88, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*), par. 121.

207 EHRM 30 oktober 1991, nrs. 13163/87 e.v. (*Vilvarajah e.a./Verenigd Koninkrijk*).

208 EHRM 27 september 1999, nrs. 33985/96 en 33986/96, ECLI:CE:ECHR:1999:0927JUD003398596 (*Smith en Grady/Verenigd Koninkrijk*), par. 137.



den op, die ook van invloed zijn op de rechterlijke toetsingsintensiteit.<sup>209</sup> Wat daarbij het precieze verband is tussen de procedurele verplichtingen die uit deze artikelen voortvloeien en de eisen die voortvloeien uit het vereiste van een effectieve rechtsbescherming van artikel 13 EVRM is niet duidelijk. In sommige gevallen laat het EHRM een onderzoek in het kader van een klacht over de schending van artikel 13 EVRM achterwege als er al is nagegaan in hoeverre de relevante procedurele verplichtingen zijn nageleefd. In andere gevallen heeft het EHRM geoordeeld dat de eisen voor het bestaan van een effectief rechtsmiddel ‘breder’ zijn dan de procedurele verplichtingen die gelden op basis van de artikelen 2, 3 en 5 EVRM.<sup>210</sup>

#### 2.4.4 *Effectieve rechtsbescherming in het Unierecht*

##### 2.4.4.1 **Artikel 47 Handvest: algemeen**

Niet alleen het EVRM, maar ook het Unierecht stelt eisen aan de rechtsbescherming op nationaal niveau. Een beginsel dat in belangrijke (en toenemende) mate de nationale regels over rechtsbescherming beïnvloedt, is het Unierechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>211</sup> Dat beginsel houdt in dat burgers alle rechten die zij aan het Unierecht ontleen ook daadwerkelijk moeten kunnen effectueren bij de nationale rechter.<sup>212</sup>

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is door het Hof van Justitie als algemeen Unierechtelijk beginsel erkend in 1986 in de zaak *Johnston*.<sup>213</sup> Daarbij verwees het Hof van Justitie naar de gemeenschappelijke constitutionele tradities waaruit het beginsel voortvloeit en de artikelen 6 en 13 EVRM waarin, zoals hierboven tot uitdrukking is gekomen, ook het beginsel van effectieve rechtsbescherming is neergelegd.<sup>214</sup> Het Unierechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming is gecodificeerd in de artikelen 19 VEU en 47 Handvest. Artikel 19, eerste lid, tweede alinea, VEU bepaalt dat ‘[d]e lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren.’ In artikel 47 Handvest is ‘het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht’ neergelegd. Omdat het

209 Harris e.a. 2018, p. 759-762.

210 Vergelijk Harris e.a. 2018, p. 761.

211 Vergelijk bijvoorbeeld de annotatie van Widdershoven onder HvJ 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, AB 2016/321 (*Toma*), punt 7 en recenter zijn annotatie onder HvJ 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665, AB 2022/10 (*Independent Meat Suppliers*). Zie verder Prechal 2017, p. 50 en Widdershoven e.a. 2007, p. 35.

212 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 327.

213 HvJ 15 mei 1986, zaak 222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*).

214 HvJ 15 mei 1986, zaak 222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*), par. 18.

op dit moment *geen* bestaande praktijk is om eisen voor de toetsingsintensiteit op te hangen aan artikel 19 VEU, beperk ik me hierna tot artikel 47 Handvest.<sup>215</sup>

Voor de toepasselijkheid van artikel 47 Handvest is het nodig dat het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht in de zin van artikel 51, eerste lid, van het Handvest.<sup>216</sup> Daaronder moet de situatie worden verstaan waarin de lidstaten ‘handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht’.<sup>217</sup> Van het ‘handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht’ is in elk geval sprake in de volgende drie situaties: (1) wanneer de lidstaten specifieke EU-verplichtingen of bevoegdheden implementeren (vooral neergelegd in het secundaire Unierecht) en daarmee dus optreden als ‘agent’ van het Unierecht, (2) de gevallen waarin de lidstaten afwijken van het Unierecht, met name van de verkeersvrijheden en (3), gevallen waarin het Unierecht wordt gehandhaafd en een Unierechtelijke bepaling enige richting geeft aan die handhaving.<sup>218, 219</sup> Veel handelen van nationale autoriteiten valt daarom binnen de werkingssfeer van het Unierecht en al dat handelen moet dus in overeenstemming zijn met artikel 47 van het Handvest.<sup>220</sup>

Artikel 47 Handvest vereist toegang tot de rechter in Unierechtelijke zaken (artikel 47, eerste lid, Handvest). Verder stelt het beginsel eisen aan de procedure voor de rechterlijke instantie. Die procedure moet voldoen aan de beginselen van een eerlijk proces, de redelijke termijn, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en openbaarheid (artikel 47, tweede lid, Handvest). Ten derde worden op basis van het beginsel van effectieve rechtsbescherming eisen gesteld aan de beschikbare rechtsmiddelen. De rechter moet beschikken over effectieve rechtsmiddelen om de schendingen van het Unierecht te herstellen of te compenseren.

215 Vergelijk Prechal 2022.

216 HvJ 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:11, AB 2018/220, m.nt. P.M. van den Eijnden (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*). Verder bijvoorbeeld HvJ 7 februari 2019, C-49/18, ECLI:EU:C:2019:106, AB 2019/252, m.nt. P.M. van den Eijnden (*Carlos Escribano Vindel*); HvJ 2 maart 2021, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 (*A.B. e.a.*); HvJ 15 juli 2021, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 (*Commissie t. Polen*).

217 HvJ 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*).

218 Wanneer de effectuering/handhaving binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, is nog niet volledig uitgekristalliseerd. Als in het secundaire Unierecht specifieke verplichtingen over de effectuering/handhaving van het Unierecht zijn opgenomen, valt handhaving van het Unierecht zonder meer onder het toepassingsgebied van het Handvest, omdat er dan sprake is van een situatie waarin de lidstaten optreden als agent van het Unierecht (situatie 1). Een relevante bepaling die richting geeft aan de handhaving van het Unierecht is artikel 325 VWEU, op grond waarvan lidstaten verplicht zijn om onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad te bestrijden met maatregelen die kort gezegd gelijkwaardig en doeltreffend zijn en afschrikkend werken. Met artikel 325 VWEU vergelijkbare verplichtingen zijn in veel verordeningen en richtlijnen neergelegd. Zie Van den Brink e.a. 2017, p. 142-145.

219 Van den Brink e.a. 2017, p. 137-145; Barkhuysen & Widdershoven 2022, par. 35.3.

220 Dat geldt vooral als gevolg van situatie 1, zie bijvoorbeeld de annotatie van Widdershoven onder HvJ 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665, AB 2022/10 (*Independent Meat Suppliers*), punt 3; Van den Brink e.a. 2017, p. 142.

ren.<sup>221</sup> Deze eisen komen overeen met de eisen die de artikelen 6 en 13 EVRM stellen; volgens de toelichting bij het Handvest is het eerste lid van het Handvest gebaseerd op artikel 13 EVRM en correspondeert artikel 47, tweede lid, Handvest met artikel 6, eerste lid, EVRM.<sup>222</sup> De eisen zijn niet alleen vergelijkbaar, maar ook de invulling daarvan wordt door het Hof van Justitie afgestemd op de rechtspraak van het EHRM.<sup>223</sup> Deze afstemming wordt ook voorgeschreven door artikel 52, derde lid, Handvest, waarin is bepaald dat de in het Handvest neergelegde rechten die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM dezelfde inhoud en draagwijdte krijgen. Wel bepaalt artikel 52, derde lid, Handvest ook dat deze bepaling niet verhindert ‘dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt’.

In het *Unibet*-arrest heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten over de vraag of het recht op toegang tot de rechter als onderdeel van het beginsel van effectieve rechtsbescherming ook betrekking heeft op algemeen verbindende voorschriften en wetten in formele zin.<sup>224</sup> Het Hof moest de vraag beantwoorden of het beginsel van effectieve rechtsbescherming inhoudt dat er een zelfstandig beroep moet bestaan tegen een nationale wet, dat er ten principale toe strekt om de verenigbaarheid van die wet of regeling met het Unierecht te beoordelen. Het Hof beantwoordt die vraag voorwaardelijk ontkennend. Het is op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming voldoende als er bij de nationale rechter een procedure bestaat waarin, ook al is het indirect, de strijd van een wet of regeling met het Unierecht kan worden opgeworpen, mits die procedure voldoet aan de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.<sup>225</sup> Kan dat niet, dan moet wel worden voorzien in een zelfstandig beroep. Procedures die volgens het Hof zijn te kwalificeren als een effectief rechtsmiddel, waarbinnen de onrechtmatigheid van een wet indirect kan worden getoetst, zijn bijvoorbeeld een schadevergoedingsactie en een actie waarin wordt opgekomen tegen een besluit dat op de betreffende regeling is gebaseerd, zolang daarin in rechte kan worden vastgesteld dat een bepaling onverenigbaar is met het Unierecht. De Nederlandse onrechtmatige daadsactie op grond van artikel 6:162 BW en het beroep bij de bestuursrechter tegen een besluit dat is gebaseerd op het mogelijk met het Unierecht strijdige voorschrift voldoen daar in beginsel aan.<sup>226</sup> Wat wel onverenigbaar is met het beginsel van effectieve

221 Hierover uitgebreider Ortlep & Widdershoven 2017, p. 327 e.v.; Widdershoven 2011.

222 Toelichting bij het Handvest van de Grondrechten 14 december 2007 (*PbEU* C 303/29 en C 303/30).

223 HvJ 10 april 2003, C-276/01, ECLI:EU:C:2003:228 (*Steffensen*); HvJ 24 oktober 2013, C-510/11 P, ECLI:EU:C:2013 (*Kone e.a./Commissie*). Zie ook de Toelichting bij het Handvest van de Grondrechten 14 december 2007 (*PbEU* C 303/29 en C 303/30).

224 HvJ 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, *AB* 2007, 301, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele en R.J.B. Schutgens (*Unibet*).

225 HvJ 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, *AB* 2007, 301, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele en R.J.B. Schutgens (*Unibet*), punten 41-43.

226 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 361-362.

rechtsbescherming is als het uitlokken van een bestraffende sanctie door het overtreden van een nationale regeling de enige manier is waarop de mogelijke strijd met het Unierecht in rechte aan de orde zou kunnen komen.<sup>227</sup>

#### 2.4.4.2 Artikel 47 Handvest en toetsingsintensiteit

De intensiteit waarmee de nationale rechter moet toetsen in Unierechtelijke zaken is door het Hof van Justitie een lange tijd benaderd vanuit het beginsel van procedurele autonomie.<sup>228</sup> Zolang daaraan in het secundaire Unierecht geen eisen werden gesteld, was de rechterlijke toetsingsintensiteit dus een zaak van de nationale rechtsorde met de daarbij geldende randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Binnen die randvoorwaarden was er veel ruimte voor uiteenlopende toetsingsintensiteiten, variërend van de Engelse *Wednesbury unreasonableness*-test tot aan een veel indringender toetsing van bestuursbesluiten in de Duitse rechtsorde.<sup>229</sup>

Meer recent lijkt de rechterlijke toetsingsintensiteit door het Hof van Justitie in steeds meer gevallen te beoordelen op basis van artikel 47 van het Handvest.<sup>230</sup> Dat heeft ertoe geleid dat de nationale rechters gelet op het beginsel van effectieve rechtsbescherming op sommige gebieden een bepaalde toetsingsstandaard moeten hanteren in EU-zaken. In sommige gevallen brengt het beginsel van effectieve rechtsbescherming met zich dat de rechter intensief moet toetsen.<sup>231</sup> In andere gevallen is er op grond van artikel 47 Handvest juist een terughoudende toetsing aangewezen.<sup>232</sup> Er vloeit uit artikel 47 Handvest dus geen uniforme standaard voort.<sup>233</sup> In plaats daarvan hangt de precieze intensiteit van de rechterlijke toetsing die nodig is voor het waarborgen van een effectieve rechtsbescherming af van verschillende factoren.

Welke factoren het Hof van Justitie van belang vindt voor het bepalen van de rechterlijke toetsingsintensiteit op grond van artikel 47 Handvest zet het Hof uiteen in onder meer het arrest *Independent Meat Suppliers*.<sup>234</sup> In deze zaak moet het Hof van Justitie de vraag beantwoorden in hoeverre het in overeenstemming is met het Unierecht, meer in het bij-

227 HvJ 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, AB 2007, 301, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele en R.J.B. Schutgens (*Unibet*), punten 62-64.

228 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 397.

229 HvJ 21 januari 1999, C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14 (*Upjohn*); HvJ 24 april 2008, C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244 (*Arcor*). Zie Ortlep & Widdershoven 2017, p. 398.

230 Vergelijk Ortlep & Widdershoven 2017, p. 397-400; Widdershoven 2019, p. 49-53. Zie ook de annotatie van Widdershoven onder HvJ 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665, AB 2022/10 (*Independent Meat Suppliers*), punt 8.

231 HvJ 28 juli 2011, C-69/10, ECLI:EU:C:2011:524 (*Samba Diouf*).

232 HvJ 16 mei 2017, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 (*Berlioz*).

233 Widdershoven 2019, p. 49 en p. 61.

234 HvJ 2 september 2021, C-579/17, ECLI:EU:C:2021:665 (*Independent Meat Suppliers*).

zonder artikel 47 Handvest, dat de beslissing door een officiële dierenarts om het vlees van een karkas ongeschikt te verklaren voor menselijke consumptie (en vervolgens de beslissing tot het doen laten verwijderen van dat karkas) in het Verenigd Koninkrijk alleen kan worden getoetst in een zogenaemde *judicial review*-procedure. In die procedure kan de rechter een dergelijke beslissing vernietigen op elke grond waardoor de beslissing onrechtmatig is, daaronder begrepen het geval waarin de officiële dierenarts heeft gehandeld met een oneigenlijk doel, niet de juiste wettelijke toets heeft toegepast of een beslissing heeft genomen die onlogisch is of onvoldoende feitelijke grondslag heeft. De *judicial review*-procedure is echter geen beroep ten gronde (*‘on the merits’*) tegen het genomen besluit.<sup>235</sup>

Het Hof van Justitie stelt voorop dat artikel 52, derde lid, Handvest het doel heeft om te zorgen voor de nodige samenhang tussen de in het Handvest neergelegde rechten en de daarmee corresponderende EVRM-rechten. Bij de uitlegging van het Handvest, inclusief artikel 47, moet dan ook rekening worden gehouden met de overeenkomstige rechten van het EVRM, aldus het Hof. Vervolgens maakt het Hof van Justitie duidelijk dat voor het bepalen van de rechterlijke toetsing die op grond van artikel 47 Handvest is vereist, de criteria worden gehanteerd die vergelijkbaar zijn met de *Bryan*-criteria van het EHRM (zie hierboven in paragraaf 2.4.3.3). Het Hof van Justitie overweegt als volgt:

‘78. In dit verband zij eraan herinnerd dat de eerbiediging van het door artikel 47 van het Handvest gewaarborgde recht op effectieve rechterlijke bescherming volgens vaste rechtspraak moet worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval, met name de aard van de handeling in kwestie, de context van de vaststelling ervan en de rechtsregels die de betrokken materie regelen [...].

79. Dit zijn criteria die in wezen vergelijkbaar zijn met die welke door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden toegepast. Het is immers vaste rechtspraak van die rechterlijke instantie dat bij de beoordeling of de nationale rechterlijke instanties in een bepaald geval een toereikende toetsing hebben verricht, rekening moet worden gehouden met de bevoegdheden die aan de betrokken rechterlijke instantie zijn toegekend en met factoren zoals, ten eerste, het onderwerp van de beslissing waartegen wordt opgekomen, meer bepaald de vraag of deze beslissing betrekking heeft op een specialistisch onderwerp dat beroepskennis of -ervaring vergt, en of en in welke mate er sprake is van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door de overheidsinstantie, ten tweede, de wijze waarop die beslissing tot stand is gekomen,

235 HvJ 2 september 2021, C-579/17, ECLI:EU:C:2021:665 (*Independent Meat Suppliers*), punten 37 en 82.

en met name de procedurele waarborgen waarmee de procedure bij de overheidsinstantie was omgeven, en ten derde, de inhoud van het geschil, waaronder ook de gewenste en feitelijke beroepsgronden [...].

80. Hieruit volgt dat het Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dezelfde regel hanteren volgens welke [...] het door artikel 47 van het Handvest gewaarborgde recht op effectieve rechterlijke bescherming inhoudt dat een rechter om over een betwisting van uit het Unierecht voortvloeiende rechten en verplichtingen te kunnen beslissen, bevoegd moet zijn om alle voor het bij hem aanhangige geding relevante feitelijke en juridische kwesties te onderzoeken [...].'

Op grond van artikel 47 Handvest moet de nationale rechter in Unierechtelijke zaken dus bevoegd zijn om alle relevante kwesties over de feiten en het recht te onderzoeken. Hoever die toetsing precies moet gaan, hangt af van het onderwerp van de beslissing waartegen wordt opgekomen, de wijze waarop de beslissing tot stand is gekomen (met name de procedurele waarborgen die in de bestuursrechtelijke procedure in acht zijn genomen), en de inhoud van het concrete geschil.

De criteria die de toetsingsintensiteit bepalen, past het Hof van Justitie op een vergelijkbare wijze toe als het EHRM.<sup>236</sup> Ter illustratie: ook volgens het Hof van Justitie is een terughoudende toetsing aangewezen als 'het voorwerp van de beslissing' inhoudt dat er een beslissing moet worden genomen op gebieden waarop politieke, economische of sociale keuzes worden verlangd die ingewikkelde beoordelingen en afwegingen vergen.<sup>237</sup> Hetzelfde geldt wanneer er technische keuzes, prognoses en complexe afwegingen<sup>238</sup> of ingewikkelde beoordelingen van medische aard moeten worden gemaakt.<sup>239</sup>

Het enkele feit dat er bij een beslissing ook fundamentele rechten aan de orde zijn, maakt op zichzelf niet dat op grond van artikel 47 Handvest een intensieve rechterlijke toetsing moet worden uitgevoerd. Ook dat maakt het Hof van Justitie in het arrest *Independent Meat Suppliers* duidelijk. Nadat het Hof heeft vastgesteld dat de *judicial procedure*-review in overeenstemming is met artikel 47 Handvest, overweegt het Hof dat de schending van het eigendomsrecht (het karkas wordt vernietigd) daarin geen verandering brengt. Het is namelijk vaste rechtspraak dat 'het door artikel 17 van het Handvest gewaarborgde recht

236 Zie ook Van de Weyer 2019, p. 356-363.

237 Zie HvJ 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), punten 13 en 14.

238 HvJ 16 juni 2015, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 (*Gauweiler*), punt 67; HvJ 11 december 2018, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 (*Weiss e.a.*).

239 HvJ 22 mei 2014, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350 (*Glatzel*), punt 52.

op eigendom geen absolute gelding heeft, maar in relatie tot zijn sociale functie moet worden beschouwd [...]. In de context van het hoofdgeding moet het eigendomsrecht worden verzoend met artikel 38 van het Handvest, dat net als artikel 168, lid 4, onder b), VWEU ertoe strekt om in het beleid van de Unie een hoog niveau van consumentenbescherming, met inbegrip van de bescherming van de volksgezondheid, te waarborgen.<sup>240</sup>

Gelet op het voorgaande sluit het Hof van Justitie een terughoudende toetsing niet uit; ook daarbij kan er zijn voldaan aan artikel 47 Handvest. Uit het arrest *Independent Meat Suppliers* kan wel worden afgeleid dat het Hof voor de toelaatbaarheid van die toetsing van belang acht in hoeverre de rechter de motivering van een beslissing onderzoekt.<sup>241</sup> Onder meer omdat het in *Independent Meat Suppliers* gaat om een zeer specialistische beslissing, vindt het Hof dat de nationale rechter met een terughoudende toetsing kan volstaan, maar de motiveringsplicht voor nationale autoriteiten en de toetsing daarvan door de rechter zijn wel van essentieel belang. Het Hof vindt de motivering van beslissingen van nationale autoriteiten van groot belang, omdat zij ‘de adressaten van deze beslissingen in staat stelt hun rechten te verdedigen en met volledige kennis van zaken te beslissen of daartegen beroep moet worden ingesteld.’ Bovendien stelt de motivering de rechter in staat ‘toezicht uit te oefenen op de rechtmatigheid van die beslissingen’ waardoor het ‘een van de voorwaarden voor de doeltreffendheid van de rechterlijke toetsing zoals gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest’ vormt.<sup>242</sup> Omdat de Engelse rechter beoordeelt of het besluit logisch is en is gebaseerd op een voldoende feitelijke grondslag, is de toetsing niet zodanig beperkt dat het recht op effectieve rechtsbescherming in de kern wordt aangetast.<sup>243</sup>

#### 2.4.5 Tussenconclusie

Aanvankelijk, in de jaren na het *Landbouwwliegers*-arrest, heeft de eis van effectieve rechtsbescherming, als onderdeel van de eis van rechterlijke controle, geen expliciete rol gespeeld bij hoe de Nederlandse bestuursrechter zich heeft opgesteld ten opzichte van de lagere

240 HvJ 2 september 2021, C-579/17, ECLI:EU:C:2021:665 (*Independent Meat Suppliers*), punt 96. Hiermee is nadrukkelijk niet gezegd dat de aanwezigheid van fundamentele rechten niet relevant is voor het bepalen van hoe intensief de rechter moet toetsen. De aanwezigheid van een fundamenteel recht is wel degelijk van belang voor de toetsingsintensiteit, maar de precieze intensiteit hangt af van onder meer de aard van het fundamentele recht dat aan de orde is en de ernst van de inbreuk daarop. Ik kom daarop terug in paragraaf 7.5.

241 Zie ook de annotatie van Widdershoven onder HvJ 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665, AB 2022/10 (*Independent Meat Suppliers*), punt 11.

242 HvJ 2 september 2021, C-579/17, ECLI:EU:C:2021:665 (*Independent Meat Suppliers*), punt 89.

243 Zie de annotatie van Widdershoven onder HvJ 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665, AB 2022/10 (*Independent Meat Suppliers*), punt 11.

regelgever.<sup>244</sup> De paragrafen 2.4.2 t/m 2.4.4 maken duidelijk dat er aanleiding is om dat te veranderen én dat de eis van effectieve rechtsbescherming zich verzet tegen een principieel terughoudende rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

Sinds 2022 staat het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter in artikel 17, eerste lid, van de Grondwet. Duidelijk is dat het recht op effectieve rechtsbescherming ingelezen moet worden in die bepaling. Effectieve rechtsbescherming was in Nederland al een beginsel (in wording), maar is momenteel dus een grondwettelijk recht. Alleen al om die reden zou de Nederlandse bestuursrechter het recht op effectieve rechtsbescherming expliciet moeten betrekken ter bepaling van hoe hij zich opstelt bij de (indirecte) toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. Artikel 17, eerste lid, van de Grondwet biedt de bestuursrechters daarbij een sterke nationale basis om hun indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen verder vorm te geven.

Er kan nog niet worden gezegd welke eisen het nationale recht op effectieve rechtsbescherming precies stelt aan de rechterlijke toetsingsintensiteit. Wel is het duidelijk dat aan artikel 17, eerste lid, van de Grondwet in elk geval dezelfde bescherming kan worden ontleend als aan het EVRM en het Unierecht (artikel 6 en 13 EVRM en artikel 47 van het Handvest). In de paragrafen 2.4.3 en 2.4.4 heb ik besproken dat de eisen van effectieve rechtsbescherming uit het EVRM en het Unierecht zich op zich niet verzetten tegen een terughoudende rechterlijke toetsing. Waartegen het supranationale recht zich *wel* verzet is principiële rechterlijke terughoudendheid. De intensiteit van de rechterlijke toetsing is geen uniforme standaard die op basis van met name één bepalende factor (democratische legitimatie van de betrokken handeling) wordt vormgegeven. Het EHRM en het Hof van Justitie hanteren verschillende factoren, die nagenoeg gelijk zijn. Volgens de Europese rechters moet de voor een concreet geval aangewezen toetsingsintensiteit – voor zover het geen bestraffende sanctie betreft – worden bepaald aan de hand van: (1) het voorwerp of de aard van de aangevochten beslissing, (2) de mate waarin procedurele waarborgen in de bestuurlijke procedure in acht zijn genomen en (3) de inhoud van het concrete geschil. Deze factoren ‘incorporeren’ aan de machtenscheiding en het democratieprincipe gerelateerde redenen om terughoudendheid te betrachten. Zo kan toets vanwege de voorwerp of de aard van de aangevochten beslissing terughoudend zijn als de (lagere) regelgever of het bestuur politieke en/of (technisch) complexe beoordelingen en afwegingen moet maken.

---

244 Paragraaf 2.2.1.



Gelet op het bovenstaande verlangt artikel 17, eerste lid, van de Grondwet minstens dat de bestuursrechter de intensiteit van de toetsing bepaalt aan de hand van factoren die vergelijkbaar zijn met de drie hierboven genoemde factoren uit het EHRM en het Unierecht. Het is goed om erop te wijzen dat dit al deels gebeurt. De Nederlandse bestuursrechters hanteren sinds de 1 juli 2019-maatstaf factoren ter bepaling van de toetsingsintensiteit die deels vergelijkbaar zijn met de drie hierboven genoemde factoren uit het EVRM en het Unierecht.<sup>245</sup> De 1 juli 2019-maatstaf schrijft namelijk voor dat de toetsingsintensiteit afhangt van (1) de mate van beslissingsruimte vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie en vereiste politiek-bestuurlijke afwegingen, (2) de mate waarin een algemeen verbindend voorschrift ingrijpt in het leven van belanghebbende(n) en (3) het aan de orde zijn van fundamentele rechten.<sup>246</sup> Deze factoren komen overeen met de factoren voor de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, zoals geformuleerd door de Afdeling in de *Harderwijk*-uitspraak.<sup>247</sup> Deels zijn deze factoren, via de band van de conclusie van 22 december 2017 van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven en de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, geïnspireerd op de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het ERHM.<sup>248</sup> De introductie van de factoren van de 1 juli 2019-maatstaf (en het *Harderwijk*-beoordelingskader) betekent zo bezien ook dat de eis van effectieve rechtsbescherming sindsdien al een (grotere) rol speelt bij het bepalen van hoe de bestuursrechter zich opstelt bij zijn toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.

De bestuursrechter is momenteel dus al in staat om de burger op grond van het nationale recht op effectieve rechtsbescherming op dit punt evenveel rechtsbescherming te bieden als op grond van de eisen van effectieve rechtsbescherming uit het EVRM en het Unierecht wordt verlangd. Tegelijkertijd geeft artikel 17, eerste lid, van de Grondwet aan de (bestuurs)rechter de legitimatie om het recht op effectieve rechtsbescherming (als onderdeel van het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter) zelf verder in te vullen en daarbij de burger meer bescherming te bieden dan hij kan ontleen aan het EVRM en het Unierecht.<sup>249</sup> Vooralsnog bestaat er mijns inziens op het punt van de (factoren ter bepaling van de) toetsingsintensiteit geen aanleiding om verder te gaan op grond van artikel 17, eerste lid, van de Grondwet. De factoren van de 1 juli 2019-maatstaf bieden de mogelijkheid voor een gebalanceerde rechterlijke opstelling, waarbij de toetsing afhanke-

245 Zie CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2016, r.o. 7.5.1.

246 Deze factoren komen uitgebreid aan de orde. Zie de paragrafen 3.4.2, 3.5, 3.6.3, 3.7.3 en 10.4.

247 Zie paragraaf 3.5.

248 Conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punten 7.8 en 8.4; conclusie staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 8.3.

249 Paragraaf 2.4.2.2.

lijk van de omstandigheden kan variëren van terughoudend tot intensief. Daarbij moet wel de kanttkening worden geplaatst dat deze factoren door de bestuursrechters niet zodanig zouden moeten worden toegepast dat zij nog steeds vrijwel standaard terughoudend toetsen en dat er in zoverre materieel gezien weinig verandert in vergelijking met de toetsing conform de *Landbouwwliegers*-maatstaf (princiële terughoudendheid). Of dat zo is, komt aan de orde in de hoofdstukken 3 en 10.<sup>250</sup>

## 2.5 FUNDAMENTELE RECHTEN

### 2.5.1 *Inleiding*

Anders dan de eis van de machtscheiding en het democratieprincipe heeft de rechtsstatelijke eis van het bestaan en waarborgen van de fundamentele rechten – net als de eis van effectieve rechtsbeginselen – een lange tijd geen expliciete rol gespeeld bij het bepalen van hoe de rechter zich opstelt bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.<sup>251</sup> De recente rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechters maakt duidelijk dat daarin verandering is gekomen, in die zin dat het aan de orde zijn van fundamentele rechten volgens de Nederlandse bestuursrechters een reden is om intensiever te toetsen (paragraaf 2.5.2). Tegelijkertijd hoeft het aan de orde zijn van fundamentele rechten niet steeds het gevolg te hebben dat de rechter intensief toetst, maar een principiële terughoudende toetsing is bij het aan de orde zijn van fundamentele rechten niet op zijn plaats (paragraaf 2.5.3).

### 2.5.2 *Fundamentele rechten: factor voor intensievere toetsing in Nederland*

In het Nederlandse debat wordt de laatste jaren steeds meer aandacht besteed aan het belang van het aan de orde zijn van fundamentele rechten voor het bepalen van de rechterlijke toetsingsintensiteit. Wordt er met een algemeen verbindend voorschrift of een (andere) bestuurshandeling ingegrepen in de fundamentele rechten van burgers, dan zou de rechter dat voorschrift of die handeling intensiever moeten toetsen dan wanneer er geen fundamentele rechten aan de orde zijn. De opvatting dat het aan de orde zijn van fundamentele rechten een indringender toetsing tot gevolg zou moeten hebben, komt niet

---

250 Zie i.h.b. paragrafen 3.7.3 (toepassing van de factoren), 3.7.5 (vragen die deze toepassing oproept) en 10.4.4 (aanbevelingen die gaan over de toepassing van de factoren).

251 Zie paragraaf 2.2.1.

alleen tot uitdrukking in de literatuur,<sup>252</sup> maar ook in de rechtspraak. In de uitspraak van 18 november 2015 over de Groningse gaswinning overweegt de Afdeling over de toetsing van het besluit tot instemming met het winningsplan Groningen bijvoorbeeld het volgende:

‘Veel appellanten hebben aangevoerd dat bij de afweging van de minister fundamentele rechten, zoals het recht op leven (veiligheid), privacy (aantasting van leefklimaat), en het ongestoord genot van het eigendom, zoals bedoeld in onder meer artikelen 2 en 8 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) en het Eerste Protocol bij dit verdrag, aan de orde zijn.

Zoals hierna in onderdeel C van de uitspraak aan de orde komt, hebben appellanten terecht betoogd dat de aard en schaal van de met de gaswinning gepaard gaande gevolgen zodanig zijn, dat de genoemde grondrechten van toepassing zijn. Deze toepasselijkheid heeft in het algemeen gevolgen voor de eisen die aan de voor gaswinning geldende wetgeving kunnen worden gesteld. Voor de specifieke afweging van de minister, waarover dit deel van de uitspraak gaat, heeft de toepasselijkheid ook gevolgen. Kort weergegeven dient de afweging van de minister blijk te geven van een redelijk evenwicht tussen enerzijds de door de grondrechten beschermde belangen van burgers en anderzijds de betrokken algemene belangen. Weliswaar heeft de minister bij die afweging een beoordelingsmarge, maar de toepasselijkheid van de grondrechten brengt met zich dat in deze zaak hoge eisen moeten worden gesteld aan de motivering van het besluit van de minister.<sup>253</sup>

Het ingrijpen in de genoemde fundamentele rechten van appellanten heeft volgens de Afdeling dus gevolgen voor de toetsing, meer in het bijzonder moet de rechter serieus bezien hoe de minister zijn instemmingsbesluit heeft gemotiveerd. In het jaarverslag over 2015 merkt de Raad van State op dat de uitspraak over de Groningse gaswinning een voorbeeld vormt ‘van hoe de rechterlijke toetsing, ondanks het bestaan van afwegingsruimte voor het bestuursorgaan, meer dan marginaal is.’<sup>254</sup>

252 Zie bijvoorbeeld Huisman & Jak 2021, p. 252-253; Huisman & Jak 2019, p. 219; Van Heusden 2020; Hirsch Ballin 2015; Barkhuysen, Becker & Van Emmerik 2020, p. 27-28; Van Zanten 2022.

253 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, r.o. 16.2.

254 Jaarverslag Raad van State 2015, p. 66.

Ook in de rechtspraak over de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften komt tot uitdrukking dat de bestuursrechters een intensievere toetsing aangewezen vinden als er fundamentele rechten aan de orde zijn. Dat blijkt uit de uitspraken waarin de hoogste bestuursrechters hun nieuwe maatstaf hebben geformuleerd voor het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In de uitspraken van 1 juli 2019 van de CRvB – waarin de nieuwe maatstaf voor het eerst uiteen is gezet – wordt het als volgt geformuleerd:

‘Bij die, niet rechtstreekse, toetsing van het algemeen verbindende voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer. De intensiteit van die beoordeling is afhankelijk van onder meer de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft, gelet op de aard en inhoud van de vaststellingsbevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen. Die beoordeling kan materieel terughoudend zijn als de beslissingsruimte voortvloeit uit de feitelijke of technische complexiteit van de materie, dan wel als bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen kunnen worden of zijn gemaakt. In dat laatste geval heeft de rechter niet de taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Wat betreft de in acht te nemen belangen en de weging van die belangen geldt dat de beoordeling daarvan intensiever kan zijn naarmate het algemeen verbindend voorschrift meer ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn.’<sup>255</sup>

In de *Harderwijk*-uitspraak, waarin de Afdeling een nieuw kader formuleerde voor de toetsing van bestuurshandelen aan het evenredigheidsbeginsel, wijst de Afdeling er eveneens op dat de toetsing aan dat beginsel intensiever zal zijn naarmate de betrokken belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten.<sup>256</sup>

Het is dus duidelijk dat de bestuursrechters het aan de orde zijn van fundamentele rechten een steeds belangrijkere factor vinden bij het bepalen van hun toetsingsintensiteit. De toetsing moet indringender zijn als er fundamentele rechten aan de orde zijn. Dat is ook relevant voor de opstelling van de rechter in meer algemene zin ten opzichte van de andere staatsmachten, ook de (lagere) regelgever, omdat fundamentele rechten bij de vaststelling van besluiten, waaronder algemeen verbindende voorschriften, steeds vaker een rol spe-

255 Zie één van de vier uitspraken: CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, r.o. 7.5.1.

256 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.10.

len. Dat is enerzijds het gevolg van een steeds ruimere uitleg van in het bijzonder de rechten uit het EVRM,<sup>257</sup> maar bijvoorbeeld ook het bindend worden van het Handvest in 2009.<sup>258</sup> Zo worden ook het recht op alternatieve huisvesting en het recht op een goede nachtrust beschermd onder artikel 8 EVRM.<sup>259</sup> Dit verruimde toepassingsbereik van de fundamentele rechten zorgt ervoor dat zij een toenemende rol spelen bij besluitvorming over de gehele breedte van het bestuursrecht, bijvoorbeeld in het omgevingsrecht, het belastingrecht en het vreemdelingen- en asielrecht, en dat overheidshandelen steeds vaker wordt aangemerkt als een beperking van die rechten.<sup>260</sup> De toenemende betekenis van fundamentele rechten is ook te linken aan het bestuurlijk optreden zelf. Vanwege een toename van regulering op verschillende terreinen, zoals de sociale zekerheid, zorg en wonen, vormt bestuurlijk handelen steeds vaker een inmenging in de belangen van de burger. Dat betekent ook dat het bij de bescherming van grondrechten niet meer uitsluitend over klassieke grondrechten gaat maar juist ook over de bescherming van sociale grondrechten.<sup>261</sup> Daarnaast worden er aan het bestuur steeds ingrijpendere bevoegdheden gegeven bij bijvoorbeeld de handhaving en sanctionering, de handhaving van de openbare orde en veiligheid en de bestrijding van fraude en ondermijning.<sup>262</sup>

### 2.5.3 *Differentiatie in de toetsingsintensiteit*

Omdat fundamentele rechten bij de vaststelling van besluiten, waaronder algemeen verbindende voorschriften, steeds vaker een rol spelen, zouden de bestuursrechters volgens hun eigen rechtspraak vrij vaak een intensievere toets moeten uitvoeren van algemeen verbindende voorschriften. Dat past ook bij hun uit de rechtsstaat voortvloeiende taak om de fundamentele rechten te beschermen. Het waarborgen van de fundamentele rechten kan worden gezien als de legitimatie voor de rechter bij uitstek om zich soms vergaand te bemoeien met overheidsoptreden.<sup>263</sup> De taak van de rechter om de fundamentele rechten te beschermen wordt ook wel ‘het constitutionele mandaat van de rechter’ genoemd.<sup>264</sup> Volgens Hirsch Ballin vervult de bestuursrechtspraak op dit punt functies die vergelijk-

257 Vergelijk bijvoorbeeld Leijten 2020, p. 901-910.

258 Hoewel de invloed van het Handvest vooralsnog wel beperkter is dan de invloed van het EVRM, zie Krommendijk 2019, p. 18-21.

259 Leijten 2020, p. 905-906.

260 Leijten & Terwisga 2021, p. 168-169; conclusie staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 3.2.

261 Leijten & Terwisga 2021, p. 169.

262 Conclusie staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 3.2.

263 Hierover zie bijvoorbeeld Möllers 2020, p. 160 e.v.; Bar-Siman-Tov 2011; Craig 1997, p. 467-487 (par. b).

264 Uzman 2013, p. 15.

baar zijn met die van constitutionele rechtspraak, waarbij ‘het recht hier het democratisch karakter van de politiek verzekert door deze aan de eigen grondregels te houden.’<sup>265</sup>

Tegelijkertijd moet de stelling dat de rechter steeds is gehouden om intensief te toetsen als er fundamentele rechten in het geding zijn, worden genuanceerd. Het uitgangspunt om beperkingen van grondrechten steeds indringend(er) te toetsen, doet de indruk ontstaan dat het voornamelijk de rechter is die de verantwoordelijkheid draagt om de fundamentele rechten van burgers te waarborgen. Het waarborgen en beschermen van fundamentele rechten is echter een gedeelde taak, waarbij het ook aan de (direct of indirect) democratisch gelegitimeerde wetgever of het bestuur is om regelgeving te maken respectievelijk besluiten te nemen die in overeenstemming zijn met de fundamentele rechten.<sup>266</sup> De rechter functioneert daarbij als ‘*last resort*’.<sup>267</sup> Hoe die rol als de beschermer aan de achterkant moet worden ingevuld, kan in zijn algemeenheid niet worden gezegd, temeer vanwege het enorme toepassingsbereik van fundamentele rechten, waardoor het niet voor de hand lijkt te liggen om te veronderstellen dat elke beperking van elk fundamenteel recht met precies dezelfde intensiteit moet worden getoetst.

Differentiatie in de toetsing(sintensiteit) als er fundamentele rechten spelen bij de besluitvorming lijkt noodzakelijk.<sup>268</sup> In zijn functie van beschermer van fundamentele rechten als ‘*last resort*’ bevindt de rechter zich in een complex web van relaties tot verschillende actoren en de functie(s) die hij vervult.<sup>269</sup> Hij heeft zich te verhouden tot de andere staatsmachten, maar bijvoorbeeld ook in internationale zin tot het EHRM en het Hof van Justitie, die in voorkomend geval beïnvloeden hoe (intensief) de beperking van een bepaald fundamenteel recht moet worden beoordeeld. Tegelijkertijd heeft de rechter een beschermende functie, op basis waarvan gezegd zou kunnen worden dat hij in een concreet geval tot een rechtvaardige uitkomst moet komen, ook al verhoudt die uitkomst zich minder goed met zijn relatie tot de andere staatsmachten. Binnen dit complexe web is een veelheid aan factoren bepalend voor hoe de rechter in een concreet geval zijn functie uitoefent en zich verhoudt tot de andere actoren. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld het document waarin het betreffende grondrecht is neergelegd (EVRM, Handvest), de aard van het grondrecht (klassiek, sociaal), de ernst van de beperking, en het terrein waarop een beperkende beslissing is genomen (veel of minder discretionaire ruimte, complexiteit). Gaat de zaak over een ernstige beperking van een klassiek vrijheidsrecht, zoals de vrijheid van meningsuiting, dan zal hij zich vermoedelijk anders opstellen dan wanneer het gaat om

265 Hirsch Ballin 2015, p. 43.

266 Vergelijk Leijten 2020, p. 908.

267 Leijten 2020, p. 908.

268 Vergelijk Leijten 2017.

269 Zie hierover Huijbers & Gerards 2016, p. 196-201.

inmenging in het eigendomsrecht binnen het sociaalzekerheidsrecht, op welk terrein de (lagere) regelgever en het bestuur doorgaans een ruime beoordelingsruimte hebben.<sup>270</sup> Ik bespreek het onderscheid tussen fundamentele rechten en de betekenis daarvan voor de rechterlijke toetsing (sintensiteit) uitgebreider in de hoofdstukken 7 t/m 9 (evenredigheidstoetsing in het Unierecht, door het EHRM en in Duitsland).<sup>271</sup>

Differentiatie in de toetsingsintensiteit bij de beperking van fundamentele rechten is ook zichtbaar in de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie. Ook daarop kom ik later uitgebreider terug in de hoofdstukken 7 en 8.<sup>272</sup> Hier wijs ik erop dat volgens het EHRM en het Hof van Justitie de toetsingsintensiteit bij beperkingen van fundamentele rechten niet ‘uniform’ is, maar afhankelijk is van verschillende factoren. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het arrest *Digital Rights Ireland*, waarin het Hof van Justitie de Dataretentierichtlijn ongeldig verklaart. Met verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM overweegt het Hof van Justitie het volgende:

‘Wat het rechterlijk toezicht op de naleving van deze voorwaarden betreft, zij opgemerkt dat wanneer sprake is van een inmenging in fundamentele rechten, de omvang van de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever van de Unie beperkt kan zijn. Dit hangt af van een aantal factoren, waaronder met name het betrokken domein, de aard van het door het Handvest gewaarborgde recht dat aan de orde is, alsook de aard, de ernst en het doel van de inmenging (zie naar analogie met betrekking tot artikel 8 EVRM, arrest EHRM, S en Marper/Verenigd Koninkrijk [Grote kamer], nrs. 30562/04 en 30566/04, § 102, CEDH 2008-V).<sup>273</sup>

In de zaak *Digital Rights Ireland* leidt een en ander tot een indringende toetsing door het Hof van Justitie van de beperking door de Dataretentierichtlijn van de artikelen 7 en 8 Handvest. Dit vanwege ‘de belangrijke rol die de bescherming van persoonsgegevens speelt in het licht van het fundamentele recht op bescherming van het privéleven’ en vanwege ‘de omvang en de ernst’ van inmenging die de Dataretentierichtlijn veroorzaakt.<sup>274</sup>

270 Vergelijk ook de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 7.2.2. Ik bespreek het onderscheid tussen fundamentele rechten en de betekenis daarvan voor de rechterlijke toetsing (sintensiteit) uitgebreider in de hoofdstukken 7 t/m 9 (evenredigheidstoetsing in het Unierecht, door het EHRM en in Duitsland).

271 Zie i.h.b. paragrafen 7.5.2 (Unierecht), 8.4.4 (EHRM) en 9.4.1 (Duitsland).

272 Zie i.h.b. paragrafen 7.5.2 (Unierecht) en 8.4.4 (EHRM).

273 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), punt 47.

274 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), punt 48.

Uit het *Digital Rights Ireland*-arrest blijkt dat de rechter volgens het Hof van Justitie, met verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM, moet differentiëren in zijn toetsingsintensiteit bij de beoordeling van beperkingen van fundamentele rechten. Duidelijk is tegelijkertijd dat een principieel terughoudende toetsing niet volstaat als besluitvorming fundamentele rechten beperkt.

#### 2.5.4 *Tussenconclusie*

De rechtsstatelijke eis van het bestaan en de bescherming van fundamentele rechten speelt een steeds belangrijker rol bij hoe (intensief) de bestuursrechter bestuurshandelen, waaronder algemeen verbindende voorschriften, toetst. Dat komt tot uitdrukking in zowel de literatuur als de rechtspraak. De lijn van de bestuursrechters is dat algemeen verbindende voorschriften intensiever moeten worden getoetst als daarmee fundamentele rechten worden beperkt. Daarmee hebben zij zelf al aangegeven dat een principieel terughoudende toets niet volstaat als besluitvorming door lagere regelgeving zorgt voor een inmenging in een fundamenteel recht. Tegelijkertijd kan de opvatting dat het aan de orde zijn van fundamentele rechten (steeds) moet leiden tot een intensieve rechterlijke toetsing worden genuanceerd. Differentiatie in de toetsing(sintensiteit) is in dit verband noodzakelijk. Dat leert ook de rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM. Uit die rechtspraak volgt dat het enkele feit dat er een fundamenteel recht aan de orde is nog maar weinig zegt over de precieze intensiteit waarmee een beperking van dat recht moet worden beoordeeld. De intensiteit hangt af van een aantal factoren, waaronder het betrokken domein, de aard van het recht dat aan de orde is en de aard, de ernst en het doel van de inmenging. Hoe deze factoren precies uitpakken in de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie, en wat dat voor de toetsing door de Nederlandse bestuursrechter zou kunnen betekenen, komt later in dit onderzoek aan de orde, in de delen III en IV.<sup>275</sup>

#### 2.6 **PASSEND CONSTITUTIONEEL VERTREKpunt: PERSPECTIEFVERSCHUIVING**

Dit hoofdstuk heeft als doel om een passend constitutioneel vertrekpunt te formuleren voor het verdere verloop van de intensivering van de indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen (deelvraag 1). Hieronder zal ik nader toelichten dat van een passend constitutioneel vertrekpunt mijns inziens sprake is als het ongebalanceerde vertrekpunt van 'principiële terughoudendheid' (verder) verschuift naar een gebalanceerde rechterlijke opstelling, waarbij de rechterlijke toetsing niet in de regel terughoudend is, maar afhankelijk van de

---

<sup>275</sup> Zie i.h.b. paragrafen 7.5.2 (Unierecht), 8.4.4 (EHRM) en 10.4.3 (aanbevelingen Nederland).



omstandigheden varieert van terughoudend tot intensief. Voor deze verschuiving is het nodig dat de bestuursrechter de wijze en intensiteit van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen evenzeer bepaalt vanuit zijn eigen uit de rechtsstaat voortvloeiende taak om effectieve rechtsbescherming te bieden en de fundamentele rechten te beschermen. Op deze manier zijn de eisen van de democratische rechtsstaat die bepalend zijn voor hoe de bestuursrechter zich opstelt ten opzichte van de lagere regelgever meer in balans dan onder het oude, ongebalanceerde constitutionele vertrekpunt. De perspectiefverschuiving is door de bestuursrechters zelf al ingezet met de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader.

Traditionele machtenscheidingsargumenten in combinatie met het democratieprincipe hebben lange tijd een doorslaggevend gewicht gehad ter bepaling van hoe de bestuursrechter zich opstelde ten opzichte van de lagere regelgever bij het beoordelen van lagere regelgeving in het licht van nationale algemene rechtsbeginselen.<sup>276</sup> Het doorslaggevende gewicht van deze traditionele machtenscheidingsargumenten in combinatie met het democratieprincipe heeft een ‘traditionele taakverdeling’ opgeleverd tussen de bestuursrechter en de lagere regelgever.<sup>277</sup> Voor de bestuursrechter betekent deze traditionele taakverdeling dat hij zich principieel terughoudend, dat wil zeggen: vrijwel altijd terughoudend, opstelt ten opzichte van de lagere regelgever. Hij respecteert dan de door de volksvertegenwoordigende organen gemaakte en/of gecontroleerde keuzes, tenzij er sprake is van klaarblijkelijk onrechtmatige regelgeving in het licht van het willekeurverbod.<sup>278</sup>

Er bestaan tenminste twee redenen waarom een principieel terughoudende opstelling van de bestuursrechter niet houdbaar is. Ten eerste gaan de veronderstellingen die ten grondslag liggen aan deze opstelling, gerelateerd aan traditionele machtenscheidingsargumenten en het democratieprincipe, niet steeds op.<sup>279</sup> Veel algemeen verbindende voorschriften zijn gebrekkig democratisch gelegitimeerd, terwijl de rechtspositie van burgers steeds vaker door algemeen verbindende voorschriften wordt bepaald.<sup>280</sup> Stelt de bestuursrechter zich vanwege traditionele machtenscheidingsargumenten en het democratieprincipe principieel terughoudend op, dan geldt voor veel algemeen verbindende voorschriften dat zij door geen enkele staatsmacht ‘echt’ worden gecontroleerd.<sup>281</sup> De (dreigende) leemte in de controle op deze regelgeving kan door de bestuursrechter deels worden opgevuld door

276 Paragraaf 2.2.1.

277 Paragraaf 2.2.2.

278 Paragraaf 2.2.2.2.

279 Paragraaf 2.3.

280 Paragrafen 2.3.2 en 2.3.3.

281 Paragrafen 2.3.2, 2.3.3 en 2.3.4.1.

een principieel terughoudende toets te vervangen door een toets aan het recht die afhankelijk van de omstandigheden terughoudender of intensiever is.<sup>282</sup> Meer ten algemene (en dus ook voor zover algemeen verbindende voorschriften wel ‘voldoende’ democratisch zijn gelegitimeerd) geldt dat rechterlijke controle belangrijke waarborgen biedt in aanvulling op de politieke controle op algemeen verbindende voorschriften.<sup>283</sup> Ten tweede betekent een principieel terughoudende opstelling dat er niet, of niet expliciet, rekening wordt gehouden met de eisen van het bieden van effectieve rechtsbescherming en het beschermen van de fundamentele rechten door de bestuursrechter, terwijl dat op grond van het nationale recht wel wordt verlangd. Het recht op effectieve rechtsbescherming is inmiddels een grondwettelijk recht (ingevoerd in artikel 17, eerste lid, van de Grondwet).<sup>284</sup> Verder komt in de literatuur en de rechtspraak van de bestuursrechter tot uitdrukking dat de rechterlijke toetsing intensiever moet zijn als er fundamentele rechten spelen bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften.<sup>285</sup>

Traditionele machtenscheidingsargumenten en het democratieprincipe kunnen aldus niet langer primair bepalend zijn voor hoe de bestuursrechter zich opstelt ten opzichte van de lagere regelgever. Evenzeer bepalend daarvoor zouden moeten zijn de eisen van het bieden van effectieve rechtsbescherming en het beschermen van de fundamentele rechten. Daarvoor zijn tenminste drie redenen.

Ten eerste kan gezegd worden dat, zoals hierboven al aangegeven, het nationale recht verlangt dat deze eisen ook een rol spelen bij het bepalen van hoe de rechter zich opstelt ten opzichte van (ook) de lagere regelgever. Ten tweede past het bij de al ingezette koers door de bestuursrechters. Zoals hierboven al gezegd, vinden zij dat een intensievere toetsing van (ook) algemeen verbindende voorschriften is aangewezen als er bij de vaststelling daarvan fundamentele rechten spelen.<sup>286</sup> Verder gebruiken zij factoren ter bepaling van de toetsingsintensiteit die deels vergelijkbaar zijn met de factoren die door het EHRM en het Hof van Justitie gebruikt worden om vast te stellen of de rechter, op het punt van toetsingsintensiteit, effectieve rechtsbescherming biedt.<sup>287</sup> Ten derde bieden de eisen van effectieve rechtsbescherming en de bescherming van fundamentele rechten ruimte voor zowel een terughoudende(re) als een intensieve(re) toets (en dus een gedifferentieerde toetsing), terwijl de traditioneel ingevulde eisen van machtenscheiding in combinatie met het demo-

---

282 Paragraaf 2.3.4.1.

283 Paragraaf 2.3.4.2.

284 Paragraaf 2.4.2.1.

285 Paragraaf 2.5.2.

286 Paragraaf 2.5.2.

287 Paragrafen 2.4.3.2 (artikel 6 EVRM), 2.4.3.4 (artikel 13 EVRM), 2.4.4.2 (artikel 47 Handvest), 2.4.5 (tussenconclusie rechterlijke controle (effectieve rechtsbescherming)).

cratieprincipe vooral dwingen tot rechterlijke terughoudendheid. De eisen van effectieve rechtsbescherming en de bescherming van fundamentele rechten ‘incorporeren’ de aan de machtscheiding en het democratieprincipe gerelateerde redenen voor rechterlijke terughoudendheid. Zo kan de rechterlijke toetsing in het kader van effectieve rechtsbescherming en de bescherming van fundamentele rechten nog steeds terughoudend zijn vanwege politieke en/of (technische of feitelijke) complexiteit. Maar, de rechterlijke toetsing kan ook intensiever zijn vanwege de inbreuk in het leven van de burger en/of de ernst van de inmenging in een fundamenteel recht.<sup>288</sup>

Artikel 17, eerste lid, van de Grondwet biedt de bestuursrechters een sterke nationale basis om hun indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen verder vorm te geven.<sup>289</sup> Bij die verdere vormgeving bieden de factoren ter bepaling van de toetsingsintensiteit van de 1 juli 2019-maatstaf houvast.<sup>290</sup> Op grond daarvan hangt de toetsingsintensiteit af van (1) de mate van beslissingsruimte vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie en vereiste politiek-bestuurlijke afwegingen, (2) de mate waarin een algemeen verbindend voorschrift ingrijpt in het leven van belanghebbende(n) en (3) het aan de orde zijn van fundamentele rechten.<sup>291</sup> Deze factoren bieden ruimte voor een gebalanceerde rechterlijke opstelling, waarbij de toetsing afhankelijk van de omstandigheden kan variëren van terughoudend tot intensief. Een vervolgvraag is hoe deze factoren momenteel worden ingevuld en verder ingevuld zouden kunnen worden. Dat komt in hoofdstuk 3 en de volgende delen van dit proefschrift aan de orde.

288 Paragraaf 2.5.3.

289 Paragrafen 2.4.2.2 en 2.4.5.

290 En het *Harderwijk*-beoordelingskader; de factoren voor toetsingsintensiteit die de Afdeling in de *Harderwijk*-uitspraak heeft geformuleerd komen overeen met de factoren van de 1 juli 2019-maatstaf (zie paragraaf 3.5).

291 Deze factoren komen nog uitgebreid aan de orde in het proefschrift. Zie paragrafen 3.4.2, 3.5, 3.6.3, 3.7.3, 10.4.1 en 10.4.4.



## 3 DE STAND VAN ZAKEN IN NEDERLAND

### 3.1 INLEIDING

De 1 juli 2019-maatstaf, voor het eerst geformuleerd door de CRvB in vier uitspraken van 1 juli 2019,<sup>1</sup> en het *Harderwijk*-beoordelingskader, geformuleerd door de Afdeling in de *Harderwijk*-uitspraak van 2 februari 2022,<sup>2</sup> brengen mee dat de indirecte rechterlijke toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften in ontwikkeling is en intensiveert. In dit hoofdstuk bespreek ik de richting die de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader gezamenlijk aangeven voor, en welke verwachtingen zij wekken over, de intensivering. Ook bekijk ik hoe die intensivering vooralsnog verloopt in de rechtspraak van de bestuursrechters en welke vragen van materiële en procedurele aard daarbij rijzen (deelvragen 2 en 3). Deze vragen van materiële en procedurele aard vormen de basis voor de rechtsvergelijking in de delen II en III van dit proefschrift.

De opbouw van hoofdstuk 3 is als volgt. In paragraaf 3.2 bespreek ik in hoofdlijnen hoe de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen zich heeft ontwikkeld, beginnend vanaf het *Landbouwwliegers*-arrest tot aan de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader. De inhoud van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader bespreek ik in de paragrafen 3.4 en 3.5. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 3.6 welke richting deze twee lijnen aangeven voor, en welke verwachtingen zij wekken over, de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In paragraaf 3.7 bekijk ik hoe de intensivering vooralsnog verloopt in de rechtspraak van de bestuursrechters en welke vragen van materiële aard de intensivering oproept. In de paragrafen 3.8 en 3.9 bespreek ik twee procesrechtelijke complicaties waartoe de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen leidt en die aandacht behoeven. Paragraaf 3.8 gaat over de consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften. In paragraaf 3.9 bespreek ik de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter. Meer specifiek gaat het daarin over de vraag of de indirecte toetsing van *appellabele* algemeen verbindende voorschriften waartegen niet (tij-

---

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

2 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*).

dig) of zonder succes direct beroep is ingesteld bij de bestuursrechters hetzelfde kan zijn als de indirecte toetsing van *niet-appellabele* voorschriften.

In paragraaf 3.10 sluit ik af met een samenvatting van de bevindingen en de vragen van materiële en procedurele aard die de basis vormen voor de rechtsvergelijking in de delen II en III van dit proefschrift.

### 3.2 DE PERIODE VAN NA HET LANDBOUWVLIEGERS-ARREST

#### 3.2.1 *Introductie en doorwerking van de Landbouwvliegers-maatstaf*

Het startpunt voor hoe algemeen verbindende voorschriften een lange tijd zijn getoetst door de (bestuurs)rechter aan algemene rechtsbeginselen moet worden gezocht in de rechtspraak van de civiele rechter, meer in het bijzonder het *Landbouwvliegers*-arrest van de Hoge Raad uit 1986.<sup>3</sup> In dat arrest opende de Hoge Raad definitief de mogelijkheid om algemeen verbindende voorschriften te toetsen aan nationale algemene (ongeschreven) rechtsbeginselen.

In de rechtspraak van vóór het *Landbouwvliegers*-arrest zijn voorbeelden te vinden waaruit blijkt dat algemeen verbindende voorschriften al incidenteel aan algemene rechtsbeginselen werden getoetst.<sup>4</sup> Het betreft dan vooral gevallen waarin de rechter voorschriften waaraan terugwerkende kracht was toegekend toetste aan het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>5</sup> Ook werden voorschriften getoetst aan het verbod van willekeur, met name door de belastingrechter, die dan naging of er sprake was van een willekeurige en onredelijke belastingheffing. Het verbod van willekeur werd daarbij opgehangen aan de veronderstelde wil van de wetgever en betrof in die zin geen rechtstreekse toetsing aan het willekeurverbod.<sup>6</sup> In het arrest *Amsterdamse brandverzekeringsbelasting* overwoog de Hoge Raad in dat verband dat de vraag of een regeling billijk is, ‘in het algemeen aan het oordeel van den rechter is onttrokken’, maar dat een regeling wel onverbindend kan worden verklaard als zij leidt tot een willekeurige en onredelijke belastingheffing, welke de wetgever bij het toekennen van de hef-

3 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwvliegers*).

4 Addink 2023, p. 196.

5 CRvB 31 oktober 1935, *ARB* 1936, p. 168, hierover Ortlep 2022c. Voor andere voorbeelden zie Bok 1991, p. 85-89; Van Male 1988, p. 403-417; Hennekens 1987, p. 60-61; Ilsink 1987, p. 138-143; Van Buuren 1987, p. 20-23, 26-27.

6 Vergelijk Van Male 2022, par. 9.6.

fingsbevoegdheid niet op het oog kon hebben gehad.<sup>7</sup> De toetsingsmaatstaf was daarbij de wet, zodat in feite sprake was van een toetsing van de wetmatigheid van de regeling en niet de rechtmatigheid.<sup>8</sup> Voorbeelden die dateren van vóór het *Landbouwwliegers*-arrest van een (rechtstreekse) toetsing aan andere algemene rechtsbeginselen zijn schaars.<sup>9</sup> Kortom, de toetsing van algemeen verbindende voorschriften vond vóór het *Landbouwwliegers*-arrest wel incidenteel plaats aan sommige algemene rechtsbeginselen, maar die toetsing was niet algemeen aanvaard. Het *Landbouwwliegers*-arrest werd in de literatuur duidelijk als kentering gezien.<sup>10</sup>

De Hoge Raad stond in het *Landbouwwliegers*-arrest gesteld voor de vraag of een uitvoeringsregeling van de staatsecretaris van Landbouw en Visserij, waarin afstandseisen waren neergelegd voor het toepassen van bestrijdingsmiddelen uit de lucht door sproeivliegtuigen, kon worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen. De Hoge Raad overwoog daarover het volgende:

‘Het tweede onderdeel stelt de vraag aan de orde of naar Nederlands recht algemeen verbindende voorschriften (wetten in materiele zin) door de rechter kunnen worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen. Het hof heeft deze vraag, voor wat betreft voorschriften als de onderhavige, bevestigend beantwoord.

Dit antwoord – voor zover in de onderhavige zaak van belang – is in zoverre juist dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat de rechter een zodanig, niet door de formele wetgever gegeven voorschrift onverbindend en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen op de grond dat sprake is van willekeur in dier voege dat het betreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voormelde uitvoeringsbesluit bekend waren

7 HR 2 maart 1960, BNB 1960, 138 (*Amsterdamse brandverzekeringsbelasting*). Zie ook IJssink 1987, p. 136-138; Bok 1991, p. 89-90; Van Male 1988, p. 351; Van Buuren 1987, p. 23-26.

8 IJssink 1987, p. 137. Eenzelfde benadering werd gehanteerd door het CBB, zie Van Male 1988, p. 352-353; Bok 1991, p. 90-91. In vergelijkbare zin beschouwden zowel de belastingrechter als het CBB de toetsing aan het verbod van détournement de pouvoir als het toetsen aan de wet, zie Van Male 1988, 335-342; Bok 1991, p. 93-94.

9 Bok 1991, p. 94-95; IJssink 1987, p. 143-174 over toetsing door de belastingrechter.

10 Van Male 1988, p. 321, 349-350; Bok 1991, p. 97-101; de annotatie van Scheltema onder HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, NJ 1987, 251 (*Landbouwwliegers*) en de annotatie van Van Buuren onder HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, AB 1986, 574 (*Landbouwwliegers*); Van Buuren 1987, p. 37; Polak 1987, p. 143.

of behoorden ten zijn, in redelijkheid niet tot het betreffende voorschrift is kunnen komen. Daarbij heeft de rechter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen, terwijl zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in ons staatsbestel, zoals deze mede in art. 11 Wet AB tot uiting komt, meebrengen dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten. Voorts zullen gebreken in de motivering van het betreffende voorschrift of van de bepaling waarop het voorschrift is gegrond op zichzelf niet tot onverbindendheid leiden. Wel zal de motivering mede in aanmerking kunnen worden genomen bij de vraag of dit voorschrift de toetsing aan de boven weergegeven maatstaf kan doorstaan, zoals daarbij ook in aanmerking kan worden genomen of in verband met het voorschrift wellicht aan de daardoor in het gedrang komende belangen is tegemoet gekomen door aan eventuele benadeelden enigerlei vorm van vergoeding toe te kennen.’

In de bovenstaande overweging zijn drie elementen te herkennen die iets zeggen over hoe de Hoge Raad het toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen voorstond. Sleutelwoorden die in dit verband gebruikt kunnen worden, zijn ‘willekeurtoetsing’, ‘willekeursluis’ en ‘terughoudendheid’.

Het eerste element is de toetsing aan het verbod van willekeur. De rechter mag volgens de Hoge Raad nagaan of het vaststellende orgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voormelde uitvoeringsbesluit bekend waren of behoorden ten zijn, in redelijkheid niet tot het betreffende voorschrift is kunnen komen (‘redelijkheidsmaatstaf’). Het gaat hier om een beperkte toepassing van het thans in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel.<sup>11</sup>

Het tweede kenmerkende element is de zogenoemde ‘sluisformule’ van het willekeurverbod; niet te verwarren met de hiervoor beschreven toetsing aan het verbod van willekeur als zodanig.<sup>12</sup> De sluisformule van het willekeurverbod, ook wel de ‘willekeursluis’ genoemd, houdt in dat de toetsing aan andere algemene rechtsbeginselen dan het willekeurverbod slechts van belang is in het kader van de toetsing aan het willekeurverbod. In dat verband zegt de Hoge Raad in de bovenstaande overweging dat motiveringsgebreken

11 Er is in de literatuur ook wel opgemerkt dat de Hoge Raad in het *Landbouwwliegers*-arrest vooral een opening heeft geboden voor het (rechtstreeks) toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan het verbod van willekeur, zie Bok 2006, p. 93-94; Van Male 1988, p. 349-350.

12 Zie Van Male 1988, p. 353-354; Bok 2006, p. 98; Van Buuren 1987, p. 38; conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 5 e.v.



op zichzelf niet tot de onverbindendheid kunnen leiden, maar dat zij wel een rol kunnen spelen bij de vraag of een voorschrift een daad van willekeur oplevert. Het is dus mogelijk om aan het motiveringsbeginsel te toetsen, maar de schending daarvan heeft geen zelfstandige consequenties, in die zin dat de schending op zichzelf *niet* tot het onverbindend verklaren of het buiten toepassing laten kan leiden maar alleen leidt een indicatie dat een voorschrift is vastgesteld in strijd met het willekeurverbod. Doorgaans wordt aangenomen dat de Hoge Raad heeft bedoeld de willekeursluis (aanvankelijk) ook te laten gelden voor de toetsing aan andere rechtsbeginselen dan alleen het motiveringsbeginsel.<sup>13</sup>

Het derde kenmerkende element is terughoudendheid. De Hoge Raad benadrukt dat de rechter bij de toetsing aan het verbod van willekeur terughoudendheid moet betrachten vanwege ‘de aard van de wetgevende functie’ en ‘de positie van de rechter in ons staatsbestel’. De rechter heeft niet ‘tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen’, aldus de Hoge Raad.

De bestuursrechters hebben zich bij het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen aanvankelijk heel duidelijk georiënteerd op het *Landbouwwliegers*-arrest.<sup>14</sup> Dat blijkt alleen al uit de oude en lang gebruikte standaardoverwegingen van de Afdeling, de CRvB en het CBb, die in meer of iets mindere mate gelijkenis vertoonden met de overwegingen uit het *Landbouwwliegers*-arrest van de Hoge Raad.<sup>15</sup> De aansluiting door de bestuursrechter bij de *Landbouwwliegers*-maatstaf blijkt bovendien uit de wijze waarop algemeen verbindende voorschriften daadwerkelijk wer-

13 Conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6.4 met verwijzing naar Polak 1987, p. 143-144 en Polak 1999, p. 22. Zie ook Van Male 1988, p. 353-354; Van Buuren 1987, p. 38.

14 Zo ook Bok 2006, p. 94-95; conclusie staatsraad advocaat-generaal van Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6.4; Van Angeren e.a. 2019; Van Heusden 2019; Barkhuysen, Becker & Van Emmerik 2020, p. 25; Van Ommeren in zijn annotatie onder HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, AB 2021/343; Keus in zijn annotatie onder HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, NJ 2022/7; Evers & De Poorter 2021, p. 10; Van Male 2022, par. 9.6.

15 Zie voor de standaardoverweging van het CBb bijvoorbeeld: CBb 5 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:200; CBb 29 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD2840, r.o. 5.3; CBb 27 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8799, r.o. 5.3; CBb 13 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:344, r.o. 5.3; CBb 20 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:291, r.o. 7.1. Voor de standaardoverwegingen van de Afdeling zie bijvoorbeeld: ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3120, r.o. 7; ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3130, r.o. 6.1. Voor de standaardoverwegingen van de CRvB zie bijvoorbeeld: CRvB 21 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2263, r.o. 4.4. Zie verder bijvoorbeeld CRvB 14 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:455, r.o. 4.3; CRvB 28 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:936, r.o. 4.6; CRvB 28 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:937, r.o. 4.6; CRvB 6 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3098, r.o. 4.8. Zie ook de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6.4.

den getoetst aan algemene rechtsbeginselen.<sup>16</sup> Ook de indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen werd na het *Landbouwwliegers*-arrest dus gekenmerkt door ‘willekeurstoetsing’, de ‘willekeursluis’ en ‘terughoudendheid’.

### 3.2.2 De Landbouwwliegers-maatstaf geëvolueerd

De afgelopen decennia vond de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen niet meer precies zo plaats als de Hoge Raad voorstond in het *Landbouwwliegers*-arrest. De *Landbouwwliegers*-maatstaf evolueerde zowel in civiele rechtspraak als de bestuursrechtspraak.<sup>17</sup>

Hoewel dat ook al uit het *Landbouwwliegers*-arrest valt af te leiden, is het duidelijk dat de rechter algemeen verbindende voorschriften na het *Landbouwwliegers*-arrest ook kon toetsen aan andere algemene rechtsbeginselen dan het willekeurverbod (het eerste kenmerkende element van de *Landbouwwliegers*-maatstaf). Dat de Hoge Raad daarvoor ruimte ziet, bleek bijvoorbeeld uit het *Binnenvaart*-arrest dat in 2018 is gewezen.<sup>18</sup> Het *Binnenvaart*-arrest betrof de aansprakelijkheidslimiet van € 137.000 voor personenvervoer over binnenwateren, die volgt uit artikel 8:983, eerste lid, BW in combinatie met een amvb uit 1991.<sup>19</sup> Op die limiet was een beroep gedaan door de verzekeraar van de eigenaar van een zeilklipper, aan boord waarvan eiser in 2007 ernstig letsel heeft opgelopen tijdens een tocht op het Grevelingenmeer. Wanneer de Hoge Raad onderzoekt of er op grond van de redelijkheid en billijkheid reden is om de relevante bepalingen buiten toepassing te laten, overweegt hij met betrekking tot de toetsing van de amvb-bepalingen als volgt:

‘De Besluiten van 11 maart 1991 en 24 november 2008 behelzen geen wetgeving in formele zin. Het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet is daarop niet van toepassing. Dergelijke wetgeving kan de rechter dan ook wel toetsen aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht. Bij die toetsing heeft de rechter echter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk

16 Voor een bespreking van die rechtspraak zij verwezen naar de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017 – waarover meer in de volgende paragrafen – en publicaties van anderen waarin die rechtspraak uitgebreid aan de orde komt. Zie de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6 en verder bijvoorbeeld Van Male 2022, par. 9.7.

17 Zie de annotatie van Van Ommeren onder HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, AB 2021/343.

18 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729 (*Binnenvaart*).

19 Zie Besluit van 11 maart 1991, *Stb.* 1991, 108 en zie ook het Aanpassingsbesluit euro van 14 september 2001 (*Stb.* 2001, 415).

gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Voorts brengen zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel mee dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten (HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, NJ 1987/251 (*Landbouwwliegers*), rov. 6.1; zie voorts o.m. HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0146, NJ 2010/53, rov. 3.6). De rechter kan onder meer toetsen of de wetgever bij afwijking van de betrokken belangen in redelijkheid tot de betrokken regeling of regel heeft kunnen komen (art. 3:4 Awb, dat op grond van art. 3:1 lid 1, aanhef en onder a, Awb ook van toepassing is op algemeen verbindende voorschriften).<sup>20</sup>

Omdat de Hoge Raad spreekt over ‘algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht’ zou de Hoge Raad zich bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen niet beperken tot een toetsing op willekeur.<sup>21</sup> Ook de bestuursrechtters hebben zich daartoe niet beperkt na de *Landbouwwliegers*-arrest. Er zijn genoeg voorbeelden van zaken waarin de bestuursrechtters algemeen verbindende voorschriften hebben getoetst aan andere beginselen dan willekeur, zoals het gelijkheidsbeginsel,<sup>22</sup> het formele zorgvuldigheidsbeginsel<sup>23</sup> en het motiveringsbeginsel<sup>24, 25</sup>

Het tweede kenmerkende element van de *Landbouwwliegers*-maatstaf, genoemd in paragraaf 3.2.1, is de willekeursluis. De willekeursluis – die aanvankelijk leek te gelden voor de toetsing aan ook andere beginselen dan het motiveringsbeginsel – is al vrij snel na het *Landbouwwliegers*-arrest deels losgelaten, in het bijzonder bij de toetsing aan materiële algemene rechtsbeginselen.<sup>26</sup> Zo bleek de Hoge Raad enkele jaren na het *Landbouwwlie-*

20 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729 (*Binnenvaart*), r.o. 3.9.1.

21 Keus 2018, p. 257; Van der Helm 2020, p. 44; conclusie advocaat-generaal Wissink van 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:98, punt 7.5.2. Een vergelijkbare formulering trof men eerder aan in bijvoorbeeld het arrest HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0146 (*MKZ-crisis*), r.o. 3.6 (‘Het hof [...] heeft miskend dat aan het instellen van de corridors het karakter van materiële wetgeving toekomt en dat deze wetgeving door de rechter slechts aan hogere regelgeving en (met terughoudendheid) aan algemene rechtsbeginselen kan worden getoetst’).

22 Zie bijvoorbeeld ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1577; CBb 25 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2537; ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:292.

23 Zie bijvoorbeeld CBb 23 november 1994, ECLI:NL:CBB:1994:ZG0982; ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:809; CBb 8 oktober 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AN8167.

24 Zie bijvoorbeeld CBb 18 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD4847; ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2474; ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3130.

25 Voor meer voorbeelden zie Van Male 2022, par. 9.7; conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wildershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6.5 t/m 6.11.

26 Zie Addink 2023, p. 196; Van der Helm 2020, p. 44; Bok 2006, p. 99; Van Male 2015, p. 170-171; conclusie van advocaat-generaal Wissink van 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:98, punt 7.8.2.

gers-arrest bereid om rechtstreeks (los van het willekeurverbod) te toetsen aan materiële algemene rechtsbeginselen, zie bijvoorbeeld de arresten *Leffers/Staat* (toepassing van het égalité-beginsel),<sup>27</sup> *Legesverordening Beerta* (rechtstreekse toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel)<sup>28</sup> en *Detam* (rechtstreekse toetsing aan het gelijkheidsbeginsel)<sup>29</sup>.

Ook de bestuursrechter is van de willekeursluis afgestapt bij de toetsing aan materiële algemene rechtsbeginselen in de jaren na het *Landbouwwliegers*-arrest. Dat blijkt uit de rechtspraakanalyse die is gemaakt in de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017 over het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.<sup>30</sup> In zijn conclusie geeft Widdershoven een overzicht van (toen) recente en voor het onderwerp van de conclusie relevante uitspraken van de hoogste bestuursrechters, waarin zij toetsen aan het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, het vereiste van een belangenafweging (artikel 3:4 lid 1 Awb), het formele zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) of het motiveringsbeginsel.<sup>31</sup> Zijn analyse van de in de conclusie besproken zaken leidt onder meer tot de constatering dat de willekeursluis niet langer een (overtuigende) rol speelt bij de toetsing aan materiële rechtsbeginselen, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en delen van het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>32</sup> Dat wil zeggen: de enkele strijd met die beginselen kan er doorgaans toe leiden dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend wordt verklaard of buiten toepassing wordt gelaten.

De bevindingen van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven over de toetsing aan formele algemene rechtsbeginselen, in het bijzonder het formele zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het vereiste van een belangenafweging van artikel 3:4, eerste lid, Awb, zijn heel anders.<sup>33</sup> Hij concludeert dat de bestuursrechters wel aan deze beginselen toetsen, maar dat de enkele schending van deze beginselen in de meeste gevallen onvoldoende wordt gevonden om een algemeen verbindend voorschrift onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten. Er is slechts één uitzondering: een uitspraak van

---

27 HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031 (*Leffers/Staat*).

28 HR 7 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5112 (*Legesverordening Beerta*).

29 HR 1 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5523 (*Detam*).

30 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

31 Widdershoven bespreekt ook rechtspraak waarin er aan het evenredigheidsbeginsel wordt getoetst. Die toetsing vindt echter niet plaats via de sluisformule, omdat het verbod van willekeur een onderdeel is van het evenredigheidsbeginsel.

32 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punten 6.5 en 6.6.

33 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557. Zie punt 6.8 voor de toetsing aan het vereiste van een belangenafweging, punt 6.10 voor de toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel en punt 6.11 voor de toetsing aan het motiveringsbeginsel.

het CbB uit 1994, waarin de Speelautomatenverordening van de gemeente Enschede onverbindend werd verklaard ‘wegens strijd met het beginsel van behoorlijk bestuur dat eist dat een bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.’<sup>34</sup> Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat de Hoge Raad de willekeursluis bij het toetsen aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel wel zou hebben losgelaten in de jaren die volgden na het *Landbouwvliegers*-arrest.<sup>35</sup> Er is mij geen voorbeeld bekend waarin de enkele strijd met het zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel voldoende was voor de Hoge Raad om een voorschrift onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten.

Het derde kenmerkende element van de *Landbouwvliegers*-maatstaf is de rechterlijke terughoudendheid die volgens de Hoge Raad moet worden betracht. De door de Hoge Raad voorgestane terughoudendheid bij het toetsen aan algemene rechtsbeginselen is na het *Landbouwvliegers*-arrest niet verdwenen. De Hoge Raad benadrukte bijvoorbeeld ook in het bovengenoemde *Binnenvaart*-arrest (2018) dat de rechter terughoudendheid moet betrachten. Verder is de terughoudende opstelling bijvoorbeeld goed zichtbaar geweest na de *Landbouwvliegers*-arrest, omdat de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb vrijwel steeds werd beperkt tot een willekeurtoetsing.<sup>36</sup> In slechts een incidenteel geval toetste de bestuursrechter intensiever aan het evenredigheidsbeginsel. Een voorbeeld daarvan is de *Alcoholslot*-uitspraak van de Afdeling van 4 maart 2015.<sup>37</sup>

### 3.3 TWEE LIJNEN, ÉÉN BEOORDELINGSKADER

De *Landbouwvliegers*-maatstaf was al geëvolueerd, maar is nog verder naar de achtergrond geraakt door een nieuw, door de hoogste bestuursrechters geformuleerd beoordelingskader voor het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. Het nieuwe beoordelingskader bestaat uit twee lijnen. Ten eerste formuleerden de hoogste bestuursrechters nieuwe uitgangspunten voor de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan (alle) algemene rechtsbe-

34 CbB 23 november 1994, ECLI:NL:CBB:1994:ZG0982. Zie de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6.10.

35 Vergelijk Van Male 2015, p. 171; conclusie van advocaat-generaal Wissink van 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:98, punt 7.5.3.

36 Zie bijvoorbeeld de genoemde zaken in de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6.9. Volgens bijvoorbeeld Van Ommeren is een terughoudende rechterlijke opstelling nog altijd zichtbaar in ook de rechtspraak van de burgerlijke rechter, zie Van Ommeren 2021.

37 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*). Zie bijvoorbeeld Aarts & Van Heuden 2020, p. 186; Van Ettehoven e.a. 2018, p. 57-58; De Poorter 2019, p. 94; Evers & De Poorter 2021, p. 15.

ginselen, nadat staatsraad advocaat-generaal Widdershoven had geadviseerd om deze toets te intensiveren in zijn conclusie van 22 december 2017: de 1 juli 2019-maatstaf. Ten tweede werden er op 2 februari 2022 nieuwe uitgangspunten geformuleerd voor de toetsing van besluiten, inclusief algemeen verbindende voorschriften, aan het evenredigheidsbeginsel door de Afdeling in de *Harderwijk*-uitspraak, waaraan de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021 vooraf is gegaan: het *Harderwijk*-beoordelingskader.

De inhoud van de 1 juli 2019-maatstaf en de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017 komen aan de orde in paragraaf 3.4. In paragraaf 3.5 bespreek ik de inhoud van het *Harderwijk*-beoordelingskader. Welke richting zij gezamenlijk aangeven voor, en welke verwachtingen zij wekken over, de ontwikkeling en intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen bespreek ik in paragraaf 3.6.

### 3.4 EERSTE LIJN: DE 1 JULI 2019-MAATSTAF

#### 3.4.1 *De conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven*

##### 3.4.1.1 **Directe aanleiding en strekking van de conclusie**

Op 1 juli 2019 formuleerde de CRvB als eerste hoogste bestuursrechter een nieuwe maatstaf voor het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. Daaraan vooraf ging de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017.<sup>38</sup>

De conclusie is gevraagd in een zaak die in de kern gaat om de wens van appellante om een einde te maken aan de verkoop van LPG door een tankstation dicht bij haar woning.<sup>39</sup> Ze vindt de afstand tussen dat tankstation en de

38 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

39 De zaak waarin de conclusie is gevraagd (*Purmerend*) betreft twee samenhangende procedures: één over een omgevingsvergunning, en één over een bestemmingsplan. In de procedure over de omgevingsvergunning heeft de Afdeling prejudiciële vragen gesteld (ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:260), waarop het Hof van Justitie ruim twee jaar later antwoordde (HvJ 20 mei 2021, C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398), en de Afdeling vervolgens op 12 januari 2022 haar einduitspraak deed (ABRvS 12 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:11). De uitspraak over het bestemmingsplan is ABRvS 12 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:72. Zie over de *Purmerend*-zaak verder bijvoorbeeld de annotaties onder het arrest van het Hof van Justitie in *O&A* 2021/21, m.nt. Sanders; *AB* 2021/233, m.nt. Van Zanten; *BR* 2021/69, m.nt. Nielen; *TBR* 2021/101, m.nt. Kegge en ook Ortlep & Van Zanten 2021.

woningen vanuit veiligheidsoogpunt te kort ook al wordt er wel voldaan aan de afstand van 25 meter die op grond van de in 2016 gewijzigde Regeling externe veiligheid inrichtingen (Revi) moet worden aangehouden tussen het betreffende LPG-tankstation en (beperkt) kwetsbare objecten. Voorheen was die afstand nog 45 meter, maar de aan te houden afstanden in de Revi zijn verkleind nadat de LPG-sector en de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu met elkaar in een Safety Deal hadden afgesproken dat tegenover de verkleining van de afstanden het treffen van extra veiligheidsvoorzieningen voor LPG-tankwagens zou staan. Door de verkorting van de afstand voldoet de planologische regeling in het relevante bestemmingsplan in principe aan de Revi. Volgens appellante zouden de (verkorte) afstanden in de Revi echter onverbindend zijn, omdat de motivering die daaraan ten grondslag ligt – extra veiligheidsvoorzieningen – in strijd zou zijn met het Unierecht. Met andere woorden, de Revi zou gebrekkig zijn gemotiveerd en om die reden onverbindend verklaard moeten worden. Deze argumentatie was de aanleiding om een conclusie te vragen. De voorzitter van de Afdeling wilde vooral weten in hoeverre het verschil tussen (de schending van) materiële en formele algemene rechtsbeginselen van belang is voor het onverbindend kunnen verklaren of buiten toepassing kunnen laten van een algemeen verbindend voorschrift. Daarnaast wilde de voorzitter weten hoe intensief de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift moet toetsen aan algemene rechtsbeginselen en welke omstandigheden daarvoor bepalend zijn.<sup>40</sup>

De strekking van de conclusie is de volgende.<sup>41</sup> Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven adviseert de Afdeling om algemeen verbindende voorschriften indringender te toetsen aan algemene rechtsbeginselen. Indringender wil zeggen dat de rechterlijke toets doorgaans meer zal moeten inhouden dan een willekeurtoets. Om de toetsingsintensiteit in de voorliggende zaak te bepalen, introduceert Widdershoven een aantal daarvoor relevante factoren. Wat betreft de vormgeving van een – in algemene zin – intensievere toetsing bepleit Widdershoven een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb in drie stappen, conform de toetsing aan het Europese evenredigheidsbeginsel, op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. Wanneer de evenredigheidstoetsing materieel gezien terughoudend moet zijn, adviseert hij om die

40 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 2.2.

41 De conclusie van 22 december 2017 gaat niet alleen over de wijze, intensiteit en gevolgen van indirecte toetsing, maar bijvoorbeeld ook over de vraag of een intensievere toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen is aangewezen. Dat laatste aspect laat ik in dit hoofdstuk onbesproken. Zie daarvoor hoofdstuk 2.

terughoudende toetsing aan te vullen met een toetsing aan de formele beginselen van zorgvuldigheid en motivering. Verder vindt hij dat de enkele schending van een algemeen rechtsbeginsel, ook een schending van het formele zorgvuldigheidsbeginsel en/of het motiveringsbeginsel, op zichzelf – zonder willekeursluis – tot het onverbindend verklaren of het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift moet kunnen leiden.

Het bovenstaande is de kern van de conclusie. Hieronder licht ik enkele onderdelen van die conclusie uit. Het gaat om het geven van inhoud aan (enkele) algemene rechtsbeginselen (paragraaf 3.4.1.2), het operationaliseren van de intensiteit en wijze van toetsing (paragraaf 3.4.1.3) en de consequenties van de rechterlijke toets aan algemene rechtsbeginselen (paragraaf 3.4.1.4).

### 3.4.1.2 Invulling van (enkele) algemene rechtsbeginselen

Om meer inhoud te geven aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb bepleit staatsraad advocaat-generaal Widdershoven in zijn conclusie om de evenredigheidsmaatstaf waarin die bepaling voorziet, in te vullen conform een evenredigheidstoets in drie stappen die in het Unierecht wordt gebruikt door het Hof van Justitie. Bij het uitvoeren van die drietrapstoets gaat de rechter – heel kort gezegd – na of een maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is.<sup>42</sup>

In de conclusie wordt ook meer inhoud gegeven aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel in de context van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften.<sup>43</sup> Bij het toetsen aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel zijn er volgens Widdershoven twee aspecten van belang, namelijk het onderzoek dat aan een algemeen verbindend voorschrift ten grondslag ligt en de wijze van totstandkoming van het voorschrift.<sup>44</sup> Bij het eerste aspect (onderzoek) is het belangrijk om na te gaan of de regelgever überhaupt onderzoek heeft verricht naar een bepaalde keuze, of alle relevante feiten en belangen zijn onderzocht, of alle gevolgen van een keuze in kaart zijn gebracht, of een technisch onderzoek op juiste wijze is uitgevoerd, of een deskundige adviescommissie is ingeschakeld et cetera. In het kader van de noodzakelijkheidsbeoordeling als onderdeel van de bepleite drietrapstoets op evenredigheid komt daar nog bij dat de regelgever ook moet onderzoeken of er wellicht minder ingrijpende, maar even geschikte alternatieven zijn

<sup>42</sup> Voor de inhoud van de drietrapstoets zie paragraaf 3.5.

<sup>43</sup> De bestuursrechter is natuurlijk bekend met het toetsen aan die beginselen waar het andere (individuele) besluiten betreft, maar het kan zijn dat de beginselen een iets andere invulling zouden moeten hebben vanwege bijvoorbeeld het algemene karakter van een algemeen verbindend voorschrift.

<sup>44</sup> Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.8.



voor het voorschrift dat hij voornemens is om vast te stellen. Waar het gaat om het tweede aspect (de wijze van totstandkoming), kan het onder meer van belang zijn of een vertegenwoordigend orgaan met het algemeen verbindend voorschrift heeft ingestemd, in die zin dat de bestuursrechter dit als positief kan beoordelen bij de toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel. Datzelfde geldt als de regelgever belanghebbenden, belangenorganisaties of maatschappelijke organisaties in de gelegenheid heeft gesteld om mondeling of schriftelijk commentaar te leveren op een voorstel en dat commentaar serieus is betrokken bij de vaststelling van een voorschrift. Is dat niet gebeurd, dan is dat niet noodzakelijkerwijs desastreuus voor het voorschrift, maar kan de bestuursrechter dat wel (negatief) meewegen bij zijn oordeel over de zorgvuldigheid van de totstandkoming van een voorschrift.<sup>45</sup>

Voor de inhoud van het motiveringsbeginsel sluit Widdershoven aan bij de omschrijving in de literatuur over de eisen van een deugdelijke motivering voor andere (appellabele) besluiten, waarbij drie elementen worden onderscheiden: het wettelijk kader, de feitelijke grondslag en de conclusie.<sup>46</sup> Bij het element van het wettelijk kader gaat het om de vraag of er in de motivering is uitgelegd waarom een algemeen verbindend voorschrift niet in strijd is met hoger (on)geschreven recht waardoor het wordt bepaald en waaruit eisen kunnen voortvloeien voor het algemeen verbindende voorschrift. Wat de feitelijke grondslag betreft, moet uit de motivering blijken dat alle relevante feiten correct zijn vastgesteld, gekwalificeerd en gewaardeerd in het licht van het relevante hogere recht. De conclusie (het verband tussen het wettelijk kader en de feitelijke grondslag) is alleen juist als de motivering leidt tot een conclusie die, in het licht van het wettelijk kader en de feitelijke grondslag, overtuigend, consistent en begrijpelijk is.

Het kan zijn dat de motivering van een algemeen verbindend voorschrift op het moment van de vaststelling summier is of zelfs helemaal ontbreekt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de inhoud van een algemeen verbindend voorschrift in hoge mate is bepaald door politieke discussies.<sup>47</sup> Volgens staatsraad advocaat-generaal Widdershoven kan de motivering dan later worden aangevuld of alsnog worden gegeven, bijvoorbeeld op het moment dat een algemeen verbindend voorschrift (indirect) wordt aangevochten voor de bestuursrechter. Dat betekent dat het verwerend orgaan tijdens de zaak waarin een voorschrift wordt getoetst de motivering alsnog kan geven of kan aanvullen met nieuwe argumenten

45 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.9.

46 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.11.

47 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.10.

en bewijs, zolang die argumenten of dat bewijs zien op de feiten en omstandigheden zoals die zich voordeden ten tijde van de vaststelling van een voorschrift. Wanneer de rechter aanvullende argumenten en bewijs meeneemt die zien op de situatie zoals die was tijdens de vaststelling van het voorschrift, kan worden gesproken van een zogenoemde retrospectieve *ex tunc*-toetsing.<sup>48</sup>

### 3.4.1.3 Intensiteit en wijze van toetsing

Een duidelijker inhoud van algemene rechtsbeginselen kan de rechterlijke toets gestructureerder en voorspelbaarder maken, maar de inhoud zegt nog niets over de intensiteit waarmee de rechter aan die algemene rechtsbeginselen kan toetsen. Zoals ik hierboven in paragraaf 3.4.1.1 heb besproken, is de strekking van de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven dat de rechterlijke toets intensiever moet zijn en dat dit vooral betekent dat die toets doorgaans meer zal moeten inhouden dan een willekeurige toets. Om te bepalen hoe intensief de toets in de voorliggende zaak precies kan zijn, introduceert Widdershoven enkele factoren, die hij baseert op de rechtspraak van de Afdeling over de toetsing van andere (appellabele) besluiten en, voor zover relevant, de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>49</sup>

Uit die rechtspraak leidt hij af dat voor het bepalen van de toetsingsintensiteit van belang zijn de ‘aard van de bevoegdheid’ en de ‘inhoud van de uitgeoefende bevoegdheid’/‘aard van de aangetaste belangen’. De aard van de bevoegdheid ziet vooral op de vraag in hoeverre de feitelijke of technische complexiteit van de materie of de politieke afwegingsruimte meebrengen dat er bij het uitoefenen van de bevoegdheid om een algemeen verbindend voorschrift vast te stellen een ruime beslissingsruimte bestaat. Heeft de regelgever een ruime beslissingsruimte, dan zal de rechter doorgaans een (materieel) terughoudende toetsing moeten uitvoeren. De ‘inhoud van de uitgeoefende bevoegdheid’ kan juist aanleiding zijn om intensiever te toetsen. Daarvoor is ruimte naarmate het voorschrift dieper ingrijpt in het leven van burgers en er bijvoorbeeld fundamentele rechten worden aangetast.

In een artikel uit 2018 grijpt Widdershoven terug op zijn conclusie van 22 december 2017.<sup>50</sup> Hij merkt in dat artikel op dat hij verwacht dat ‘de Nederlandse bestuursrechter, net zoals het Hof van Justitie, huiverig zal zijn om te zeer op de stoel van de bestuurswetgever en de politiek te gaan zitten. [...] Daarom zullen ze alleen ingrijpen in tamelijk

48 Zie Widdershoven 2018, p. 188 (noot 5); Van Heusden 2021, p. 43-44; Van Heusden 2022, p. 258-259; Widdershoven e.a. 1991, p. 200.

49 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.4.

50 Widdershoven 2018.

ernstige situaties.<sup>51</sup> Dat roept wel de vraag op wat dat betekent voor alle gevallen die niet ‘tamelijk ernstig’ zijn. Moet de rechter in dat soort – minder ernstige – situaties terugvallen op een terughoudende willekeurtoets? Volgens Widdershoven, eerst in zijn hoedanigheid als staatsraad advocaat-generaal en later in 2018, niet. Hij stelt een tussenweg voor. Om de rechterlijke toets in algemene zin te intensiveren en te voorkomen dat de rechter vervalt in een standaard willekeurtoets, stelt hij voor om in situaties waarin een terughoudende toetsing op evenredigheid is aangewezen, die terughoudende toetsing aan te vullen met een (indringende) toetsing aan de formele beginselen van zorgvuldigheid en motivering. Dat wil zeggen: een toets aan het evenredigheidsbeginsel artikel 3:4, tweede lid, Awb, waarbij de nadruk ligt op de toetsing aan formele beginselen, in het bijzonder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.<sup>52</sup>

Deze procedurele invulling van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel als ‘tussenweg’ ontleent Widdershoven aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. Als het Hof beoordeelt of EU-regelgeving in overeenstemming is met het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel, dan is de toetsing doorgaans materieel terughoudend, maar wordt die terughoudende toets (soms) gecompenseerd door een ‘strikte procedurele toetsing’.<sup>53</sup> Om die toets te doorstaan, moet de EU-regelgever, ‘in aanmerking nemend alle relevante feiten en omstandigheden van de situatie, voldoende kunnen onderbouwen dat de maatregel geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is, waarbij alternatieve maatregelen in de afweging moeten zijn betrokken.’ Het voordeel van een procedurele invulling van de evenredigheidstoets is volgens staatsraad advocaat-generaal Widdershoven dat de rechter de besluitvormingsprocedure die heeft geleid tot de vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift serieus kan beoordelen, zonder te zeer in te breken in ‘*the realm of politics*’.<sup>54</sup> Deze procedureel georiënteerde toetsing aan het evenredigheidsbeginsel komt overeen met wat ik in paragraaf 1.4.6.4 semi-procedurele evenredigheidstoetsing heb genoemd: een modaliteit van evenredigheidstoetsing waarbij de rechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes.

51 Widdershoven 2018, p. 189.

52 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.5.

53 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 7.9.

54 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.5.

#### 3.4.1.4 Consequenties

Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven adviseert het volledig loslaten van de willekeursluis.<sup>55</sup> Dat is in het bijzonder van belang voor de toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, omdat, zoals hierboven gezegd in paragraaf 3.2.2, de (bestuurs)rechters de willekeursluis nog vooral in die gevallen toepasten. De enkele schending van die beginselen, maar ook van andere beginselen voor zover bij de toetsing daaraan de willekeursluis nog werd gehanteerd, moet kunnen leiden tot het onverbindend verklaren of het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift. Overigens benadrukt Widdershoven dat niet de schending van elke formaliteit steeds hoeft te leiden tot het onverbindend verklaren of het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift. Hij merkt hierover met betrekking tot de toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel het volgende op:

[D]e toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) [is] iets anders [...] dan het “afvinken” van formaliteiten. Tenzij afdeling 3.4 Awb (uov) op die vaststelling van toepassing is verklaard, [...] gelden voor die vaststelling immers geen harde regels/formaliteiten. Voor het onverbindend achten/buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift wegens strijd met artikel 3:2 Awb is pas reden als de rechter gelet op de gebreken in het onderzoek naar de bij een voorschrift betrokken belangen (zoals die blijken uit de motivering, zie hierna) niet in staat is om te bepalen of het voorschrift inhoudelijk rechtmatig is.<sup>56</sup>

De redenering dat formele gebreken op zichzelf niet noodzakelijkerwijs hoeven te leiden tot het onverbindend verklaren of het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift is ook van belang voor de gevallen waarin de bestuursrechter de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel procedureel zou invullen. Als de bestuursrechter bij die toets een formeel gebrek constateert (er is bijvoorbeeld geen onderzoek verricht naar even geschikte maar minder ingrijpende alternatieven), dan zou dat kunnen leiden tot de conclusie dat het daardoor niet mogelijk is om de evenredigheid van een voorschrift te beoordelen, waardoor het evenredigheidsbeginsel als geschonden moet worden beschouwd.<sup>57</sup>

Wat de consequenties betreft van de toetsing aan algemene rechtsbeginselen, is ook van belang wat staatsraad advocaat-generaal Widdershoven opmerkt over de mogelijkheden

55 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, i.h.b. punten 8.1 en 8.3.

56 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.9.

57 Dit standpunt blijkt explicieter uit Widdershoven 2018, p. 189-190.

om een algemeen verbindend voorschrift onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten als de regelgever de negatieve gevolgen voor een bepaalde groep heeft voorzien en in zijn afweging heeft betrokken en die gevolgen dus in het algemeen verbindende voorschrift zijn verdisconteerd.<sup>58</sup> Algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde formele wetgeving, kunnen buiten toepassing worden gelaten bij de strijd met een algemeen rechtsbeginsel, ongeacht of er sprake is van omstandigheden die wel of niet verdisconteerd zijn.<sup>59</sup> In een algemeen verbindend voorschrift verdisconteerde omstandigheden beletten de rechter dus niet om een algemeen verbindend voorschrift onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten vanwege de strijd met een algemeen rechtsbeginsel. Het voorgaande is van belang om op te merken, omdat bij formele wetgeving een andere lijn geldt.<sup>60</sup>

### 3.4.2 De introductie van de 1 juli 2019-maatstaf

In de zogenoemde ‘1 juli-uitspraken’ uit 2019 geeft de CRvB als eerste hoogste bestuursrechter antwoord op de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017.<sup>61</sup> De CRvB overweegt het volgende over de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen:

‘7.5.1.

Het Besluit PW is een algemeen verbindend voorschrift. Het betoog van appellant in hoger beroep gaat over de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften en de mate van indringendheid van die toetsing. Hierop wordt uitvoerig ingegaan in de conclusie van staatsraad-advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

Algemeen verbindende voorschriften, die geen wet in formele zin zijn, kunnen worden getoetst op rechtmatigheid, in het bijzonder op verenigbaarheid met hogere regelgeving. Daarnaast komt in de rechtspraak van de Raad, bijvoor-

58 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.13.

59 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.13.

60 Formele wetgeving kan niet worden getoetst aan nationale algemene rechtsbeginselen. Wat wel mogelijk is, is om af te zien van de toepassing van een formele wetsbepaling. Dat kan echter alleen als die toepassing vanwege bijzondere omstandigheden die *niet of niet ten volle zijn verdisconteerd* in de afweging van de wetgever zozeer in strijd komt met een algemeen rechtsbeginsel of (ander) ongeschreven recht, dat de toepassing achterwege moet blijven. Zie HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), recent herbevestigd in ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:852.

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

beeld in de uitspraak van 19 mei 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD2441, tot uitdrukking dat aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van een algemeen verbindend voorschrift zodanig ernstige gebreken kunnen kleven dat dit voorschrift om die reden niet als grondslag kan dienen voor daarop in concrete gevallen te baseren beslissingen. Dit betekent dat aan de rechter de bevoegdheid toekomt te bezien of het betreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding betrokken besluit. Bij die, niet rechtstreekse, toetsing van het algemeen verbindende voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer. De intensiteit van die beoordeling is afhankelijk van onder meer de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft, gelet op de aard en inhoud van de vaststellingsbevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen. Die beoordeling kan materieel terughoudend zijn als de beslissingsruimte voortvloeit uit de feitelijke of technische complexiteit van de materie, dan wel als bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen kunnen worden of zijn gemaakt. In dat laatste geval heeft de rechter niet de taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Wat betreft de in acht te nemen belangen en de weging van die belangen geldt dat de beoordeling daarvan intensiever kan zijn naarmate het algemeen verbindend voorschrift meer ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn.

#### 7.5.2.

Bij de toetsing van de wijze waarop aan de beslissingsruimte inhoud is gegeven kunnen het beginsel van zorgvuldige besluitvorming (artikel 3:2 van de Awb) en het ongeschreven beginsel van een deugdelijke motivering een rol spelen. Anders dan de conclusie (zie 8.5 van de conclusie) is de Raad van oordeel, dat enkele strijd met de hiervoor genoemde formele beginselen niet kan leiden tot het onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift. Dat laat onverlet dat, indien als gevolg van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding door de rechter niet kan worden beoordeeld of er strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dit ertoe kan leiden dat de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing laat en een daarop berustend uitvoeringsbesluit om die reden vernietigt. Als het vaststellende orgaan bij het voorbereiden en nemen van een algemeen verbindend voorschrift de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd, voldoet deze

keuze aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel en beperkt de toetsing door de bestuursrechter zich tot de vraag of de regeling in strijd is met het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging.<sup>62</sup>

Ruim een half jaar later, in een uitspraak van 12 februari 2020, sluit de Afdeling zich integraal aan bij de 1 juli 2019-maatstaf van de CRvB.<sup>63</sup> Het CBB heeft zich ook aangesloten bij de CRvB in 2021,<sup>64</sup> net als de belastingkamer van de Hoge Raad, die deze aansluiting zocht in een arrest van 11 december 2020.<sup>65</sup> Het was lang de vraag of ook de civiele kamer van de Hoge Raad zich zou aansluiten bij de nieuwe toetsingsmaatstaf.<sup>66</sup> In het *Ja/Ja*-arrest van 24 september 2021 geeft de Hoge Raad hierop antwoord.<sup>67</sup>

In het *Ja/Ja*-arrest gaat het om de wijziging door de Amsterdamse gemeenteraad van de Afvalstoffenverordening, waarmee een opt-in-systeem is ingevoerd voor de bezorging van ongeadresseerd reclaimedrukwerk: geen drukwerk, tenzij men met een sticker op de briefbus kenbaar maakt wel reclaimedrukwerk te willen ontvangen. Eisers, brancheorganisaties van distributiebedrijven en grafische ondernemingen, stellen onder meer dat de invoering van het opt-in-systeem in strijd is met een aantal algemene rechtsbeginselen. Bij de beoordeling van het beroep op de strijd met algemene rechtsbeginselen stelde het Amsterdamse gerechtshof in het hoger beroep in dezelfde zaak voorop dat ‘een algemeen verbindend voorschrift kan worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen’ en dat ‘de gemeenteraad beleidsruimte toekomt bij het vaststellen van een verordening’. De rechter moet zich terughoudend opstellen bij de beoordeling ‘of de gemeente in redelijkheid tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift heeft kunnen komen’, waarbij zij niet de tot taak heeft om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Vervolgens komt het hof tot het oordeel dat de invoering van het opt-in-systeem niet in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel.

In cassatie voeren eisers aan dat het hof niet intensief genoeg heeft getoetst aan algemene rechtsbeginselen en dat de gehanteerde maatstaf niet overeenkomt met de maatstaf die de

62 Ontleend aan CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016.

63 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, r.o. 6.

64 CBB 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240. Zie ook, maar toen minder expliciet: CBB 11 februari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:144.

65 HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1988, r.o. 2.3.2. Van Ommeren 2021 gaat ervan uit dat de belastingkamer zich hiermee heeft aangesloten bij de CRvB. Ook Wattel gaat daar van uit, zie de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:516, punt 9.6.

66 Zie Van Ommeren 2021.

67 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360 (*Ja/Ja*).

CRvB in de 1 juli-uitspraken heeft geformuleerd.<sup>68</sup> Volgens de Hoge Raad heeft het hof de maatstaf gehanteerd uit het *Binnenvaart*-arrest, welke de Hoge Raad in het arrest over de invoering van het opt-in-systeem citeert:

‘[...] “De Besluiten (...) behelzen geen wetgeving in formele zin. Het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet is daarop niet van toepassing. Dergelijke wetgeving kan de rechter dan ook wel toetsen aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht. Bij die toetsing heeft de rechter echter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Voorts brengen zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel mee dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten (HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, *NJ* 1987/251 (*Landbouwwvliegers*), rov. 6.1; zie voorts o.m. HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0146, *NJ* 2010/53, rov. 3.6). De rechter kan onder meer toetsen of de wetgever bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de betrokken regeling of regel heeft kunnen komen (art. 3:4 Awb, dat op grond van art. 3:1 lid 1, aanhef en onder a, Awb ook van toepassing is op algemeen verbindende voorschriften).”<sup>69</sup>

Vervolgens citeert de Hoge Raad de hierboven weergegeven rechtsoverwegingen 7.5.1 en 7.5.2 uit de 1 juli-uitspraken van de CRvB en overweegt: ‘[d]e maatstaf zoals geformuleerd in het [...] *Binnenvaart*-arrest verschilt naar zijn strekking niet van de maatstaf die de Centrale Raad van Beroep in zijn [...] uitspraken van 1 juli 2019 heeft geformuleerd.<sup>70</sup> Het hof kon zich in dit geval beperken tot de ‘vraag of de Gemeente in redelijkheid tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift heeft kunnen komen’, mede in aanmerking genomen ‘dat aan de gemeenteraad beleidsruimte toekomt bij het vaststellen van een verordening [...]’.<sup>71</sup>

Hoewel de overwegingen uit het *Binnenvaart*-arrest van de Hoge Raad meer terughoudendheid ‘ademen’ dan de overwegingen uit de 1 juli-uitspraken van de CRvB, hanteren de civiele rechter en de bestuursrechter dus een toetsingsmaatstaf die volgens de Hoge Raad een gelijke ‘strekking’ heeft.

68 Conclusie van advocaat-generaal Wissink van 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:98, punt 7.10.

69 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360 (*Ja/Ja*), r.o. 3.2.2.

70 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360 (*Ja/Ja*), r.o. 3.2.4.

71 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360 (*Ja/Ja*), r.o. 3.2.5.



Voorafgaand aan het arrest nam advocaat-generaal Wissink ook dit standpunt in. Hij merkt op dat het verschil in de formuleringen van de maatstaven van de civiele rechter en de bestuursrechter opvalt, maar dat dit verschil niet hoeft te betekenen dat tussen beide maatstaven wezenlijke verschillen bestaan.<sup>72</sup> Demper komt tot een vergelijkbare conclusie in een artikel waarin hij de overeenkomsten en verschillen tussen de toetsingsmaatstaven van de bestuursrechters en de Hoge Raad in kaart brengt. Hij merkt op dat er wel verschillen zijn in de methode van toetsing door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, maar dat de materiële uitkomst van de toetsing wel hetzelfde zou kunnen zijn, hoewel hij wel vindt dat de burgerlijke rechter zich om redenen van rechtseenheid explicieter moet aansluiten bij de bestuursrechter op dit punt.<sup>73</sup>

Welke consequenties de nieuwe toetsingsmaatstaf precies heeft voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften, bespreek ik in paragraaf 3.6, nadat ik ook het *Harderwijk*-beoordelingskader heb geïntroduceerd in paragraaf 3.5. De 'strekking' van de nieuwe toetsingsmaatstaf is terug te brengen tot de volgende punten.

1. De intensiteit van de toetsing wordt bepaald door verschillende factoren, die kunnen pleiten voor een terughoudender of juist intensievere toetsing.
2. De rechters geven (expliciet) aan dat de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering een rol kan spelen bij de toetsing van de wijze waarop aan de beslissingsruimte inhoud is gegeven.
3. De enkele schending van het formele zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel kan niet leiden tot de onverbindendheid, maar een algemeen verbindend voorschrift kan wel buiten toepassing worden gelaten als de rechter vanwege een onzorgvuldige voorbereiding en/of een gebrekkige motivering niet kan beoordelen of er strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hiermee is de willekeursluis ook bij de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering losgelaten.
4. Als de regelgever bij het vaststellen van een voorschrift de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd, voldoet deze keuze aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel, maar toetst de rechter nog wel of de regeling in strijd is met het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging.

<sup>72</sup> Conclusie van advocaat-generaal Wissink van 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:98, punten 7.8.1-7.9.2.

<sup>73</sup> Demper 2023, p. 116 e.v.

## 3.5 TWEEDE LIJN: HET HARDERWIJK-BEOORDELINGSKADER

De tweede lijn van de gewijzigde koers komt voort uit de *Harderwijk*-uitspraak van 2 februari 2022 van de Afdeling.<sup>74</sup> In de *Harderwijk*-uitspraak heeft de Afdeling (grote kamer) nieuwe uitgangspunten geformuleerd voor de toetsing van besluiten, inclusief algemeen verbindende voorschriften, aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>75</sup> Bij de nieuwe uitgangspunten voor evenredigheidstoetsing hebben het CBB en de CRvB zich expliciet aangesloten.<sup>76</sup> De belastingkamer van de Hoge Raad heeft zich niet zo expliciet aangesloten als het CBB en de CRvB, maar verwijst wel naar de *Harderwijk*-uitspraak.<sup>77</sup>

Aan de *Harderwijk*-uitspraak is de conclusie voorafgegaan van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021.<sup>78</sup> Deze conclusie gaat in meer algemene zin over de toetsing van niet-bestaftende sancties aan het evenredigheidsbeginsel. Widdershoven en Wattel adviseren in hun conclusie om niet-bestaftende sancties gedifferentieerder te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, waarbij dat beginsel zou kunnen worden toegepast conform de – onder meer in het Unierecht gebruikte – drietrapstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin.<sup>79</sup> Gedifferentieerd toetsen betekent volgens Widdershoven en Wattel dat er meer variatie moet bestaan dan de tot dan toe gebruikelijke tweedeling, te weten dat bestaftende sancties ‘vol/indringend’ en niet-bestaftende sancties ‘marginaal/terughoudend’ (op

74 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*).

75 Over het toepassingsbereik zegt de Afdeling zelf in de *Harderwijk*-uitspraak dat artikel 3:4, tweede lid, Awb geldt voor alle besluiten waarbij het bestuursorgaan beleidsruimte heeft en dat zij het daarom wenselijk vindt om ‘een beoordelingskader te formuleren dat in essentie voor al deze (categorieën van) besluiten kan worden toegepast, van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete tot besluiten tot het vaststellen van een bestemmingsplan.’ Verder overweegt de Afdeling dat de drietrapstoets niet met betrekking tot elk bestreden besluit categorisch moet worden uitgevoerd, ook omdat bijvoorbeeld ‘de geschiktheid al aan de orde [kan] komen bij de (exceptieve) toetsing van het algemeen verbindende voorschrift of de beleidsregel waarop het bestreden besluit berust.’

76 Zie CBB 23 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:557; CRvB 24 oktober 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2207.

77 Zie HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1124. In zijn annotatie in *FED* 2022/111 merkt Maas op dat de Hoge Raad zich bij de *Harderwijk*-uitspraak lijkt aan te sluiten, maar of dat echt zo is, kan volgens hem ook niet met zekerheid worden gezegd. Van Brummelen schrijft in *BNB* 2022/133 dat ‘de Hoge Raad zich duidelijk laat leiden door de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en dan met name de in voetnoot 5 genoemde uitspraak ABRvS 2 februari 2022, nr. 202002668/1/A3, ECLI:NL:RVS:2022:285’.

78 Conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468. Hun conclusie betreft nog twee zaken. Nog een over woningsluiting, ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335 (*Waadhoeke*) en over de invordering van een dwangsom wegens illegale verhuur, ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:334.

79 Conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 8.2.

willekeur) worden getoetst, zonder iets daartussen in. Om de verschillende intensiteiten waarmee de rechter aan het evenredigheidsbeginsel kan toetsen te operationaliseren, bepleiten Widdershoven en Wattel een glijdende schaal die zij om rechtscommunicatieve redenen in drie treden (intensiteiten) verdeelen.<sup>80</sup> Met een in treden verdeelde glijdende schaal zou de rechter beter onder woorden kunnen brengen met welke intensiteit hij toetst. De drie opvolgende ‘treden’ voor de rechterlijke toetsingsintensiteit die Widdershoven en Wattel onderscheiden zijn *restraint*, *intermediate* en *intensive*.<sup>81</sup> Aan die verschillende intensiteiten koppelen Widdershoven en Wattel consequenties voor de manier waarop de rechter toetst, waardoor er drie toetsingsmodaliteiten ontstaan. Welke gradatie voor de toetsingsintensiteit de rechter kan toepassen – en welke toetsingsmodaliteit zij dus kan hanteren – hangt volgens Widdershoven en Wattel af van twee oriëntatiepunten: (i) de aard en het gewicht van de bij het sanctiebesluit betrokken belangen en (ii) de ingrijpendheid van het sanctiebesluit en de mate waarin het fundamentele rechten van betrokkenen aantast.<sup>82</sup>

Het startpunt van het *Harderwijk*-beoordelingskader is dat de bestuursrechter niet langer standaard terughoudend toetst aan het evenredigheidsbeginsel in de vorm van een toets op willekeur.<sup>83</sup> Voortaan zijn de bewoordingen van artikel 3:4, tweede lid, Awb het uitgangspunt voor evenredigheidstoetsing. Over de formulering van die bepaling (‘de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen’) merkt de Afdeling op dat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat er een evenredige verhouding moet bestaan tussen doel en middel. Het is essentieel, aldus de Afdeling, dat de bepaling twee gelijkwaardige ‘ijkpunten’ heeft: ‘aan de ene kant het met het besluit beoogde doel en aan de andere kant de (nadelige) gevolgen van het besluit. De ratio van het evenredigheidsbeginsel is dus niet het tegengaan van nadelige gevolgen van besluitvorming, maar het voorkomen van onnodig nadelige gevolgen. Een besluit met ‘harde’ gevolgen is daarom niet per definitie een onevenredig besluit. En omgekeerd kan een besluit met ‘zachte’ gevolgen toch onevenredig zijn, bijvoorbeeld omdat de met het besluit te dienen doelen niet zwaar wegen. De toepassing van het evenredigheidsbeginsel vergt daarom een scherp inzicht, van zowel het bestuur bij de besluitvorming als de bestuursrechter bij de toetsing, in alle relevante feiten

80 Conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 8.3.3.

81 Conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 8.3.3.

82 Conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 8.3.2.

83 Deze standaard terughoudende toetsing op willekeur was gebruikelijk sinds de *Maxis en Praxis*-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, zie ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153 (*Maxis en Praxis*).

en omstandigheden en een afgewogen en deugdelijk gemotiveerd oordeel over de vraag welke gevolgen voor welke belanghebbenden (nog) wel of juist niet (meer) evenredig zijn.<sup>84</sup>

Bij het verder invullen van de norm van artikel 3:4, tweede lid, Awb kan de bestuursrechter aansluiting zoeken bij de drieslag geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. De Afdeling zegt hierover in de *Harderwijk*-uitspraak het volgende:

‘7.7 De AG’s bevelen aan dat de bestuursrechter bij de toepassing van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb op besluiten inhoudende bestuurlijke maatregelen meer aansluiting zoekt bij de Unierechtelijke evenredigheidstoets waarin de volgende drie stappen kunnen worden onderscheiden:

“(i) Is het besluit geschikt om het doel te bereiken? Die geschiktheidstoets houdt een effectiviteitstoets en een coherentietoets in;

(ii) Is het besluit noodzakelijk om het doel te bereiken? Is een keuze mogelijk tussen meer geschikte maatregelen, dan moet op basis van deze toets die maatregel worden gekozen die de belanghebbenden het minst belast;

(iii) Is de maatregel evenwichtig (evenredigheid stricto sensu)? Is de op zichzelf geschikte en noodzakelijke maatregel in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend voor de belanghebbende?”

7.8 De Afdeling onderschrijft dat de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenwichtigheid bij de toetsing van een besluit aan de norm van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb een rol (kunnen) spelen. Dat betekent echter niet dat met betrekking tot elk bestreden besluit categorisch een dergelijke drietraps-toets moet worden uitgevoerd. Zo kan de geschiktheid al aan de orde komen bij de (exceptieve) toetsing van het algemeen verbindende voorschrift of de beleidsregel waarop het bestreden besluit berust. [...] Verder zal de noodzakelijkheid bij de toetsing van een belastend besluit doorgaans wel een rol spelen en bij een begunstigend besluit niet. De bestuursrechter zal daarom van geval tot geval, in het verlengde van de tegen het besluit aangevoerde beroepsgronden, moeten bepalen of en zo ja op welke wijze de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenwichtigheid van de maatregel (uitdrukkelijk) bij de toetsing moeten worden betrokken.’

---

84 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.4.

De evenredigheidstoets kan dus zo worden ingevuld dat de bestuursrechter daarbij de geschiktheid (inclusief effectiviteits- en coherentietoets), noodzakelijkheid en evenwichtigheid (evenredigheid in strikte zin) van een besluit beoordeelt, indien relevant en passend. De Afdeling is niet heel helder over hoe intensief de rechter aan die criteria kan toetsen. Zij onderschrijft dat de twee door Widdershoven en Wattel genoemde oriëntatiepunten – de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen en de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het fundamentele rechten van belanghebbenden aantast – van belang zijn. Vervolgens overweegt de Afdeling dat '[d]e intensiteit van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wordt bepaald door onder meer de aard en de mate van de beleidsruimte van het bestuursorgaan, de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen en de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten, zal de toetsing intensiever zijn.'<sup>85</sup>

Factoren en oriëntatiepunten lopen in de *Harderwijk*-uitspraak dus door elkaar. Vermoedelijk zijn de 'factoren' echter niet wezenlijk anders dan 'oriëntatiepunten', maar zijn de oriëntatiepunten in navolging van de conclusie van Widdershoven en Wattel afgestemd op de aard van sanctiebesluiten, waarover het gaat in de *Harderwijk*-uitspraak.<sup>86</sup> De factoren die de Afdeling relevant vindt, zijn verder vergelijkbaar met de factoren die de bestuursrechter hanteert op basis van de 1 juli 2019-maatstaf bij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften hanteert,<sup>87</sup> die ook mede waren ontleend aan de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017. De Afdeling lijkt dus niet te willen afwijken van de factoren voor toetsingsintensiteit die reeds golden.<sup>88</sup> Hoeveel intensiteiten er zijn en welke consequentie het heeft om met een bepaalde intensiteit te toetsen, maakt de Afdeling niet duidelijk. De Afdeling neemt de door staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel voorgestelde glijdende schaal wel over, maar dat geldt niet voor de rechtscommunicatieve verdeling in drie treden. Zij vindt dat het onderscheiden van drie treden afbreuk doet aan de verscheidenheid van situaties. Omdat de intensiteit van de rechterlijke toets aan het evenredigheidsbeginsel afhankelijk is van veel factoren, kiest de Afdeling voor een traploze glijdende schaal, waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend toegepast moeten kunnen worden.<sup>89</sup>

85 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.10.

86 Conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 8.3.1.

87 Zie voor deze factoren hierboven in paragraaf 3.4.2 en hierna in paragraaf 3.6.3.

88 Zie verder mijn annotatie onder de *Harderwijk*-uitspraak in AB 2022/120, punt 10.

89 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.9.

### 3.6 VERWACHTE INTENSIVERING GELET OP HET NIEUWE BEOORDELINGSKADER

#### 3.6.1 *Inleiding*

Het nieuwe beoordelingskader, bestaande uit de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader geeft een richting aan voor, en wekt verwachtingen over, de ontwikkeling en intensivering van het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In de volgende paragrafen werk ik dat verder uit, waarbij ik, waar relevant, ook uitleg in welke opzichten het nieuwe beoordelingskader verschilt van de ‘oude’ *Landbouwwliegers*-maatstaf.

#### 3.6.2 *Sleutelrol evenredigheidsbeginsel en structuur en inhoud evenredigheidstoets*

Uit het nieuwe beoordelingskader kan worden afgeleid dat het evenredigheidsbeginsel naar verwachting een belangrijke rol zal spelen bij de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Deze belangrijke rol voor het evenredigheidsbeginsel bleek nog niet heel expliciet uit de 1 juli 2019-maatstaf, maar des te meer uit de *Harderwijk*-uitspraak en de conclusie die daaraan voorafging van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel. In paragraaf 3.6.4 zal ik uitleggen dat de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering volgens het nieuwe beoordelingskader een rol kan spelen bij de evenredigheidstoetsing, zodat ook die beginselen naar verwachting een belangrijke positie zullen innemen bij de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften.<sup>90</sup>

Wat betreft de inhoud van de evenredigheidstoetsing heeft de *Harderwijk*-uitspraak duidelijk gemaakt dat de bestuursrechter rechtstreeks aansluit bij de norm uit artikel 3:4, tweede lid, Awb. De bestuursrechter wordt geacht een doel-middeltoets uit te voeren, waarbij hij de criteria van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin kan toepassen. Wanneer de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin bij de evenredigheidstoets worden betrokken en wat zij precies inhouden voor de toetsing van algemeen verbindende voorschriften is op basis van alleen de *Harderwijk*-uitspraak nog niet te zeggen. Wel is het in elk geval de verwachting dat de bestuurs-

---

<sup>90</sup> In paragraaf 1.4.2 legde ik uit dat de aandacht voor deze drie beginselen in de intensiveringstendens van de bestuursrechters er mee te maken zou kunnen hebben dat de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan andere nationale algemene rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, al langer wat verder ontwikkeld is.

rechter het evenredigheidsbeginsel regelmatig zal toepassen in de vorm van de drieslag wanneer hij algemeen verbindende voorschriften indirect toetst. Dat is een verschil ten opzichte van de *Landbouwwliegers*-maatstaf, op grond waarvan de evenredigheidstoets standaard werd beperkt tot de vraag of de regelgever bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de vaststelling van het algemeen verbindende voorschrift heeft kunnen komen.

### 3.6.3 *Toetsingsintensiteit*

De 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader maken duidelijk dat de bestuursrechter algemeen verbindende voorschriften voortaan met verschillende intensiteiten indirect kan toetsen aan algemene rechtsbeginselen. Dat is anders dan in de regel terughoudendheid betrachten, zoals de Hoge Raad dat voorstond in het *Landbouwwliegers*-arrest.

Het nieuwe beoordelingskader introduceert factoren op basis waarvan de toetsingsintensiteit wordt bepaald. Met welke intensiteit de bestuursrechter toetst, hangt af van de beslissingsruimte die het vaststellende orgaan heeft gelet op de aard en de inhoud van de vaststellingsbevoegdheid. Heeft de regelgever een ruime beslissingsruimte vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie of omdat er politiek-bestuurlijke afwegingen moeten worden gemaakt, dan kan de toetsing materieel terughoudend zijn. Vanwege de ‘inhoud van de bevoegdheid’ kan de toetsing aan algemene rechtsbeginselen intensiever zijn. Daarbij gaat het om de mate waarin de uitoefening van de bevoegdheid ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en het aan de orde zijn van fundamentele rechten. Er zijn dus drie factoren van belang ter bepaling van de intensiteit van de toetsing: 1) de mate van beslissingsruimte vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie en vereiste politiek-bestuurlijke afwegingen, 2) de mate waarin een algemeen verbindend voorschrift ingrijpt in het leven van belanghebbende(n) en 3) het aan de orde zijn van fundamentele rechten.

Het nieuwe beoordelingskader zegt ook iets over hoe er in de verschillende toetsingsintensiteiten wordt gedifferentieerd. De verschillende intensiteiten waarmee de bestuursrechter kan toetsen moeten we ons voorstellen op een traploze glijdende schaal, die loopt van ‘vol’ tot ‘terughoudend’ met daartussen een hoeveelheid ondefinieerbare toetsingsintensiteiten.

### 3.6.4 *Toetsingsmodaliteiten*

Dat algemeen verbindende voorschriften voortaan met een verschillende intensiteit kunnen worden getoetst, betekent ook dat die toets naar verwachting op verschillende manieren zal gaan plaatsvinden. Een algemeen verbindend voorschrift terughoudend toetsen ziet er anders uit dan zo'n voorschrift intensief toetsen. Naar verwachting zullen de bestuursrechters dus verschillende toetsingsmodaliteiten hanteren, afhankelijk van de aan de orde zijnde factoren die de toetsingsintensiteit bepalen. Die verwachting bestaat vooral ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel, dat zich leent voor gedifferentieerde toetsing.

Uit het nieuwe beoordelingskader kan deels worden afgeleid hoe de bestuursrechter aan het evenredigheidsbeginsel kan toetsen, maar de verschillende toetsingsmodaliteiten volgen daaruit nog niet heel duidelijk. Uit de formuleringen van de 1 juli 2019-maatstaf volgt bijvoorbeeld wel dat de bestuursrechter bij een intensievere toetsing 'de in acht te nemen belangen en de weging daarvan' indringender beoordeelt, maar hoe dat er precies uitziet, moet blijken uit de toepassingen van de 1 juli 2019-maatstaf in de rechtspraak. Verder volgt uit de 1 juli 2019-maatstaf dat de beoordeling van een algemeen verbindend voorschrift 'materieel terughoudend' kan zijn. Gelet op de toetsing van algemeen verbindende voorschriften die plaatsvond vóórdat het nieuwe beoordelingskader werd geïntroduceerd, ligt het voor de hand om aan te nemen dat 'materieel terughoudend' betekent dat de bestuursrechter zich beperkt tot de vraag of de regelgever bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de vaststelling van het algemeen verbindende voorschrift heeft kunnen komen.

Uit de formuleringen van de 1 juli 2019-maatstaf volgt ook dat de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering een rol kan spelen als de bestuursrechter de evenredigheid van een algemeen verbindend voorschrift beoordeelt.<sup>91</sup> Dat kan op verschillende manieren. Ten eerste kan een algemeen verbindend voorschrift negatief gewaardeerd worden in het licht van het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Als een algemeen verbindend voorschrift in strijd is met een of beide formele beginselen, dan kan de bestuursrechter dat voorschrift buiten toepassing laten (niet onverbindend verklaren). Althans, als de rechter door die onzorgvuldige voorbereiding en/of gebrekkige motivering niet kan beoordelen of een algemeen verbindend voorschrift voldoet aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>92</sup> Ten tweede kan een algemeen verbindend voorschrift ook positief worden gewaardeerd worden in het licht van het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. In dat verband blijkt uit de 1 juli 2019-maatstaf

91 Of de strijd met een ander (materieel) beginsel of hogere regelgeving beoordeelt.

92 Of een ander (materieel) beginsel of hogere regelgeving.



dat als de regelgever de negatieve gevolgen van een voorschrift voor bepaalde groepen uitdrukkelijk in zijn afweging heeft betrokken en de keuze deugdelijk heeft gemotiveerd, het voorschrift aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel voldoet. In dat geval beperkt de bestuursrechter zich ‘tot de vraag of de regeling in strijd is met het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging.’<sup>93</sup> De Afdeling hanteert overigens gewoon de term ‘evenredigheidsbeginsel’ en niet, zoals de CRvB, van ‘het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging.’<sup>94</sup>

Gelet op het bovenstaande verwacht ik dat de toetsing van een algemeen verbindend voorschrift aan het evenredigheidsbeginsel op in elk geval de volgende verschillende manieren zal plaatsvinden.

Naar verwachting zal de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering soms een rol spelen bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Daarmee worden naar verwachting ook de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering, naast het evenredigheidsbeginsel, relevant bij de intensiveringstendens van de bestuursrechters. Deze verwachting heb ik niet alleen vanwege de formuleringen van de 1 juli 2019-maatstaf, maar ook vanwege de daaraan voorafgegane conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, waarin hij de bestuursrechters adviseerde om een ‘tussenweg’ toe te passen. Zoals ik heb uitgelegd in paragraaf 3.4.1.3, houdt deze tussenweg een toets aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb in, waarbij de nadruk ligt op de toetsing aan formele beginselen, in het bijzonder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Welke rol de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering kunnen spelen in het kader van evenredigheidstoetsing, kan tot op zekere hoogte worden afgeleid uit de formuleringen van de 1 juli 2019-maatstaf, maar zal verder vooral moeten blijken uit de toepassingen van het nieuwe beoordelingskader in de rechtspraak.

Ten aanzien van de wijze van evenredigheidstoetsing verwacht ik verder dat de bestuursrechters in sommige zaken niet de ‘tussenweg’ zullen hanteren, maar een materieel intensieve evenredigheidstoets zullen uitvoeren, namelijk in de gevallen waarin een algemeen verbindend voorschriften ingrijpende gevolgen heeft voor burgers en/of hun fundamentele rechten aantast (factoren voor intensievere toetsing). Deze verwachting is eveneens gebaseerd op de conclusie van 22 december 2017, maar bestaat ook omdat de bestuurs-

93 ‘Het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging’ is de term die de CRvB gebruikt in de 1 juli-uitspraken (zie CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, r.o. 7.5.2).

94 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, r.o. 6.

rechters in het verleden al een materieel intensieve evenredigheidstoets hebben uitgevoerd bij de beoordeling van algemeen verbindende voorschriften.<sup>95</sup>

### 3.6.5 *Verdisconteerde omstandigheden*

De 1 juli 2019-maatstaf wekt ook verwachtingen over hoe de bestuursrechters algemeen verbindende voorschriften zullen toetsen als bepaalde gevolgen van dat voorschrift door de regelgever zijn verdisconteerd.

Algemeen verbindende voorschriften kunnen steeds worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen en bij de strijd daarmee onverbindend worden verklaard<sup>96</sup> of buiten toepassing worden gelaten, ongeacht de vraag of er sprake is van wel of niet verdisconteerde omstandigheden. Dat volgt duidelijk uit de formuleringen van de 1 juli 2019-maatstaf, ten aanzien van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel: als de regelgever de negatieve gevolgen voor een bepaalde groep uitdrukkelijk in zijn afweging heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd (dus: de negatieve gevolgen heeft verdisconteerd), dan voldoet het algemeen verbindend voorschrift aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel, maar dient de bestuursrechter nog wel te toetsen of de regeling in strijd is met het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging (CRvB)/evenredigheidsbeginsel (Afdeling). Evenredigheidstoetsing dient dus, wellicht wel terughoudend, plaats te vinden, ook als de regelgever de negatieve gevolgen voor een bepaalde groep uitdrukkelijk in zijn afweging heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd. Zijn de gevolgen verdisconteerd, maar onevenredig nadelig, dan kan de bestuursrechter het algemeen verbindend voorschrift onverbindend verklaren of buiten toepassing laten.

De beoordeling van algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde formele wetgeving, wijkt op dit punt af van de beoordeling van wetten in formele zin. Bekend is dat de rechter formele wetgeving niet kan toetsen aan nationale algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht. Wat wel mogelijk is, is het afzien van de toepassing van een formele wetsbepaling op (bepaalde groepen van) gevallen. Dat kan alleen als die toepassing vanwege bijzondere omstandigheden die *niet of niet ten volle zijn verdisconteerd* in de afweging van de wetgever zozeer in strijd komt met een algemeen rechtsbeginsel of (ander) ongeschreven recht, dat de toepassing achterwege moet blijven. Dit noemen

<sup>95</sup> Zie ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*).

<sup>96</sup> Tenzij het gaat om de enkele strijd met een formeel algemeen rechtsbeginsel, zie hierna in paragraaf 3.3.4.5.

we contra-legemtoepassing van algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht.<sup>97</sup>

Naar verwachting zal de bestuursrechter er dus wel consequenties aan verbinden als de regelgever bepaalde gevolgen van een algemeen verbindend voorschrift heeft verdisconteerd bij de vaststelling ervan, in die zin dat er dan is voldaan aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. Wel zal hij dan naar verwachting (terughoudend) beoordelen of het voorschrift in strijd is met het evenredigheidsbeginsel en het voorschrift bij de strijd met dat beginsel onverbindend verklaren of buiten toepassing laten.

### 3.6.6 De consequenties van succesvolle indirecte toetsing

Als de indirecte toetsing van (de toepassing van) een algemeen verbindend voorschrift aan een algemeen rechtsbeginsel succesvol is – dat wil zeggen (de toepassing van) het voorschrift wordt met een beginsel in strijd bevonden – dan heeft de bestuursrechter twee opties: onverbindend verklaren of buiten toepassing laten.<sup>98</sup>

De 1 juli 2019-maatstaf heeft geen gevolgen voor de consequenties die de rechter kan verbinden aan de strijd van (de toepassing van) een algemeen verbindend voorschrift met *een materieel algemeen rechtsbeginsel*, zoals het evenredigheidsbeginsel. De strijd met een materieel algemeen rechtsbeginsel kon al en kan er nu nog steeds toe leiden dat de rechter een algemeen verbindend voorschrift onverbindend verklaart of buiten toepassing laat.

De 1 juli 2019-maatstaf heeft wel gevolgen voor de consequenties die de bestuursrechter kan verbindend aan de strijd met een *formeel algemeen rechtsbeginsel*, in het bijzonder de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering. De schending van het formele zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel kan voortaan leiden tot het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift als de rechter vanwege een onzorgvuldige voorbereiding en/of een gebrekkige motivering niet kan beoordelen of het voorschrift in overeenstemming is met een (materieel) algemeen rechtsbeginsel of hoger geschreven recht. Dat is een vernieuwing ten opzichte van de *Landbouwwvliegers*-maatstaf, op grond waarvan een algemeen verbindend voorschrift alleen buiten toepassing kon worden gelaten (of onverbindend worden verklaard) als de schending van het formele zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel tevens leidde tot strijd met het willekeurverbod (willekeursluis). Die willekeursluis is met de 1 juli 2019-maatstaf dus losgelaten bij de toetsing

<sup>97</sup> Zie HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), recent herbevestigd in ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:852.

<sup>98</sup> Over deze begrippen zie paragraaf 1.4.7 en ook paragraaf 3.7.5.

aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering. Voortaan kan een algemeen verbindend voorschrift niet alleen buiten toepassing worden gelaten als een formeel gebrek tevens strijd met het willekeurverbod oplevert, maar ook als door dat formele gebrek niet beoordeeld kan worden of een algemeen verbindend voorschrift in overeenstemming is met een ander algemeen beginsel dan het willekeurverbod of met hoger geschreven recht. Ook deze verandering geeft mijns inziens aan dat de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering, en de toetsing daaraan, naar verwachting van belang zullen zijn bij de intensiveringstendens van de bestuursrechters.

Wat gelet op de 1 juli 2019-maatstaf (nog steeds) niet kan, is een algemeen verbindend voorschrift onverbindend verklaren vanwege de enkele strijd met het formele zorgvuldigheds- en/of motiveringsbeginsel.<sup>99</sup> Op dit punt wijkt de 1 juli 2019-maatstaf af van de voorafgegangene conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017.<sup>100</sup> Zoals ik heb besproken in paragraaf 3.4.1.4, adviseerde staatsraad advocaat-generaal Widdershoven dat de enkele schending van (ook) het formele zorgvuldigheds- en/of motiveringsbeginsel zou moeten kunnen leiden tot het onverbindend verklaren (of het buiten toepassing laten) van een algemeen verbindend voorschrift.

Gelet op het bovenstaande zal de bestuursrechter overgaan tot het onverbindend verklaren of het buiten toepassing laten als (de toepassing van) een algemeen verbindend voorschrift in strijd is met het evenredigheidsbeginsel<sup>101</sup> – daaraan verandert de 1 juli 2019-maatstaf niets. De bestuursrechter zal een algemeen verbindend voorschrift steeds buiten toepassing laten als dat voorschrift onzorgvuldig is voorbereid en/of ondeugdelijk is gemotiveerd en hij daardoor niet kan beoordelen of het voorschrift voldoet aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>102</sup>

---

99 Een mogelijke reden waarom de bestuursrechters het onverbindend verklaren hebben uitgesloten bij de enkele strijd met het formele zorgvuldigheds- en/of motiveringsbeginsel wordt besproken in paragraaf 3.8.5.

100 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, i.h.b. 8.5 en 8.10.

101 Of een ander materieel algemeen rechtsbeginsel, maar vanwege de focus op het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van de bestuursrechters wordt de toetsing aan andere materiële algemene rechtsbeginselen niet in het onderzoek betrokken.

102 Of een ander (materieel) beginsel of hogere regelgeving, maar in het onderzoek focus ik alleen op de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering in het kader van evenredigheidstoetsing.

### 3.7 TOEPASSINGEN NIEUW BEOORDELINGSKADER

#### 3.7.1 *Inleiding*

In deze paragraaf onderzoek ik hoe de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen vooralsnog verloopt en welke vragen van materiële aard daarbij rijzen. Daartoe bekijk ik hoe de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader worden toegepast door de bestuursrechters in zaken waarin algemeen verbindende voorschriften indirect worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel en, in het kader daarvan, de beginselen van zorgvuldigheid en motivering.

Paragraaf 3.7 heeft een opbouw die grotendeels overeenkomt met de opbouw van paragraaf 3.6. Dat betekent dat ik in paragraaf 3.7.2 eerst inga op de structuur en inhoud van de evenredigheidstoets in de rechtspraak van de bestuursrechters. Hoe passen zij de drieslag geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin toe bij de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften? Vervolgens, in paragraaf 3.7.3, bespreek ik hoe de bestuursrechters de factoren voor de toetsingsintensiteit uit het nieuwe beoordelingskader toepassen in zaken waarin zij algemeen verbindende voorschriften indirect toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. In paragraaf 3.7.4 komt aan de orde *hoe* algemeen verbindende voorschriften indirect worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel (toetsingsmodaliteiten). Zien we bijvoorbeeld, zoals de verwachting is, dat een toets aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering een rol speelt in het kader van de evenredigheidstoetsing van algemeen verbindende voorschriften? En hoe ziet dat eruit? In paragraaf 3.7.5 geef ik de bevindingen weer.

Het nieuwe beoordelingskader leidt ook tot procedurele complicaties. Deze bespreek ik afzonderlijk in de paragrafen 3.8 en 3.9.

#### 3.7.2 *De structuur en inhoud van de evenredigheidstoets*

De *Harderwijk*-uitspraak heeft duidelijk gemaakt dat de toetsing aan artikel 3:4, tweede lid, Awb een doel-middeltoets inhoudt, waarbij het doel legitiem moet zijn en het middel getoetst wordt op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. Sinds die uitspraak, en de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf, wordt het evenredigheidsbeginsel regelmatig toegepast door de bestuursrechters bij de indirecte beoordeling van alge-

meen verbindende voorschriften.<sup>103</sup> De indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel vindt echter vooralsnog niet structureel plaats aan de hand van een gestructureerde drietrapstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin, ook al is het duidelijk dat het beoordelingskader uit de *Harderwijk*-uitspraak wel van toepassing is op algemeen verbindende voorschriften.<sup>104</sup>

In de rechtspraak waarin algemeen verbindende voorschriften indirect worden getoetst aan evenredigheid wordt regelmatig stilgestaan bij het doel van een regeling.<sup>105</sup> Het beoordelen van de geschiktheid en/of noodzakelijkheid van een regeling gebeurt niet structureel; vaak beperkt de toetsing zich min of meer tot de vraag of de nadelige gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, in de zin van artikel 3:4 lid 2 Awb. Deze toets komt overeen met de toets op evenredigheid in strikte zin, door de Afdeling in de *Harderwijk*-uitspraak als volgt geformuleerd: is de op zichzelf geschikte en noodzakelijke maatregel in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend voor de belanghebbende?<sup>106</sup> Er zijn wel steeds vaker toepassingen zichtbaar van de eisen van geschiktheid en/of noodzakelijkheid bij de indirecte toetsing van algemeen verbindend voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel, maar deze beperken zich vaak tot de constatering dat de regeling geschikt en/of noodzakelijk is.<sup>107</sup> Hoe de geschiktheids- en noodzakelijkheidstoetsen precies worden ingevuld door de bestuursrechter bij de indirecte beoordeling van algemeen verbindende voorschriften kan op basis van de recente rechtspraak dan ook niet gezegd worden.

Een voorbeeld waarin de geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets wel (terughoudend) worden toegepast, biedt een uitspraak van het CbB van 11 oktober

---

103 Voorbeelden daarvan worden besproken in paragraaf 3.7.4.

104 Zie paragraaf 3.5. In de rechtspraak wordt daar ook van uitgegaan. Zo merkt de rechtbank Amsterdam in een uitspraak van 6 december 2022 op dat de rechtbank zich bij de exceptieve toetsing van een voorschrift en de toepassing daarvan in het concrete geval laat leiden door ook de *Harderwijk*-uitspraak (Rb. Amsterdam 6 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7648).

105 In bijvoorbeeld enkele uitspraken over de dagloonregels uit het Dagloonbesluit wordt overwogen dat het doel daarvan is vereenvoudiging, zodat het dagloon in vrijwel alle gevallen volgens algemene regels geautomatiseerd kan worden vastgesteld, zie bijvoorbeeld Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652. In een uitspraak van 3 november 2022 overweegt de rechtbank Amsterdam dat het doel 'om gezinnen met een lager inkomen dan het toetsinkomen financieel te compenseren' een gerechtvaardigd doel is, zie Rb. Amsterdam 3 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6397, r.o. 17.

106 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.7. De Afdeling spreekt hier overigens van evenwichtigheid.

107 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 18 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4464; CbB 11 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:695; Rb. Noord-Holland 17 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2736; CRvB 18 januari 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:95; Rb. Amsterdam 3 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6397. Een iets verdergaande toets op geschiktheid is zichtbaar in Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5965.

ber 2022.<sup>108</sup> Het CBB toetst in deze uitspraak of een berekeningswijze voor tegemoetkomingen op grond van de Regeling Tegemoetkoming land- en tuinbouwondernemers in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Het CBB geeft aan de belangenafweging die de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit heeft gemaakt bij het vaststellen van de berekeningswijze terughoudend te toetsen vanwege de aan de minister toekomende beleidsruimte op dit punt. Met betrekking tot de geschiktheid en noodzakelijkheid overweegt het CBB dat '[d]e keuze voor een omzetverlies van 30% als drempel om voor subsidie in aanmerking te komen [...] gelet op de in de nota van toelichting gegeven motivering een geschikt en noodzakelijk middel [is] om de beschikbare steun ten goede te laten komen aan de ondernemers die het meest worden getroffen door de financiële gevolgen van de coronamaatregelen.'<sup>109</sup> Volgens het CBB heeft de minister 'ervoor mogen kiezen om de nadelige financiële gevolgen van de rechtmatige overheidsmaatregelen niet volledig met subsidie te compenseren, maar een deel voor risico van de betrokken ondernemers te laten.'<sup>110</sup>

Als we de evenredigheidstoetsing van algemeen verbindende voorschriften vergelijken met de evenredigheidstoetsing van andere besluiten na de *Harderwijk*-uitspraak, dan valt het op dat de drieslag bij die andere besluiten consistentener lijkt te worden toegepast.<sup>111</sup> Wat de reden daarvoor zou kunnen zijn, is mij niet duidelijk. De vooralsnog niet structurele toepassing van de drieslag bij algemeen verbindende voorschriften is temeer opvallend, omdat die drieslag de afgelopen jaren wel structureel is toegepast op algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld op terreinen waarin wordt getoetst aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.<sup>112</sup> Het gaat dan vooral om de toepassing van de evenredigheidsnorm van artikel 15, derde lid, onder b en c, van de Dienstenrichtlijn in de rechtspraak van de Afdeling betreffende beroepen tegen bestemmingsplannen die de toegang tot of uitoefening van bepaalde diensten beperken.<sup>113</sup> Het is dus niet zo dat toepas-

108 CBB 11 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:695. Zie ook de annotatie onder deze uitspraak van Van den Brink in *AB* 2022/349.

109 CBB 11 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:695, r.o. 7.3.2.

110 CBB 11 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:695, r.o. 7.3.2.

111 Zie bijvoorbeeld *Damen* 2022, p. 634-635. Hij wijst op ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335; CBB 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1048; Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972; ABRvS 22 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1765; ABRvS 22 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1741. Zie verder bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1235; ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:564; Rb. Midden-Nederland 11 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:477 t/m 479; Rb. Midden-Nederland 2 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2023:2046; Rb. Midden-Nederland 17 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2764.

112 Zie *Widdershoven & Van Zanten* 2021, p. 251-253.

113 Zie hierover *Van Heusden* 2022, p. 176-178.

sing van de drietrapstoets op algemeen verbindende voorschriften helemaal niet voorkomt, maar dan betreft het vaak de toetsing aan het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel van algemeen verbindende voorschriften, doorgaans in de rechtspraak van de Afdeling.

### 3.7.3 Toetsingsintensiteit

#### 3.7.3.1 Algemene uitwerking van de factoren

Met de 1 juli 2019-maatstaf zijn er verschillende factoren geïntroduceerd die bepalend zijn voor de intensiteit waarmee de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift toetst.<sup>114</sup> De toetsingsintensiteit hangt af van de beslissingsruimte die het vaststellende orgaan heeft gelet op de aard en de inhoud van de vaststellingsbevoegdheid. Heeft de regelgever een ruime beslissingsruimte vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie of omdat er politiek-bestuurlijke afwegingen moeten worden gemaakt, dan is de toetsing terughoudend. Vanwege de ‘inhoud van de bevoegdheid’ kan de toetsing intensiever zijn. Daarbij gaat het om de mate waarin de uitoefening van de bevoegdheid ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en het aan de orde zijn van fundamentele rechten.

Van de bovenstaande factoren is de aanwezigheid van een ruime beslissingsruimte, vanwege politiek-bestuurlijke afwegingen of feitelijke/technische complexiteit van de materie, het dominantst in zaken waarin de bestuursrechter algemeen verbindende voorschriften indirect toetst aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>115</sup> Dat wil zeggen dat de bestuursrechter heel vaak overweegt dat er aan de regelgever een ruime beslissingsruimte toekomt bij het vaststellen van een algemeen verbindend voorschrift, met het gevolg dat dat voorschrift terughoudend wordt getoetst. Veelal is die ruime beslissingsruimte het gevolg van politiek-bestuurlijke afwegingen die de regelgever kan maken.<sup>116</sup> Soms is de ruimte beslissingsruimte (ook) het gevolg van feitelijk of technisch complexe materie.<sup>117</sup> Overwegingen over ‘ruime beslissingsruimte’ en ‘politiek-bestuurlijke afwegingen’, zodat terughoudend-

114 De factoren die in de *Harderwijk*-uitspraak zijn geïntroduceerd wijken daar niet vanaf, zie paragraaf 3.5.

115 Vergelijk ook Van Heusden 2022, p. 222, maar dan buiten de specifieke context van evenredigheidstoetsing.

116 Voorbeelden uit de rechtspraak van de Afdeling: ABRvS 25 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1910; ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2565; ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3079; ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:507; ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1890. Voorbeelden uit de rechtspraak van het Cbb: Cbb 11 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:695; Cbb 16 november 2021, ECLI:NL:CBB:2021:993. Voorbeelden uit de rechtspraak van de CRvB: CRvB 25 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2121; CRvB 31 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2195; CRvB 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1282; CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87.

117 Zie bijvoorbeeld ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3079, r.o. 8; ABRvS 20 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2077.



heid is aangewezen, zien we op allerlei terreinen. Het gaat om voorschriften op bijvoorbeeld het terrein van de sociale zekerheid,<sup>118</sup> APV-regulering,<sup>119</sup> subsidieregelingen,<sup>120</sup> regelingen op het gebied van landbouw,<sup>121</sup> of coronasteunregelingen.<sup>122</sup>

Voorbeelden op het terrein van de sociale zekerheid bieden uitspraken van de CRvB over het Dagloonbesluit, waarin de berekeningswijzen zijn neergelegd voor de hoogte van uitkeringen van werknemersverzekeringen. In een van de zaken waarin de CRvB zich uitspreekt over de wet- en regelgeving inzake de vaststelling van de hoogte van het WIA-dagloon, deed appellant een beroep op het rapport ‘Ongekend onrecht’ van 17 december 2020 van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag en hij verwees daarbij naar het belang van de menselijke maat. De CRvB overweegt: ‘[h]et Uww is bij de vaststelling van het WIA-dagloon van appellant gebonden aan wet- en regelgeving – neergelegd in de Wet WIA, de WW en het Dagloonbesluit – die geen ruimte biedt om tot een ander dagloon te komen dan is vastgesteld. Zoals hiervoor is overwogen zijn deze regels voor de berekening van het dagloon het resultaat van een politiek-bestuurlijke afweging, gebaseerd op de keuze van de formele wetgever om bij algemene maatregel van bestuur nadere en zo nodig afwijkende regels te stellen en waarbij de rechter niet de taak heeft om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Hieruit vloeit een terughoudende rechterlijke toetsing van deze regels voort.’<sup>123</sup>

Een voorbeeld dat een APV betreft ziet op het afschaffen van een vergunningstelsel voor het aanbieden van alternatief personenvervoer op of aan de openbare weg in Amsterdam.<sup>124</sup> Per 1 april 2020 is artikel 2.51 van de APV 2008 zo gewijzigd dat het college niet langer de bevoegdheid heeft om hier-

118 Zie bijvoorbeeld CRvB 9 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3206; CRvB 17 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3285; CRvB 25 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2121; CRvB 25 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2170; CRvB 13 januari 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:136; CRvB 23 december 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:3265.

119 Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1910 en ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2565.

120 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:507; CBB 16 november 2021, ECLI:NL:CBB:2021:993.

121 Zie bijvoorbeeld CBB 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240; CBB 30 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:360.

122 Zie bijvoorbeeld CRvB 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1282; CBB 11 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:695 en verder Van den Brink 2021, p. 298 e.v. voor voorbeelden van de bestuursrechter die coronasteunregelingen terughoudend toetst aan het evenredigheidsbeginsel.

123 CRvB 31 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2195, r.o. 5.

124 ABRvS 25 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1910 en ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2565.

voor een vergunning te verlenen. Over de intensiteit waarmee het gewijzigde APV-artikel moet worden getoetst, overweegt de Afdeling het volgende: ‘het afschaffen van het vergunningenstelsel [is] onderdeel [...] van een pakket aan maatregelen in het kader van de bestuurlijk-politieke keuze die in de gemeente Amsterdam is gemaakt om een nieuw evenwicht te vinden tussen toeristen en bewoners. [...] De raad kan op dit gebied politiek-bestuurlijke afwegingen maken. Die afwegingen moet de rechter terughoudend toetsen. [appellant] behoudt het recht om fietstaxidiensten aan te bieden in Amsterdam. Hij mag zijn fietstaxidiensten alleen niet meer op of aan de openbare weg aanbieden, omdat de gemeente een nieuw evenwicht wil creëren in de openbare ruimte. De gemeenteraad komt beslissingsruimte toe bij het bepalen hoe de openbare ruimte gebruikt wordt en mag daarbij keuzes maken over het gebruik daarvan door fiets- en autotaxi’s. De gemeenteraad had ook een andere keuze kunnen maken dan hij gedaan heeft door meer belang te hechten aan het feit dat fiets-taxi’s ten opzichte van autotaxi’s minder belastend voor het milieu zijn en mogelijk voor minder verkeers- en geluidsoverlast zorgen. Maar dat neemt niet weg dat de gemeenteraad een politiek-bestuurlijke afweging heeft gemaakt. De rechter kan die alleen terughoudend toetsen.’<sup>125</sup>

Over het algemeen is de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen dus terughoudend, omdat vrijwel altijd (ruime) beslissingsruimte van de regelgever aan de orde is vanwege politiek-bestuurlijke afwegingen en/of de aanwezigheid van feitelijke of technische complexiteit. Tegelijkertijd zijn er met de 1 juli 2019-maatstaf ook factoren geïntroduceerd die zouden kunnen leiden tot een intensievere toetsing: de mate waarin de uitoefening van de bevoegdheid ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en het aan de orde zijn van fundamentele rechten. Wat valt er te zeggen over de toepassing in de rechtspraak van deze factoren?

Over het algemeen geldt dat de lat om over te gaan tot een intensievere toetsing hoog ligt.<sup>126</sup> Van Heusden merkt in haar proefschrift op dat een fundamenteel recht ‘daadwerkelijk in het geding’ moet zijn of ‘zelfs worden aangetast’, voordat hierin aanleiding wordt gezien om tot een intensievere toetsing over te gaan.<sup>127</sup> Wat betreft de ingrijpendheid van een voorschrift geldt dat een in een voorschrift gemaakte keuze niet snel zodanig ingrijpend wordt geacht dat men een intensievere toetsing aangewezen vindt.

---

125 ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2565, r.o. 3.2. Zie ook ABRvS 25 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1910.

126 Vergelijk Van Heusden 2022, p. 222-223.

127 Van Heusden 2022, p. 223.

Ter illustratie wordt gewezen op een uitspraak van de CRvB in een zaak waarin het ging om het gedurende vier maanden in mindering brengen van de hypotheekrentekorting op een WGA-uitkering. De CRvB overweegt dat het effect van de gemaakte keuze weliswaar ‘niet verwaarloosbaar is’, maar dat ‘niet is gebleken van een dusdanig ingrijpend effect dat om die reden een intensievere beoordeling van de belangenafweging van de wetgever geboden is [...]’.<sup>128</sup> Een ander voorbeeld biedt een uitspraak van 23 december 2020, waarin de Afdeling een verbod op plaatsvergroting van marktplaatsen op de Albert Cuypmarkt in Amsterdam toetst.<sup>129</sup> Wat betreft de intensiteit waarmee de Afdeling toetst, overweegt zij dat vergaand ingrijpen in het leven van appellant niet aan de orde is bij het al dan niet kunnen vergroten van de eigen marktplaats op een markt. Mede vanwege de complexiteit van de materie en politiek-bestuurlijke afwegingen, is de toetsing daarom terughoudend.

Er zijn gevallen waarin de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift wél intensiever toetst vanwege de ingrijpende gevolgen van dat voorschrift, ook al is de gemaakte keuze het resultaat van een politiek-bestuurlijke afweging. Soms geeft de bestuursrechter expliciet aan intensiever te toetsen. In andere gevallen is de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel als intensiever te kwalificeren, omdat de toets niet is beperkt tot de vraag of de regelgever bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de vaststelling van het algemeen verbindende voorschrift heeft kunnen komen.<sup>130</sup> Hierna geef ik twee voorbeelden van zaken waarin de bestuursrechter expliciet zegt een algemeen verbindend voorschrift intensief te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel.

In een uitspraak van 15 maart 2022 toetst het CBb de Regeling subsidie vaste lasten financiering COVID-19 voor het vierde kwartaal van 2020 (TVL) indirect aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>131</sup> Op grond van artikel 2.1.1, tweede lid, onder d, van de TVL werd alleen subsidie verstrekt aan ondernemingen die op 15 maart 2020 stonden ingeschreven in het handelsregister met een code van de Standaard Bedrijfsindeling (SBI-code) vermeld in de bijlage bij de TVL dan wel met een bedrijfsomschrijving die aansluit op een SBI-code als vermeld in die bijlage. Wat bleek, is dat sommige ondernemingen, zoals ook de onderneming van appellante, niet aan deze voorwaarde voldeden, maar blijkens hun feitelijke

128 CRvB 17 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3285, r.o. 4.7.

129 ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3079.

130 Een toets die beperkt is tot de vraag of de regelgever bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de vaststelling van het algemeen verbindend voorschrift heeft kunnen komen, is een beperkte evenredigheidstoets die op grond van de oude *Landbouwwliegers*-maatstaf vrijwel standaard werd toegepast. Zie paragraaf 3.2. Als een evenredigheidstoets niet tot die vraag beperkt is, betekent dat een intensievere evenredigheidstoets.

131 CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116.

werkzaamheden wel onder de doelgroep van de TVL vielen. Zij vielen buiten de boot, ook als zij overduidelijk en ernstig werden getroffen door de coronamaatregelen. Vanaf het eerste kwartaal van 2021 besloot de minister daarom rekening te houden met de feitelijke activiteiten van ondernemers. De minister had er bewust voor gekozen om bij de TVL voor het vierde kwartaal van 2020 nog geen rekening te houden met de feitelijke activiteiten, zonder dat toe te lichten. Het CbB overweegt dat de beoordeling van deze beleidsmatige keuze in beginsel terughoudend moet zijn. Maar, omdat de gevolgen van deze beleidsmatige keuze 'zeer ingrijpend zijn voor deze ondernemers, te meer nu de coronamaatregelen langer duren, is aanleiding voor een meer intensieve toets.<sup>132</sup> Uiteindelijk leidt die toets ertoe dat de in artikel 2.1.1, tweede lid, onder d, van de TVL genoemde voorwaarde buiten toepassing wordt gelaten vanwege de strijd met het evenredigheidsbeginsel voor de betrokken groep ondernemers, onder wie appellante.

Een voorbeeld van een rechtbankuitspraak biedt de uitspraak van de rechtbank Limburg van 22 juli 2022, waarin die rechtbank de regeling voor starters en herintreders (startersregeling) voor WIA-gerechtigden uit het Dagloonbesluit indirect toetst aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>133</sup> De startersregeling is een uitzondering op de hoofdregel voor het vaststellen van de uitkeringshoogte. De hoofdregel is, kort gezegd, dat de hoogte wordt berekend door het gemiddelde loon in de referentieperiode (twaalf maanden) te delen door 261. Het kan zijn dat iemand niet de gehele referentieperiode heeft gewerkt, maar bijvoorbeeld maar twee maanden, omdat diegene bijvoorbeeld nog bezig was met een studie. In dat geval wordt de hoogte niet berekend door het loon te delen door 261, maar door het loon te delen door de periode waarin is gewerkt (bijvoorbeeld twee maanden). De rechtbank merkt op dat er gevallen denkbaar zijn waarin uitkeringsgerechtigden, die materieel te beschouwen zijn als starters of herintreders, bij de vaststelling van de hoogte van de uitkering onevenredig nadelige gevolgen ervaren, die 'heel zwaarwegend zijn.' Er zijn gevallen, zoals ook in deze zaak, waarin iemand materieel gezien een starter is, maar vanwege een restrictieve uitleg van dat begrip toch buiten de startersregeling valt, met een wezenlijk lagere uitkering tot gevolg. De volgens de rechtbank heel zwaarwegende gevolgen zijn aanleiding om de relevante dagloonregels tegen het licht van een intensievere evenredigheidstoets te houden – in afwijking van de rechtspraak van de CRvB. De recht-

132 CbB 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116, r.o. 9.4. Voor een vergelijkbare overweging zie CbB 20 september 2022, ECLI:NL:CBB:2022:618, r.o. 6.4: '[u]it het voorgaande volgt dat de regelgever er bij de totstandkoming van de TVL bewust voor heeft gekozen om voor Q4 2020 (nog) geen oplossing te bieden voor startende ondernemers. In beginsel moet het College bij de beoordeling van deze beleidsmatige keuze terughoudend zijn. In de omstandigheid dat de gevolgen van deze keuze zeer ingrijpend zijn voor deze ondernemers, te meer nu de coronamaatregelen langer duren, ziet het College echter aanleiding voor een meer intensieve toets.'

133 Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652.

bank concludeert uiteindelijk dat het UWV had moeten afzien van een strikte toepassing van de relevante dagloonregels en een evenredig besluit had moeten nemen.

Er zijn drie aan toetsingsintensiteit gerelateerde zaken die opvallen bij de bestudering van de rechtspraak die hiervoor is beschreven. Welke drie dat zijn, bespreek ik in de volgende drie paragrafen (paragrafen 3.7.3.2 t/m 3.7.3.4).

### 3.7.3.2 Generiek in de regel terughoudend, specifiek en groepsspecifiek vaker intensief?

Het valt op dat er wat betreft de toetsingsintensiteit een onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds de generieke en anderzijds de groepsspecifieke en specifieke toetsing van een algemeen verbindend voorschrift.<sup>134</sup> Het verschil is erin gelegen dat de factor ‘ingrijpendheid van het voorschrift’ bij een groepsspecifieke of specifieke toetsing sneller tot een intensievere toets aan het evenredigheidsbeginsel leidt dan bij een generieke toetsing. Bij een generieke toetsing prevaleert vrijwel altijd de factor ‘ruime beslissingsruimte vanwege politiek-bestuurlijke afwegingen/complexiteit van de materie’ en is de toetsing als gevolg daarvan terughoudend.

Bij generiek toetsen wordt bij de factor ‘ingrijpendheid van het voorschrift’ gekeken naar de gevolgen die een algemeen verbindend voorschrift in algemene zin heeft. Het gaat dan om de algemene negatieve gevolgen die een voorschrift zou kunnen hebben, zonder dat wordt gekeken in hoeverre het voorschrift in bijvoorbeeld het specifieke geval nog (beduidend) negatiever uitvalt. Een algemeen verbindend voorschrift kan bijvoorbeeld in algemene zin negatieve gevolgen hebben, omdat de regelgever kiest voor een (heel) korte aanvraagtermijn<sup>135</sup> of (andere) voorwaarden voor (financiële) aanspraken,<sup>136</sup> waarvan alle betrokken (rechts)personen ‘nadelen’ zullen ervaren. Simpel gezegd: voor alle betrokken (rechts)personen is een korte aanvraagtermijn ‘vervelend’ – dat is een algemeen (nadelig) gevolg van een gemaakte keuze. Dergelijke nadelige, algemene gevolgen, die het resultaat zijn van een politiek-bestuurlijke afweging, worden in de rechtspraak vrijwel nooit zoda-

134 Zoals ik in paragraaf 1.4.5 heb uitgelegd, versta ik onder een generieke toetsing dat de bestuursrechter de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift als zodanig beoordeelt in het licht van een algemeen rechtsbeginsel, los van de omstandigheden van het voorliggende geval. Met groepsspecifiek toetsen bedoel ik dat de bestuursrechter de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift als zodanig beoordeelt in het licht van een algemeen rechtsbeginsel, voor een of meer afgebakende, specifieke groepen waarop een voorschrift betrekking heeft. Spreek ik van specifiek toetsen, dan bedoel ik daarmee dat de bestuursrechter beoordeelt of de toepassing van een voorschrift in een specifiek geval in overeenstemming is met een algemeen rechtsbeginsel.

135 Zie bijvoorbeeld CRvB 25 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2121.

136 Zie bijvoorbeeld CBB 11 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:695; CRvB 14 juli 2022, ECLI:NL:CRVB:1619.

nig ingrijpend gevonden dat een intensieve generieke toetsing is aangewezen. Generieke toetsing vindt daarom vrijwel altijd terughoudend plaats.

Bij een groepsspecifieke of specifieke toetsing van een algemeen verbindend voorschrift kijkt de bestuursrechter niet naar de ingrijpendheid van de gevolgen in algemene zin, maar naar de ingrijpendheid van de gevolgen van het algemeen verbindende voorschrift voor een specifiek geval of voor een bepaalde specifieke groep. Het lijkt erop dat de bestuursrechters geneigd zijn om de gevolgen van een algemeen verbindend voorschrift voor een specifiek geval of voor een specifieke groep sneller als ingrijpend aan te merken om vervolgens te opteren voor een intensievere toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Dat baseer ik op de zaken waarin de bestuursrechters expliciet aangeven intensiever te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel en zaken waarin de evenredigheidstoets verder gaat dan de vraag of de regelgever bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de vaststelling van het algemeen verbindende voorschrift heeft kunnen komen. De zaken waarin de bestuursrechters expliciet aangeven intensiever te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, zijn de zaken waarin zij een groepsspecifieke of specifieke toets aan het evenredigheidsbeginsel uitvoeren.<sup>137</sup> De zaken waarin de bestuursrechters niet expliciet zeggen intensiever te toetsen, maar dat wel doen, gaan vrijwel steeds over evenredigheidstoetsing van de toepassing van een algemeen verbindend voorschrift in een specifiek geval of de uitwerking daarvan voor een specifieke groep.<sup>138</sup>

Een en ander betekent dat *voor zover* er een intensievere toetsing aan het evenredigheidsbeginsel plaatsvindt vanwege de ingrijpende gevolgen van een algemeen verbindend voorschrift, deze toets vaker plaatsvindt in groepsspecifieke of specifieke gevallen dan in generieke gevallen. Dat wil dus niet zeggen dat alle groepsspecifieke en specifieke evenredigheidstoetsingen ook intensieve evenredigheidstoetsingen zijn, maar dat van alle gevallen waarin men (expliciet) zegt intensiever te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, het relatief vaak gaat om gevallen waarin een groepsspecifieke of specifieke evenredigheidstoets uitgevoerd wordt.

### 3.7.3.3 Verband tussen toetsingsintensiteit en (niet) doorstaan van de toets?

Wat ook opvalt, is dat de toetsingsintensiteit en het (niet) doorstaan van de evenredigheidstoets in sommige gevallen communicerende vaten zijn. Dat zien we in gevallen waarin de bestuursrechters expliciet aangeven intensief te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. In die gevallen, zoals in de uitspraak van het CBb over coronasubsidie en de

<sup>137</sup> Zie de uitspraak van het CBb over coronasubsidie en de uitspraak van de rechtbank Limburg over de startersregeling uit het Dagloonbesluit die ik hierboven in paragraaf 3.7.3.1 heb besproken,

<sup>138</sup> Voorbeelden bespreek ik in paragraaf 3.7.4.1.

uitspraak van de rechtbank Limburg over de startersregeling uit het Dagloonbesluit die ik hierboven in paragraaf 3.7.3.1 heb besproken, leidt een expliciete intensievere evenredigheidstoets tot een negatief evenredigheidsoordeel. Andersom wordt de evenredigheidstoets meestal doorstaan als de bestuursrechter expliciet zegt een algemeen verbindend voorschrift terughoudend te toetsen.

Het is niet zo vreemd dat er een verband lijkt te bestaan tussen de toetsingsintensiteit en het (niet) doorstaan van de evenredigheidstoets. Een van de factoren voor de toetsingsintensiteit die de bestuursrechters hanteren, is de mate waarin een algemeen verbindend voorschrift ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n). Kortweg: de ingrijpendheid van de gevolgen. De mate van ingrijpendheid van de gevolgen is niet alleen relevant voor de toetsingsintensiteit, maar ook voor het beoordelen van de evenredigheid en de uitkomst daarvan. Het gaat bij dat evenredigheidsoordeel om een afweging tussen wat de Afdeling in de *Harderwijk*-uitspraak twee ‘ijkpunten’ noemt: aan de ene kant het beoogde doel en aan de andere kant de (nadelige) gevolgen van een besluit.<sup>139</sup> Daarbij geldt dat die gevolgen gelet op artikel 3:4, tweede lid, Awb, niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Naarmate de gevolgen als ingrijpender worden gekwalificeerd, legt dat ijkpunt meer gewicht in de schaal en is er eerder aanleiding om te oordelen dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden. Dat geldt zeker als het doel van de maatregel niet zwaarwegend is en dat ijkpunt juist weinig gewicht in de schaal legt. Andersom geldt dat als de (nadelige) gevolgen kennelijk niet heel ingrijpend zijn, en er daarom ook geen intensievere evenredigheidstoets is aangewezen, het ijkpunt ‘gevolgen’ minder gewicht in de schaal legt en er sneller aanleiding is om het evenredigheidsbeginsel *niet* als geschonden aan te merken. Dat geldt zeker als het doel van de maatregel zwaarwegend is en dat ijkpunt dus veel gewicht in de schaal legt.

Kortom, de toetsingsintensiteit en het (niet) doorstaan van de evenredigheidstoets lijken communicerende vaten, omdat de reden voor het (niet) uitvoeren van een intensievere evenredigheidstoets – de mate van ingrijpendheid van de gevolgen – ook een reden is om het evenredigheidsbeginsel eerder of juist minder snel als geschonden aan te merken.

#### 3.7.3.4 De mate van democratische legitimatie: een bepalende factor?

Het derde dat opvalt, is dat *de mate van* democratische legitimatie geen bepalende factor lijkt te zijn voor de intensiteit van de indirecte toetsing van een algemeen verbindend voorschrift.

---

139 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.4. Zie ook paragraaf 3.5.

De aanwezigheid en ruime mate van politiek-bestuurlijke afwegingsruimte is een factor die, voortvloeiend uit de eis van machtscheiding in combinatie met het democratie-principe, leidt tot een terughoudende rechterlijke toetsing. Dat komt duidelijk tot uitdrukking in het nieuwe beoordelingskader zoals dat in de – in paragraaf 3.7.3.1 besproken – rechtspraak van de bestuursrechter wordt toegepast. Een relevante vraag in dat verband is of de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift (nog) terughoudender toetst als het een direct democratisch gelegitimeerd algemeen verbindend voorschrift betreft.<sup>140</sup> Bestaat er een tot extra terughoudendheid leidende factor (mate van democratische legitimatie) als onderdeel van een factor die op zichzelf al tot terughoudendheid leidt (politiek-bestuurlijke afwegingsruimte)?

In de door mij bestudeerde rechtspraak wordt geen expliciete aandacht besteed aan de *mate van* democratische legitimatie in de overwegingen over de intensiteit van de rechterlijke toetsing. In de rechtspraak kan ik ook anderszins geen aanwijzing vinden dat het onderscheid tussen direct en indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften bepalend is voor de intensiteit van de toetsing.

Eenzijds zijn er voorbeelden waarin de bestuursrechter indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften terughoudend toetst, omdat er aan het bestuursorgaan op grond van de vaststellingsbevoegdheid een ruime beslissingsruimte toekomt en de daaruit vloeiende keuze moet worden beschouwd als het resultaat van een politiek-bestuurlijke afweging. In dat kader valt bijvoorbeeld te wijzen op een subsidieregeling inzake de sanering van varkenshouderijen (afkomstig van de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit)<sup>141</sup> en een regeling van het college van burgemeester en wethouders van Westerwolde over het vaststellen van de reikwijdte van de tegemoetkoming in zorgkosten van aan personen met een beperking of chronische psychische of psychosociale problemen.<sup>142</sup>

Anderzijds zijn er ook voorbeelden waarin direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften minder terughoudend worden getoetst, omdat er in de vaststellingsbevoegdheid (meer) voorwaarden zijn opgenomen

---

140 Onder direct democratisch gelegitimeerde voorschriften versta ik algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door een rechtstreeks gekozen algemeen vertegenwoordigend orgaan. Onder indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften versta ik algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door een orgaan dat werkzaam is onder politieke verantwoordelijkheid aan een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Zie paragraaf 1.4.1.

141 Cbb 22 februari 2022, ECLI:NL:CBB:2022:81; Cbb 22 februari 2022, ECLI:NL:CBB:2022:83.

142 CRvB 9 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3206.



voor het uitoefenen van de regelgevende bevoegdheid en er aan het vaststellende orgaan dus minder beslissingsruimte toekomt. Ter illustratie wijs ik op een aantal zaken waarin de Afdeling enkele bepalingen uit een aantal Rotterdamse huisvestingsverordeningen toetst waarin vergunningplichten zijn geïntroduceerd voor het aanbrengen van veranderingen in de woonruimtevoorraad, vastgesteld door de gemeenteraad.<sup>143</sup> De Afdeling beoordeelt in de genoemde uitspraken relatief uitgebreid of (voldoende is onderbouwd) dat de gemeenteraad binnen het wettelijk kader is gebleven, inhoudende dat de gemeenteraad van zijn bevoegdheden op grond van de Huisvestingswet 2014 slechts gebruik maakt indien dat noodzakelijk en geschikt is voor het bestrijden van onevenwichtige en onrechtvaardige effecten van schaarste aan woonruimte (artikel 2, eerste lid, Huisvestingswet 2014). Het gaat hier om direct democratisch gelegitimeerde algemene verbindende voorschriften die zijn vastgesteld in medebewind, waarbij ook de gemeenteraad moet blijven binnen de kaders van de wet en de rechter dat controleert. De beslissingsruimte bij de vaststelling van direct democratisch gelegitimeerde algemene verbindende voorschriften in autonomie is vaak ruimer, waardoor er voor de rechter meer aanleiding is om terughoudender te toetsen. In de door mij bestudeerde rechtspraak worden direct democratisch gelegitimeerde algemene verbindende voorschriften die zijn vastgesteld in autonomie wel terughoudend getoetst, maar vanwege de aan de orde zijnde ruime beslissingsruimte en niet (extra terughoudend) vanwege het feit dat zo'n voorschrift is vastgesteld door een rechtstreeks gekozen orgaan.<sup>144</sup>

Uit het voorgaande volgt dus vooralsnog dat de mate van democratische legitimatie geen wezenlijke invloed lijkt te hebben op de intensiteit van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

### 3.7.4 Wijze van evenredigheidstoetsing (toetsingsmodaliteiten)

#### 3.7.4.1 Intensieve(re) materiële evenredigheidsbeoordelingen

Na de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader wordt het evenredigheidsbeginsel regelmatig toegepast wanneer de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift indirect toetst. In sommige gevallen zijn de evenredigheids-

143 ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1155; ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1157; ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1161.

144 Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2565; ABRvS 25 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1910.

toetsingen als overwegend materieel intensieve(re) evenredigheidstoetsingen te kwalificeren. Daarmee bedoel ik dat deze evenredigheidstoetsingen verdergaan dan de vraag of de regelgever bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de vaststelling of toepassing van het algemeen verbindende voorschrift heeft kunnen komen en dat de evenredigheid overwegend wordt beoordeeld aan de hand van de inhoud van de gemaakte keuzes. Deze (overwegend) materieel intensieve(re) evenredigheidstoetsingen komen vooral voor in zaken waarin de bestuursrechter groepsspecifiek of specifiek toetst aan het evenredigheidsbeginsel.

Een voorbeeld waarin een intensievere evenredigheidstoets wordt uitgevoerd, omdat een algemeen verbindend voorschrift ingrijpende gevolgen heeft voor een specifieke groep is de in paragraaf 3.7.3.1 genoemde zaak waarin het CbB de TVL voor het vierde kwartaal van 2020 toetst aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>145</sup> De minister had er bewust voor gekozen om in de regeling voor het vierde kwartaal van 2020 nog geen rekening te houden met de feitelijke activiteiten, waardoor sommige ondernemingen, die wel onder de doelgroep van de regeling vielen, geen aanspraak konden maken op de subsidie. Die keuze had te maken met het belang van uitvoeringspraktijk en het snel kunnen uitbetalen van subsidie. De regelingen moesten noodgedwongen een generiek karakter hebben waarbij niet steeds maatwerk kon worden gebonden. Tegenover het uitvoeringsbelang staat het belang van de ondernemers die door deze systematiek buiten de boot vielen. In eerdere rechtspraak had het CbB het uitvoeringsbelang nog zwaarwegender geacht, maar bij de regeling voor het vierde kwartaal van 2020 slaat de balans om. Het CbB komt als volgt tot die conclusie:

‘Het College is van oordeel dat op het moment van de totstandkoming van de TVL Q4 2020 niet meer gesproken kon worden van een tijdelijke situatie of van noodmaatregelen. Naarmate de pandemie en daarmee ook de maatregelen langer duurden, hebben de ondernemers de subsidie harder nodig. Waar dus aanvankelijk vooral het belang van de uitvoerbaarheid en het snel kunnen uitbetalen van de subsidie voorop stond, zijn in de loop van de tijd de belangen van de ondernemers [...] steeds zwaarder gaan wegen omdat hun lasten steeds groter werden en het perspectief van volledige heropening van hun ondernemingen door de opvolgende lockdowns steeds verder in de toekomst kwam te liggen. Naar het oordeel van het College heeft de regelgever daar bij het opstellen van de TVL Q4 2020 onvoldoende rekening mee gehouden. Het College neemt hierbij in aanmerking dat deze problematiek al ten tijde van de TOGS en de TVL 1 bekend was. Er is veel bezwaar gemaakt door ondernemers die door een onjuiste SBI-code dan wel onjuiste bedrijfsomschrijving geen subsi-

---

145 CbB 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116. Zie ook CbB 20 september 2022, ECLI:NL:CBB:2022:618.

die hebben gekregen. Al in de uitspraak van 22 december 2020 (ECLI:NL:CBB:2020:994, onder 7.4) heeft het College hier aandacht voor gevraagd. [...] Hoewel het College begrip heeft voor deze uitvoeringsproblematiek en dat belang eerder (in de uitspraken over de TVL 1) ook doorslaggevend heeft geacht, is het College van oordeel dat in Q4 de balans doorslaat naar het belang van deze groep ondernemers om in aanmerking te komen voor subsidie. [...] Het nadelige gevolg dat het voortbestaan van een onderneming bij gebrek aan subsidie mogelijk in gevaar komt staat niet meer in verhouding tot het uitvoeringsbelang van verweerder. De regeling is gelet op het voorgaande ten onrechte vastgesteld zonder daarin voor deze groep ondernemers te voorzien in een oplossing zoals in de TVL Q1 2021 (wel) is gedaan. Dit betekent dat de regeling op dit punt in strijd is met artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht.<sup>146</sup>

De evenredigheidstoets van het CBB is overwegend materieel, omdat het CBB toetst of de regeling, waarin nog geen rekening wordt gehouden met de feitelijke activiteiten van ondernemers, tot onevenredige gevolgen leidt voor een specifieke groep. Uit andere overwegingen van de uitspraak blijkt wel dat het CBB in het kader van die evenredigheidstoets ook aandacht besteedt aan de vraag welke motivering er ten grondslag ligt aan de keuze om in het vierde kwartaal van 2020 nog geen rekening te houden met feitelijke activiteiten.<sup>147</sup>

Een groepsspecifieke toets, zoals het CBB in de zojuist besproken uitspraak uitvoert, werd in de afgelopen jaren soms toegepast.<sup>148</sup> Het is in de afgelopen jaren vaker voorgekomen dat de bestuursrechter een intensieve(re) evenredigheidstoets uitvoerde van de toepassing van een algemeen verbindend voorschrift op een specifiek geval. Voorbeelden daarvan zijn te vinden in de rechtspraak van de Afdeling en de rechtbanken.<sup>149</sup> Ter illustratie vermeld ik één uitspraak van de Afdeling en één rechtbankuitspraak.

146 Cbb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116, r.o. 9.6.

147 Cbb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116, i.h.b. r.o. 9.4 en 9.5.

148 Naast Cbb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116, zie bijvoorbeeld ook Cbb 20 september 2022, ECLI:NL:CBB:2022:618.

149 ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493; ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2161; ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79; ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:828; Rb. Rotterdam 18 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4464; Rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3756 t/m 3759; Rb. Midden-Nederland 28 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1289; Rb. Midden-Nederland 25 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1567; Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5965; Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972; Rb. Noord-Holland 17 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2736; Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652.

Een voorbeeld uit de rechtspraak van de Afdeling biedt een uitspraak van 11 januari 2023.<sup>150</sup> De Belastingdienst/Toeslagen had het recht van betrokkene op huurtoeslag over 2016 en 2017 vastgesteld op nihil en de over die jaren te veel betaalde overschotten van € 4.025 respectievelijk € 4.040 teruggevorderd. Reden daarvoor was dat de zoon in 2016 en 2017 was aangemerkt als medebewoner en vermogen en voordeel uit sparen en beleggen had vanwege de erfenis van zijn overleden moeder, waardoor volgens artikel 7, vierde lid, van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen geen aanspraak op een tegemoetkoming bestond. De zoon kon in de jaren 2016 en 2017 echter niet beschikken over het geld dat uit de erfenis was ontvangen. Het niet kunnen beschikken over voordeel uit sparen en beleggen is op grond van artikel 9, eerste lid, aanhef en onder a, onderdeel 2, van de Uitvoeringsregeling Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen een reden om vermogen buiten beschouwing te laten, zodat het geen invloed heeft op het recht op tegemoetkoming. Maar, dat kan volgens die bepaling alleen als het gaat om minderjarige kinderen die niet over hun vermogen kunnen beschikken. De zoon van betrokkene was meerderjarig. De Afdeling oordeelt dat in dit specifieke geval het woord ‘minderjarig’ in de uitvoeringsregeling buiten beschouwing moet blijven vanwege de strijd met artikel 3:4, tweede lid, Awb, gelet op de omstandigheden die zich voordoen in dit concrete geval. De Afdeling overweegt:

‘Ook heeft de rechtbank bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel terecht gekeken naar de omstandigheden die zich in dit concrete geval voordoen. De ex-vrouw van wederpartij heeft buiten medeweten van wederpartij om geld voor de zoon op een spaarrekening gezet. [...] In haar testament heeft zij een bewindvoerder aangewezen en bepaald dat de verkrijgingen onder bewind worden gesteld, totdat de zoon 23 jaar is. Zoals de Belastingdienst/Toeslagen heeft gesteld, is waarschijnlijk ter uitvoering hiervan door de bewindvoerder een BEM-clausule geplaatst op de spaarrekening. Daardoor kan de zoon pas over het geld beschikken als hij 23 jaar is. Dit is niet in geschil. Ook is niet in geschil dat wederpartij op deze gehele gang van zaken geen invloed heeft gehad. Er is daarom, zoals ter zitting vastgesteld, geen sprake van een zelfopgelegde beperking die ertoe kan leiden dat een huurder een aanspraak op huurtoeslag kan creëren door vermogen op naam van de kinderen voor langere tijd vast te zetten. Weliswaar is huurtoeslag niet bedoeld voor mensen die vermogen hebben en dienen de in bezwaar gehandhaafde besluiten van 7 september 2018 dat doel, maar onder voormelde omstandigheden is de Afdeling

---

150 ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79. Voor een ander voorbeeld waarin van de strikte toepassing van de betreffende bepaling moet worden afgezien, zie Rb. Midden-Nederland 15 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1016.

met de rechtbank van oordeel dat de Belastingdienst/Toeslagen in strijd met het evenredigheidsbeginsel heeft gehandeld door het recht van wederpartij op huurtoeslag over 2016 en 2017 definitief op nihil te stellen. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, had de dienst in dit concrete geval het woord “minderjarig” in artikel 9, eerste lid, aanhef en onder a, onderdeel 2, van de Uitvoeringsregeling buiten toepassing moeten laten en het vermogen van de zoon buiten beschouwing moeten laten.’

In de uitspraak is vervolgens een kopje ‘terugkoppeling aan de wetgever’ opgenomen. Daarin staat dat in dit specifieke geval de toepassing van het woord ‘minderjarig’ in strijd is met het evenredigheidsbeginsel en dat de Belastingdienst/Toeslagen dat woord in dit geval buiten toepassing had moeten laten. Vervolgens overweegt de Afdeling dat het aan de wet- en regelgever is om nader te bezien of in dit soort gevallen sprake is van onbillijkheden van overwegende aard, als bedoeld in artikel 47 van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen en om in de uitvoeringsregeling daar al dan niet een regeling voor op te nemen.

Een voorbeeld van een rechtbankuitspraak is een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 9 november 2021.<sup>151</sup> In deze uitspraak gaat het wederom, zie hierboven in paragraaf 3.7.3.1, over de startersregeling in het Dagloonbesluit voor WIA-gerechtigden. Deze startersregeling houdt een gunstiger regeling in om de hoogte van de uitkering te berekenen voor degene die geen loon heeft genoten vanaf de aanvang van het refertejaar. De hoogte van de uitkering wordt dan berekend over de periode waarin daadwerkelijk geld is verdiend, bijvoorbeeld twee maanden, en niet het hele jaar voorafgaand aan de aanvraag. In deze zaak komt eiseres niet in aanmerking voor de startersregeling. Eiseres heeft weliswaar niet het gehele refertejaar ‘echt’ gewerkt, ze was nog bezig met haar studie, maar zij heeft aan het begin van de referteperiode wél bij wijze van afscheid één dag gewerkt bij de werkgever waar ze voornamelijk tijdens haar middelbareschooltijd werkte. Daarmee had eiseres € 42,50 verdiend. Aangezien eiseres dus aan het begin van de referteperiode één dag heeft gewerkt, is de startersregeling niet op haar van toepassing. Dit betekent dat de hoogte van de uitkering wordt berekend volgens de hoofdregel, in casu: haar ‘jaarloon’ (in wezen gebaseerd op twee maanden) wordt gewoon gedeeld door 261.

Deze strenge toepassing van de startersregeling is in overeenstemming met de rechtspraak van de CRvB,<sup>152</sup> maar volgens de rechtbank Gelderland is de onverkorte toepassing van de relevante regels in dit geval in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Daarbij acht de

151 Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972.

152 De rechtbank Gelderland wijst op CRvB 17 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:170.

rechtbank onder meer de bijzondere omstandigheden van eiseres van belang: zij komt niet in aanmerking voor de toepassing van de startersregeling vanwege één gewerkte dag, de lage uitkering zorgt voor persoonlijke en psychische problemen voor haar en haar echtgenoot en de financiële druk trekt een grote wissel op haar gezin, zij wordt langdurig in ernstige financiële moeilijkheden gebracht omdat de kans groot is dat ze blijvend op een arbeidsongeschiktheidsuitkering is aangewezen en toekomstige uitkeringen zullen ook lager blijven uitvallen. Verder vindt de rechtbank relevant dat eiseres de dupe is van een knelpunt dat het UWV zelf zegt te ervaren bij de berekeningswijze voor de Wet WIA én neemt de rechtbank de ontwikkelingen op het gebied van de rechterlijke toetsing in de rechtspraak<sup>153</sup> in aanmerking. Uiteindelijk overweegt de rechtbank:

‘Op grond van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb mogen de nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft onverkorte toepassing van de wetgeving in het geval van eiseres zodanige schrijnende en nadelige gevolgen, dat deze onevenredig zijn in verhouding tot de met het Dagloonbesluit te dienen doelen. Deze doelen zijn tweeledig, namelijk enerzijds het bieden van een simpele en heldere manier om het dagloon te berekenen, maar anderzijds ook een methode waarmee een voor de betrokkene representatief dagloon wordt vastgesteld. Aan dit laatste doel schiet strikte toepassing van artikel 16, eerste lid, van het Dagloonbesluit in dit geval voorbij. Gelet op de ontwikkelingen in de rechtspraak, de ontwikkelingen bij verweerder en de bijzondere omstandigheden van eiseres, zoals hierboven geschetst, is de rechtbank van oordeel dat verweerder in dit geval niet had mogen vasthouden aan strikte toepassing van artikel 16, eerste lid, van het Dagloonbesluit, omdat die toepassing voor eiseres onevenredig nadelige gevolgen heeft. Deze bepaling had verweerder in dit bijzondere geval buiten toepassing moeten laten. Het bestreden besluit is daarom in strijd met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. De beroepsgrond slaagt.’

In de bovenstaande twee voorbeelden worden intensieve(re) materiële evenredigheids-toetsen uitgevoerd. De Afdeling en de rechtbank Gelderland gaan zelfstandig na of de toepassing van het algemeen verbindende voorschrift op een specifiek geval tot onevenredige gevolgen leidt voor dat specifieke geval. De uitspraken hebben ook gemeen dat de bestuursrechter oordeelt dat van de strikte toepassing van een dwingend geformuleerd

---

153 De rechtbank wijst op de 1 juli 2019-maatstaf en de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, die vooraf is gegaan aan de *Harderwijk*-uitspraak.

algemeen verbindend voorschrift moe(s)t worden afgezien in een specifiek geval vanwege de (bijzondere) omstandigheden van dat specifieke geval. Het toetsen van de toepassing van een algemeen verbindend voorschrift in een specifiek geval – en het als gevolg daarvan buiten toepassing laten van dat voorschrift – wordt ook wel aangeduid als de toepassing van het evenredigheidsbeginsel *contra legem* een algemeen verbindend voorschrift of *contra legem* toepassing van het evenredigheidsbeginsel.<sup>154</sup> De hierboven besproken uitspraken van de Afdeling en de rechtbank Gelderland zijn slechts twee voorbeelden van gevallen waarin de specifieke toepassing van een algemeen verbindend voorschrift aan het evenredigheidsbeginsel wordt getoetst. Zoals gezegd, is deze vorm van toetsing de afgelopen jaren, vooral in de rechtspraak van de Afdeling en de rechtbanken, vaker voorgekomen.<sup>155</sup>

### 3.7.4.2 Uitwerking ‘tussenweg’: procedurele invulling evenredigheidstoets

Als de bestuursrechter het evenredigheidsbeginsel toepast bij de indirecte beoordeling van algemeen verbindende voorschriften, dan gebeurt dat niet altijd op de wijze zoals hierboven is besproken. De vraag is hoe evenredigheidstoetsing in andere dan in de vorige paragraaf besproken gevallen plaatsvindt en vooral of de bestuursrechters hierbij de door staatsraad advocaat-generaal Widdershoven geadviseerde ‘tussenweg’ volgen. Deze ‘tussenweg’ houdt een evenredigheidstoets in waarbij de nadruk ligt op de toetsing aan formele beginselen, in het bijzonder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. In paragraaf 3.6.4 heb ik besproken dat het wel de verwachting was dat de bestuursrechters deze tussenweg zouden toepassen, gelet op de aandacht in de formuleringen van de 1 juli 2019-maatstaf voor de toetsing aan de formele beginselen van zorgvuldigheid en motivering in het kader van evenredigheidstoetsing. Gelet op de 1 juli 2019-maatstaf kan toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering op twee manieren een rol spelen bij de evenredigheidstoetsing van een algemeen verbindend voorschrift:

- de rechter kan een voorschrift buiten toepassing laten als hij vanwege een onzorgvuldige voorbereiding en/of een gebrekkige motivering niet kan beoordelen of het voorschrift in strijd is met het evenredigheidsbeginsel;<sup>156</sup>

154 Zie hierover Esser & Becker 2021, p. 253-254 en ook hun annotatie onder Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972, AB 2022/69; Bakker 2018, p. 365-373; conclusie van staatsraden advocaat generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 9.3.2.

155 ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493; ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2161; ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:828; Rb. Rotterdam 18 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4464; Rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3756 t/m 3759; Rb. Midden-Nederland 28 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1289; Rb. Midden-Nederland 25 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1567; Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5965; Rb. Noord-Holland 17 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2736; Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652.

156 Of een ander (materieel) beginsel of hogere regelgeving.

- als de regelgever bij het voorbereiden en nemen van een algemeen verbindend voorschrift de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd, voldoet deze keuze aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel en beperkt de toetsing door de bestuursrechter zich tot de vraag of de regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

Er zijn in de rechtspraak gevallen zichtbaar waarin de rechter een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing laat, omdat hij vanwege de schending van een formeel beginsel niet kan beoordelen of het voorschrift in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel (of een ander beginsel, hogere regelgeving).

Een voorbeeld is een zaak waarin de rechtbank Noord-Holland voor een deel de Verordening afvalstoffenheffing 2021 buiten toepassing laat.<sup>157</sup> Op grond van de relevante bepalingen is de situatie op 1 januari van het belastingjaar bepalend voor de vraag of heffing plaatsvindt naar het eenpersoonstarief (€ 270) of het hogere meerpersoonstarief (€ 412,20). In deze zaak leidde dat ertoe dat heffing plaatsvond naar het meerpersoonstarief, omdat op 1 januari 2021 sprake was van een meerpersoonshuishouden, terwijl nagenoeg het gehele jaar sprake was van een eenpersoonshuishouden omdat de zoon van eiseres, aan het begin van 2021, was verhuisd. Hoewel er alternatieven bestonden, koos de gemeenteraad vanuit doelmatigheidsoverwegingen voor het hanteren van één peildatum. De rechtbank vindt de motivering van die keuze onvoldoende en op gespannen voet staan met het evenredigheidsbeginsel:

‘De rechtbank begrijpt dat de gemeenteraad van Haarlem zich bij de inrichting van de verordening heeft gebaseerd op de modelverordeningen van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten. Uit de toelichting op de varianten 3a en 3b (zie nr. 18) begrijpt de rechtbank dat het tevens rekening houden met een wijziging van het aantal personen in de loop van het belastingjaar als realiseerbaar maar nadelig voor de uitvoering wordt beschouwd, en dat een betere verdeling van de lasten als voordeel wordt benoemd. Heffing naar het meerpersoonstarief in een geval waarin nagenoeg het gehele jaar sprake is van een eenpersoonshuishouden zoals in dit geval staat naar het oordeel van de rechtbank onmiskienbaar op gespannen voet met het evenredigheidsbeginsel. Noch de tekst van de verordening, noch de tekst op de website van verweerder, noch de overgelegde modelverordeningen geven enig inzicht in de afwegingen die de gemeenteraad van Haarlem ter zake heeft gemaakt. De persoonlijke ervaringen van de vertegenwoordiger van verweerder bieden dit inzicht even-

---

<sup>157</sup> Rb. Noord-Holland 10 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9945.



min. De rechtbank kan als gevolg van deze gebrekkige motivering niet beoordelen of er strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het bijzonder is niet duidelijk waarom de gemeenteraad niet heeft gekozen voor één van de in de toelichting voor variant 3a opgenomen alternatieven (het hanteren van twee peildata of het opleggen van een aanslag in combinatie met een ontheffingsmogelijkheid) of voor variant 3b, ondanks de nadelige gevolgen voor belastingplichtigen zoals eiseres. Het financiële belang van eiseres is immers groot. De rechtbank ziet hierin aanleiding artikel 5, aanhef en onderdeel b, van de verordening buiten toepassing te laten. De aanslag afvalstoffenheffing zal daarom worden verminderd tot € 270 (het tarief voor één persoon).<sup>158</sup>

Deze uitspraak van de rechtbank Noord-Holland is een mooie toepassing van de 1 juli 2019-maatstaf, waarin een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing wordt gelaten vanwege een motiveringsgebrek en de rechter daardoor niet kan beoordelen of er strijd bestaat met ‘de algemene beginselen van behoorlijk bestuur’.

Andere voorbeelden waarin een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing wordt gelaten vanwege een gebrekkige motivering zijn afkomstig van de Afdeling. De Afdeling heeft de afgelopen jaren regelmatig geoordeeld over vergunningplichten in gemeentelijke huisvestingsverordeningen, die gelden voor wijzigingen in de woonruimtevoorraad.<sup>159</sup> Om zulke vergunningplichten rechtmatig in het leven te kunnen roepen, moet de gemeenteraad aantonen dat er is voldaan aan de voorwaarde uit artikel 2, eerste lid, Huisvestingswet 2014, waarin staat: ‘[d]e gemeenteraad maakt van zijn bevoegdheden op grond van deze wet slechts gebruik indien dat noodzakelijk is voor het bestrijden van onevenwichtige en onrechtvaardige effecten van schaarste aan woonruimte.’ De gemeenteraad moet dus aantonen dat er schaarste (in bepaalde wijken) is, of dreigt te ontstaan, en motiveren waarom die schaarste leidt tot onevenwichtige en onrechtvaardige effecten, bijvoorbeeld door middel van onderzoeksrapporten van deskundigen over schaarste aan woonruimte in (een deel van) de gemeente. In de uitspraken van de Afdeling valt op dat er vrij uitgebreid wordt beoordeeld of de vergunningplichten deugdelijk zijn gemotiveerd. Wordt die toets niet doorstaan, dan moet de betrokken bepaling buiten toepassing wor-

158 Rb. Noord-Holland 10 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9945, r.o. 22.

159 ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1155; ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1157; ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1161; ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2166; ABRvS 16 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3008; ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336; ABRvS 24 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2470; ABRvS 14 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3753; ABRvS 8 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:484.

den gelaten, omdat de rechter dan niet kan beoordelen of is voldaan aan de voorwaarde van artikel 2, eerste lid, Huisvestingswet 2014 – een gecodificeerde evenredigheidseis.<sup>160</sup>

In een enkel geval speelt de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering een rol bij de evenredigheidstoets en leidt een negatieve uitkomst van de toetsing aan deze formele beginselen ertoe dat een algemeen verbindend voorschrift in strijd wordt bevonden met het evenredigheidsbeginsel. Dat is dus anders dan de situaties waarin een negatieve uitkomst van de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering ertoe leidt dat de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing laat, omdat hij niet kan beoordelen of het voorschrift in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Dan wordt immers niet vastgesteld dat het voorschrift in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. De variant waarin een negatieve uitkomst van de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering leidt tot strijd met het evenredigheidsbeginsel is aan de orde in een uitspraak van het CBb van 1 november 2022, wederom over coronasubsidie.<sup>161</sup> Deze uitspraak had ook besproken kunnen worden in paragraaf 3.7.4.1 (intensieve(re) materiële evenredigheidsbeoordelingen), maar bij de evenredigheidstoets speelt de toetsing aan zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten een zodanige rol, dat bespreking in deze paragraaf beter op zijn plaats is.

Het gaat in deze zaak over de Regeling subsidie financiering vaste lasten startende MKB-ondernemingen COVID-19 (SVL) voor het eerste kwartaal van 2021. Kern van de zaak is dat een MKB-onderneming die deel uitmaakt van een groep alleen aanspraak kan maken op subsidie als de inschrijfdatum in het handelsregister van alle verbonden MKB-ondernemingen die deel uitmaken van die groep op of na 1 oktober 2019 ligt. De gedachte daarachter is dat de eerder ingeschreven MKB-ondernemingen van een groep voor nieuw gestarte MKB-ondernemingen binnen de groep voor een financieel vangnet kunnen zorgen. Startende MKB-ondernemingen zouden boven water kunnen worden gehouden, omdat zij deel zijn van een groep al bestaande MKB-ondernemingen. Volgens het CBb is deze algemene aanname niet onderbouwd door de minister. Het CBb overweegt dat ter zitting niet is gebleken ‘dat er empirisch onderzoek aan deze aanname ten grondslag ligt. Evenmin is gebleken dat er anderszins een feitelijke basis is voor deze aanname. Voorts overweegt het College dat appellantes situatie illustreert dat voornoemde

160 Zie ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1155; ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1157; ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1161. Vergelijkbare uitspraken zijn de afgelopen jaren overigens gedaan door rechtbanken. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 29 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5640; Rb. Rotterdam 14 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2022:1764; Rb. Den Haag 21 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13797; Rb. Den Haag 21 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13796; Rb. Noord-Holland 18 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3445; Rb. Noord-Holland 18 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3447.

161 CBb 1 november 2022, ECLI:NL:CBB:2022:740.

aanname niet hoeft te kloppen.’ Het CBb vervolgt dat ‘alles in onderlinge samenhang bezien, de uitsluiting van MKB-ondernemingen die deel uitmaken van een groep, ondeugdelijk gemotiveerd is, mede als gevolg van het ontbreken van onderzoek. Dat alles bijeen genomen maakt deze uitsluiting naar het oordeel van het CBb willekeurig.’ Een en ander betekent dat de relevante bepaling ‘de toets aan het verbod van willekeur, neergelegd in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb, niet kan doorstaan, hetgeen voor het College aanleiding geeft om deze bepaling onverbindend te verklaren.’ Deze uitspraak is een van de weinigen van de afgelopen jaren waarin een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is verklaard vanwege de strijd met artikel 3:4, tweede lid, Awb.<sup>162</sup>

In de bovenstaande gevallen is er steeds sprake van een negatief oordeel over de zorgvuldigheid en/of motivering. Er zijn ook voorbeelden waarin de bestuursrechter juist positief is over de zorgvuldigheid en/of motivering, omdat de regelgever bij het voorbereiden en nemen van een algemeen verbindend voorschrift de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd. De bestuursrechter toetst vervolgens dan nog of een voorschrift in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Een mooi voorbeeld hiervan biedt een hierna te bespreken uitspraak van de Afdeling van 17 november 2021, waarin het gaat om het afschaffen van een vergunningstelsel voor het aanbieden van alternatief personenvervoer op of aan de openbare weg in Amsterdam.<sup>163</sup>

Per 1 april 2020 is artikel 2.51 van de APV 2008 zo gewijzigd dat het college niet langer de bevoegdheid heeft om hiervoor een vergunning te verlenen. De Afdeling toetst terughoudend vanwege de politiek-bestuurlijke afwegingen die de gemeenteraad kan maken, maar gaat op gestructureerde wijze na of de afschaffing van het vergunningstelsel zorgvuldig is voorbereid, deugdelijk is gemotiveerd en in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. De Afdeling oordeelt dat de afschaffing van het vergunningstelsel zorgvuldig is voorbereid:

‘Met de invoering van het alternatief personenvervoer in 2006 werd beoogd een alternatief te creëren voor de gewone taxi. Voorafgaand aan de afschaffing van het vergunningstelsel heeft de gemeente door onderzoeksbureau Ecorys laten onderzoeken in hoeverre dit doel in de praktijk werd behaald. De resultaten hiervan zijn neergelegd in het rapport Het Amsterdamse Beleid rond Alternatief Personenvervoer, tweede evaluatie, van 14 januari 2015. Vooraf-

<sup>162</sup> Zie nader paragraaf 3.8.2.

<sup>163</sup> ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2565. Zie ook ABRvS 25 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1910.

gaand aan de afschaffing van het vergunningenstelsel heeft de gemeente ook een mobiliteitspanel, bestaande uit 1500 leden, geraadpleegd. Aan de leden van dit panel is onder meer gevraagd of zij wel eens gebruikmaken van alternatieve taxi's zoals fietstaxi's. Verder heeft de gemeente het beleidsvoornemen om het vergunningenstelsel af te schaffen, vrijgegeven voor inspraak op 1 april 2019 en ter consultatie toegestuurd aan de stadsdelen. In de Nota van Beantwoording van 28 oktober 2019 heeft het college de inspraakreacties die tegen het beleidsvoornemen zijn binnengekomen, beantwoord. Zoals blijkt uit 1.1 en 1.3 heeft het college [appellant] over de hele procedure van de wijziging van artikel 2.51 van de APV telkens zorgvuldig en tijdig geïnformeerd.

Ook acht de Afdeling de motivering voor de afschaffing deugdelijk. Daarvoor is van belang dat overtuigend, op basis van onderzoek, is uitgelegd waarom de afschaffing bijdraagt aan het doel om 'de druk op de openbare weg te verminderen en overlast die gepaard gaat met het aanbieden van dit type vervoer, te verminderen.' Verder is deugdelijk gemotiveerd waarom de gemeente besloten heeft om een ander beleid te voeren dan in het verleden, toen het beleid juist gericht was op het stimuleren en vergroten van het aanbod van fietstaxi's. Ook overweegt de Afdeling dat de afschaffing van het vergunningenstelsel ingrijpende gevolgen heeft voor de ondernemers die een fietstaxi exploiteren. Dat is volgens de Afdeling in de gehele procedure van de totstandkoming van het gewijzigde artikel 2.51 van de APV duidelijk geweest. Volgens de Afdeling heeft de gemeenteraad de negatieve gevolgen voor de groep uitdrukkelijk betrokken bij de wijziging en is de afweging deugdelijk gemotiveerd, zodat de toetsing door de bestuursrechter zich beperkt tot de vraag of er strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Van strijd met het evenredigheidsbeginsel is volgens de Afdeling geen sprake:

'[...] Bij de wijziging van artikel 2.51 van de APV heeft de raad het algemeen belang van leefbaarheid en een evenwichtige verdeling van de openbare ruimte in redelijkheid zwaarder kunnen laten wegen dan het belang van ondernemers om hun diensten op of aan de weg te kunnen aanbieden. Hierbij weegt de Afdeling mee dat het verbod om deze diensten op of aan de weg aan te bieden, niet wegneemt dat deze ondernemers nog steeds hun fietstaxi kunnen exploiteren. Zij mogen namelijk nog steeds personen vervoeren die vooraf een afspraak hebben gemaakt. Dat [appellant] met deze werkwijze minder inkomsten kan verwerven en dat dat mogelijk leidt tot een onrendabele bedrijfs-exploitatie, zoals het college ook tijdens de zitting heeft erkend, is onvoldoende om tot een ander oordeel te komen. Hoewel [appellant] al vijftien jaar werkzaam was als fietstaxichauffeur, moest hij er iedere keer rekening mee houden dat, na afloop van de duur van drie jaar van zijn vergunning, hij geen zeker-

heid had tot het verkrijgen van een nieuwe vergunning. Fietstaxiondernemers zijn bovendien sinds 2018 erover geïnformeerd dat het principebesluit tot afschaffing van het vergunningenstelsel zou worden genomen. Nadat het beleidsvoornemen om het vergunningenstelsel af te schaffen al vaststond, hebben zij hun fietstaxidiensten nog een jaar op en aan de openbare weg mogen aanbieden, tot 1 april 2020. Het college heeft verder aangeboden fietstaxiondernemers te helpen bij het vinden van een nieuwe baan. Onder deze omstandigheden heeft de rechtbank terecht overwogen dat geen sprake is van strijd met het evenredigheidsbeginsel.’

De toetsing in deze uitspraak is hoofdzakelijk generiek. De Afdeling oordeelt dat de afschaffing als zodanig in overeenstemming is met het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Er wordt in het kader van de toetsing aan evenredigheid wel enige aandacht besteed aan de omstandigheden van het specifieke geval, maar de toetsing op motivering en zorgvuldigheid is volledig generiek en de toetsing op evenredigheid grotendeels.

Zo’n gestructureerde toets zoals hiervoor wordt uitgevoerd door de Afdeling is voor het overige niet vaak zichtbaar in de rechtspraak. Vaker wordt als onderdeel van de evenredigheidstoetsing gewezen op bepaalde, steeds verschillende, positief te waarderen aspecten van zorgvuldigheid en motivering, die er mede aan bijdragen dat de evenredigheidstoets wordt doorstaan. Aspecten die bijvoorbeeld positief worden gewaardeerd zijn een overtuigende en heldere motivering,<sup>164</sup> onderzoek van deskundigen,<sup>165</sup> bijvoorbeeld ook over (onzekere) risico’s ter beheersing waarvan regelgeving wordt vastgesteld,<sup>166</sup> het instellen/raadplegen van een adviescommissie (die ook alternatieve maatregelen in de advisering heeft betrokken),<sup>167</sup> en het betrekken in de besluitvorming van de betrokken sector en daar ook rekening mee houden.<sup>168</sup> Eveneens positief gewaardeerd wordt het als de regelgever voorzieningen heeft getroffen om eventuele hardheden in de toepassing van regelgeving op te heffen, zoals een ‘knelgevallenregeling’ of een hardheidsclausule.<sup>169</sup> Niet al deze aspecten moeten overigens aanwezig zijn om de rechterlijke toets te doorstaan. Vaak wordt een bepaald zorgvuldigheids- of motiveringsaspect uitgelicht en beoordeeld. De positieve waardering daarvan draagt dan bij aan het oordeel dat het evenredigheidsbeginsel niet is geschonden.

164 ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1760; ABRvS 9 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3221.

165 ABRvS 20 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2077.

166 ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1238.

167 ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2756, r.o. 6.5.

168 Zie CBb 12 juli 2022, ECLI:NL:CBB:2022:368, r.o. 6.2-6.3.

169 Zie bijvoorbeeld CBb 30 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:360, r.o. 6.2.

Uit het bovenstaande blijkt dat de zogenoemde ‘tussenweg’ van de grond is gekomen. De evenredigheidstoets die de bestuursrechter uitvoert, in het kader waarvan de beoordeling van (aspecten van) de zorgvuldigheid en/of motivering een rol speelt, is aan te merken als een semi-procedurele evenredigheidstoets. Zoals aangegeven in paragraaf 1.4.6.4, versta ik onder een semi-procedurele evenredigheidstoets een modaliteit van evenredigheidstoetsing waarbij de rechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes.

### 3.7.4.3 Verdisconteringslijn bij algemeen verbindende voorschriften?

In de 1 juli 2019-maatstaf wordt expliciet aangegeven hoe de evenredigheidstoetsing zal plaatsvinden wanneer de regelgever de negatieve gevolgen van een algemeen verbindend voorschrift heeft verdisconteerd. Zoals aangegeven in paragraaf 3.7.4.2, voldoet de keuze in een algemeen verbindend voorschrift aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel als de regelgever bij het voorbereiden en nemen van een algemeen verbindend voorschrift de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd. In dat geval beperkt de toetsing door de bestuursrechter zich tot de vraag of de regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Uit het voorgaande volgt dat de bestuursrechters in dit geval twee stappen moeten zetten. Ten eerste moet worden bekeken of de negatieve gevolgen van een bepaalde keuze voor een bepaalde groep uitdrukkelijk zijn betrokken bij de voorbereiding en het nemen van een algemeen verbindend voorschrift en of de afweging deugdelijk is gemotiveerd. De tweede stap is een toetsing van het voorschrift aan het evenredigheidsbeginsel.

In de rechtspraak ligt de lat bij de eerste stap soms laag en wordt de tweede stap soms niet of nauwelijks gezet. Dat is voornamelijk zichtbaar in veel uitspraken van de CRvB waarin dwingendrechtelijke algemeen verbindende voorschriften worden getoetst.<sup>170</sup> Het betreft zaken over het Dagloonbesluit en zaken over coronasteunregelingen. Het komt voor dat de CRvB oordeelt dat de regelgever de negatieve gevolgen heeft onderkend en een bepaalde keuze heeft gemotiveerd, en dat daarom sprake is van een bewuste keuze die is gebaseerd op een politiek-bestuurlijke afweging, zonder stil te staan bij de *deugdelijkheid* van de motivering – de eerste stap. Vervolgens is het feit dat deze keuze, hoe nadelig ook, een *bewuste keuze* is die voortkomt uit een politiek-bestuurlijke afweging, voldoende om te concluderen dat er geen strijd bestaat met het evenredigheidsbeginsel – stap twee. Met andere woorden: als de regelgever een bewuste keuze heeft gemaakt dan kan dat voor de

---

<sup>170</sup> Zie bijvoorbeeld ook CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87; CRvB 28 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2835; CRvB 17 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2433; CRvB 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1282; CRvB 31 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2195.

CRvB aanleiding zijn om de evenredigheidstoets (vrijwel) achterwege te laten. Ter illustratie wijs ik op een overweging uit een uitspraak van de CRvB, waarin een peildatumbepaling uit de (eerste) Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW-1) wordt getoetst. Daarin staat:

‘Met de rechtbank wordt overwogen dat uit de nota van toelichting van de NOW-1 blijkt dat de minister expliciet ervoor heeft gekozen om uit te gaan van de loongegevens zoals deze bekend zijn op de specifieke peildata en dat gebruik wordt gemaakt van peildata ter beperking van fraude- en misbruikrisico’s. [...] Weliswaar kan strikte toepassing van artikel 7, negende lid, van de NOW-1 in sommige gevallen nadelig uitpakken voor werkgevers, terwijl er in het concrete geval geen aanwijzing is voor fraude, oneigenlijk gebruik of misbruik, maar dat neemt niet weg dat doorslaggevende betekenis toekomt aan de uitdrukkelijke bedoeling van de minister en de in dat verband dwingend vastgestelde peildata. Er is daarom geen aanleiding om artikel 7, negende lid, in samenhang met artikel 14, vijfde lid, van de NOW-1 in strijd te achten met het evenredigheidsbeginsel of enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur of algemeen rechtsbeginsel en om deze bepaling om die reden buiten toepassing te laten.’<sup>171</sup>

Uit het voorgaande volgt dus dat de CRvB beoordeelt *of* de bepaling is gemotiveerd en het een bewuste keuze van de regelgever betreft, zonder stil te staan bij de deugdelijkheid van die motivering. Wat betreft de evenredigheid wijst de CRvB erop dat strikte toepassing van de regeling kan leiden tot nadelige gevolgen voor werkgevers, maar dat dit niet wegneemt dat er *doorslaggevende betekenis toekomt aan de uitdrukkelijke bedoeling van de minister* en dat *daarom* geen aanleiding is om strijd met het evenredigheidsbeginsel aan te nemen. In hun annotatie onder deze uitspraak wijzen Van Angeren & Putting erop dat in deze overwegingen niet zichtbaar is dat de CRvB beoordeelt of de negatieve gevolgen van een voorschrift voor een bepaalde groep uitdrukkelijk zijn betrokken door de regelgever en of de afweging deugdelijk is gemotiveerd.<sup>172</sup> Eveneens kan worden betwijfeld of hier daadwerkelijk een evenredigheidstoets wordt uitgevoerd. De negatieve gevolgen van de bepaling worden in elk geval niet afgewogen tegen het doel van de regeling, omdat die negatieve gevolgen de consequentie zijn van de bewuste keuze van de regelgever.

Het niet (expliciet) toetsen aan het evenredigheidsbeginsel van een keuze waarvan de gevolgen door de regelgever zijn verdisconteerd is in strijd met de 1 juli 2019-maatstaf en

171 CRvB 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1282, r.o. 4.2.3.

172 Zie de annotatie van Van Angeren & Putting in *AB* 2023/66, punt 6.

lijkt op de verdisconteringslijn die wordt toegepast bij de toetsing van formele wetgeving aan nationale algemene rechtsbeginselen.<sup>173</sup> Met de verdisconteringslijn bij formele wetgeving bedoel ik de lijn dat de rechter alleen kan afzien van de toepassing van een formele wetsbepaling in het specifieke geval als die toepassing vanwege bijzondere *niet of niet ten volle verdisconteerde omstandigheden* leidt tot strijd met een algemeen rechtsbeginsel of (ander) ongeschreven recht.<sup>174</sup> Van een formele toepassing van deze verdisconteringslijn is in de rechtspraak over de indirecte toetsing van lagere algemeen verbindende voorschriften geen sprake, maar materieel gezien komt de aanpak soms op hetzelfde neer als er bij verdisconteerde omstandigheden (vrijwel) niet aan het evenredigheidsbeginsel getoetst wordt.

### 3.7.5 *Bevindingen en onderwerpen voor de rechtsvergelijking*

#### *Structuur en inhoud van de evenredigheidstoets*

Het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb wordt regelmatig toegepast op algemeen verbindende voorschriften. In zoverre speelt het evenredigheidsbeginsel de sleutelrol zoals verwacht naar aanleiding van de introductie van het nieuwe beoordelingskader. De indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel vindt echter vooralsnog niet structureel plaats aan de hand van een gestructureerde drietrapstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin, terwijl duidelijk is dat het *Harderwijk*-beoordelingskader ook van toepassing is op algemeen verbindende voorschriften.<sup>175</sup> Om de drietrapstoets bij algemeen verbindende voorschriften (nog meer) van de grond te krijgen, is het nuttig om in het rechtsvergelijkende deel van dit onderzoek te bekijken welke inhoud de drietrapstoets heeft in rechtssystemen waarin de drietrapstoets al veel langer wordt toegepast (het Unierecht, het EVRM en Duitsland). Welke bouwstenen kunnen daaraan worden ontleend om de drietrapstoets in Nederland verder vorm te geven bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften, zodat de toets meer in overeenstemming is met het *Harderwijk*-beoordelingskader? Ter beantwoording van die vraag zal ik in deel III van dit proefschrift bekijken welke structuur en inhoud de evenredigheidstoets heeft in het Unierecht, het EVRM en het Duitse rechtssysteem.

173 Vergelijk de annotatie van Damen in AB 2017/247 bij CRvB 1 maart 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:900 en ook de annotatie van Voermans in AB 2017/199 bij CRvB 26 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1476.

174 Zie HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), recent (her)bevestigd in onder andere ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

175 Paragraaf 3.7.2.



*Toetsingsintensiteit*

Wat de intensiteit van de toetsing betreft, valt het op dat de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel in de regel terughoudend is. In veel zaken, op allerlei terreinen, wordt er gewezen op het aan de orde zijn van beslissingsruimte vanwege politiek-bestuurlijke afwegingen die kunnen worden of zijn gemaakt en/of de aanwezigheid van feitelijke of technische complexiteit. Dit zijn factoren die pleiten voor terughoudendheid en die terughoudendheid is dan ook vaak zichtbaar.<sup>176</sup> Overigens geldt daarbij dat de mate van democratische legitimatie geen factor lijkt te zijn op grond waarvan de toetsing extra terughoudend wordt. Er is geen aanwijzing dat de bestuursrechters wat betreft de intensiteit van de toetsing een onderscheid maken tussen direct en indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften.<sup>177</sup>

De lat om met toepassing van de andere factoren over te gaan tot een intensievere toetsing (ingrijpendheid van het voorschrift, het aan de orde zijn van een fundamenteel recht) ligt over het algemeen hoog. Althans, voor zover het gaat om generieke toetsingen aan het evenredigheidsbeginsel. In situaties waarin de toetsing door de bestuursrechter is te kenmerken als 'specifiek' of 'groepsspecifiek' ligt de lat om met toepassing van de factor 'ingrijpendheid' over te gaan tot een intensievere evenredigheidstoetsing lager.<sup>178</sup> De algemene conclusie die kan worden getrokken is dat het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften in veel gevallen nog steeds terughoudend plaatsvindt. Voor zover er een intensieve evenredigheidstoets plaatsvindt, gebeurt dat als de bestuursrechter een specifieke of groepsspecifieke toets uitvoert van een algemeen verbindend voorschrift aan het evenredigheidsbeginsel. Dat roept de vraag op of de bestuursrechter steeds voldoende effectieve rechtsbescherming biedt, vooral als het gaat om generieke evenredigheidsbeoordelingen. Moet de bestuursrechter vaker intensievere (generieke) evenredigheidsbeoordelingen uitvoeren wanneer hij algemeen verbindende voorschriften indirect toetst aan het evenredigheidsbeginsel en wanneer is daarvoor dan aanleiding?

Ter beantwoording van deze vragen is het nuttig om in deel III van dit proefschrift te bekijken wat in het Unierecht, het EVRM en het Duitse rechtssysteem de factoren zijn die de toetsingsintensiteit bepalen en hoe die factoren worden toegepast. Eveneens interessant is om in het rechtsvergelijkende onderzoek te betrekken hoe er in het Unierecht, het EVRM en het Duitse rechtssysteem wordt gedifferentieerd in de verschillende toetsingsintensiteiten. Wordt in die systemen, net als in Nederland, een traploze glijdende schaal gebruikt of juist een in treden verdeelde glijdende schaal?

---

176 Paragraaf 3.7.3.1.

177 Paragraaf 3.7.3.4.

178 Paragraaf 3.7.3.2.

### *Toetsingsmodaliteiten*

De bestuursrechters hanteren verschillende toetsingsmodaliteiten wanneer zij algemeen verbindende voorschriften indirect toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. De eerste modaliteit is een materiële evenredigheidstoets, die als indringend(er) is aan te merken.<sup>179</sup> In lijn met de toepassing van de factoren voor toetsingsintensiteit, is deze toets zichtbaar in vooral gevallen waarin de toetsing door de bestuursrechters als specifiek of groepsspecifiek is aan te merken. De tweede modaliteit is een evenredigheidstoets waarbij de nadruk ligt op de toetsing aan formele beginselen, in het bijzonder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.<sup>180</sup> De ‘tussenweg’, voorgesteld door staatsraad advocaat-generaal Widdershoven in zijn conclusie van 22 december 2017 en te herkennen in de formuleringen van de 1 juli 2019-maatstaf, is daarmee van de grond gekomen.

De toepassing van de ‘tussenweg’ komt op het volgende neer.<sup>181</sup> De bestuursrechters beoordelen vaak een of meer zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten ten aanzien van het algemeen verbindend voorschrift. Daarbij gaat het om een overtuigende en heldere motivering, onderzoek van deskundigen, bijvoorbeeld over (onzekere) risico's ter beheersing waarvan regelgeving wordt vastgesteld, het instellen/raadplegen van een adviescommissie (die ook alternatieve maatregelen in de advisering heeft betrokken), het betrekken in de besluitvorming van de betrokken sector en daar ook rekening mee houden, en voorzieningen die de regelgever heeft getroffen om eventuele hardheden in de toepassing van regelgeving op te heffen, zoals een 'knelgevallenregeling' of een hardheidsclausule. Als een of meer van deze zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten afwezig zijn en de zorgvuldigheid en/of motivering in die zin negatief moet worden gewaardeerd, kan dat consequenties hebben voor de evenredigheid van het algemeen verbindende voorschrift. Ten eerste komt het voor dat de bestuursrechter vanwege een onzorgvuldige voorbereiding of ondeugdelijke motivering niet kan beoordelen of de gemaakte keuze evenredig is – het algemeen verbindende voorschrift wordt dan buiten toepassing gelaten vanwege het formele gebrek. Ten tweede kan een negatieve waardering van zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten (mede) de aanleiding zijn om te concluderen dat óók het evenredigheidsbeginsel is geschonden, omdat het voorschrift, gegeven deze formele gebreken, niet evenredig kan zijn. Het komt ook (regelmatig) voor dat bij de vaststelling van het algemeen verbindende voorschrift een of meer positieve zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten aanwezig zijn geweest en dat de zorgvuldigheid en/of motivering dus positief worden gewaardeerd. De bestuursrechter oordeelt dan dat een keuze voldoet aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel en bekijkt, conform de formuleringen van de

---

179 Paragraaf 3.7.4.1.

180 Paragraaf 3.7.4.2.

181 Zie paragraaf 3.7.4.2.

1 juli 2019-maatstaf, of het voorschrift in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Soms blijft evenredigheidstoetsing (vrijwel) uit – dat is in strijd met de 1 juli 2019-maatstaf.<sup>182</sup>

De evenredigheidstoets die de bestuursrechter uitvoert, in het kader waarvan de beoordeling van (aspecten van) de zorgvuldigheid en/of motivering een rol speelt, is aan te merken als een semi-procedurele evenredigheidstoets. Zoals aangegeven in paragraaf 1.4.6.4, versta ik onder een semi-procedurele evenredigheidstoets een modaliteit van evenredigheidstoetsing waarbij de rechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes.

De modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, en de inhoud daarvan, worden al met al steeds duidelijker. Het is vooral de vraag hoe deze modaliteiten verder kunnen worden geoperationaliseerd. Om inspiratie op te doen voor de verdere operationalisering van de toetsingsmodaliteiten, bekijk ik in deel III van dit proefschrift welke modaliteiten voor het toetsen aan het evenredigheidsbeginsel er zijn in het Unierecht, het EVRM-systeem en het Duitse rechtssysteem. Wordt in die rechtssystemen bijvoorbeeld ook een ‘tussenweg’ gebruikt in de vorm van een semi-procedurele evenredigheidstoets, en zo ja, hoe ziet die er dan uit?

### 3.8 PROCEDURELE COMPLICATIE: DE CONSEQUENTIES VAN SUCCESVOLLE INDIRECTE TOETSING

#### 3.8.1 *Onverbindend verklaren en buiten toepassing laten*

In de vorige paragrafen ging het over de intensiteit waarmee en de wijze waarop de bestuursrechter algemeen verbindende voorschriften indirect toetst aan het evenredigheidsbeginsel, in welk kader eveneens aan bod kan komen de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering. Een vraag die daarna volgt is wat rechtens de consequenties kunnen zijn als de toetsing succesvol is.

Toegespitst op de indirecte toetsing van een algemeen verbindend voorschrift aan het evenredigheidsbeginsel, in het kader waarvan ook de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering aan bod kan komen, is die toetsing in twee type situaties ‘succesvol’. Ten eerste als de bestuursrechter constateert dat (de toepassing van) een

<sup>182</sup> Paragraaf 3.7.4.3.

algemeen verbindend voorschrift in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Ten tweede is de indirecte toetsing succesvol als de bestuursrechter constateert dat een algemeen verbindend voorschrift onzorgvuldig is voorbereid en/of gebrekkig is gemotiveerd, waardoor hij niet kan beoordelen of het voorschrift in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

Het nieuwe beoordelingskader, in het bijzonder de 1 juli 2019-maatstaf, heeft in algemene zin geen gevolgen voor de termen die de rechter kan gebruiken om aan te geven dat een indirecte toetsing van een algemeen verbindend voorschrift 'succesvol' is. Ook na de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf zijn er twee opties: de bestuursrechter kan een algemeen verbindend voorschrift onverbindend verklaren of hij kan een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing laten, met dien verstande dat de schending van het formele zorgvuldigheidsbeginsel en/of het motiveringsbeginsel alleen tot het buiten toepassing laten kan leiden.<sup>183</sup> In de volgende paragrafen bespreek ik hoe de bestuursrechter de onverbindendverklaring en het buiten toepassing laten heeft toegepast in de twee hierboven genoemde type situaties waarin de indirecte toetsing van (de toepassing van) een algemeen verbindend voorschrift als succesvol kan worden aangemerkt (paragrafen 3.8.2 en 3.8.3) en tot welke complicaties dat leidt (paragrafen 3.8.4 en 3.8.5). In paragraaf 3.8.6 geef ik de bevindingen weer en bespreek ik welke onderwerpen in de rechtsvergelijking worden betrokken.

### 3.8.2 *Strijd met het evenredigheidsbeginsel*

Er blijken drie opties te bestaan als de bestuursrechter constateert dat (de toepassing van) een algemeen verbindend voorschrift in strijd is met het evenredigheidsbeginsel: onverbindend verklaren, groepsspecifiek buiten toepassing laten en buiten toepassing laten in een specifiek geval.

#### *I. Onverbindend verklaren*

Als de gevolgen van een algemeen verbindend voorschrift in (vrijwel) geen enkele situatie in verhouding (kunnen) staan tot het beoogde doel, dan is het voorschrift *als zodanig* in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Een evenredige toepassing van een algemeen verbindend voorschrift is niet denkbaar. In dat geval bestaat er aanleiding om het voorschrift onverbindend te verklaren. De onverbindendverklaring is generiek: de rechter geeft aan dat het voorschrift in geen enkel geval rechtmatig *kon* worden toegepast en ook niet meer *kan* worden toegepast.<sup>184</sup> In paragraaf 1.4.7 heb ik besproken dat de gevolgen van het

183 In paragraaf 1.4.7 heb ik uitgelegd wat de termen 'onverbindend verklaren' en 'buiten toepassing laten' inhouden.

184 Schutgens 2017, p. 129-130.

onverbindend verklaren verstrekkend zijn. Het onverbindende voorschrift blijft formeel gezien bestaan in de rechtsorde, maar heeft feitelijk geen betekenis meer. Rechters nemen de constatering dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is over in andere zaken, zodat die constatering *de facto* een sterke derdenwerking heeft en het bestuur kan onverbindende algemeen verbindende voorschrift niet meer toepassen, zolang de onrechtmatigheid voortduurt.<sup>185</sup>

Het is de afgelopen jaren niet vaak voorgekomen dat de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift onverbindend verklaarde vanwege strijd met het evenredigheidsbeginsel. Een recent voorbeeld waarin dat wel gebeurde, is de uitspraak van het CBB van 1 november 2022, die ik besproken heb in paragraaf 3.7.4.2.<sup>186</sup> Het ging in die uitspraak om de voorwaarde dat een MKB-onderneming die deel uitmaakt van een groep ondernemingen alleen aanspraak kan maken op subsidie als de inschrijfdatum in het handelsregister van alle verbonden MKB-ondernemingen die deel uitmaken van die groep op of na 1 oktober 2019 ligt. Deze voorwaarde werd onverbindend verklaard vanwege strijd met artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Een iets minder recente uitspraak waarin een algemeen verbindend voorschrift onverbindend werd verklaard vanwege de strijd met het evenredigheidsbeginsel is de *Alcoholslotprogramma*-uitspraak,<sup>187</sup> maar dat was voor de introductie van het nieuwe beoordelingskader. De daarin door de Afdeling getoetste regeling pakte in een substantieel aantal gevallen onevenredig nadelig uit, waardoor de Afdeling concludeerde dat de evenredigheid van de maatregel van het alcoholslotprogramma onvoldoende was gewaarborgd.

## II. Groepsspecifiek buiten toepassing laten

Soms kleeft er aan een algemeen verbindend voorschrift zelf een evenredigheidsgebrek, voor zover het voorschrift betrekking heeft op een specifieke groep van gevallen. In deze gevallen kan de bestuursrechter kiezen voor het ‘groepsspecifiek buiten toepassing laten’. In andere gevallen, buiten de specifieke groep, is het voorschrift wel in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel. De betekenis van het ‘groepsspecifiek buiten toepassing laten’ kan worden geïllustreerd aan de hand van de uitspraak van het CBB van 15 maart 2022, die ik besproken heb in paragraaf 3.7.4.1.<sup>188</sup> Het CBB overweegt in deze uitspraak het volgende:

<sup>185</sup> Zie aldus paragraaf 1.4.7 en de daar aangehaalde literatuur.

<sup>186</sup> CBB 1 november 2022, ECLI:NL:CBB:2022:740.

<sup>187</sup> ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*).

<sup>188</sup> CBB 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116.

‘In artikel 2.1.1, tweede lid, onder d, van de TVL (welke bepaling inhoudt dat een onderneming alleen in aanmerking komt voor subsidie voor Q4 2020 indien zij op 15 maart 2020 staat ingeschreven in het handelsregister van de KvK met een SBI-code als vermeld in de bijlage bij de TVL dan wel met een bedrijfsomschrijving die aansluit op een SBI-code als vermeld in die bijlage), ontbreekt ten onrechte een voorziening voor de hiervoor omschreven groep ondernemers die niet aan deze voorwaarden voldoen maar die gezien hun feitelijke activiteiten wel onder de doelgroep van de TVL vallen. De vaststelling dat in een regeling (die strekt tot het verlenen van rechten of aanspraken) ten onrechte een bepaalde voorziening ontbreekt, kan echter niet leiden tot het onverbindend verklaren van een gedeelte van de regeling waarin (juist) rechten en aanspraken worden verleend. In een dergelijk geval is het daarom niet goed mogelijk een bepaling aan te wijzen die onverbindend is. Het College acht het om die reden geraden voor de betrokken groep ondernemers, onder wie appellante, de in artikel 2.1.1, tweede lid, onder d, van de TVL Q4 2020 genoemde voorwaarden buiten toepassing te laten. Een afwijzend besluit mag daardoor voor de betrokken groep ondernemers niet op die bepaling worden gebaseerd.’<sup>189</sup>

In deze uitspraak overweegt het CBb aldus dat het voorschrift in strijd is met artikel 3:4, tweede lid, Awb, voor een deel van de gevallen waarop het betrekking heeft. Daarmee lijkt het CBb aan te geven dat de onrechtmatigheid is gelegen in het voorschrift zelf. Het CBb laat het algemeen verbindend voorschrift uiteindelijk slechts buiten toepassing in het voorliggende geval, maar het is duidelijk dat het negatieve oordeel van het CBb over het voorschrift van overeenkomstige toepassing is op andere, identieke gevallen en dus op de gehele groep. In die andere, identieke gevallen kan het algemeen verbindende voorschrift dan ook niet langer rechtmatig worden toegepast. In dat licht heeft het CBb in diverse andere uitspraken, met verwijzing naar de uitspraak van 15 maart 2022, de betreffende bepaling uit de TVL in gelijke gevallen buiten toepassing gelaten en de daarop gebaseerde bestreden besluiten vernietigd.<sup>190</sup> In andere, niet vergelijkbare, gevallen kan het algemeen verbindende voorschrift nog steeds rechtmatig worden toegepast.

Uit de hierboven weergegeven overweging van het CBb, blijkt dat het CBb vindt dat onverbindend verklaren hier niet aan de orde kan zijn. Mijns inziens had het CBb de rele-

189 CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116, r.o. 9.7.

190 Zie onder andere CBb 19 juli 2022, ECLI:NL:CBB:2022:427; CBb 26 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:192; CBb 12 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:173; CBb 26 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:194; CBb 26 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:193; CBb 12 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:167.

vante bepaling in dit geval echter ook partieel onverbindend kunnen verklaren, een mogelijkheid die het CBB in latere rechtspraak wel toepast. Schutgens schrijft over het partieel onverbindend verklaren het volgende:

‘Soms is een wettelijk voorschrift slechts in een deel van de gevallen die het bestrijkt in strijd met een hogere regel, terwijl het in andere gevallen wél door de beugel kan. De rechter kan het voorschrift dan partieel onverbindend verklaren. Het voorschrift is dan in een duidelijk af te bakenen gedeelte van de gevallen waarop het betrekking heeft, in strijd met hoger recht. In deze gevallen heeft het geen rechtsgevolgen; in de overige gevallen is het verbindend.’<sup>191</sup>

Aangezien het CBB de relevante bepaling uit de TVL Q4 in een deel van de gevallen die het bestrijkt in strijd met het evenredigheidsbeginsel acht, had het CBB mijns inziens dus ook kunnen kiezen voor het partieel onverbindend verklaren. In een andere, recentere uitspraak waarin ook de onverenigbaarheid van een algemeen verbindend voorschrift met het evenredigheidsbeginsel wordt vastgesteld voor een specifieke groep van gevallen, kiest het CBB wel voor een gedeeltelijke onverbindendverklaring.<sup>192</sup> In deze uitspraak overweegt het CBB:

‘De artikelen in de TVL waarin is bepaald dat geen subsidie wordt verstrekt aan een overheidsbedrijf als bedoeld in artikel 25g, eerste lid, van de Mw, kunnen voor theaters die onder deze bepaling vallen de toets aan het evenredigheidsbeginsel niet doorstaan. [...] Daarom verklaart het College deze bepalingen onverbindend voor theaters die vallen onder de definitie overheidsbedrijf.’<sup>193</sup>

De bepalingen op grond waarvan aan een overheidsbedrijf als bedoeld in artikel 25g, eerste lid, van de Mededingingswet geen subsidie wordt verstrekt, zijn aldus in strijd met het evenredigheidsbeginsel voor een specifieke groep van gevallen waarop het voorschrift betrekking heeft, namelijk voor theaters die vallen onder de definitie van een overheidsbedrijf in de zin van artikel 25g, eerste lid, van de Mededingingswet. Hier kiest het CBB er niet voor om de bepalingen groepsspecifiek buiten toepassing te laten, ook al had dat wel gekund, maar worden de bepalingen onverbindend verklaard, *voor zover* zij betrekking hebben op de specifieke groep van gevallen.

191 Schutgens 2009, p. 9.

192 CBB 4 juli 2023, ECLI:NL:CBB:2023:344.

193 CBB 4 juli 2023, ECLI:NL:CBB:2023:344, r.o. 7.6.

Gelet op het bovenstaande heeft de bestuursrechter volgens mij twee opties als een algemeen verbindend voorschrift als zodanig in strijd is met het evenredigheidsbeginsel voor zover die onverenigbaarheid betrekking heeft op een specifieke groep van gevallen. Hij kan kiezen voor het partieel onverbindend verklaren of het groepsspecifiek buiten toepassing laten. In beide gevallen geeft hij daarmee aan dat het voorschrift ook in andere gevallen die tot de betreffende groep behoren niet rechtmatig kan worden toegepast. In andere, niet vergelijkbare gevallen, kan het voorschrift nog steeds rechtmatig worden toegepast. Of het iets uitmaakt voor welke term de bestuursrechter kiest, en of het hanteren van één van de twee de voorkeur heeft, bespreek ik in paragraaf 10.6.2.2.

### *III. Specifiek buiten toepassing laten*

De bestuursrechter kan een algemeen verbindend voorschrift ook buiten toepassing laten in een specifiek geval. Dat is met regelmaat gebeurd de afgelopen jaren, met name in de rechtspraak van de Afdeling en de rechtbanken. Voorbeelden heb ik besproken in paragraaf 3.7.4.1. In die besproken zaken ging het om dwingend geformuleerde algemeen verbindende voorschriften waarvan de toepassing in een specifiek geval onevenredig werd gevonden vanwege de omstandigheden van dat specifieke geval. Voor het specifiek buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift geldt daarmee dat de onevenredigheid is gelegen in de omstandigheden van het specifieke geval en *niet* het gevolg is van een gebrek dat aan het voorschrift zelf kleeft.<sup>194</sup> Uitspraken waarin het voorschrift buiten toepassing wordt gelaten omdat de specifieke toepassing vanwege bijzondere omstandigheden onevenredig is, zijn sterk geïndividualiseerd.<sup>195</sup>

In gevallen waarin een algemeen verbindend voorschrift in een specifiek geval buiten toepassing wordt gelaten, overweegt de bestuursrechter overigens vaak dat het voorschrift door het bestuursorgaan buiten toepassing had moeten worden gelaten of dat het bestuursorgaan niet had mogen vasthouden aan/had moeten afzien van de strikte toepassing van een voorschrift.<sup>196</sup> De bestuursrechter zegt dan dus niet dat hijzelf het algemeen verbindende voorschrift buiten toepassing laat, maar legt de verantwoordelijkheid bij het bestuursorgaan; dat had moeten afzien van de toepassing van het voorschrift in het speci-

---

194 Zie uitvoeriger de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 9.3.2; Esser & Becker 2021 en de annotatie van Becker & Esser onder Rb. Gelderland 9 november 2021, AB 2022/68.

195 Sillen 2010, p. 36 merkt op dat zelfs als het procesrecht aan zulke – op de feiten van het geschil toegesneden – uitspraken *erga omnes* werking zou worden toegekend, de uitspraak vaak toch maar voor een beperkt aantal personen betekenis heeft.

196 Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79; Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652; ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493.



fieke geval.<sup>197</sup> De redenen hiervoor zijn mij niet bekend. Wellicht heeft deze formulering ermee te maken dat de bestuursrechter in dit soort gevallen, waarin de onevenredigheid is gelegen in de omstandigheden van een specifiek geval, niets zegt over de evenredigheid van een voorschrift zelf en er in zoverre ook geen reden is om dat voorschrift buiten toepassing laten. De bestuursrechter lijkt te oordelen dat het bestuursorgaan het algemeen verbindende voorschrift niet beginselconform heeft toegepast bij het nemen van het besluit, in die zin dat het bestuursorgaan vanwege de omstandigheden van het specifieke geval alleen een evenredig besluit had kunnen nemen voor dat specifieke geval door af te zien van de (strikte) toepassing van het voorschrift. Het voorschrift *zelf* wordt er verder buiten gelaten; de bestuursrechter concentreert zich op het genomen, aangevochten besluit. Met deze formulering wordt zo gezien misschien ook (meer) benadrukt dat het onevenredigheidsoordeel sterk is geïndividualiseerd en niet voortkomt uit een gebrek dat kleeft aan het algemeen verbindende voorschrift zelf.

### 3.8.3 *Strijd met het zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel*

Volgens de 1 juli 2019-maatstaf kan de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing laten vanwege de strijd met het formele zorgvuldigheidsbeginsel en/of het motiveringsbeginsel.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing werd gelaten vanwege een motiveringsgebrek is een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland, die ik besproken heb in paragraaf 3.7.4.2. De rechtbank laat de relevante bepaling buiten toepassing, omdat de gemeenteraad gebrekkig had gemotiveerd waarom er gekozen was voor het hanteren van één peildatum om te bepalen of afvalstoffenheffing plaatsvindt naar het eenpersoonstarief of het hogere meerpersoonstarief, en de rechtbank vanwege die gebrekkige motivering de strijd met ‘de algemene beginselen van behoorlijk bestuur’ niet kon beoordelen.<sup>198</sup> De rechtbank lijkt het voorschrift specifiek buiten toepassing te laten, maar dat kan niet duidelijk worden afgeleid uit de uitspraak.

<sup>197</sup> De overweging dat het bestuursorgaan had moeten afzien van de strikte toepassing van een voorschrift doet overigens denken aan de formulering van de verdisconteringslijn zoals die bij formele wetgeving wordt toegepast. In bijvoorbeeld het *Bosentan*-arrest overweegt de Hoge Raad: '[h]et in 3.6.1 overwogene neemt echter niet weg dat indien sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, dit aanleiding kan geven tot een andere uitkomst dan waartoe strikte toepassing van de wet leidt. Dat is het geval indien die niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden die strikte toepassing zozeer in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht dat die toepassing achterwege moet blijven.' Zie HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679.

<sup>198</sup> Rb. Noord-Holland 10 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9945, r.o. 22.

Ook in de rechtspraak van de Afdeling zijn voorbeelden te vinden van gevallen waarin geoordeeld werd dat een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing moe(s)t worden gelaten vanwege een gebrekkige motivering. Het gaat in die zaken om motiveeringsgreken van vergunningplichten in gemeentelijke huisvestingsverordeningen, die gelden voor wijzigingen in de woonruimtevoorraad, zoals het omzetten van zelfstandige woonruimte in onzelfstandige woonruimte.<sup>199</sup> In deze uitspraken laat de Afdeling de relevante bepalingen uit de gemeentelijke huisvestingsverordening doorgaans specifiek buiten toepassing. Zij overweegt bijvoorbeeld dan dat het voorschrift ‘in deze zaak buiten toepassing dient te worden gelaten’<sup>200</sup> of dat het college de relevante bepalingen in de zaak van appellant ‘buiten toepassing had moeten laten’<sup>201</sup>.

### 3.8.4 *Complicatie: voorkeur specifiek buiten toepassing laten bij meer structurele onrechtmatigheid*

Iets dat opvalt in de recente rechtspraak van de bestuursrechters is dat een algemeen verbindend voorschrift vaak alleen buiten toepassing wordt gelaten in het specifieke geval. Dat geldt bij strijd met het evenredigheidsbeginsel, maar ook bij een gebrekkige motivering. Generiek buiten toepassing laten of onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift komt nauwelijks nog voor. Ook het groepsspecifiek buiten toepassing laten ziet men slechts incidenteel. Kennelijk bestaat er dus de voorkeur om een algemeen verbindend voorschrift in een specifiek geval buiten toepassing te laten.

De specifieke aanpak is op zich te begrijpen. In de eerste plaats past deze aanpak bij de aard van het indirect toetsen. Kenmerkend voor het indirect toetsen door de bestuursrechter is dat een algemeen verbindend voorschrift wordt getoetst vanwege de toepassing ervan in het voorliggende geval (in het appellabele besluit), en als de gevolgen voor *dat* geval duidelijk zijn geworden. Het is begrijpelijk dat het rechterlijk oordeel zich dan toespitst op de rechtmatigheid van het voorschrift voor het specifieke geval waarin het is toegepast. Ten tweede, en in lijn met het voorgaande, past een specifieke aanpak en toetsing ook bij het Nederlandse bestuursrechtelijke systeem dat sinds 1994 is gericht op indi-

---

199 Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1155; ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1157; ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1161; ABRvS 26 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336. Zie hierover ook Van Heusden 2022, p. 181-185. Vergelijkbare uitspraken zijn de afgelopen jaren overigens gedaan door rechtbanken. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 29 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5640; Rb. Rotterdam 14 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2022:1764; Rb. Den Haag 21 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13797; Rb. Den Haag 21 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13796; Rb. Noord-Holland 18 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3445; Rb. Noord-Holland 18 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3447.

200 Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1155, r.o. 9.3.

201 ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336, r.o. 6.

viduele rechtsbescherming.<sup>202</sup> Een derde reden waarom een specifieke aanpak als passend kan worden aangemerkt, is omdat met deze wijze van toetsing zo min mogelijk wordt getreden in het domein van de regelgever. De rechter keurt niet een algemeen verbindend voorschrift als zodanig af, maar zegt ‘slechts’ dat de toepassing specifieke geval niet door de beugel kan en dus achterwege moet blijven. Er wordt daarbij geen verdergaand oordeel gegeven over het ter toetsing voorliggende democratisch gelegitimeerde product dan nodig is om individuele rechtsbescherming te bieden, en bij een negatieve uitkomst van de toets wordt er ook niet méér afgedaan aan het voorschrift dan nodig is.

Een specifieke toetsing en het specifiek buiten toepassing laten van algemeen verbindende voorschriften zijn dus te begrijpen. Er is wel een aandachtspunt bij deze aanpak. Er zijn voorbeelden waarin de bestuursrechter kiest voor het specifiek buiten toepassing laten, terwijl de onrechtmatigheid generieker lijkt te zijn. Met andere woorden, soms volgt een specifieke consequentie na meer generieke onrechtmatigheidsoverwegingen die gaan over de onrechtmatigheid van (een deel van) het voorschrift zelf.

Een voorbeeld in het kader van succesvolle evenredigheidstoetsing biedt de zaak waarin de rechtbank Limburg uitspraak deed over de startersregeling voor WIA-gerechtigden uit het Dagloonbesluit en de relevante bepalingen in het specifieke geval buiten toepassing liet vanwege strijd met het evenredigheidsbeginsel (zie paragraaf 3.7.3.1).<sup>203</sup> In deze zaak oordeelt de rechtbank dat de strikte toepassing van de relevante bepalingen *in het geval van eisers* zozeer tot een onevenredige uitkomst leidt, dat het UWV van die toepassing had moeten afzien. Andere overwegingen van die uitspraak doen echter sterk twifelen aan de evenredigheid van het voorschrift in andere gevallen.

De rechtbank Limburg overweegt in de uitspraak van 22 juli 2022 het volgende: ‘[t]er beantwoording van de vraag of het stelsel van de artikelen 16 en 18 van het Dagloonbesluit toetsing aan het beginsel van niet-onevenredige belangenafweging doorstaat, stelt de rechtbank in de eerste plaats vast dat de startersregeling voor een groot aantal gevallen onevenredige gevolgen van de hoofdregel van artikel 16 van het Dagloonbesluit wegneemt. Maar er zijn ook gevallen denkbaar waarin uitkeringsgerechtigden die materieel zijn te beschouwen als starters of herintreder bij de vaststelling van het dagloon onevenredige gevolgen ervaren. De rechtbank kan zonder terughoudendheid vaststellen dat die gevolgen heel zwaarwegend kunnen zijn. Bijvoorbeeld in

202 Zie hierover ook Van Heusden 2022, p. 40-41.

203 Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652. Zie ook Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972.

gevallen waarin de werkzaamheden van een starter of herintreder pas laat in het refertejaar zijn aangevangen of in het begin van dat jaar geringe inkomsten uit een eerdere dienstbetrekking zijn ontvangen, kan dit tot een – zeer laag – dagloon leiden dat niet is te beschouwen als een reële afspiegeling van het verlies aan verdien capaciteit. Het Dagloonbesluit biedt ook voor dergelijke gevallen geen ruimte om tot een (meer) evenredig resultaat te komen. Met andere woorden: maatwerk is niet mogelijk. Dat berust weliswaar op een politiek-bestuurlijke keuze, maar laat onverlet dat sprake is van strijd met het beginsel van niet-onevenredige belangenafweging zoals bedoeld in de uitspraak van 1 juli 2019.<sup>204</sup>

Een voorbeeld waarin een voorschrift in een specifiek geval buiten toepassing gelaten wordt vanwege een motiveringsgebrek, terwijl dat voorschrift voor andere gevallen ook gebrekkig is gemotiveerd, biedt een uitspraak van de Afdeling van 26 juni 2021.<sup>205</sup> De Afdeling oordeelt onder meer dat de omzettingsvergunningplichten uit de Nijmeegse huisvestingsverordeningen 2019 (Hvv 2019) en 2020 (Hvv 2020) gebrekkig zijn gemotiveerd, voor zover die omzettingsvergunningplichten gelden voor woonruimte boven de grens van € 290.000 (Hvv 2019) en woonruimte met een waarde boven de NHG-grens, gelegen in een wijk die is aangewezen als gebied waar een vergunningplicht geldt (Hvv 2020). De omzettingsvergunningplichten zijn dus voor een deel van de gevallen waarop zij betrekking hebben gebrekkig gemotiveerd. In de zaak van appellant die een woning heeft die op 1 januari 2018 een WOZ-waarde had van € 743.000 – dus boven de grens van € 290.000 en de NHG-grens – hadden de relevante bepalingen van de Hvv 2019 en Hvv 2020 buiten toepassing moeten worden gelaten, aldus de Afdeling. Deze appellant heeft geen omzettingsvergunning nodig onder de Hvv 2019 en Hvv 2020.

De Afdeling oordeelt dus dat de relevante bepalingen buiten toepassing gelaten hadden moet worden in een *specifiek* geval. De overwegingen die daaraan ten grondslag liggen zijn echter generieker: zij zien op een specifieke groep, waaronder appellant valt. Van Heusden merkt overigens ten aanzien van andere uitspraken iets vergelijkbaars op over generieke(re) onrechtmatigheidsoverwegingen die samengaan met specifieke consequenties. Zij wijst op een uitspraak waarin de Afdeling een bepaling uit een huisvestingsverordening in het specifieke geval (de voorliggende twee zaken) buiten toepassing laat vanwege een motiveringsgebrek. Van Heusden merkt op dat het gebrek ‘ziet op het algemeen verbindend voorschrift, de Huisvestingsverordening, als zodanig en niet slechts op de toepassing in het concrete geval. [...] Niettemin kiest de Afdeling hier voor het buiten

204 Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652, r.o. 31.

205 ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336.

toepassing laten van het algemeen verbindend voorschrift en niet voor de onverbindendheid ervan.<sup>206</sup>

De bovenstaande uitspraken verschillen mijns inziens van uitspraken waarin de onrechtmatigheid duidelijk is gelegen in de omstandigheden van het specifieke geval, waardoor het voorschrift in het specifieke geval buiten toepassing wordt gelaten.<sup>207</sup> In de hierboven genoemde uitspraken doet de onrechtmatigheid zich structureler voor, maar worden de voorschriften toch alleen in het specifieke geval buiten toepassing gelaten. De vraag is waarom. Mogelijk staan machtscheidingsargumenten of de vrees voor rechtsonzekerheid vanwege de gevolgen van een generieker oordeel in de weg aan meer generieke consequenties (groepsspecifiek buiten toepassing laten, generiek buiten toepassing laten, onverbindendheid) in situaties waarin onrechtmatigheid zich structureler voordoet. De vraag kan worden gesteld in hoeverre dat terecht is en of het de bestuursrechter zou moeten belemmeren om generiekere consequenties te verbinden aan de geconstateerde onrechtmatigheid dan het specifiek buiten toepassing laten van een voorschrift. Zo kan het buiten toepassing laten in een specifiek geval bijvoorbeeld ook voor rechtsonzekerheid zorgen, omdat het onzeker is of de rechter in toekomstige gevallen tot hetzelfde oordeel zal komen. Ik kom op deze kwestie terug in paragraaf 10.6.2.1.

### 3.8.5 *Complicatie: buiten toepassing laten vanwege formele gebreken*

Aan de formulering van de 1 juli 2019-maatstaf en de toepassingen daarvan valt op dat zorgvuldigheids- en/of motiveringsgebreken nooit tot het onverbindend verklaren maar alleen tot het buiten toepassing laten kunnen leiden. Dat geldt dus ook als er een generiek zorgvuldigheids- en/of motiveringsgebrek kleeft aan een algemeen verbindend voorschrift. Dit is opvallend, omdat bij een generiek formeel gebrek een rechtmatige toepassing van het algemeen verbindende voorschrift niet mogelijk is zonder herstel van de onrechtmatigheid. De literatuur gaat uit van de mogelijkheid om in die gevallen – als er geen rechtmatige toepassing denkbaar is – de betreffende bepaling onverbindend te verklaren.<sup>208</sup> In lijn met het voorgaande zouden groepsspecifieke formele gebreken conform de 1 juli 2019-maatstaf ook nooit tot het partiel onverbindend verklaren kunnen leiden, ook al zou dat volgens de in de literatuur gegeven definities van partiële onverbindendheid<sup>209</sup> wel een consequentie moeten kunnen zijn van een groepsspecifiek formeel gebrek.

206 Van Heusden 2022, p. 280.

207 Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2161 en ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493.

208 Zie paragraaf 1.4.7 en paragraaf 3.8.1.

209 Zie paragraaf 3.8.2, onder II, met verwijzing naar Schutgens 2009, p. 9.

De vraag kan worden gesteld waarom de bestuursrechters ervoor hebben gekozen om een algemeen verbindend voorschrift waaraan een formeel gebrek kleeft nooit onverbindend te verklaren, maar altijd ‘slechts’ buiten toepassing te laten. De redenen voor deze keuze zijn onbekend.<sup>210</sup> In lijn met Van Heusden<sup>211</sup> is het mijns inziens mogelijk dat deze keuze is gemaakt omdat het onverbindend verklaren vanwege de ‘harde’ en ‘desastreuze’ klank niet goed zou passen bij het, door de regelgever en bestuur mogelijk gewenste, inhoudelijk voortzetten van het ‘oude’, onrechtmatig geachte rechtsregime na herstel van een formeel gebrek. Dat de keuze mogelijk te maken heeft met herstelmogelijkheden zou afgeleid kunnen worden uit een uitspraak van 29 april 2020, wederom over vergunningplichten in een huisvestingsverordening. In deze uitspraak constateert de Afdeling een motiveringsgebrek, dat kleeft aan het voorschrift zelf,<sup>212</sup> en overweegt zij ook het volgende:

‘Uit het vorenstaande volgt dat de raad bij de vaststelling van de Huisvestingsverordening 2017 op 6 april 2017 niet heeft onderbouwd dat in de in dit geding centraal staande wijken van de gemeente Rotterdam sprake was of is van schaarste aan goedkope woonruimte buiten de gereguleerde huursector en van onevenwichtige en onrechtvaardige effecten die het opnemen van een verbod tot woningvorming, met vergunningplicht rechtvaardigde. Die onderbouwing is evenmin te vinden in het RIGO-rapport, de onderzoeksnotitie van 21 november 2018 en de Woonvisie. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat de gemeenteraad door de regels zoals opgenomen in hoofdstuk 3, paragraaf 3.3, van de Huisvestingsverordening 2017 inbreuk maakt op het eigendomsrecht van particuliere huizenbezitters. De Afdeling sluit niet uit dat de gemeenteraad met nader onderzoek alsnog kan motiveren dat er voor de betreffende woningen dan wel wijken een bevoegdheid bestaat tot het instellen van het in artikel 21, aanhef en onder d, van de Huisvestingswet 2014 geregelde verbod tot woningvorming zonder vergunning, zoals geregeld in hoofdstuk 3, paragraaf 3.3, van de Huisvestingsverordening 2017. Dit brengt mee dat voormelde bepalingen in de voorliggende twee zaken buiten toepassing dienden te worden gelaten. De rechtbank heeft daarom terecht overwogen dat het college Neva geen vergunningplicht voor deze woningvorming kon tegenwerpen. De slotsom is dat de aangevallen uitspraak in stand kan blijven met verbetering van de gronden waarop de rechtbank haar oordeel heeft gebaseerd.’<sup>213</sup>

210 Vergelijk Van Heusden 2022, p. 276.

211 Van Heusden 2022, p. 276-277, 279-280.

212 Vergelijk Van Heusden 2022, p. 280.

213 ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1157, r.o. 9.3.

Uit deze overweging leid ik af dát de vergunningplicht voor de betreffende woningen dan wel wijken mogelijk toegepast kan blijven worden, nadat het motiveringsgebrek hersteld is. Met andere woorden: inhoudelijke voortzetting van het rechtsregime na herstel blijkt een mogelijkheid. Met Van Heusden ben ik het eens dat de bovenstaande overweging ook de suggestie wekt dat herstel van het motiveringsgebrek wel mogelijk is na het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift, maar niet na het onverbindend verklaren daarvan.<sup>214</sup> Of dit daadwerkelijk de reden is voor het hanteren van de lijn dat formele gebreken nooit tot het onverbindend verklaren kunnen leiden, kan niet met zekerheid worden gezegd. De bovenstaande overweging van de Afdeling wijst wel in die richting, maar het blijft gissen.

Tegen de achtergrond van het voorgaande is in elk geval de vraag te stellen of het rechtens iets uitmaakt voor herstelmogelijkheden of een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is verklaard of buiten toepassing is gelaten. Mijn hypothese is dat herstel van een voorschrift mogelijk is zowel na het buiten toepassing laten als na het onverbindend verklaren. Dit, omdat een onverbindend voorschrift deel blijft uitmaken van de rechtsorde<sup>215</sup> en in zoverre hersteld kan worden.<sup>216</sup> In deel II van dit proefschrift bekijk ik of deze hypothese wordt ondersteund door de consequenties van een succesvolle indirecte toetsing van regelgeving door het Hof van Justitie, de Duitse bestuursrechter en de Franse bestuursrechter. Blijft deze regelgeving ook onderdeel van de rechtsorde? Kan die vraag bevestigend worden beantwoord, en ondersteunen de bevindingen van de rechtsvergelijking daarmee de hypothese dat ook onverbindend verklaarde voorschriften hersteld kunnen worden, dan kan vervolgens de volgende vraag worden gesteld: welke consequentie, buiten toepassing laten of onverbindend verklaren, heeft de voorkeur als de Nederlandse bestuursrechter constateert dat er een generiek (of groepsspecifiek) formeel gebrek kleeft aan een algemeen verbindend voorschrift?<sup>217</sup>

Dát bij wege van indirecte toetsing vastgestelde formele gebreken hersteld kunnen worden, waarna het rechtsregime inhoudelijk kan worden voortgezet, is mijns inziens dus wel af te leiden uit de rechtspraak, zie de hierboven geciteerde overweging van de Afdeling. Ervan uitgaande dat die mogelijkheid bestaat, zijn daarbij wel vraagtekens te zetten, namelijk in het licht van elementen van terugwerkende kracht die deze herstelbaarheid in zich kan hebben. Ter inleiding daarvan wordt hierna eerst aandacht besteed aan een aantal situaties in het ‘heden’ en de ‘toekomst’ waarin de inhoudelijke voortzetting

214 Van Heusden 2022, p. 280.

215 Zie paragraaf 1.4.7, met verwijzing naar Sillen 2018, p. 679; Sillen 2010, p. 150-151; Van Heusden 2022, p. 274.

216 In die zin ook Van Heusden 2022, p. 280.

217 Deze vraag wordt beantwoord in paragraaf 10.6.2.2.

door de lagere regelgever en het bestuur gewenst kan zijn en wanneer het herstel kan plaatsvinden.

Ten eerste kan inhoudelijke voortzetting na een succesvolle indirecte toets gewenst zijn in de zaak waarin de bestuursrechter de onrechtmatigheid van het voorschrift vanwege het formele gebrek heeft vastgesteld en het daarop gebaseerde besluit heeft vernietigd (situatie 1 – heden). In situatie 1 lijkt mij het eerst herstellen van het formele gebrek hoe dan ook noodzakelijk voor het inhoudelijk kunnen voortzetten van het rechtsregime. Dat herstel kan plaatsvinden voordat opnieuw wordt beslist op het bezwaar.

Ten tweede kan inhoudelijke voortzetting gewenst zijn in ‘lopende zaken’, zijnde besluiten die zijn genomen voordat de bestuursrechter de onrechtmatigheid van het voorschrift in een ander geding vaststelde en waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zijn of kunnen worden aangewend (situatie 2 – heden). In situatie 2 kan het onrechtmatig verklaarde voorschrift formeel gezien toegepast blijven worden, zonder het formele gebrek eerst te herstellen. Immers, het buiten toepassing laten, en zelfs ook het onverbindend verklaren, houden formeel gezien ‘slechts’ in dat het voorschrift in de zaak waarin het voorschrift buiten toepassing is gelaten, of onverbindend is verklaard, geen toepassing vindt.<sup>218</sup> Toch is het tenminste een fatsoenregel dat de onrechtmatigheid eerst wordt weggenomen. Dat geldt als een voorschrift onverbindend zou worden verklaard,<sup>219</sup> maar mijns inziens ook als een voorschrift buiten toepassing gelaten wordt vanwege een formeel generiek (of groepsspecifiek) gebrek. Als uit het oordeel van de bestuursrechter is af te leiden dat er een generiek (of groepsspecifiek) gebrek kleeft aan het voorschrift, ook al is dat gebrek formeel, dan betekent dit dat het voorschrift ook in andere, vergelijkbare gevallen niet rechtmatig kan worden toegepast, zodat het mijns inziens nodig is dat dit gebrek hersteld wordt voordat de toepassing rechtmatig kan worden voortgezet.

Herstel van het voorschrift in situatie 2 kan plaatsvinden hangende het bezwaar, waarbij de heroverweging in beginsel *ex nunc* plaatsvindt, dan wel hangende het beroep bij de bestuursrechter. Dat herstel hangende beroep mogelijk is, blijkt uit de rechtspraak van de Afdeling. Zij heeft met betrekking tot motiveringsgebreken overwogen dat het in beginsel niet is uitgesloten dat tijdens de procedure waarin een algemeen verbindend voorschrift indirect wordt getoetst, nader onderbouwd wordt ‘waarom de toegepaste bepaling rechtmatig is en daarom in dat geval toegepast mocht worden.’<sup>220</sup> Het moet volgens de Afdeling

218 Zie paragraaf 1.4.7.

219 Zie paragraaf 1.4.7.

220 Zie ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336, r.o. 4.2. Zie ook ABRvS 24 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2470; ABRvS 14 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3753.



gaan om een motivering die in lijn is met het voorschrift en het standpunt weergeeft van het orgaan dat het voorschrift vastgesteld heeft; in de uitspraak waarin de Afdeling dit overweegt is dat de gemeenteraad.<sup>221</sup> In dat verband heeft de Afdeling ook overwogen dat de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften geschiedt ‘uitgaande van feiten en omstandigheden, inclusief het hogere wettelijke kader, ten tijde van de vaststelling van het voorschrift’, maar dat het bestuursorgaan over die feiten en omstandigheden nadere argumenten of bewijs aanvoeren.<sup>222</sup> Uit onder andere deze overweging zou volgens Van Heusden afgeleid kunnen worden dat de bestuursrechter algemeen verbindende voorschriften retrospectief *ex tunc* toetst.<sup>223</sup> Dit houdt een *ex tunc*-toetsing in, waarbij de rechter ook omstandigheden kan meenemen die zich na de totstandkoming van het voorschrift hebben voorgedaan en waaruit blijkt dat de regelgever ten tijde van het vaststellen van het voorschrift is uitgegaan van veronderstellingen die niet blijken te kloppen.<sup>224</sup>

Ten derde is het voor te stellen dat de inhoudelijke voortzetting gewenst is in zaken die onder het toepassingsbereik van het voorschrift (kunnen) vallen, maar waarin nog geen besluiten zijn genomen (situatie 3 – toekomst). Ook hier geldt, net als in situatie 2, dat het onrechtmatige verklaarde voorschrift formeel gezien rechtmatig toegepast kan worden, zonder het gebrek eerst te herstellen, maar is het mijns inziens tenminste een fatsoensregel dat het onrechtmatige voorschrift eerst hersteld wordt voordat het ten grondslag wordt gelegd aan de te nemen besluiten.

Het inhoudelijk voortzetten van het ‘oude’ onrechtmatig bevonden rechtsregime na herstel voelt voor de burger wellicht als het veranderen van de spelregels tijdens het spel. Dat is vooral voorstelbaar bij de voortzetting in situaties 1 en 2 (‘heden’), maar ook bij de voortzetting in situatie 3 (‘toekomst’). Denk met betrekking tot situatie 3 bijvoorbeeld aan degene die geen vergunning aanvraagt omdat een vergunningplicht onrechtmatig is bevonden in een ander geding en vervolgens een sanctie opgelegd krijgt ter handhaving van het ‘herstelde’ voorschrift. Met andere woorden: het is voor te stellen dat de inhoudelijke voortzetting van het ‘oude’ rechtsregime na herstel voor de burger in situaties 1, 2 en, in wellicht mindere mate situatie 3, voelt als het reguleren van zijn rechtspositie ten nadele met terugwerkende kracht.

Of ook rechtens sprake is van terugwerkende kracht hangt af van welke benadering gehanteerd wordt om te bepalen of sprake is van terugwerkende kracht. Ik hanteer hier een

221 Zie ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336, r.o. 4.2.

222 ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1157, r.o. 9.1.

223 Van Heusden 2022, p. 258-259.

224 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.10; Widdershoven 2018, p. 188; Van Heusden 2022, p. 258.

materiële benadering,<sup>225</sup> op grond waarvan sprake is van terugwerkende kracht als een 'wijziging meebrengt dat een door het oude recht gewekte verwachting wordt aangetast'.<sup>226</sup> Door deze ruime benadering te hanteren, kan het inhoudelijk voortzetten van een 'oud', onrechtmatig rechtsregime na herstel van een formeel gebrek elementen van terugwerkende kracht in zich hebben. De 'gewekte verwachting door het oude recht' is in deze context dan een 'gunstiger rechtsregime' vanwege de succesvolle indirecte toets. Deze succesvolle indirecte toets zou in elk geval de verwachting kunnen wekken dat het oude, onrechtmatig bevonden rechtsregime, niet in dezelfde inhoudelijke vorm wordt voortgezet. De 'wijziging' die de mogelijk gewekte verwachting aantast, is het herstel, waarna die inhoudelijke voortzetting wel plaatsvindt. Wordt ervan uitgegaan dat de inhoudelijke voortzetting van het 'oude', onrechtmatig bevonden rechtsregime na herstel van formele gebreken rechtens elementen van terugwerkende kracht in zich kan hebben, dan is de vervolgvraag die gesteld moet worden: in hoeverre is de inhoudelijke voortzetting, vooral gelet op die elementen van terugwerkende kracht, rechtens toelaatbaar?

Deze (heel) ruime materiële benadering van terugwerkende kracht wordt gehanteerd, zodat de vraag over de toelaatbaarheid kan worden gesteld en in de rechtsvergelijking in deel II bekeken kan worden in hoeverre het in andere rechtssystemen toelaatbaar gevonden wordt om een 'oud', onrechtmatig bevonden rechtsregime na herstel inhoudelijk voort te zetten, eventueel met terugwerkende kracht. In het verloop van het onderzoek, en dus ook in de rechtsvergelijking in deel II, worden met betrekking tot dit vraagstuk algemeen verbindende voorschriften die punitief worden gesanctioneerd overigens buiten beschouwing gelaten. Met het onderzoek wordt beoogd om een algemeen beeld te schetsen van de toelaatbaarheid van het inhoudelijk voortzetten van een 'oud', onrechtmatige bevonden rechtsregime na herstel van formele gebreken. Het punitief bestuursrecht past waarschijnlijk niet in dat algemene beeld, omdat daarvoor vermoedelijk andere, striktere uitgangspunten (moeten) gelden met betrekking tot de bovenstaande kwestie.

### 3.8.6 *Bevindingen en onderwerpen voor de rechtsvergelijking*

Als de indirecte toetsing van een algemeen verbindend voorschrift succesvol is vanwege de strijd met het evenredigheidsbeginsel, dan kiezen de bestuursrechters voor het 'speci-

---

225 Dit in plaats van vanuit een formeel-technische benadering. Volgens de formeel-technische benadering heeft een voorschrift terugwerkende kracht als dat voorschrift van toepassing is op rechtsfeiten opgetreden vóór de inwerkingtreding van het voorschrift, zie Pauwels 2009, p. 22-23. Terugwerkende kracht volgens de formeel-technische benadering is te herkennen aan bijvoorbeeld de volgende zinsnede: deze regeling treedt in werking [op / met ingang van ...] en werkt [ten aanzien van artikel.../ de artikelen ...] terug tot en met... Zie Aanwijzing 5.63, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

226 Vergelijk Pauwels 2009, p. 116.

fiek buiten toepassing laten', het 'groepsspecifiek buiten toepassing laten' of voor het 'onverbindend verklaren'.<sup>227</sup> Daarbij heb ik erop gewezen dat een algemeen verbindend voorschrift ook partieel onverbindend zou kunnen worden verklaard in plaats van het groepsspecifiek buiten toepassing laten. Is een algemeen verbindend voorschrift in strijd met een formeel gebrek, meestal het motiveringsbeginsel, dan kiezen de bestuursrechters conform de 1 juli 2019-maatstaf voor het buiten toepassing laten.<sup>228</sup> Op zich is dat een helder beeld, maar er zijn wel enkele aandachtspunten.

Ten eerste ontstaat de indruk dat een algemeen verbindend voorschrift soms in een specifiek geval buiten toepassing wordt gelaten, terwijl er aanleiding is om te twijfelen over de rechtmatigheid van het algemeen verbindend voorschrift als zodanig, al dan niet voor een specifieke groep van gevallen.<sup>229</sup> Dat gebeurt bij evenredigheidsgebreken, maar ook bij motiveringsgebreken. De vraag kan worden gesteld of het specifiek buiten toepassing laten in dit soort gevallen wel een passende consequentie is. In meer algemene zin is de vraag te stellen wanneer er aanleiding is om een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing te laten in het specifieke geval en wanneer een generiek(er) oordeel is aangewezen.

Ten tweede vallen formele gebreken, in het bijzonder zorgvuldigheids- en/of motiveringsgebreken, volgens de 1 juli 2019-maatstaf in een aparte categorie: zij kunnen nimmer leiden tot onverbindendheid maar slechts tot buiten toepassing laten.<sup>230</sup> Een mogelijke reden daarvoor zou kunnen zijn dat de inhoudelijke voortzetting van een 'oud', onrechtmatig bevonden rechtsregime na herstel van het formele gebrek wel kan na buiten toepassing laten, maar niet goed past na een 'harde' en 'desastreus' klinkende onverbindendverklaring. De rechtspraak wijst in deze richting, maar of dit de daadwerkelijke reden is geweest om het onverbindend verklaren uit te sluiten bij formele gebreken is niet met zekerheid te zeggen.<sup>231</sup> Deze rechtspraak roept in elk geval de vraag op of het voor het kunnen toepassen van de bovenstaande 'herstelmogelijkheid' rechtens iets uitmaakt of een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is verklaard of buiten toepassing is gelaten. Verder is besproken dat het inhoudelijk voortzetten van een 'oud', onrechtmatig bevonden rechtsregime na herstel van formele gebreken elementen van terugwerkende kracht in zich kan hebben en dat, vooral gelet op die elementen van terugwerkende kracht, vragen zijn te stellen over de toelaatbaarheid van deze herstelmogelijkheid.<sup>232</sup>

227 Paragraaf 3.8.2.

228 Paragraaf 3.8.3.

229 Paragraaf 3.8.4.

230 Paragraaf 3.8.5.

231 Paragraaf 3.8.5.

232 Paragraaf 3.8.5.

Deze bovenstaande kwesties zijn procedurele complicaties gerelateerd aan de consequenties van succesvolle indirecte toetsing, die aandacht behoeven na de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften, ingezet met de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader. Zij zijn de aanleiding om in meer algemene zin na te denken over de (reikwijdte van de) consequenties van een succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en de mogelijkheden om een ‘oud’, door de bestuursrechter bij wege van indirecte toetsing onrechtmatig bevonden rechtsregime na herstel van formele gebreken inhoudelijk voort te zetten. Ter inspiratie zal ik in deel II van het onderzoek bekijken wat in het Unierechtelijk, Duitse en Franse rechtstelsysteem de consequenties zijn van een succesvolle indirecte toetsing, welke reikwijdte die consequenties hebben en in hoeverre een ‘oud’, door de rechter onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk kan worden voortgezet na herstel van formele gebreken.

### 3.9 PROCEDURELE COMPLICATIE: DE VERHOUDING TUSSEN DIRECTE EN INDIRECTE TOETSING

#### 3.9.1 *Belang van het vraagstuk*

In de voorgaande paragrafen is het steeds gegaan over de uitgangspunten die gelden voor de indirecte rechterlijke toetsing van niet appellabele algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. Het is ook mogelijk dat wel appellabele algemeen verbindende voorschriften in een andere rechtsgang óók indirect worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen door de bestuursrechter. Als een algemeen verbindend voorschrift zowel direct als indirect kan worden getoetst, rijst de vraag of het niet (tijdig) of zonder succes gebruik maken van de mogelijkheid van directe toetsing van een algemeen verbindend voorschrift het gevolg heeft of zou moeten hebben dat de latere indirecte toetsing door de bestuursrechter van dat voorschrift beperkter is of zelfs achterwege blijft. Beperkter, in die zin dat dan niet de hiervoor genoemde uitgangspunten op grond van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader gelden. Dit lijkt misschien een vraag die alleen relevant is voor de hypothetische situatie dat de wetgever de tijd rijp zou achten voor het schrappen van artikel 8:3, eerste lid, aanhef en onder a, Awb,<sup>233</sup> maar het tegendeel is het

---

233 Het ziet er overigens niet naar uit dat artikel 8:3 Awb daadwerkelijk (snel) zal worden geschrapt. Nog altijd wordt het invoeren van rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften niet wenselijk bevonden, zie ‘Reactie op de afzonderlijke reguleringsopties in het rapport ‘Modernisering procesrecht in het licht van big data’, bijlage 963256 bij *Kamerstukken II* 2020/21, 26643, nr. 726, p. 12 en de verwijzing naar de kabinetsreactie uit 2004 op de tweede evaluatie van de Awb: *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 16, p. 13. Redenen daarvoor? Openstelling van rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften kan volgens het kabinet leiden tot rechtsonzekerheid, zou naar verwachting een doorbreking van

geval. Sommige algemeen verbindende voorschriften kunnen namelijk – bij wijze van uitzondering – momenteel al direct worden aangevochten bij de bestuursrechter. Tot die groep behoren bestemmingsplannen, en onder de Omgevingswet omgevingsplannen, en ook bijvoorbeeld bepaalde algemeen verbindende voorschriften die worden vastgesteld op grond van de Elektriciteitswet, de Wet geneesmiddelenprijzen en de Gaswet.<sup>234</sup> Voor die appellabele algemeen verbindende voorschriften is dus nu al de vraag aan de orde hoe indirecte toetsing moet plaatsvinden als die voorschriften niet (tijdig) of zonder succes direct zijn aangevochten bij de bestuursrechter.

Om het belang van de zojuist opgeworpen vraag beter te kunnen plaatsen, is het goed om iets op te merken over de invloed van het niet (tijdig) of zonder succes gebruiken van de beroepsmogelijkheid bij andere besluiten dan algemeen verbindende voorschriften, in het bijzonder beschikkingen. Als er tegen een beschikking bij de bestuursrechter niet (tijdig) of zonder succes tot in laatste gewone aanleg is opgekomen, verkrijgt zij formele rechtskracht.<sup>235</sup> De leer van de formele rechtskracht is een processuele techniek die beoogt de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van een in rechte onaantastbare beschikking in een ander geding uit te dragen en strekt zich uit jegens diegene die de rechtsgang naar de bestuursrechter zonder succes tot in laatste gewone aanleg heeft doorlopen of had kunnen doorlopen en dus niet jegens degene voor wie die rechtsgang niet openstond.<sup>236</sup> Aan de leer van de formele rechtskracht ligt, waar deze speelt binnen de bestuursrechtelijke ketenbesluitvorming, voornamelijk het belang van de rechtszekerheid ten grondslag: burgers moeten kunnen uitgaan van het rechtens onaantastbare besluit en hun handelen daarop kunnen afstemmen.<sup>237</sup> Zouden we de geldigheid en/of rechtmatigheid van een in rechte onaantastbare beschikking nog ter discussie kunnen stellen, dan zouden we nooit écht kunnen uitgaan van de rechtsgeldigheid van een besluit, zo is de gedachte.

---

het evenwicht betekenen tussen bestuur en rechter (*trias politica*) en zou naar verwachting leiden tot een toename van het aantal beroepen bij de rechter, in een tijd ‘waarin de bestuursrechter toch al overbelast is.’ Voor een bespreking van deze argumenten zie Schutgens 2017, p. 115-117.

234 Zie ook Van Heusden 2022, p. 251.

235 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9347 (*Heesch/van de Akker*) en, bijvoorbeeld, HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1744.

236 Vergelijk Ortlep & Van Zanten 2021, p. 201. Zie over de leer van de formele rechtskracht verder bijvoorbeeld Kortmann 2006, p. 165 e.v.; Kortmann 2009, p. 236-253. Van Ettekovén 2006; Ortlep 2011, p. 239 e.v.; Polak 2019, p. 7-70.

237 Op basis van de rechtspraak van voornamelijk de Hoge Raad zijn in de literatuur voor de formele rechtskracht, naast het argument van de rechtszekerheid, ook het argument van de rechtsmachtverdeling en het argument van de specialiteit genoemd. Zie onder meer Mok & Tjittes 1995, p. 385; Kortmann 2006, p. 165 e.v.; Kortmann 2009, p. 246 e.v.; Ortlep 2008, p. 246-258; Ortlep 2011, p. 263; Sanders 2018, p. 105 e.v.; Sanders 2019, p. 88 e.v.; Polak 2019, p. 14-16. Als de bestuursrechter de leer van de formele rechtskracht toepast, blijft vooral het argument van de rechtszekerheid over. Zie bijvoorbeeld Schueler 1998, p. 325-341; Ortlep 2011, p. 263-264; Polak 2019, p. 47 e.v.

Algemeen verbindende voorschriften die niet (tijdig) of zonder succes zijn aangevochten bij de bestuursrechter kunnen niet meer rechtens teniet kunnen worden gedaan door de bestuursrechter door de inzet van normale rechtsmiddelen. Maar, de bestuursrechter heeft wel de mogelijkheid om deze algemeen verbindende voorschriften indirect te toetsen bij de gelegenheid van een beroep tegen een besluit, met als mogelijk gevolg het onverbindend verklaren of buiten toepassing laten van dat voorschrift. Het onverbindend verklaren of buiten toepassing laten betekent *niet* dat een algemeen verbindend voorschrift rechtens teniet wordt gedaan door de bestuursrechter. Wel veroorzaakt de mogelijkheid tot onverbindendverklaring of buiten toepassing laten rechtsonzekerheid. De vraag kan daarom worden gesteld hoe intensief en in welke omvang niet (tijdig) of zonder succes direct aangevochten voorschriften nog indirect moeten worden getoetst. Moet die mogelijkheid sterk worden beperkt, zodat vergelijkbare uitgangspunten gelden als bij in rechte onaantastbare beschikkingen, of ligt dat anders bij algemeen verbindende voorschriften?<sup>238</sup>

Hierna leg ik eerst uit dat de bestuursrechter algemeen verbindende voorschriften in beginsel altijd indirect kan toetsen, ook al is daartegen niet (tijdig) of zonder succes beroep ingesteld bij de bestuursrechter (paragraaf 3.9.2). De vervolgvraag is hoever de bestuursrechter bij die indirecte toetsing kan gaan. Die vraag wordt door de hoogste bestuursrechters verschillend beantwoord (paragrafen 3.9.3 en 3.9.4). In paragraaf 3.9.5 geef ik de bevindingen weer en bespreek ik de welke onderwerpen in de rechtsvergelijking worden betrokken.

### 3.9.2 *Indirecte toetsing blijft mogelijk...*

In zowel de rechtspraak<sup>239</sup> als de doctrine<sup>240</sup> wordt ervan uitgegaan dat algemeen verbindende voorschriften indirect kunnen worden getoetst als zij niet of zonder succes bij de bestuursrechter direct zijn aangevochten. Dat heeft te maken met rechtsbeschermingsargumenten en het permanente en algemene karakter van algemeen verbindende voorschriften. Met het permanente en algemene karakter van algemeen verbindende voor-

---

238 Zie hierover ook bijvoorbeeld Polak 1999, p. 51-52; Van Male 1988, p. 288-289; Bok 1991, p. 279 e.v.; Schutgens 2017, p. 124 e.v.; *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 93-94; *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, 1, p. 23; Schuurmans & Voermans 2010, p. 830-831; Van Heusden 2022, p. 251 e.v.

239 Bijvoorbeeld reeds ABRvS 21 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AP7071; ABRvS 19 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN8372; CBB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299.

240 Bijvoorbeeld Polak 1999, p. 52; Van Male 1988, p. 288-289; Schutgens 2017, p. 124-126; Van Heusden 2022, p. 253-256; Lubberdink 1996, p. 12, 16-17.

schriften wordt bedoeld dat algemeen verbindende voorschriften zich lenen voor een onbepaald aantal toepassingen op een open, in abstracto omschreven groep.<sup>241</sup>

Vanwege het permanente en algemene karakter van algemeen verbindende voorschriften kan het voorkomen dat burgers pas na afloop van de beroepstermijn onder het bereik van een algemene regel vallen en pas dan belanghebbende worden. Dat kan bijvoorbeeld gebeuren als iemand verhuist naar een andere gemeente en daar met een algemene regel wordt geconfronteerd.<sup>242</sup> Deze personen worden 'later-belanghebbenden' genoemd.<sup>243</sup> Zij hebben geen kans gehad om een voorschrift aan te vechten in een direct beroep, maar kunnen later wel om indirecte toetsing vragen. Het zou, zoals door Schutgens wordt opgemerkt, onaanvaardbaar zijn om later-belanghebbenden vanwege het verstrijken van de beroepstermijn voor het directe beroep tegen algemeen verbindende voorschriften op de bestuursrechter ook nog indirecte toetsing te ontzeggen.<sup>244</sup> Ook zogenoemde 'oorspronkelijk-belanghebbenden', burgers die van meet af aan belanghebbend waren, hebben de mogelijkheid om een algemeen verbindend voorschrift ter indirecte toetsing voor te leggen aan de bestuursrechter.<sup>245</sup> Dat ook zij die mogelijkheid hebben, heeft als reden dat zij bijvoorbeeld mogelijk pas van het bestaan van een regeling afweten op het moment dat er ter uitvoering of handhaving van die regeling een appellabel uitvoeringsbesluit wordt genomen (afwijzing, sanctie). Of zij weten wel van het bestaan van de regeling af, maar weten niet zeker of die op hen zal worden toegepast.<sup>246</sup>

In de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters komt ook het uitgangspunt naar voren dat burgers kunnen vragen om de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften, ongeacht het antwoord op de vraag of iemand oorspronkelijk-belanghebbende of later-belanghebbende is. Dat blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van het CBB uit 2002.<sup>247</sup> In een zaak tegen het besluit tot vaststelling van het landelijk uniform producenten transporttarief (LUP)<sup>248</sup> stelt appellante zich op het standpunt dat het LUP niet had mogen worden vastgesteld omdat de TarievenCode, waarop het LUP is gebaseerd en waartegen rechtstreeks beroep openstond, onverbindend is wegens strijd met de Elektriciteitswet 1998. Over de vraag of de TarievenCode nog indirect kan worden getoetst, overweegt het CBB als volgt:

241 Vergelijk Van Male 1988, p. 59.

242 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, 1, p. 23; Schutgens 2017, p. 124-125; Van Male 1988, p. 288.

243 Deze term is afkomstig van Schutgens 2017, p. 124.

244 Schutgens 2017, p. 125.

245 Ook deze term is afkomstig van Schutgens 2017, p. 124.

246 *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, 1, p. 23; Van Male 1988, p. 288; Schutgens 2017, p. 125.

247 CBB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299.

248 *Stcrt.* 1999, 239.

‘Naar het oordeel van het College brengt de aard van het algemeen verbindend voorschrift, waaraan inherent is dat het geldt voor een reeks van gevallen en zich richt tot een open, in abstracto omschreven groep van personen, met zich dat de mogelijkheid tot het invoeren van de onverbindendheid ervan niet in de tijd is beperkt. Een andere opvatting zou er toe leiden dat (toekomstige) belanghebbenden, ook al weten zij nog niet of zij eerlang door een op het algemeen verbindend voorschrift gebaseerd concreterend besluit benadeeld zullen worden, genoodzaakt zijn reeds tegen het algemeen verbindend voorschrift, waarin de norm is neergelegd waarvan zodanig concreterend besluit de toepasselijkheid nader bepaalt, op te komen. Bovendien zou bedoelde opvatting kunnen leiden tot de weinig wenselijk lijkende situatie dat een onderscheid moet worden gemaakt in de behandeling van beroepen tegen concreterende besluiten die worden ingesteld door enerzijds hen die reeds ten tijde van de vaststelling van het algemeen verbindend voorschrift als belanghebbende hadden kunnen worden aangemerkt en anderzijds hen die pas in een later stadium deze status hebben verworven.’

Vanwege de permanente en algemene aard van algemeen verbindende voorschriften wordt de mogelijkheid om een voorschrift ter indirecte toetsing aan de bestuursrechter voor te leggen dus niet in de tijd beperkt voor zowel later-belanghebbenden als oorspronkelijk-belanghebbenden. Datzelfde uitgangspunt geldt als de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschriften wél heeft getoetst tijdens een direct beroep, maar tot het oordeel kwam dat het betreffende voorschrift niet in strijd is met een hogere rechtsnorm (zonder succes ingesteld beroep).<sup>249</sup> Zo overweegt de Afdeling in een uitspraak uit 2003 dat ‘[d]e omstandigheid dat bij de Afdeling het beroep tegen de goedkeuring van het bestemmingsplan, waar het voorschrift onderdeel van is, is behandeld noch de omstandigheid dat de in dit voorschrift opgenomen categorie-indeling in die procedure aan de orde is geweest, maakt dat de verbindendheid van dit voorschrift niet meer aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd.’<sup>250</sup> Ook het feit dat de door de bestuursrechter in een direct beroep getoetste en niet onrechtmatig bevonden algemeen verbindende voorschriften later indirect kunnen worden getoetst, wordt verklaard door het permanente en algemene karakter van algemeen verbindende voorschriften. Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat de (nadelige) effecten pas een lange tijd na de inwerkingtreding van het voorschrift

249 De vraag naar de mogelijkheid van indirecte toetsing is niet aan de orde als de bestuursrechter in een rechtstreeks beroep heeft geoordeeld dat een voorschrift in strijd is met hoger recht. In dat geval zou de rechter het voorschrift vernietigen, waardoor in beginsel de rechtsgevolgen van het voorschrift voor eenieder en met terugwerkende kracht worden verwijderd uit de wereld van het recht. Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, 1, p. 27-28.

250 ABRvS 19 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN8372, r.o. 2.4.



duidelijk worden. Overigens geldt dat argument ook voor de situatie waarin er geen gebruik is gemaakt van de beroepsmogelijkheid.

Kortom, de bestuursrechter kan in beginsel algemeen verbindende voorschriften waartegen niet (tijdig) of zonder succes beroep is ingesteld op een later moment indirect toetsen als er beroep is ingesteld tegen een op het voorschrift gebaseerd appellabel besluit. Daarmee is nog niet de vraag beantwoord hoever de bestuursrechter bij die indirecte beoordeling kan gaan. Het CBB en de Afdeling beantwoorden die vraag verschillend, zoals ik zal uitleggen in de volgende paragrafen.

### 3.9.3 ... maar met welke intensiteit en in welke omvang?

Het is niet alleen vaste rechtspraak van de Afdeling dát, wat zij noemt, onherroepelijke bestemmingsplannen indirect – via de band van een appellabel besluit – kunnen worden getoetst,<sup>251</sup> maar ook dat die indirecte toetsing beperkt is.<sup>252</sup> De Afdeling hanteert het uitgangspunt dat de mogelijkheid om via indirecte toetsing ‘de gelding van de toepasselijke bestemmingsplanregeling aan de orde te stellen, niet zover strekt dat deze regeling aan dezelfde toetsingsmaatstaf wordt onderworpen als de toetsingsmaatstaf die wordt gehanteerd in het kader van de beoordeling van beroepen tegen een vastgesteld bestemmingsplan.’

De Afdeling hanteert bij het indirect toetsen van onherroepelijke bestemmingsplannen het zogenoemde ‘evidentiecriterium’. Dit criterium houdt in dat een bestemmingsregeling slechts onverbindend kan worden verklaard of buiten toepassing kan worden gelaten indien de bestemmingsregeling evident in strijd is met de hogere regeling. Voor een dergelijke evidentie is onder meer vereist dat de hogere regelgeving zodanig concreet is dat deze zich voor indirecte toetsing leent.<sup>253</sup> In veel zaken waarin de Afdeling bestemmings-

251 ABRvS 21 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AP7071, BR 1998, p. 208, m.nt. H.J. de Vries, *Gst.* 1998, 7078, 8, m.nt. J.M.H.F. Teunissen. Zie ook de annotaties van A.A.J. de Gier in AB 2001/193 en J.M.H.F. Teunissen in *Gst.* 2001, 7148, 5 onder ABRvS 16 januari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6690.

252 Bijvoorbeeld ABRvS 16 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6223; ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2842; ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:929; ABRvS 31 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2857; ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2235; ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:307; ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:762; ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:607. Sommige punten kunnen volgens de Afdeling sowieso niet meer aan de orde komen bij de indirecte toetsing door de bestuursrechter. Dat geldt voor de vraag of er uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening de juiste bestemming is toegekend aan een perceel of bouwwerk. Zie ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:607; ABRvS 2 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1177, AB 2021/275, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

253 Zie voor deze overweging in een procedure over een omgevingsvergunning bijvoorbeeld ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:607, r.o. 4.1. Voor een vergelijkbare overweging in een handhavingproce-

plannen (indirect) toetst, is de hogere norm artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn. In die zaken voegt de Afdeling aan het bovenstaande toe dat een planregel alleen evident in strijd is met hoger recht als de bestuursrechter die strijd zonder nader onderzoek kan vaststellen, bijvoorbeeld als iedere motivering ontbreekt. Ontbreekt de motivering aanvankelijk, dan hoeft dat overigens niet tot gevolg te hebben dat een voorschrift onverbindend wordt verklaard of buiten toepassing wordt gelaten. Als het college van burgemeester en wethouders alsnog onderbouwt waarom er aan artikel 15, derde lid, Dienstenrichtlijn is voldaan, wordt evidente strijd niet aangenomen.<sup>254</sup>

Uit oudere van de rechtspraak van de Afdeling volgt verder dat de indirecte toetsing wordt beperkt als er een rechterlijk oordeel is gegeven over de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift op een specifiek punt tijdens een direct beroep. Het voorgaande volgt uit een uitspraak van de Afdeling uit 2001.<sup>255</sup> In hun beroep tegen de verlening van bouwvergunningen voeren appellanten aan dat het gemeentebestuur van Doetinchem in een uitwerkingsplan en de uitvoering daarvan ten onrechte zijn afgeweken van de in het globale bestemmingsplan voorziene fasering van woningbouw. Gelet op het uitwerkingsplan kunnen er veel meer woningen worden gerealiseerd dan waarvan de gemeenteraad was uitgegaan bij de vaststelling van het globale plan. Het is niet de eerste keer dat appellanten dit argument naar voren brengen. Zij hebben het argument ook ingebracht tijdens het beroep tegen het besluit tot goedkeuring van het uitwerkingsplan. Tevergeefs. In een uitspraak van 5 februari 1999 is de Afdeling nadrukkelijk ingegaan op de aangevoerde overschrijding van de norm voor de bebouwingsdichtheid, waarna het beroep ongegrond is verklaard. Wat betekent dat oordeel voor de mogelijkheid van indirecte toetsing van het uitwerkingsplan bij de gelegenheid van het beroep tegen de bouwvergunningen? De Afdeling overweegt: '[d]e thans bij de Afdeling voorliggende toetsing bij wijze van exceptie reikt niet zover dat een eenmaal door de rechter bij de toetsing van het uitwerkingsplan uitdrukkelijk verworpen stelling omtrent de onrechtmatigheid van dat uitwerkingsplan alsnog zou worden gehonoreerd.'

---

dure, zie bijvoorbeeld ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:307, r.o. 2.1.

254 Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520; ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1474; ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1677; ABRvS 8 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2010; ABRvS 19 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:157.

255 ABRvS 16 januari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6690. Zie ook de annotaties onder die uitspraak van A.A.J. de Gier in *AB* 2001/193 en J.M.H.F. Teunissen in *Gst.* 2001, 7148, 5.

De Afdeling hanteert dus de lijn dat onherroepelijke bestemmingsplannen beperkt – met toepassing van het evidentiecriterium – moeten worden getoetst. De indirecte toets is minder intensief – de strijd moet zonder nader onderzoek zijn vast te stellen – en de omvang is beperkter, omdat alleen hogere normen die ‘concreet genoeg zijn’ als toetsingsmaatstaf kunnen fungeren. Gebreken in de voorbereiding – zoals het ontbreken van de motivering ten aanzien van de overeenstemming met een hogere rechtsnorm – leiden niet tot het oordeel dat een voorschrift evident in strijd is met hoger recht als die motivering althans alsnog wordt gegeven.

De Afdeling heeft in haar rechtspraak ook uitgelegd waarom zij onherroepelijke bestemmingsplannen beperkt toetst. Dat doet zij bijvoorbeeld in de uitspraak *Diemen*, waarin de volgende argumentatie ten grondslag wordt gelegd aan het hanteren van het evidentiecriterium:

[...] Een bijzonder kenmerk van de bestemmingsplanprocedure is dat het bestemmingsplan, anders dan andere algemeen verbindende voorschriften, appellabel is. De exceptieve toetsing van bestemmingsplanregels is dan ook pas aan de orde wanneer de bestemmingsplanprocedure reeds doorlopen is en het plan onherroepelijk is geworden. Verder wijst de Afdeling er op dat aan de exceptieve toetsing van bestemmingsplanregels het rechtszekerheidsbeginsel en de bescherming van belangen van derden ten grondslag liggen. De bestemmingsplanprocedure is speciaal ontworpen voor de totstandkoming en de toetsing (van de rechtmatigheid) van een bestemmingsplan. De aangewezen rechtsgang om het bestemmingsplan te laten toetsten aan de Dienstenrichtlijn is dan ook om bij de gemeenteraad een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan in te dienen. Zolang een bestemmingsplan niet is herzien, mogen aanvragers en derden in beginsel afgaan op wat er in het bestemmingsplan staat. Alleen als de bestemmingsplanregel evident in strijd is met hoger recht, moeten derden rekening houden met onverbindendheid. Dat is van belang voor de rechtszekerheid en voor de werking van het limitatief-imperatieve stelsel voor aanvragen voor een omgevingsvergunning.<sup>256</sup>

Uit de argumentatie van de Afdeling leid ik af dat het gebruik van het evidentiecriterium sterk samenhangt met de aard van een bestemmingsplan(procedure). Bij die voorschriften zijn veel belangen van derden aan de orde en het belang van de rechtszekerheid vereist voor hen en voor de aanvragers van een omgevingsvergunning dat er binnen een korte tijd duidelijkheid bestaat over de gelding van een bestemmingsplan. Daarnaast kan degene die

256 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.4.

meent dat een onherroepelijk bestemmingsplan onrechtmatig is een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan indienen bij de gemeenteraad. Als de bestuursrechter het besluit beoordeelt dat naar aanleiding van zo'n verzoek wordt genomen, hanteert zij niet het evidentie criterium, maar toetst zij 'vol'.<sup>257</sup> Met de herzieningsmogelijkheid kan het evidentie criterium dus 'omzeild' worden, zo ook in bijvoorbeeld de situatie waarin een later-belanghebbende een bestemmingsplan ter discussie wil stellen of bijvoorbeeld de situatie waarin dat plan pas na afloop van de beroepstermijn onrechtmatig is geworden.

Omdat de argumentatie van de Afdeling om het evidentie criterium te hanteren is toegesneden op de aard van een bestemmingsplan(procedure), rijst de vraag of de indirecte toetsing door de bestuursrechter wat betreft de intensiteit en omvang eveneens beperkter moet zijn als het gaat om andere appellabele algemeen verbindende voorschriften die niet (tijdig) of zonder succes zijn aangevochten. De rechtspraak van het CBB wekt de suggestie van niet. In paragraaf 3.9.2 is gewezen op de uitspraak van het CBB over het LUP en de TarievenCode, waaruit volgt dat het CBB de opvatting heeft dat de aard van een algemeen verbindend voorschrift insluit dat de mogelijkheid om dit indirect te laten toetsen niet in de tijd is beperkt.<sup>258</sup> In latere rechtspraak herhaalt het CBB dat indirecte toetsing mogelijk is, ook al heeft een partij de mogelijkheid laten verlopen om beroep in te stellen.<sup>259</sup> Uit deze rechtspraak blijkt niet als zodanig dat die indirecte toetsing volgens het CBB minder intensief of beperkter in omvang zou moeten zijn vanwege de eerdere directe beroepsmogelijkheid.<sup>260</sup>

#### 3.9.4 *Bevestiging van het evidentie criterium*

Recent heeft de Afdeling een uitspraak gedaan waaruit blijkt dat zij het evidentie criterium zal blijven toepassen bij de indirecte toetsing van onherroepelijke bestemmingsplannen en, onder de Omgevingswet, omgevingsplannen.<sup>261</sup>

Eind 2022 stelde de Afdeling aan staatsraad-advocaat generaal Nijmeijer de vraag of er aanleiding bestaat om het evidentie criterium los te laten bij de toetsing van onherroepelijke bestemmingsplannen en omgevingsplannen onder de Omgevingswet.<sup>262</sup> Bij de beant-

257 Zie ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:624.

258 CBB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299, r.o. 5.

259 CBB 2 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ0727, r.o. 5.2.

260 In vergelijkbare zin Van Heusden 2022, p. 253-254.

261 ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380.

262 Zie het persbericht van 6 december 2022 'Afdeling bestuursrechtspraak vraagt conclusie over toetsing omgevingsplan in vergunningsprocedure', via: <https://www.raadvanstate.nl/@134180/conclusie-toetsing-omgevingsplan/>.

woording van die vraag vroeg zij de staatsraad advocaat-generaal rekening te houden met verschillende aspecten: de mogelijkheid dat pas in de vergunningsfase duidelijk kan zijn wat de gevolgen zijn van de regels van het (omgevings)plan, de omstandigheid dat de regels van een (omgevings)plan ten tijde van de planprocedure acceptabel kunnen zijn, maar naarmate de feitelijke uitvoering van het plan vordert, niet meer en overige relevante factoren. We herkennen hierin deels de argumenten, genoemd in paragraaf 3.9.2, die in het algemeen pleiten vóór het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften waartegen niet (tijdig) of zonder succes beroep is ingesteld.

De conclusie van staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer is verschenen op 5 april 2023.<sup>263</sup> Zijn opvatting is dat er in algemene zin geen aanleiding bestaat om het evidentiecriterium los te laten. Hij wijst erop dat het toetsen van de rechtmatigheid van bestemmingsplannen gebeurt tijdens het vernietigingsberoep en dat een herhaling van zo'n rechtmatigheidstoetsing buiten het vernietigingsberoep moet worden voorkomen vanwege het belang van de rechtszekerheid. Dat is de ratio van het evidentiecriterium, aldus Nijmeijer.<sup>264</sup> Het evidentiecriterium kan worden gehandhaafd, ook als zich na de vaststelling van het plan feitelijke ontwikkelingen voordoen die passen binnen de grenzen van planregels met open normen. Daarbij acht Nijmeijer het ook van belang dat onherroepelijke planregels via een verzoek tot herziening kunnen worden voorgelegd aan de bestuursrechter, die in die procedure niet het evidentiecriterium hanteert.<sup>265</sup>

Voor een enkele situatie ziet staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer wél aanleiding om van de toepassing van het evidentiecriterium af te zien. Dat betreft de situatie waarin er sprake is van een zogenoemde 'posterieure planologische beleidsregel'. Planologische beleidsregel vullen open normstelling in een planregel in; zij zijn in feite een vorm van verlengde normstelling.<sup>266</sup>

Dergelijke planologische beleidsregels zijn posterieur als ze pas na het onherroepelijk worden van het plan bekend worden gemaakt of nadien worden gewijzigd.<sup>267</sup> Bij de indirecte toetsing van onherroepelijke planregels waarin wordt verwezen naar posterieure planologische beleidsregels gaat de ratio achter het evidentiecriterium niet op. De inhoud van dergelijke beleidsregels kan immers niet betrokken zijn bij de rechterlijke toetsing van

263 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer van 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367.

264 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer van 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367, punt 8.4.

265 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer van 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367, punt 8.4.

266 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer van 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367, punt 8.7.

267 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer van 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367, punt 8.15.

de rechtmatigheid van de planregel in een vernietigingsberoep. Het ligt dan voor de hand om niet het evidentie criterium toe te passen, aldus Nijmeijer.<sup>268</sup>

Op 6 september 2023 deed de Afdeling uitspraak in de zaak waarin de conclusie was gevraagd.<sup>269</sup> De kern van de uitspraak is dat zij, zoals hierboven al gezegd, het evidentie criterium handhaaft bij de indirecte toetsing van onherroepelijke planregels. Anders dan staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer had geadviseerd, houdt de Afdeling ook vast aan het evidentie criterium als het gaat om de indirecte toetsing van een planregel waarin wordt verwezen naar een beleidsregel die pas na de vaststelling van het plan is bekendgemaakt of daarna is gewijzigd.<sup>270</sup> De Afdeling overweegt in dat verband dat de inhoud van de beleidsregel waarnaar een planregel verwijst niet bepalend is voor de rechtmatigheid van de open norm in een planregel; de planregel met open norm moet op zichzelf worden beoordeeld.<sup>271</sup> Ik leid daaruit af dat het niet uitmaakt dat de inhoud van een beleidsregel niet betrokken kan worden bij de directe toetsing van de planregel met open norm en dat er in die zin daarom ook geen reden is om van toepassing van het evidentie criterium af te zien. De Afdeling vindt het ook van belang dat de inhoud van een beleidsregel, los van de planregel waarbij de regel wordt toegepast, indirect getoetst kan worden in het kader van een beroep tegen besluit dat op de beleidsregel is gebaseerd.<sup>272</sup>

### 3.9.5 *Bevindingen en onderwerpen voor de rechtsvergelijking*

Met welke intensiteit en met welke omvang toetst de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift indirect als er ook een mogelijkheid was om dat voorschrift direct te toetsen in een vernietigingsberoep, maar het directe beroep niet (tijdig) of zonder succes is ingesteld? Deze vraag stond centraal in paragraaf 3.9. Deze vraag is relevant, omdat het antwoord daarop aangeeft of de indirecte toetsing van niet (tijdig) of zonder succes direct aangevochten algemeen verbindende voorschriften zou kunnen plaatsvinden conform de uitgangspunten van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader of dat die indirecte toetsing beperkter zou moeten zijn in intensiteit en/of omvang.

Uit de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters volgt dat indirecte toetsing in beginsel niet achterwege moet blijven als een algemeen verbindend voorschrift niet (tijdig) of zon-

---

268 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer van 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367, punt 8.19.

269 ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380.

270 ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380, r.o. 6.4.5.

271 ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380, r.o. 6.4.5.

272 ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380, r.o. 6.4.5.

der succes direct is aangevochten.<sup>273</sup> Het permanente en algemene karakter van algemeen verbindende voorschriften verlangt dat er ook naast de mogelijkheid van een direct beroep rechtsbescherming mogelijk moet zijn tegen algemeen verbindende voorschriften, en wel door middel van indirecte toetsing. De vraag met welke intensiteit en in welke omvang die indirecte toetsing moet plaatsvinden, wordt al naar gelang het type algemeen verbindende voorschrift verschillend beantwoord. In de bestemmingsplannenjurisprudentie hanteert de Afdeling de lijn dat ‘onherroepelijke’ bestemmingsplannen beperkt indirect worden getoetst met toepassing van het evidentie criterium, waaraan zij voorlopig vasthoudt.<sup>274</sup> Het evidentie criterium beperkt de indirecte toetsing zowel in intensiteit (de strijd moet zonder nader onderzoek zijn vast te stellen) als in omvang (alleen hogere normen die ‘concreet genoeg zijn’ kunnen als toetsingsmaatstaf fungeren). De redenen voor de toepassing van het evidentie criterium lijken voornamelijk te maken te hebben met de aard van een bestemmingsplan (procedure), de belangen van derden en de rechtszekerheid. Buiten het terrein van de bestemmingsplannen wordt het evidentie criterium niet toegepast. Dat blijkt uit rechtspraak van het CBB.<sup>275</sup> Uit die rechtspraak is niet af te leiden dat de indirecte rechterlijke toetsing van een niet (tijdig) of zonder succes direct aangevochten algemeen verbindend voorschrift plaatsvindt met enige beperking in intensiteit of omvang.

De verschillende benaderingen van de Afdeling en het CBB roepen de vraag op hoe het nu verder moet met de indirecte toetsing van niet (tijdig) of zonder succes direct aangevochten algemeen verbindende voorschriften. Meer specifiek is de vraag voor dit proefschrift: zijn de uitgangspunten van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader zonder meer toe te passen op algemeen verbindende voorschriften die niet (tijdig) of zonder succes direct zijn aangevochten, of moet de indirecte toets van die voorschriften, conform de benadering van de Afdeling, beperkt worden in omvang en/of intensiteit? Dat is een vraag van procedurele aard (‘procedurele complicatie’) waartoe de intensiveringstendenzen, ingezet met de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader, leidt en die in de kern ziet op de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Om inspiratie op te doen om die vraag te beantwoorden, zal ik in de rechtsvergelijking, deel II van het proefschrift, bekijken hoe de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften is in andere rechtssystemen, namelijk het Unierecht, Duitsland en Frankrijk.

---

273 Paragraaf 3.9.2.

274 Paragrafen 3.9.3 en 3.9.4.

275 Paragraaf 3.9.3.

## 3.10 OVERZICHT BEVINDINGEN EN VRAGEN

Het nieuwe beoordelingskader, bestaande uit de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader geven gezamenlijk een richting aan voor, en wekken verwachtingen over, het verloop van de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In dit hoofdstuk heb ik besproken welke richting en verwachtingen dat zijn,<sup>276</sup> hoe de intensivering voorsnog verloopt in de rechtspraak van de bestuursrechters<sup>277</sup> en welke vragen daarbij rijzen.<sup>278</sup> Deze vragen vormen de basis voor het rechtsvergelijkende onderzoek in de delen II en III van dit proefschrift.

Het nieuwe beoordelingskader en de toepassingen daarvan maken duidelijk dat de intensivering plaatsvindt door de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, in het kader waarvan ook de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering een rol kan spelen. Daarbij rijzen verschillende vragen, die zijn onder te brengen in vijf thema's waarop het nieuwe beoordelingskader en de toepassingen daarvan van invloed zijn. De eerste drie thema's zijn van materieel van aard; de overige twee hebben een procedureel karakter.

Het eerste thema is de *structuur en inhoud van de evenredigheidstoets*.<sup>279</sup> De aan dit thema gerelateerde vraag is vooral hoe de inhoud en structuur van de drietrapsevenredigheidstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin verder kan worden vormgegeven, zodat de toetsing meer in overeenstemming is met het *Harderwijk*-beoordelingskader.<sup>280</sup> Het tweede thema gaat over *de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel*.<sup>281</sup> Deze toetsing is in algemene zin nog steeds terughoudend. Voor zover er wel intensievere evenredigheidstoetsingen plaatsvinden, gebeurt dat als de bestuursrechters een specifieke of groepsspecifieke toetsing uitvoeren.<sup>282</sup> De voornaamste vraag is of de bestuursrechter vaker (generieke) evenredigheidsbeoordelingen zou moeten uitvoeren wanneer hij algemeen verbindende voorschriften indirect toetst aan het evenredigheidsbeginsel en wanneer daarvoor dan aanleiding is.<sup>283</sup> Het derde thema gaat over *de modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel*.<sup>284</sup> De bestuursrechters hanteren

276 Zie paragraaf 3.6.

277 Zie paragraaf 3.7.

278 Zie paragrafen 3.7.5, 3.8.6 en 3.9.5.

279 Zie paragraaf 3.7.2.

280 Zie paragraaf 3.7.5.

281 Zie paragraaf 3.7.3.

282 Zie paragrafen 3.7.3.1 en 3.7.3.2.

283 Zie paragraaf 3.7.5.

284 Zie paragraaf 3.7.4.



verschillende modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel: materiële evenredigheidsbeoordelingen en een modaliteit waarbij de toetsing aan aspecten van zorgvuldigheid en motivering een rol speelt bij de evenredigheidstoets.<sup>285</sup> Het is vooral de vraag hoe deze modaliteiten, in het bijzonder de semi-procedurele evenredigheidstoets, verder kunnen worden vormgegeven, in het bijzonder in het licht van de drietrapsevenredigheidstoets.<sup>286</sup>

De intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen leidt ook tot procedurele complicaties. Een deel van die procedurele complicaties zijn gerelateerd aan *de consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindend voorschriften* – het vierde thema.<sup>287</sup> De keuze door de bestuursrechters voor het ‘onverbindend verklaren’ en het ‘buiten toepassing laten’ leidt tot vragen over de (reikwijdte van de) consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en de toelaatbaarheid om een ‘oud’, door de bestuursrechter onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel van een formeel gebrek, vooral gelet op de elementen van terugwerkende kracht die deze herstelkans in zich kan hebben.<sup>288</sup> Een andere procedurele complicatie, thema vijf, ziet op de verhouding tussen directe en indirecte toetsing.<sup>289</sup> Wat dat thema betreft, is het de vraag of de uitgangspunten van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader zonder meer zijn toe te passen op de indirecte toetsing door de bestuursrechter van appellabele algemeen verbindende voorschriften waartegen het directe beroep niet (tijdig) of zonder succes is ingesteld, dan wel dat de indirecte toets van die voorschriften beperkt moet worden in omvang en/of intensiteit.<sup>290</sup>

Ter afsluiting het volgende. Een rode draad in mijn bevindingen tot nu toe is dat de intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften vooralsnog ook voor een belangrijk deel verloopt door de toetsing in het specifieke geval.<sup>291</sup> Zoals hiervoor ook benadrukt, is een van de conclusies van dit hoofdstuk dat voor zover er een intensieve toetsing aan het evenredigheidsbeginsel plaatsvindt, deze toets plaatsvindt als de bestuursrechter een specifieke (of een groepsspecifieke) toets uitvoert.<sup>292</sup> Daarnaast laat

285 Zie paragrafen 3.7.4.1 en 3.7.4.2.

286 Paragraaf 3.7.5.

287 Paragraaf 3.8.

288 Zie paragraaf 3.8.6.

289 Zie paragraaf 3.9.

290 Zie paragraaf 3.9.5.

291 Deze conclusie is te trekken op basis van wat besproken is in de paragraaf 3.7.3.2 (toetsingsintensiteit), paragraaf 3.7.4.1 (toetsingsmodaliteiten) en paragrafen 3.8.2 t/m 3.8.4 (consequenties van succesvolle indirecte toetsing).

292 Zie paragraaf 3.7.3.2.

de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift regelmatig buiten toepassing in een specifiek geval, soms ook als er aanleiding is om te twijfelen over de rechtmatigheid van het algemeen verbindend voorschrift als zodanig, al dan niet voor een specifieke groep.<sup>293</sup> Wat te vinden van deze ‘specifieke aanpak’, komt aan de orde in de paragrafen 10.2.4 en 10.6.2.1.

---

293 Zie paragraaf 3.8.4.

## DEEL II

# RECHTSVERGELIJKING. DE PROCEDURELE POSITIE VAN INDIRECTE TOETSING

De intensivering van de indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen, ingezet met de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader, leidt tot een aantal procedurele complicaties die aandacht behoeven. Dat is besproken in hoofdstuk 3. Deze procedurele complicaties zijn gerelateerd aan twee onderwerpen: (1) de consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en (2) de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

Over het eerste procedurele onderwerp is in paragraaf 3.8 besproken dat de hierboven bedoelde intensivering leidt tot vragen over de (reikwijdte van de) consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en over de toelaatbaarheid om het 'oude', onrechtmatig geachte rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel van een formeel gebrek, mede gelet op de elementen van terugwerkende kracht die deze herstelmogelijkheid in zich kan hebben. Wat het tweede procedurele onderwerp betreft, is in paragraaf 3.9 geconstateerd dat er vragen zijn te stellen over de toepasbaarheid van de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader bij het indirect toetsen van appellabele algemeen verbindende voorschriften die niet (tijdig) of zonder succes direct zijn aangevochten bij de bestuursrechter. In meer algemene zin gaat het hierbij om de vraag in hoeverre de indirecte toetsing van appellabele algemeen verbindende voorschriften beperkter moet zijn als die voorschriften niet (tijdig) of zonder succes direct zijn aangevochten bij de bestuursrechter. Al naar gelang het type algemeen verbindende voorschrift wordt die vraag verschillend beantwoord, zo blijkt uit de rechtspraak van de Afdeling en het CBB.<sup>1</sup>

Ter inspiratie voor het Nederlandse bestuursrecht bekijk ik in dit deel van het onderzoek wat de consequenties zijn van een succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften in de (bestuursrechtelijke) rechtssystemen van het Unierecht (hoofdstuk 4), Duitsland (hoofdstuk 5) en Frankrijk (hoofdstuk 6). Ook bekijk ik wat in deze

---

<sup>1</sup> Zie paragraaf 3.9.3.

rechtssystemen de verhouding is tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften. De twee procedurele onderwerpen duid ik daarbij gezamenlijk kortweg aan als 'de procedurele positie van indirecte toetsing'. Ik beantwoord in elk hoofdstuk steeds de volgende vragen:

1. In hoeverre kunnen algemeen verbindende voorschriften direct worden getoetst door de bestuursrechter (in het Unierecht: door het Hof van Justitie) in een vernietigingsberoep en wat zijn in hoofdlijnen de karakteristieken van die directe toetsing?
2. In hoeverre kunnen algemeen verbindende voorschriften indirect worden getoetst door de bestuursrechter (in het Unierecht: door het Hof van Justitie) en wat zijn in hoofdlijnen de karakteristieken van die indirecte toetsing?
3. Wat zijn de consequenties van een succesvolle indirecte toetsing, wat is de reikwijdte van die consequenties en in hoeverre is het rechtens toelaatbaar om een 'oud', door de rechter onrechtmatig geacht rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel van formele gebreken, mede gelet op de elementen van terugwerkende kracht die deze herstelkans in zich kan hebben?
4. In hoeverre wordt het indirect toetsen van appellabele algemeen verbindende voorschriften beperkt als die voorschriften niet (tijdig) of zonder succes direct zijn aangevochten in een vernietigingsberoep en hoe zien die eventuele beperkingen eruit?

Alle drie de hoofdstukken in deel II hebben dus een vergelijkbare opbouw. Voorafgaand aan de beantwoording van de bovenstaande vragen besteed ik in de drie hoofdstukken ook aandacht aan de vraag wat onder 'algemeen verbindende voorschriften' in de afzonderlijke rechtssystemen wordt verstaan en aan een aantal rechtsstatelijke uitgangspunten die relevant zijn voor de (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften. In de hoofdstukken over de procedurele positie van indirecte toetsing in de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssystemen van Duitsland (hoofdstuk 5) en Frankrijk (hoofdstuk 6) bespreek ik ook enkele algemene karakteristieken van deze bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssystemen. Denk daarbij aan bevoegdheids- en organisatiekwesties. Deel II wordt afgesloten met een samenvatting.

## 4 DE PROCEDURELE POSITIE VAN INDIRECTE TOETSING IN HET UNIERECHT

### 4.1 INLEIDING

De rechtsbescherming tegen EU-regelgeving is zo vormgegeven dat het Hof van Justitie deze regelgeving zowel direct als indirect kan toetsen. Dit hoofdstuk gaat over de procedurele positie van indirecte toetsing van EU-regelgeving in het Unierechtelijke rechtsbeschermingssysteem. Het doel van dit hoofdstuk is inspiratie opdoen om de procedurele vragen te beantwoorden waartoe de intensivering van de indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen leidt. Deze procedurele vragen zijn gerelateerd aan de consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften.<sup>1</sup>

De opbouw van het hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 4.2 bespreek ik in hoofdlijnen hoe de rechtsbescherming tegen EU-regelgeving is vormgegeven. Daarbij ga ik in op wat er wordt verstaan onder ‘EU-regelgeving’ en op enkele rechtsstatelijke uitgangspunten die relevant zijn voor de Unierechtelijke rechtsbescherming tegen EU-regelgeving. Ik bespreek in deze paragraaf ook de directe en indirecte toetsing van EU-regelgeving door het Hof van Justitie en enkele karakteristieken van die directe en indirecte toetsing. In paragraaf 4.3 ga ik in op de (reikwijdte van de) zogenoemde ‘niet-toepasselijkverklaring’ en de ‘ongeldigverklaring’. De focus zal vooral liggen op de niet-toepasselijkverklaring. Ik bespreek in paragraaf 4.3 ook de op grond van het EU-recht bestaande mogelijkheden om het ‘oude’, vanwege formele gebreken onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel van die formele gebreken. In paragraaf 4.4 bekijk ik de verhouding tussen de directe en indirecte toetsing van EU-regelgeving: wordt de indirecte toetsing van appellabele EU-regelgeving beperkt als die EU-regelgeving niet (tijdig) of zonder succes direct is aangevochten en, zo ja, hoe dan? In paragraaf 4.5 volgt de conclusie van het hoofdstuk.

---

<sup>1</sup> Zie paragrafen 3.8 en 3.9.

## 4.2 UNIERECHTELIJKE RECHTSBESCHERMING TEGEN EU-REGELGEVING IN HOOFDLIJNEN

### 4.2.1 *EU-regelgeving*

In artikel 288 VWEU staan de belangrijkste instrumenten genoemd die de EU-instellingen hebben om hun bevoegdheden uit te oefenen. Het betreft verordeningen, richtlijnen en besluiten.<sup>2</sup> ‘Een verordening heeft een algemene strekking’, zo bepaalt de tweede alinea van artikel 288 VWEU. Verder is een verordening verbindend in al haar onderdelen en is zij rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Een richtlijn is volgens artikel 288 VWEU ‘verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.’ Anders dan verordeningen, die beogen particulieren te binden, zijn richtlijnen gericht op de binding van lidstaten en behoeven zij omzetting in nationale wet- en regelgeving.<sup>3</sup> Ook een ‘besluit’ in de zin van artikel 288 VWEU is verbindend. Als een besluit de adressaten vermeldt, is het alleen verbindend voor hen, zo bepaalt artikel 288, vierde alinea, VWEU.

Verordeningen hebben, zoals hierboven al vermeld, altijd een algemene strekking. Ook richtlijnen hebben doorgaans een algemene strekking.<sup>4</sup> Of andere rechtshandelingen, in het bijzonder besluiten, een algemene strekking hebben, hangt af van de vraag of zij voldoen aan de omschrijving die het Hof van Justitie heeft gegeven van het begrip ‘algemene strekking’. Volgens vaste rechtspraak van het Hof heeft ‘een handeling een algemene strekking [...], indien zij van toepassing is op objectief bepaalde situaties en rechtsgevolgen heeft voor algemeen en abstract aangewezen categorieën van personen.’<sup>5</sup>

Rechtshandelingen van algemene strekking kunnen in het Unierecht dus zijn verordeningen, richtlijnen en besluiten. Deze rechtshandelingen worden onderverdeeld in wetgevingshandelingen enerzijds en niet-wetgevingshandelingen anderzijds.<sup>6</sup> Als een wetgevingshandeling moet worden aangemerkt: een rechtshandeling (verordening, richtlijn of

---

2 Naast deze drie rechtshandelingen, en de in artikel 288 VWEU ook genoemde adviezen en aanbevelingen, bestaan er nog vele andere rechtsinstrumenten die de instellingen gebruiken. Zie bijvoorbeeld Prechal & Widdershoven 2017, p. 9-10.

3 Prechal & Widdershoven 2017, p. 8.

4 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 336.

5 Zie bijvoorbeeld HvJ 6 november 2018, gevoegde zaken C-622/16 t/m C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873 (*Montessori e.a./Commissie*), punt 29. Overigens is het zo dat de meeste richtlijnen voldoen aan die omschrijving, zodat gezegd kan worden dat richtlijnen in de regel een algemene strekking hebben. Zie Ortlep & Widdershoven 2017, p. 236.

6 Zie uitgebreid Hofmann 2009.

besluit) die bij gewone of bijzondere wetgevingsprocedure is vastgesteld.<sup>7</sup> Doorgaans betekent dit dat de Raad en het Parlement de rechtshandeling hebben vastgesteld; een wetgevingshandeling is daarmee gelegitimeerd door de medewerking van een vertegenwoordigende instelling. Niet-wetgevingshandelingen zijn rechtshandelingen die worden vastgesteld ter uitvoering van doorgaans een wetgevingshandeling.<sup>8</sup> Zij kunnen net als in het Nederlandse rechtssysteem ook een regelgevend karakter hebben, waarover hieronder meer, en bestaan voornamelijk uit de gedelegeerde handelingen en uitvoeringshandelingen waarin wordt voorzien door artikel 290 respectievelijk 291 VWEU.<sup>9</sup>

Artikel 290 VWEU voorziet in de mogelijkheid om in een wetgevingshandeling aan de Commissie de bevoegdheid toe te kennen om ‘niet-wetgevingshandelingen van algemene strekking’ vast te stellen, waarin bepaalde niet-essentiële onderdelen van de wetgevingshandeling kunnen worden aangevuld of zelfs gewijzigd. De delegatie van deze regelgevende bevoegdheid aan de Commissie is onderworpen aan zowel materiële als processuele voorwaarden.<sup>10</sup> Gedelegeerde handelingen in de zin van artikel 290 VWEU kunnen verordeningen, richtlijnen of besluiten zijn. Artikel 290, derde lid, VWEU bepaalt dat de titel van een handeling die op grond van artikel 290 VWEU wordt vastgesteld de toevoeging ‘gedelegeerde’ moet bevatten; het gaat dus om gedelegeerde verordeningen, gedelegeerde richtlijnen en gedelegeerde besluiten.

Artikel 291 VWEU gaat over uitvoeringshandelingen. Het eerste lid van dat artikel brengt de hoofdregel tot uitdrukking dat de uitvoering, toepassing en handhaving van het Unierecht de verantwoordelijkheid is van de lidstaten.<sup>11</sup> Daarin is te lezen dat de lidstaten alle maatregelen nemen van intern recht die nodig zijn ter uitvoering van de juridisch bindende handelingen van de Unie. Een uitzondering op de hoofdregel bestaat als Uniewetgeving moet worden uitgevoerd volgens ‘eenvormige voorwaarden’. In dat geval kunnen uitvoeringsbevoegdheden worden toegekend aan de Commissie, of bij uitzondering, de Raad. Ook uitvoeringshandelingen kunnen verordeningen, richtlijnen of besluiten zijn. In tegenstelling tot gedelegeerde handelingen, hebben uitvoeringshandelingen niet altijd een regelgevend karakter. Het kan ook gaan om concrete besluiten.<sup>12</sup> De uitvoeringshandelin-

7 Artikel 289, derde lid, VWEU.

8 Zie Hofmann 2009, i.h.b. p. 491-494.

9 Niet-wetgevingshandelingen (met een algemene strekking) bestaan niet uitsluitend uit gedelegeerde handelingen of uitvoeringshandelingen in de zin van de artikelen 290 en 291 VWEU. Er bestaan ook andere bindende niet-wetgevingshandelingen die zijn vastgesteld op basis van een (eigen) regelgevende bevoegdheid die aan een instelling is toegekend in de Unieverdragen of een wetgevingshandeling. Voor voorbeelden zie Barents 2019, p. 84.

10 Vergelijk Eijsbout e.a. 2015, p. 401-402.

11 Zie Eijsbouts e.a. 2015, p. 403.

12 Prechal & Widdershoven 2017, p. 9.

gen zijn als zodanig te herkennen door de toevoeging ‘uitvoerings-’ in de titel van de handeling.

Wetgevingshandelingen en niet-wetgevingshandelingen, voor zover zij een algemene strekking hebben, duid ik hierna gezamenlijk aan als EU-regelgeving of EU-regels.

#### 4.2.2 *Rechtsstatelijke uitgangspunten*

De EU is een gemeenschap die wordt beheerst door het recht (rechtsstaat, *Rule of Law*).<sup>13</sup> Opdat de gebondenheid van de EU-instellingen en de lidstaten aan het recht wordt geëffectueerd, kent de Unie als rechtsgemeenschap een volledig stelsel van rechtsmiddelen, waarin wordt voorzien door het VWEU.<sup>14</sup> Het volledige stelsel van rechtsmiddelen verzekert dat er rechterlijk toezicht bestaat op de verenigbaarheid van de handelingen van de EU-instellingen en de lidstaten met in het bijzonder de Verdragen, de algemene rechtsbeginselen en de fundamentele rechten.<sup>15</sup> Verder dient het volledige stelsel van rechtsmiddelen ertoe om te verzekeren dat particulieren hun rechten die zij aan het Unierecht ontleenen, kunnen afdwingen; dat vereist het beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>16</sup> Een en ander betekent dat ook EU-regelgeving aan (effectief) rechterlijk toezicht onderworpen moet kunnen worden.

Het volledige stelsel van rechtsmiddelen waarin het VWEU voorziet, bestaat uit de rechtsmiddelen van enerzijds de artikelen 263 en 277 VWEU en anderzijds artikel 267 VWEU.<sup>17</sup> In het volledige stelsel van rechtsmiddelen is het toezicht op de ‘wettigheid’ – dat woord gebruikt het Hof van Justitie in zijn rechtspraak – van de handelingen van de EU-instellingen, en dus ook EU-regelgeving, opgedragen aan het Hof van Justitie.<sup>18</sup>

13 Artikel 2 VEU. Zie verder bijvoorbeeld Lenaerts e.a. 2014, p. 2 en HvJ 23 april 1986, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166 (*Les Verts/Parlement*), punt 23.

14 Zie reeds HvJ 23 april 1986, zaak 294/83, ECLI:EU:C:1986:166 (*Les Verts/Parlement*), punt 23.

15 Zie bijvoorbeeld HvJ 3 oktober 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad*), punt 91.

16 Over het Unierechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming zie paragraaf 2.4.4.

17 HvJ 23 april 1986, zaak 294/83, ECLI:EU:C:1986:166 (*Les Verts/Parlement*); HvJ 25 juli 2002, C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462 (*Unión de Pequeños Agricultores/Raad*); HvJ 1 april 2004, C-263/02, ECLI:EU:C:2004:210 (*Commissie/Jégo-Quéré*); HvJ 3 oktober 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad*).

18 Het toezicht op de wettigheid van Uniehandelingen omvat ook de toetsing aan Unierechtelijke rechtsbeginselen. In Nederland zouden we spreken van een rechtmatigheidstoetsing.



### 4.2.3 Vormen van directe en indirecte toetsing

#### 4.2.3.1 Inleiding

Het Hof van Justitie kan EU-regelgeving direct of indirect toetsen. Directe toetsing vindt plaats in een beroep tot nietigverklaring (vernietigingsberoep), hetgeen geregeld is in artikel 263 VWEU. Kunnen EU-regels niet direct worden aangevochten, dan moet er een mogelijkheid bestaan om die regels indirect ter toetsing voor te leggen aan de rechter. Welk rechtsmiddel daarvoor moet worden gebruikt, hangt af van het antwoord op de vraag op welk niveau de betreffende (indirect aan te vechten) EU-regel wordt uitgevoerd.

Als de EU-instellingen zijn belast met de uitvoering van de betreffende EU-regel, dan kan er een direct beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 263 VWEU worden ingesteld tegen de handeling waarmee de regeling wordt uitgevoerd. In het kader van dat beroep tot nietigverklaring kan dan de zogenoemde exceptie van onwettigheid van artikel 277 VWEU worden opgeworpen, om zo – op dus indirecte wijze – de wettigheid van de EU-regelgeving ter discussie te stellen bij het Hof van Justitie. Berust de uitvoering niet bij de EU-instellingen, maar bij de organen van de lidstaten, dan kan de ‘ongeldigheid’ van een EU-regel worden aangevoerd voor de nationale rechter en kan hij verzocht worden om de geldigheidsvraag krachtens artikel 267 VWEU prejudicieel te verwijzen naar het Hof van Justitie. Daarbij is het van belang dat de lidstaten moeten voorzien in een stelsel van rechtsmiddelen en procedures dat de eerbiediging van het recht op daadwerkelijke rechtsbescherming kan verzekeren.<sup>19</sup>

#### 4.2.3.2 Directe toetsing

Artikel 263 VWEU opent de mogelijkheid om bij de Unierechter een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen, ook, EU-regelgeving.<sup>20</sup> De termijn voor het instellen ervan is twee maanden (artikel 263, zesde alinea, VWEU). In het beroep tot nietigverklaring gaat het Hof van Justitie ‘de wettigheid’ na van de aangevochten handeling aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden. De beroepsgronden die aangevoerd kunnen worden, zijn genoemd in artikel 263, tweede alinea, VWEU. Deze gronden zijn: (i) onbevoegdheid,

19 HvJ 3 oktober 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad*), punt 101.

20 En de andere in artikel 263, eerste alinea, VWEU genoemde handelingen. De eerste alinea luidt: ‘Het Hof van Justitie van de Europese Unie gaat de wettigheid na van de wetgevingshandelingen, van de handelingen van de Raad, van de Commissie en van de Europese Centrale Bank, voorzover het geen aanbevelingen of adviezen betreft, en van de handelingen van het Europees Parlement en de Europese Raad die beogen rechtsgevolgen ten aanzien van derden te hebben. Het gaat ook de wettigheid na van de handelingen van de organen of instanties van de Unie waarmee rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd.’

(ii) schending van wezenlijke vormvoorschriften, (iii) schending van de Verdragen of enige uitvoeringsregeling daarvan en (iv) misbruik van bevoegdheid.<sup>21</sup>

De grond 'schending van de Verdragen of enige uitvoeringsregeling daarvan' is de meest omvattende en wellicht daarom ook de belangrijkste beroepsgrond. Het Hof van Justitie verstaat daaronder 'schending van het recht', waaronder ook bijvoorbeeld de algemene beginselen vallen.<sup>22</sup> Van belang om te benadrukken is dat (ook) EU-regelgeving in overeenstemming moet zijn met het Handvest, aangezien het Handvest 'dezelfde juridische waarde heeft' als de Verdragen; dus de status van primair Unierecht heeft.<sup>23</sup> Een 'wezenlijk vormvoorschrift' is een vormvoorschrift dat beoogt te waarborgen dat beslissingen met een bepaalde 'omzichtigheid' worden vastgesteld en waarvan het (niet) naleven mogelijk van invloed is op de inhoud van een beslissing.<sup>24</sup> De schending van dit soort vormvoorschriften, zoals de motiveringsplicht,<sup>25</sup> kan leiden tot een nietigverklaring als het Hof van Justitie meent dat de bestreden beslissing zonder de formele schending mogelijk een andere inhoud zou kunnen hebben gehad. Ook mogelijk is dat een formeel gebrek leidt tot nietigverklaring, omdat het Hof vanwege dat formele gebrek niet in staat is om rechterlijk toezicht uit te oefenen op (de inhoud van) een beslissing, bijvoorbeeld wanneer de motivering ontbreekt.<sup>26</sup> Voor een bespreking van de eerste en vierde grond, als ook een uitgebreidere bespreking van de tweede en derde grond, zij verwezen naar de literatuur daarover.<sup>27</sup>

Acht het Hof het beroep gegrond, dan wordt de bestreden handeling volgens artikel 264, eerste alinea, VWEU nietig verklaard (vernietigd). Dat betekent in beginsel dat de werking aan deze handeling wordt ontzegd vanaf haar ontstaan (*ex tunc*) ten opzichte van eenieder (*erga omnes*).<sup>28</sup> De instelling die, het orgaan dat of de instantie die de nietig verklaarde handeling heeft vastgesteld, is op grond van artikel 266, eerste alinea, VWEU gehouden om 'de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie.'

21 Zie uitgebreider Lenaerts e.a. 2014, p. 367 e.v.

22 Lenaerts e.a. 2014, p. 384.

23 Van den Brink e.a. 2017, p. 133.

24 HvJ 21 maart 1955, zaak 6/54, ECLI:EU:C:1955:5 (*Nederland/Hoge Autoriteit*) en Lenaerts e.a. 2014, p. 371.

25 Het is vaste rechtspraak dat de motiveringsplicht van artikel 296 VWEU een wezenlijk vormvoorschrift is. Zie bijvoorbeeld HvJ 14 oktober 2010, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom/Commissie*), punt 130 en meer recent bijvoorbeeld HvJ 2 september 2021, C-928/19 P, ECLI:EU:C:2021:656 (*EPSU/Commissie*), punt 108.

26 Lenaerts e.a. 2014, p. 371.

27 Zie Lenaerts e.a. 2014, p. 367 e.v.

28 Zie nader Barents 2016, p. 197-208.

Een beroep tot nietigverklaring kan eerst en vooral worden ingesteld door een aantal geprivilegieerde actoren, zijnde de lidstaten, het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (artikel 263, tweede alinea, VWEU). Zij kunnen tegen elke in de eerste alinea van artikel 263 VWEU genoemde handelingen beroep instellen, ongeacht of die handelingen tot hen zijn gericht en of zij bij het instellen van dat beroep belang hebben.<sup>29</sup> Voor deze geprivilegieerde actoren geldt het beroepsrecht zonder beperkingen. Dat geldt niet voor het beroepsrecht van particulieren. Om later in dit hoofdstuk de verhouding tussen de directe toetsing en indirecte toetsing beter te kunnen plaatsen, is het goed om hier iets langer stil te staan bij de (beperkte) mogelijkheid voor particulieren om een direct beroep in te stellen tegen EU-regelgeving. In artikel 263, vierde alinea, VWEU leest men hierover het volgende:

‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon kan onder de in de eerste en tweede alinea vastgestelde voorwaarden beroep instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn of die hem rechtstreeks en individueel raken, alsmede tegen regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen.’

Uit dit artikel volgt dat particulieren een beroep tot nietigverklaring kunnen instellen tegen een EU-regel als die handeling tot hen is gericht of hen rechtstreeks en individueel raakt. Kan de EU-regel worden gekwalificeerd als een regelgevingshandeling die geen uitvoeringsmaatregel met zich brengt, dan wordt alleen de ontvankelijkheidseis van rechtstreekse – en niet individuele – geraaktheid gesteld. Ik bespreek hierna kort de situaties dat een regelgevingshandeling geen uitvoeringsmaatregel vereist en dat een EU-regel een particulier rechtstreeks en individueel raakt.<sup>30</sup>

Een EU-regel is te kwalificeren als een regelgevingshandeling als het gaat om een ‘niet-wetgevingshandeling van algemene strekking’. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan gedelegeerde verordeningen, gedelegeerde richtlijnen en gedelegeerde besluiten in de zin van artikel 290 VWEU (altijd van algemene strekking) en de uitvoeringsverordeningen, uitvoeringsrichtlijnen en uitvoeringsbesluiten in de zin van artikel 291 VWEU, voor zover zij een algemene strekking hebben.<sup>31</sup> Tegen regelgevingshandelingen kunnen parti-

29 Lenaerts e.a. 2014, p. 309-310.

30 Zie bijvoorbeeld ook Ortley & Widdershoven 2017, p. 335-338; Barents 2019.

31 Ortley & Widdershoven 2017, p. 338. Barents noemt nog de volgende andere groepen van handelingen die vallen onder de categorie niet-wetgevingshandeling van algemene strekking: (i) verordeningen, richtlijnen en algemene besluiten van de Commissie op grond van eigen bevoegdheden, (ii) verordeningen, richtlijnen en algemene besluiten van de Raad op grond van eigen bevoegdheden, (iii) verordeningen en algemene besluiten van de ECB, (iv) handelingen van algemene strekking van andere entiteiten dan instellingen (agentschappen), (v) handelingen van algemene strekking van de Europese Raad. Barents 2019, p. 84.

culieren, zoals gezegd, een beroep tot nietigverklaring instellen als die handeling hen rechtstreeks raakt en de regelgevingshandeling geen uitvoeringshandelingen met zich brengt.<sup>32</sup> Van 'rechtstreekse geraaktheid' is sprake als een handeling uit zichzelf leidt tot rechtsgevolgen voor een particulier, in die zin dat uitvoeringsmaatregelen in het geheel niet nodig zijn of als een uitvoeringsmaatregel automatisch van aard is en er dus geen discretionaire ruimte is voor het uitvoerende orgaan.<sup>33</sup> Het vereiste 'geen uitvoeringshandelingen met zich meebrengen' wordt strikt toegepast en betekent dat de toepassing van de regelgevingshandeling geen enkele (ook niet van automatische aard) uitvoeringsmaatregel mag vereisen of toestaan.<sup>34</sup> De situatie dat er in het geheel geen uitvoeringsmaatregelen nodig zijn om een regelgevingshandeling effectief te kunnen toepassen, is uitzonderlijk omdat dergelijke maatregelen vrijwel altijd moeten worden genomen door een EU- of nationale autoriteit.<sup>35</sup> Dat betekent dat de mogelijkheid voor een particulier om een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen een EU-regel met alleen de voorwaarde dat die regel hem rechtstreeks raakt beperkt is, omdat die regel ofwel geen regelgevingshandeling betreft ofwel uitvoeringsmaatregelen verlangt.

EU-regels die *niet* zijn te kwalificeren als regelgevingshandelingen die geen uitvoeringshandelingen met zich brengen kunnen door particulieren worden aangevochten met het beroep tot nietigverklaring als zij hen rechtstreeks én individueel raken. In deze categorie vallen de wetgevingshandelingen (want: geen regelgevingshandeling) en de regelgevingshandelingen met uitvoeringshandelingen. Rechtstreekse geraaktheid betekent, vergelijk hierboven, dat een handeling uit zichzelf moet leiden tot rechtsgevolgen voor een particulier, in die zin dat uitvoeringsmaatregelen in het geheel niet nodig zijn of de uitvoeringsmaatregel automatisch van aard is en er dus geen discretionaire ruimte is voor het uitvoerende orgaan. Van individuele geraaktheid is sprake als een handeling een particulier 'treft uit hoofde van bepaalde bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hem ten opzichte van ieder ander karakteriseert'.<sup>36</sup> Het 'individuele raken' onderscheidt zich van het 'objectief geraakt' worden door een handeling. Barents legt dat als volgt uit:

32 De vereisten van 'rechtstreeks geraakt' en 'geen uitvoeringsmaatregel' lijken sterk op elkaar. Volgens Barents is het verschil erin gelegen dat 'geen uitvoeringsmaatregelen' inhoudt dat de toepassing van EU-regelgeving geen enkele uitvoeringsmaatregel van de Unie of van de lidstaten mag vereisen of toestaan. Aan het vereiste van 'rechtstreeks geraakt' is daarentegen ook voldaan als er wel een uitvoeringsmaatregel moet worden genomen, maar die van automatische aard is en er dus geen juridische of feitelijke marge bestaat bij het aannemen van die maatregel. Zie Barents 2019, p. 86.

33 Barents 2019, p. 86; Ortlep & Widdershoven 2017, p. 336.

34 Barents 2019, p. 86. Zie bijvoorbeeld ook HvJ 6 november 2018, gevoegde zaken C-622/16 P t/m C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873 (*Montessori e.a./Commissie*), punt 58-68.

35 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 338.

36 HvJ 15 juli 1963, C-25/62, ECLI:EU:C:1963:17 (*Plaumann*).

“Raken” in deze zin is niet hetzelfde als “individueel raken”. Het verschil tussen beide vormen van raken is gelegen in de hoedanigheid van de particulier. Een handeling is ten opzichte van een particulier te beschouwen als een handeling van algemene strekking als deze daardoor wordt geraakt in een objectieve hoedanigheid. Dat is het geval als die handeling een “open kring” van personen betreft, in die zin dat eenieder die nu of in de toekomst aan de objectief omschreven voorwaarden voldoet, met de rechtsgevolgen van die handeling te maken krijgt. Van objectief omschreven voorwaarden is sprake als voor de werkingssfeer van een regeling wordt aanknoopt bij een bepaalde handeling (“producenten van...”, “invoer van...”, “uitstoot van”, enzovoort). Om te bepalen of men door een maatregel op objectieve wijze wordt geraakt, moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie van de betrokken particulier en alle andere personen die met die rechtsgevolgen van die regeling geconfronteerd worden. Blijkt dat de particulier door die regeling geraakt wordt op grond van een hoedanigheid die hij met alle andere personen gemeen heeft, dan wordt hij geraakt op objectieve wijze en niet op individuele wijze.<sup>37</sup>

Als een particulier door de inhoud van EU-regelgeving of door de bijzondere omstandigheden en kenmerken van zijn situatie wordt geraakt op een wijze die verschilt van de wijze waarop andere particulieren worden geraakt, is er sprake van ‘individuele geraaktheid’. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als de regeling feitelijk niet een open kring van personen maar een gesloten groep treft, bijvoorbeeld omdat de regeling een lijst bevat met namen of producten.<sup>38</sup>

Het is voornamelijk vanwege het vereiste van ‘individueel raken’ dat het vrij uitzonderlijk is dat een particulier ontvankelijk is in een beroep tot nietigverklaring tegen wetgevingshandelingen en regelgevingshandelingen die uitvoeringshandelingen verlangen.<sup>39</sup> Daar-

37 Barents 2019, p. 80.

38 Bartens 2019, p. 81 en daar aangehaalde voorbeelden. Zie daarnaast bijvoorbeeld de jurisprudentie van het Hof van Justitie over antidumpingrechten, neergelegd in verordeningen. Hoewel zulke rechten volgens het Hof naar aard en strekking normatieve maatregelen zijn, zij gelden immers voor alle betrokken ondernemers, is het niet uitgesloten dat haar bepalingen producenten en exporteurs die zich aan dumpingpraktijken zouden hebben schuldig gemaakt, rechtstreeks en individueel raken. Zulke rechten kunnen namelijk slechts worden ingesteld na onderzoek naar productie- en exportprijzen van geïndividualiseerde ondernemingen, zodat uit de maatregelen die als gevolg van dat onderzoek worden genomen kan blijken op welke specifieke ondernemingen die maatregelen van toepassing zijn. Een onderneming kan dan individueel geraakt worden door bepalingen die haar een bijzonder antidumpingrecht opleggen en de hoogte ervan vaststellen. Zie bijvoorbeeld HvJ 21 februari 1984, gevoegde zaken C-239/82 en C-275/82, ECLI:EU:C:1984:68 (*Allied Corporation e.a./Commissie*), punt 11 en HvJ 15 februari 2001, C-239/99, ECLI:EU:C:2001:101 (*Nachi Europe*), punt 21-22.

39 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 336.

naast is ook van rechtstreekse geraaktheid zeker niet altijd sprake, voornamelijk wanneer het richtlijnen betreft. Zij moeten immers worden omgezet in het nationale recht, waarbij de lidstaten over het algemeen enige discretionaire ruimte hebben.<sup>40</sup> Voegen we daaraan toe dat er niet veel EU-regels zijn die vallen in de categorie waarvoor het vereiste van 'individueel raken' niet geldt (regelgevingshandelingen die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen), dan kan worden gezegd dat het beroepsrecht van particulieren tegen EU-regelgeving beperkt is.

#### 4.2.3.3 Indirecte toetsing: exceptie van onwettigheid

Kan er vanwege de ontvankelijkheidsvoorwaarden van artikel 263 VWEU geen direct beroep worden ingesteld tegen een EU-regel – hetgeen voor particulieren doorgaans het geval is – dan moet EU-regelgeving op een andere manier kunnen worden aangevochten. Dat kan, op indirecte wijze, via het aanvechten van de maatregel waarmee de EU-regel wordt uitgevoerd. Berust de uitvoering bij een EU-instelling, dan kan EU-regelgeving worden aangevochten door middel van de exceptie van onwettigheid. De exceptie van onwettigheid is omschreven in artikel 277 VWEU. Die bepaling luidt als volgt:

'Iedere partij kan, ook na het verstrijken van de in artikel 263, zesde alinea, bedoelde termijn, naar aanleiding van een geschil waarbij een door een instelling, een orgaan of een instantie van de Unie vastgestelde handeling van algemene strekking in het geding is, de in artikel 263, tweede alinea, bedoelde middelen aanvoeren om voor het Hof van Justitie van de Europese Unie de niettoepasselijkheid van deze handeling in te roepen.'

De exceptie van onwettigheid is voornamelijk bedoeld om particulieren te beschermen tegen de toepassing van onrechtmatige EU-regelgeving die zij vanwege de strikte ontvankelijkheidsvoorwaarden niet konden aanvechten in een direct beroep tot nietigverklaring.<sup>41</sup> Vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is namelijk dat in artikel 277 VWEU een algemeen beginsel tot uitdrukking komt op grond waarvan iedere procespartij met het oog op de nietigverklaring van een aan haar gerichte of een haar rechtstreeks en individueel rakend besluit 'incidenteel de geldigheid van de aan dit besluit ten grondslag liggende handeling van algemene strekking kan aanvechten', wanneer die partij geen direct beroep tot nietigverklaring kon instellen, zodat zij, 'zonder nietigverklaring te mogen vorderen, de gevolgen ervan heeft te dragen'.<sup>42</sup> Wordt de exceptie van onwettigheid succesvol opge-

40 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 336.

41 Vergelijk Barents 2016, p. 294; Lenaerts e.a. 2014, p. 442; Karayigit 2019, p. 690; Van Rijn 1978, p. 139-140; Vogt 2006; Sinaniotis 2001, p. 103-104.

42 HvJ 6 maart 1979, C-92/78, ECLI:EU:C:1979:53 (*Simmenthal*), punt 39. Zie recenter bijvoorbeeld HvJ 8 september 2020, gevoegde zaken C 119/19 P en C 126/19 P, ECLI:EU:C:2020:676 (*Commissie en Raad*).

worpen tegen een EU-regel, dan is de regel ‘niet toepasselijk’ en moet het aangevochten uitvoeringsbesluit worden vernietigd, omdat het geen rechtsbasis (meer) heeft.<sup>43</sup> De exceptie van onwettigheid voorkomt aldus dat particulieren de gevolgen moeten dragen van onrechtmatige EU-regelgeving die zij niet direct konden aanvechten vanwege de strikte ontvankelijkheidsvoorwaarden. De exceptie van onwettigheid heeft in die zin een compenserende functie voor het beperkte beroepsrecht van particulieren.<sup>44</sup>

De exceptie van onwettigheid kan als indirect, onzelfstandig rechtsmiddel worden opgeworpen tegen elke handeling van algemene strekking.<sup>45</sup> Hoewel de exceptie van onwettigheid in theorie ook in andere directe acties kan worden opgeroepen,<sup>46</sup> is het meestal het directe beroep tot nietigverklaring van artikel 263 VWEU waarin bij wege van exceptie de onwettigheid van EU-regelgeving wordt aangevochten.<sup>47</sup> Om een exceptie van onwettigheid te kunnen opwerpen in een direct beroep tot nietigverklaring is het wel nodig dat er voldoende samenhang bestaat tussen het bestreden uitvoeringsbesluit en de EU-regel.<sup>48</sup> Daarvan is sprake als de betreffende EU-regel waartegen de exceptie wordt opgeworpen de rechtsbasis is voor het aangevochten uitvoeringsbesluit.<sup>49</sup> Bepalingen uit de aangevochten regeling die *niet* de basis zijn van het bestreden uitvoeringsbesluit kunnen niet bij wijze van exceptie worden getoetst door het Hof van Justitie.<sup>50</sup>

Degene die een exceptie van onwettigheid opwerpt tegen EU-regelgeving kan dezelfde beroepsgronden aanvoeren als degene die een direct beroep tot nietigverklaring instelt tegen EU-regelgeving. Artikel 277 VWEU bepaalt immers dat ‘de in artikel 263, tweede alinea, bedoelde middelen’ aangevoerd kunnen worden. Dat betekent dat de gronden onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van de Verdragen of enige uitvoeringsregeling daarvan en misbruik van bevoegdheid in beginsel in volledigheid ter beschikking staan om de wettigheid van EU-regelgeving op indirecte wijze te laten beoordelen door het Hof van Justitie.<sup>51</sup>

---

*Carreras Sequeros e.a.*), punt 67.

43 Barents 2016, p. 294.

44 Vergelijk de conclusie van advocaat-generaal Bot van 31 januari 2008, ECLI:EU:C:2008:58, punt 53.

45 Lenaerts e.a. 2014, p. 443-444; Barents 2016, p. 298.

46 Bijvoorbeeld tijdens het beroep wegens nalaten (artikel 265 VWEU) of tijdens aansprakelijkheidsacties (artikelen 268 en 340 VWEU), zie Lenaerts e.a. 2014, p. 453-454.

47 Lenaerts e.a. 2014, p. 453-455.

48 Vergelijk HvJ 13 juli 1966, C-32/65, ECLI:EU:C:1966:42 (*Italië/Raad*).

49 Lenaerts e.a. 2014, p. 446.

50 Lenaerts e.a. 2014, p. 446.

51 Zie paragraaf 4.2.3.2.

#### 4.2.3.4 Indirecte toetsing: de prejudiciële procedure inzake de geldigheid

In de regel geldt dat het Unierecht, waaronder EU-regelgeving, wordt uitgevoerd door de nationale autoriteiten. Als die nationale autoriteiten ter uitvoering van EU-regelgeving een besluit nemen waartegen geen rechtsbescherming openstaat bij het Hof van Justitie of als het een wetgevingshandeling betreft die geen uitvoeringsmaatregelen verlangt en die evenmin voor het Hof van Justitie direct kan worden aangevochten, moeten particulieren zich voor rechtsbescherming wenden tot de nationale rechter.<sup>52</sup> Daarbij is het van belang dat de lidstaten moeten voorzien ‘in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren’, aldus artikel 19, eerste lid, VEU.

De nationale rechter wordt dus geconfronteerd met (de toepassing van) EU-regelgeving. Daarbij kunnen vragen rijzen over de uitlegging of geldigheid van die regelgeving. Acht de nationale rechter dat noodzakelijk voor een beslissing in het voorliggende geschil, dan heeft hij de bevoegdheid – of in sommige gevallen de plicht – om de vraag daarover prejudicieel te verwijzen naar het Hof van Justitie. Dat is bevoegd om bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over de uitlegging van de Verdragen of over de geldigheid en uitleg van handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie (artikel 19, derde lid, onder b, VEU en artikel 267 VWEU). Twijfelt de nationale rechter over de geldigheid van EU-regelgeving, dan is hij verplicht om die geldigheidskwestie prejudicieel te verwijzen naar het Hof van Justitie.<sup>53</sup> Ingevolge de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft de nationale rechter namelijk niet de bevoegdheid om een Uniehandeling ongeldig te verklaren; die bevoegdheid komt exclusief toe aan de Unierechter.<sup>54</sup> De exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie om Uniehandelingen ongeldig te verklaren is volgens het Hof noodzakelijk voor de uniforme toepassing van het Unierecht. Die uniforme toepassing zou namelijk in gevaar komen als de nationale rechters verschillen van inzicht hebben over de geldigheid van een Uniehandeling en daarnaar zouden handelen, hetgeen bovendien een afbreuk doet ‘aan het fundamentele vereiste van rechtszekerheid.’ Wel mag de nationale rechter de geldigheid ‘onderzoeken’ en, indien hij meent dat de aangevoerde middelen van ongeldigheid ongegrond zijn, zelf vaststellen dat een Uniehandeling ‘ten volle geldig is’, omdat door zo’n uitspraak het bestaan van een Uniehandeling niet in gevaar wordt gebracht, aldus het Hof.<sup>55</sup>

52 Vergelijk Ortlep & Widdershoven 2017, p. 330-334.

53 Zie over de prejudiciële procedure inzake de geldigheid uitgebreid bijvoorbeeld Lenaerts e.a. 2014, hoofdstuk 10.

54 HvJ 22 oktober 1987, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*), punt 15.

55 HvJ 22 oktober 1987, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*), punt 14-15.



De argumentatie die het Hof van Justitie (deels)<sup>56</sup> ten grondslag legt aan zijn exclusieve bevoegdheid tot het ongeldig verklaren van Uniehandelingen (waaronder EU-regelgeving) illustreert ook het primaire doel van de prejudiciële procedure. Dit primaire doel is het verzekeren dat het Unierecht door alle rechters in alle lidstaten op een uniforme wijze wordt uitgelegd en toegepast.<sup>57</sup> Maar, de prejudiciële procedure inzake de geldigheid heeft ook een andere belangrijke functie. De procedure is, zoals hierboven al meermaals gezegd, ook een onderdeel van het volledige stelsel van rechtsmiddelen in het Unierecht, op grond waarvan particulieren op indirecte wijze – in het kader van een procedure voor de nationale gerechten – EU-regelgeving ter ‘wettigheidstoetsing’ kunnen voorleggen aan het Hof van Justitie.<sup>58</sup>

De gelijkenis tussen de exceptie van onwettigheid en de prejudiciële procedure inzake de geldigheid komt ook tot uitdrukking in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het algemene beginsel dat tot uitdrukking komt in artikel 277 VWEU – bescherming van particulieren tegen de toepassing van onrechtmatige EU-regelgeving die zij niet direct konden aanvechten –<sup>59</sup> vereist volgens het Hof ‘overeenkomstig’ dat voor de nationale rechter de ‘ongeldigheid’ moet kunnen worden ingeroepen van een Uniehandeling die de basis vormt voor het nationale uitvoeringsbesluit.<sup>60</sup> Een groot verschil met de exceptie van onwettigheid is dat het niet de procespartijen zijn die bepalen of EU-regelgeving ter indirecte toetsing aan het Hof wordt voorgelegd, maar de nationale rechter, die kan beslissen de geldigheidskwestie niet te verwijzen omdat er volgens hem geen of onvoldoende twijfel bestaat over de geldigheid.

De gedeelde functie van de prejudiciële procedure inzake de geldigheid en de exceptie van onwettigheid hebben tot gevolg dat beide rechtsmiddelen op veel punten vergelijkbaar worden uitgelegd en toegepast door het Hof van Justi-

56 Het Hof van Justitie beargumenteert zijn exclusieve bevoegdheid om een Uniehandeling ongeldig te verklaren ook aan de hand van de ‘noodzakelijke samenhang’ in het volledige stelsel van rechtsmiddelen. Aangezien het Hof bevoegd is tot nietigverklaring van Uniehandelingen in een direct beroep, is het voor de samenhang van het stelsel noodzakelijk dat ‘ook de bevoegdheid om de ongeldigheid vast te stellen wanneer daarop voor de nationale rechter een beroep wordt gedaan, alleen aan het Hof toekomt.’ Zie HvJ 22 oktober 1987, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*), punt 16-17.

57 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 345-346.

58 Hierover ook Claassen 2017, p. 133-134 die erop wijst dat de prejudiciële procedure ook als een rechtsmiddel voor individuen moet worden beschouwd en dat het Hof van Justitie erkent dat de prejudiciële procedure ‘een onmisbare schakel is in het systeem van rechtsbescherming van de EU’.

59 Zie paragraaf 4.2.3.3.

60 HvJ 27 september 1983, C-216/82, ECLI:EU:C:1983:248 (*Universität Hamburg*), punt 10. En later bijvoorbeeld in HvJ 15 februari 2001, C-239/99, ECLI:EU:C:2001:101 (*Nachi Europe*), punt 35 en HvJ 8 maart 2007, C-441/05, ECLI:EU:C:2007:150 (*Roquette Frères*), punt 39.

tie.<sup>61</sup> Maar, er zijn ook verschillen. Die verschillen lijken te kunnen worden teruggevoerd op het hoofddoel van de prejudiciële procedure: het verzekeren van een uniformere uitleg en toepassing van het Unierecht.<sup>62</sup> Een verschillende uitwerking van de exceptie van onwettigheid en de prejudiciële procedure inzake de geldigheid is bijvoorbeeld zichtbaar op het punt van de gevolgen van een succesvol opgeworpen exceptie van onwettigheid respectievelijk een ongeldigheidsverklaring, waarover meer in paragraaf 4.3.5.

Het onderzoek dat het Hof van Justitie in het kader van de prejudiciële procedure inzake de geldigheid verricht, kan in beginsel een volledig rechtmatigheidsonderzoek van de betrokken Uniehandeling inhouden,<sup>63</sup> waarbij het Hof ‘aan generlei beperking wordt onderworpen ten aanzien van gronden, waarop de geldigheid van deze handelingen kan worden aangevochten.’<sup>64</sup> Voldoende voor de volgende paragrafen is om hier te constateren dat in de prejudiciële procedure inzake de geldigheid in elk geval de gronden aan de orde kunnen komen die ook in het directe beroep tot nietigverklaring en in het kader van de exceptie van onwettigheid kunnen worden aangevoerd: onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van de Verdragen of enige uitvoeringsregeling daarvan en misbruik van bevoegdheid.<sup>65</sup>

#### 4.3 DE CONSEQUENTIES VAN SUCCESVOLLE INDIRECTE TOETSING

##### 4.3.1 *Inleiding*

De toetsing door het Hof van Justitie is ‘succesvol’ als het Hof constateert dat er een gebrek kleeft aan EU-regelgeving dat valt onder een van de rechtsgronden van onbevoegdheid, de schending van een wezenlijk vormvoorschrift, de schending van de Verdragen of enige uitvoeringsregeling daarvan, of misbruik van bevoegdheid. Deze succesvolle toets kan verschillende gevolgen hebben. Komt een gebrek aan het licht tijdens de directe toetsing in een beroep tot nietigverklaring, dan verklaart het Hof EU-regelgeving nietig in de zin van artikel 264, eerste alinea, VWEU (vernietiging).<sup>66</sup> Als het Hof van Justitie bij indirecte toetsing constateert dat er aan EU-regelgeving een gebrek kleeft, dan is het gevolg van

61 Zie Van Rijn 1978, die een vergelijking maakt tussen onder meer de exceptie van onwettigheid en de prejudiciële procedure inzake de geldigheid.

62 Van Rijn 1978, p. 271-272.

63 Zie reeds Lauwaars 1970, p. 273.

64 HvJ 12 december 1972, gevoegde zaken 21 t/m 24/72, ECLI:EU:C:1972:115 (*International Fruit Company e.a.*), punt 5.

65 Lenaerts e.a. 2014, p. 468 e.v.

66 Zie paragraaf 4.2.3.2.

deze succesvolle indirecte toetsing een niet-toepasselijkverklaring (succesvol opgeworpen exceptie van onwettigheid) of een ongeldigverklaring (succesvolle prejudiciële verwijzing).

Deze paragraaf gaat over (de reikwijdte van) de niet-toepasselijkverklaring en, in mindere mate,<sup>67</sup> de ongeldigverklaring. Ten aanzien van de niet-toepasselijkverklaring bespreek ik wat de juridische status is van EU-regelgeving die niet-toepasselijk is verklaard en welke werking de niet-toepasselijkverklaring heeft buiten de grenzen van het geding waarin het is uitgesproken (paragrafen 4.3.2 en 4.3.3). In paragraaf 4.3.4 ga ik in op de vraag in hoeverre het volgens het EU-recht toelaatbaar is om het 'oude', vanwege formele gebreken onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel van die formele gebreken, mede gelet op de elementen van terugwerkende kracht die deze herstel-mogelijkheid in zich kan hebben. In paragraaf 4.3.5 bespreek ik de reikwijdte van de ongeldigverklaring. Een tussenconclusie volgt in paragraaf 4.3.6.

#### 4.3.2 *De niet-toepasselijkverklaring*

Als een exceptie van onwettigheid succesvol wordt opgeworpen tegen EU-regelgeving, dan leidt dat tot een 'niet-toepasselijkverklaring' van die regelgeving.<sup>68</sup> Het niet-toepasselijk verklaren van EU-regelgeving moet strikt worden onderscheiden van het nietig verklaren (vernietigen) van EU-regelgeving. Het Hof van Justitie heeft dat al vroeg in zijn rechtspraak tot uitdrukking gebracht door te overwegen dat '[h]et recht van de eisende partij om na het verstrijken van de termijn [voor het instellen van een direct beroep, MvZ] ter ondersteuning van een tegen een individuele beschikking gericht beroep de onregelmatigheid aan te voeren van de algemene beschikkingen en aanbevelingen, waarop eerstbedoelde beschikking berust, [niet] kan [...] leiden tot vernietiging van de algemene beschikking, doch slechts van de ter uitvoering daarvan gegeven individuele beschikking'.<sup>69</sup> Het Hof van Justitie overweegt hier kort gezegd dat het indirect toetsen van een verordening (algemene beschikking) na het verstrijken van de termijn om tegen die verordening direct beroep in te stellen *niet* kan leiden tot de vernietiging van die verordening. Een succesvolle indirecte toetsing van de verordening kan wel leiden tot de vernietiging van de direct aangevochten beschikking die op de verordening is gebaseerd.

67 Voor de reden daarvoor zie paragraaf 4.3.5.

68 Of, zoals blijkt uit artikel 277 VWEU, de 'niettoepasselijkheid' van de betreffende Uniehandeling.

69 Zie HvJ 13 juni 1958, C-9/56, ECLI:EU:C:1958:7 (*Meroni/Hoge Autoriteit*). Zie ook HvJ 12 juni 1958, C-15/57, ECLI:EU:C:1958:6 (*Compagnie des hauts fourneaux de Chasse/Hoge Autoriteit*).

Het bewerkstelligen van de nietigverklaring van het bestreden uitvoeringsbesluit is het primaire doel van het opwerpen van een exceptie van onwettigheid tegen EU-regelgeving. De niet-toepasselijkverklaring helpt om dat doel te verwezenlijken. Een niet-toepasselijkverklaring zorgt er namelijk voor dat de werking van EU-regelgeving wordt ontnomen voor het specifieke geval waarop het geschil betrekking heeft. Met andere woorden, de niet-toepasselijkverklaring ontnemt de werking van EU-regelgeving voor zover die regelgeving toepassing heeft gevonden in het bestreden uitvoeringsbesluit.<sup>70</sup> De consequentie is dat het aangevochten uitvoeringsbesluit geen rechtsbasis (meer) heeft, zodat het moet worden nietig verklaard.<sup>71</sup>

De niet-toepasselijkverklaring ontnemt aldus de werking van EU-regelgeving voor een specifiek geval en heeft geen directe consequenties voor het voortbestaan van EU-regelgeving in de wereld van het recht. In die zin heeft het Hof van Justitie in het arrest *Wöhrman* overwogen dat de exceptie van onwettigheid beoogt om ‘de justitiabele tegen de toepassing van onwettige verordeningen te beschermen, zonder dat daarbij het voortbestaan van de – door het verstrijken van de beroepstermijnen [...] onaantastbaar geworden – verordeningen zelf in geding is.’<sup>72</sup> Het voorgaande is begrijpelijk in het licht van de rechtspraak van het Hof over het definitief worden van Uniehandelingen.<sup>73</sup> Indien een Uniehandeling niet (tijdig) of zonder succes is aangevochten in een beroep tot nietigverklaring, dan wordt zij rechtens onaantastbaar en geacht rechtsgeldig te zijn en bijgevolg rechtsgevolgen in het leven te roepen.<sup>74</sup> Het belang van de rechtszekerheid ligt daaraan ten grondslag, hetgeen verlangt dat Uniehandelingen niet onbepaald in het geding kunnen worden gebracht.<sup>75</sup> Kan een Uniehandeling door het verstrijken van de termijnen niet meer nietig worden verklaard, dan kan zij alleen nog teniet worden gedaan – uit de wereld van het recht worden verwijderd – door intrekking.<sup>76</sup>

Het Hof kan ook bij wijze van declaratoire uitspraak vaststellen dat een Uniehandeling wordt geacht nooit te hebben bestaan, oftewel non-existent/nietig is. Niet te verwarren met de ‘nietigverklaring’ in de zin van artikel 264, eerste alinea, VWEU. Naar EU-recht is een Uniehandeling nietig wanneer die han-

70 Lauwaars 1970, p. 271.

71 Over de gevolgen van een niet-toepasselijkverklaring zie ook Lauwaars 1970, p. 271-272; Bebr 1967, p. 27-29; Bebr 1981, p. 215-218; Van Rijn 1978, p. 199-205; Barav 1974, p. 386; Sinaniotis 2001, p. 122-124; Schermers 1977, p. 588; Barents 2016, p. 303; Lenaerts e.a. 2014, p. 455; Karayigit 2019, p. 704-705.

72 HvJ 14 december 1962, gevoegde zaken C-31/62 en C-33/62, ECLI:EU:C:1962:49 (*Wöhrmann*).

73 Zie hierover Ortlep 2011, p. 83 e.v.

74 Bijvoorbeeld HvJ 15 juni 1994, C-137/92 P, ECLI:EU:C:1994:247 (*BASF*); HvJ 14 september 1999, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:407 (*AssiDomän Kraft*).

75 HvJ 14 september 1999, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:407 (*AssiDomän Kraft*), punt 61.

76 Ortlep 2011, p. 87-93.

deling bijzonder ernstige en evidente gebreken vertoont, zodat zij als onbestaand moet worden beschouwd.<sup>77</sup> Het bevestigen van de nietigheid van een Uniehandeling moet worden voorbehouden voor ‘uiterst extreme gevallen’,<sup>78</sup> zeker wanneer het gaat om Uniehandelingen met een algemene strekking.<sup>79</sup> Daaraan liggen redenen van rechtszekerheid ten grondslag in samenhang met de verstreckende gevolgen van het vaststellen van de nietigheid van een Uniehandeling. Een nietige Uniehandeling wordt geacht geen enkel, ook geen voorlopig rechtsgevolg in het leven te hebben geroepen.<sup>80</sup> In dat kader stelt advocaat-generaal Trabucchi: ‘[d]e gevolgen die intreden wanneer een rechtshandeling met kracht van wet als niet bestaande wordt aangemerkt zijn dermate ernstig – en soms zelfs ook zo onvoorzienbaar – dat bij normatieve handelingen, vooral wanneer zij gedurende lange tijd van kracht zijn geweest, de uiterste behoedzaamheid geboden is. Dit ligt ook in de lijn van de bescherming der rechtszekerheid. En wanneer een rechtsregel van algemene strekking als niet geschreven wordt aangemerkt, zal daaruit voor de administratie ook redelijkerwijze de verplichting moeten voortvloeien om alle *ab initio* ingetreden gevolgen ongedaan te maken.’<sup>81</sup> Het doen van een beroep op de nietigheid van EU-regelgeving is aan geen enkele beperking (in de tijd) verbonden.<sup>82</sup>

Het belang van de rechtszekerheid verzet zich ertegen dat ook een niet-toepasselijkverklaring de verwijdering van EU-regelgeving uit de wereld van het recht tot gevolg heeft. Anders dan de nietigverklaring, die binnen een relatief korte periode kon worden uitgesproken, kan het Hof van Justitie zelfs jaren na de vaststelling van EU-regelgeving die regelgeving niet-toepasselijk verklaren. Zou een niet-toepasselijkverklaring EU-regelgeving tenietdoen, dan kunnen rechtssubjecten in het EU-recht nooit écht uitgaan van de rechtsgeldigheid van EU-regelgeving en hun handelen daarop afstemmen.<sup>83</sup>

Voor zover dat nog niet uit het voorgaande kon worden afgeleid, werkt de niet-toepasselijkverklaring *inter partes*, dus alleen tussen partijen in het geding dat heeft geleid tot het

77 Zie bijvoorbeeld HvJ 15 juni 1994, C-137/92 P, ECLI:EU:C:1994:247 (BASF), punt 49; HvJ 18 oktober 2012, C-37/11, ECLI:EU:C:2012:640 (Commissie/Tsjechische Republiek), punt 46; HvJ 11 oktober 2016, C 601/14, EU:C:2016:759 (Commissie/Italië), punt 33.

78 HvJ 15 juni 1994, C-137/92 P, ECLI:EU:C:1994:247 (BASF), punt 50.

79 Conclusie van advocaat-generaal Trabucchi van 13 december 1973, ECLI:EU:C:1974:16, p. 197.

80 Zie bijvoorbeeld HvJ 15 juni 1994, C-137/92 P, ECLI:EU:C:1994:247 (BASF), punt 50; HvJ 5 oktober 2004, C-475/01, ECLI:EU:C:2004:585 (Commissie/Griekenland), punt 19-20.

81 Conclusie van advocaat-generaal Trabucchi van 13 december 1973, ECLI:EU:C:1974:16, p. 197.

82 Ortlep 2011, p. 93.

83 Zie Ortlep 2011, p. 101.

arrest waarin het Hof EU-regelgeving niet-toepasselijk heeft verklaard.<sup>84</sup> Verder werkt de niet-toepasselijkverklaring voor partijen vanaf de datum waarop het Hof van Justitie de niet-toepasselijkverklaring heeft uitgesproken (*ex nunc*).<sup>85</sup> In de volgende paragraaf leg ik uitbreider uit dat de niet-toepasselijkverklaring formeel gezien geen werking heeft buiten de grenzen van het geding waarin de niet-toepasselijkverklaring is uitgesproken. Ik ga eerst in op de werking voor het verleden en vervolgens op de werking voor het heden en de toekomst.

#### 4.3.3 *De niet-toepasselijkverklaring en het verleden, het heden en de toekomst*

##### 4.3.3.1 **Verleden**

De werking van een niet-toepasselijkverklaring van EU-regelgeving voor het verleden is met name relevant voor degenen die te maken hebben met een belastend uitvoeringsbesluit dat gebaseerd is op de niet-toepasselijk verklaarde EU-regelgeving en (bijna) identiek is aan het uitvoeringsbesluit dat nietig is verklaard in de uitspraak waarin de aan dat besluit ten grondslag liggende EU-regelgeving niet-toepasselijk is verklaard. Het is duidelijk voorstelbaar dat deze derden de niet-toepasselijkverklaring die het Hof in een ander geding heeft uitgesproken op een of andere manier zullen willen inroepen. De uitvoeringsbesluiten waarmee die derden te maken hebben, zullen echter doorgaans definitief zijn, omdat zij tegen die besluiten niet (tijdig) of zonder succes een beroep hebben ingesteld. De vraag laat zich nu stellen of derden die te maken hebben met een definitief belastend uitvoeringsbesluit rechtens een aanspraak kunnen maken op de niet-toepasselijkverklaring van EU-regelgeving die ook aan de basis ligt van hun besluit, met als doel dat uitvoeringsbesluit teniet te doen.

Het antwoord op deze vraag luidt dat derden op wie EU-regelgeving is toegepast rechtens geen enkele aanspraak kunnen maken op een niet-toepasselijkverklaring van EU-regelgeving in een ander geding. De niet-toepasselijkverklaring treedt *inter partes* in vanaf de datum waarop het Hof van Justitie de niet-toepasselijkverklaring heeft uitgesproken (*ex*

---

84 Zie bijvoorbeeld Sinaniotis 2001, p. 123; Lenaerts e.a. 2014, p. 455; Barents 2016, p. 303. Zie ook het hierna te bespreken arrest *Kortner* en bijvoorbeeld HvJ 5 oktober 2000, C-434/98 P, ECLI:EU:C:2000:546 (*Busacca*), punt 26. Wel wordt in de literatuur opgemerkt dat de gevolgen van een niet-toepasselijkverklaring ook formeel niet beperkt hoeven te blijven tot partijen. Lauwaars merkt daarover bijvoorbeeld op dat als 'een beschikking tot toepassing van een verordening ook tot andere personen dan de eiser gericht was, worden ook deze personen door de niet-toepasselijkverklaring van de verordening en de daarop gevolgde nietigverklaring van de beschikking van de werking van de beschikking bevrijd', zie Lauwaars 1970, p. 271. Zie ook Lenaerts e.a. 2014, p. 455 (noot 69) en paragraaf 4.3.3.2.

85 Uitdrukkelijk bijvoorbeeld *Bebr* 1981, p. 217-218.

nunc). De niet-toepasselijkverklaring heeft daarom geen enkele invloed op toepassingen van de betreffende EU-regelgeving in het verleden. Het Hof heeft het voorgaande reeds duidelijk gemaakt in het arrest *Kortner e.a.* uit 1974.<sup>86</sup>

Het arrest *Kortner e.a.* moet worden gezien in samenhang met de arresten *Sabbatini*<sup>87</sup> en *Bauduin*<sup>88</sup> van 7 juni 1972. In de twee laatstgenoemde arresten heeft het Hof van Justitie een bepaling uit het Statuut van de ambtenaren van de EG, bijlage VII niet-toepasselijk verklaard vanwege de strijd met het gelijkheidsbeginsel, omdat die bepaling een onge-rechtvaardigd onderscheid tot gevolg had tussen mannelijke en vrouwelijke ambtenaren van de instellingen. Het kwam er kort gezegd op neer dat in het huwelijk tredende vrouwen geen recht meer hadden op een ontheemdingstoelage vanaf het moment dat zij trouwden. Dit in tegenstelling tot in het huwelijk tredende mannen. Mevrouw Sabatini, werkzaam bij het Europees Parlement, en mevrouw Bauduin, werkzaam bij de Commissie, stellen tijdig een beroep tot nietigverklaring in tegen het besluit tot intrekking van hun ontheemdingstoelage, omdat de daaraan ten grondslag liggende bepaling in strijd met het gelijkheidsbeginsel zou zijn. Het Hof geeft mevrouw Sabatini en mevrouw Bauduin gelijk: de betreffende bepaling uit het Statuut leidt tot een willekeurig verschil in de behandeling van ambtenaren en is daarom onrechtmatig, zodat de intrekkingbesluiten een wettelijke grondslag missen en nietig verklaard moeten worden.

De Commissie en de Raad trekken de noodzakelijke conclusies uit de arresten en het Statuut wordt gewijzigd met een verordening van 26 februari 1973.<sup>89</sup> Die verordening stelt de Raad vast met terugwerkende kracht, en wel met ingang van 1 juli 1972, zodat vele betrokkenen wier ontheemdingstoelage in het verleden was ingetrokken direct na de arresten *Sabbatini* en *Bauduin* (gewezen op 7 juni 1972) toch hun toelage toegekend krijgen. Voor veel van die betrokkenen geldt echter dat hun ontheemdingstoelage al jaren vóór de arresten *Sabbatini* en *Bauduin* was ingetrokken. Zij hebben die intrekkingbesluiten nooit rechtens aangevochten, maar willen ná de arresten *Sabbatini* en *Bauduin* alsnog de jarenlang gemiste ontheemdingstoelage ontvangen. Daartoe voeren zij onder meer aan dat zij de definitief geworden intrekkingbesluiten alsnog aan de orde moeten kunnen stellen vanwege de niet-toepasselijkverklaring van het Hof van Justitie in de arresten *Sabbatini* en *Bauduin*.

86 HvJ 21 februari 1974, gevoegde zaken C-15/73–C-33/73, C-52/73, C-53/73, C-57/73–C-109/73, C-116/73, C-117/73, C-123/73, C-132/73 en C-135/73–C-137/73 ECLI:EU:C:1974:16 (*Kortner e.a.*).

87 HvJ 7 juni 1972, C-20/71, ECLI:EU:C:1972:48 (*Sabbatini*).

88 HvJ 7 juni 1972, C-32/71, ECLI:EU:C:1972:49 (*Bauduin*).

89 Verordening (EGKS, EEG, EURATOM) Nr. 558/73 van de Raad van 26 februari 1973 tot wijziging van Verordening (EEG, Euratom, EGKS) nr. 259/68 tot vaststelling van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en de regeling welke van toepassing is op de andere personeelsleden van deze Gemeenschappen (L 55/1).

Voorafgaand aan het arrest *Kortner e.a.* stelt advocaat-generaal Trabucchi in zijn conclusie dat de niet-toepasselijkverklaring door het Hof van Justitie in de arresten *Sabbatini* en *Bauduin* geen enkele betekenis heeft voor verzoeksters.<sup>90</sup> Zijn argumentatie is gelegen in de verschillende consequenties die een nietigverklaring en een niet-toepasselijkverklaring, in zijn woorden: ‘incidentele onrechtmatigverklaring’, hebben. Alleen als de betreffende handeling nietig zou zijn verklaard, ‘zou men zich in ernst kunnen afvragen in hoeverre zodanige nietigheid ook jegens derden tot bepaalde met terugwerkende kracht intredende gevolgen zou leiden.’ Bij een niet-toepasselijkverklaring ligt dat anders. Daarbij gaat het volgens de advocaat-generaal om ‘een incidentele uitspraak waaraan uitsluitend binnen de grenzen van het desbetreffende geding rechtsgevolgen verbonden kunnen zijn.’ Het Hof van Justitie beslist in lijn met de conclusie van de advocaat-generaal en overweegt als volgt:

‘Overwegende dat aan de arresten van 7 juni 1972 alleen ten aanzien van de toenmalige partijen gezag van gewijsde zaak toekomt; [...] dat voorts opmerking verdient dat bij die arresten geen vernietiging van het omstreden verordenend voorschrift [...] kon worden uitgesproken, zijnde bedoelde bepaling alleen niet van toepassing verklaard – met nietigverklaring der op grond daarvan genomen individuele besluiten –; [...] dat bedoelde arresten dan ook door partijen, die verzuimden tijdig van de haar in Statuut en Verdrag geboden beroepsmogelijkheden gebruik te maken, niet kunnen worden ingeroepen.’<sup>91</sup>

In het arrest *Kortner e.a.* heeft het Hof van Justitie aldus duidelijk gemaakt dat een niet-toepasselijkverklaring beperkte gevolgen heeft, in die zin dat derden die te maken hebben met een belastend en definitief uitvoeringsbesluit (hier: de intrekking van de ontheemdingstoelage waartegen de rechtsmiddelen termijn is verstreken) dat is gebaseerd op een incidenteel onrechtmatig verklaard voorschrift, uitgesproken in een ander geding, niet de niet-toepasselijkverklaring kunnen inroepen om zo hun definitieve besluit alsnog in rechte aan de orde te kunnen stellen. In het arrest *Kortner e.a.* gaat het om de situatie waarin derden geen beroep tot nietigverklaring hebben ingesteld tegen hun belastende uitvoeringsbesluit. Het in dat arrest geformuleerde uitgangspunt lijkt niet anders te zijn als een uitvoeringsbesluit wel is aangevochten met ter ondersteuning een exceptie van onwettigheid, maar zonder succes. Een niet-toepasselijkverklaring werkt immers *ex nunc* en *inter partes*.

90 Conclusie van advocaat-generaal Trabucchi van 23 december 1973, ECLI:EU:C:1973:164.

91 HvJ 21 februari 1974, gevoegde zaken C-15/73–C-33/73, C-52/73, C-53/73, C-57/73–C-109/73, C-116/73, C-117/73, C-123/73, C-132/73 en C-135/73–C-137/73 ECLI:EU:C:1974:16 (*Kortner e.a.*), punten 36-38.



#### 4.3.3.2 Heden en toekomst

In deze paragraaf gaat het over de consequenties van een niet-toepasselijkverklaring voor de toepassingen van het niet-toepasselijk verklaarde voorschrift in het heden en de toekomst. Met het 'heden' bedoel ik de toepassingen van de betreffende EU-regelgeving in de vorm van uitvoeringsbesluiten waartegen rechtsmiddelen zijn of nog kunnen worden aangewend. Toekomstige toepassingen zijn toepassingen in de vorm van uitvoeringsbesluiten die nog moeten worden genomen. Voor beide situaties geldt dat, nogmaals, een niet-toepasselijkverklaring *inter partes* werkt en dat de werking van EU-regelgeving door een niet-toepasselijkverklaring wordt ontnomen voor een specifiek geval. Voor het overige, en dus ook voor situaties in het heden en de toekomst, blijft de regeling dan ook bestaan en kan zij rechtmatig worden toegepast.<sup>92</sup> Er bestaat voor de EU-regelgever ook geen met artikel 266 VWEU vergelijkbare juridische plicht op basis waarvan de EU-regelgever alle maatregelen (denk aan intrekking of wijziging) moet nemen die noodzakelijk zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie waarin de Uniehandeling nietig is verklaard.<sup>93</sup>

De hierboven genoemde formele consequenties van een niet-toepasselijkverklaring voor toepassingen in het heden en de toekomst (in feite: geen) zijn niet heel realistisch gelet op de consequenties die een niet-toepasselijkverklaring in de praktijk zal hebben. In die zin omschrijft bijvoorbeeld Bebr de exceptie van onwettigheid als '*a rather split, illusory notion whose practical consequences may be hardly limited to the concrete instance only*'.<sup>94</sup> Bebr schrijft ook dat de niet-toepasselijkverklaring van een Uniehandeling '*will certainly sap the validity, the "legal health", of that act*'.<sup>95</sup> Van Rijn heeft een vergelijkbare opvatting, en stelt: '[n]a een niet-toepasselijk verklaring blijft de bestreden verordening of algemene beschikking gelden. De geldigheid is natuurlijk wel aangetast'.<sup>96</sup> Het ligt voor de hand dat derden die te maken hebben of te maken krijgen met een vergelijkbaar, maar nog niet definitief, uitvoeringsbesluit als het besluit dat is nietig verklaard, zich voor het Hof van Justitie zullen beroepen op de niet-toepasselijkverklaring om zo ook hun uitvoeringsbesluit nietig te laten verklaren. De kans op succes daarbij is groot. Het is moeilijk voorstelbaar dat het Hof van Justitie in zaken van derden die de exceptie van onwettigheid opwerpen tegen dezelfde bepaling van EU-regelgeving en daarbij dezelfde rechtsgrond aanvoeren, tot de conclusie komt dat die EU-regeling nu *niet* niet-toepasselijk verklaard

92 Zie bijvoorbeeld Sinaniotis 2001, p. 123; Van Rijn 1978, p. 200; Schermers 1977, p. 588.

93 Zie recent Karayigit 2019, p. 704-705. Zie uitgebreider bijvoorbeeld Van Rijn 1978, p. 203-204; Lauwaars 1970, p. 271-272.

94 Bebr 1981, p. 216.

95 Bebr 1967, p. 28.

96 Van Rijn 1978, p. 202.

zou moeten worden.<sup>97</sup> Meestal, zo zegt Lauwaars, zal het door het Hof geconstateerde gebrek ‘van dien aard zijn dat ook in andere gedingen met succes een beroep op de exceptie gedaan kan worden.’<sup>98</sup>

De kans dat toepassingen in het heden en de toekomst door het Hof nietig zullen worden verklaard dan wel niet zullen plaatsvinden is groter als het Hof zich heeft uitgelaten over de rechtmatigheid van EU-regelgeving in generieke zin, zoals in de hierboven besproken arresten *Sabbatini* en *Bauduin*. Het Hof komt in die zaken tot het oordeel dat de betreffende bepaling uit het Statuut in algemene zin ‘tot een willekeurig verschil in de behandeling der ambtenaren leidt’. De geconstateerde onrechtmatigheid is met andere woorden niet gelegen in de toepassing van de regeling op mevrouw Sabbatini respectievelijk mevrouw Bauduin, maar in de regeling zelf, die *op zichzelf* onrechtmatig is vanwege het willekeurige onderscheid dat daarin wordt gemaakt. Het is artikel 277 VWEU in combinatie met de uitleg van dat artikel door het Hof van Justitie die het gevolg hebben dat het onrechtmatigheidsoordeel beperkte consequenties heeft. Materieel gezien strekt het onrechtmatigheidsoordeel zich veel verder uit dan het specifieke geval.<sup>99</sup> Gelet daarop lijkt het nauwelijks voorstelbaar dat de EU-regelgever de regeling (in ongewijzigde vorm) laat bestaan, de bevoegde instelling uitvoeringsbesluiten blijft nemen op basis van het niet-toepasselijk verklaarde voorschrift, en die uitvoeringsbesluiten, mochten zij worden genomen, overeind blijven bij het Hof van Justitie.

#### 4.3.4 *Inhoudelijke voortzetting van het ‘oude’, door de rechter onrechtmatig bevonden rechtsregime*

Hoewel de gevolgen van een niet-toepasselijkverklaring formeel gezien beperkt zijn, heb ik in paragraaf 4.3.3.2 besproken dat een niet-toepasselijkverklaring in de praktijk doorgaans verstrekkender gevolgen zal hebben. Niet-toepasselijk verklaarde EU-regelgeving mag dan formeel gezien nog onderdeel zijn van de wereld van het recht, maar feitelijk heeft die regelgeving geen of weinig betekenis meer. Hoewel daartoe formeel gezien niet verplicht,<sup>100</sup> zal de EU-regelgever die de regeling heeft vastgesteld deze waarschijnlijk wil-

97 Zie in die zin ook Sinaniotis 2001, p. 123-124.

98 Lauwaars 1970, p. 271.

99 Zou het Hof van Justitie dezelfde EU-regelgeving in een direct beroep tot nietigverklaring hebben getoetst, dan zouden de consequenties ook formeel gezien veel verstrekkender zijn. Dan zou het geconstateerde gebrek er immers wellicht toe hebben geleid dat de regeling ingevolge artikel 264, eerste alinea, VWEU nietig werd verklaard, met onder meer het veel verdergaande gevolg dat met terugwerkende kracht de werking van EU-regelgeving is ontnomen tot het moment van de vaststelling daarvan ten opzichte van eenieder. Vergelijk Sinaniotis 2001, p. 123-124.

100 De EU-regelgever is niet verplicht om de regeling in te trekken of te wijzigen. Wel hebben sommigen zich uitgesproken voor een analoge toepassing van, thans, artikel 266 VWEU op de niet-toepasselijkverklaring.

len repareren, bijvoorbeeld door de regeling in te trekken en te vervangen door een nieuwe regeling of de regelgeving zodanig willen wijzigen dat er aan de regeling niet meer het gebrek kleeft dat een niet-toepasselijkverklaring (of meerdere) tot gevolg had. Een voor dit onderzoek relevante vraag in dit verband is in hoeverre het op grond van het EU-recht toelaatbaar is dat een ‘oud’, door het Hof van Justitie vanwege formele gebreken onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk wordt voortgezet na herstel, waarbij ook relevant is of die inhoudelijke voortzetting met terugwerkende kracht kan plaatsvinden.<sup>101</sup> Hierna zal ik uitleggen dat deze inhoudelijke voortzetting, met terugwerkende kracht, in beginsel toelaatbaar is na herstel van een formeel gebrek. De rechtspraak waaruit dat wordt afgeleid, gaat vooral over het inhoudelijk voortzetten van een rechtsregime dat nietig is verklaard, maar zij biedt ook inspiratie voor de inhoudelijke voortzetting in het geval deze regelgeving door middel van indirecte toetsing onrechtmatig is bevonden.

Ter bepaling of EU-regelgeving terugwerkende kracht heeft, hanteert het Hof van Justitie zowel een formeel-technische benadering als een materiële benadering.<sup>102</sup> Dat wil zeggen dat het Hof van Justitie soms spreekt van terugwerkende kracht als het EU-recht ‘reeds voor aankondiging van kracht is’ (formeel-technisch),<sup>103</sup> maar ook als terugwerkende kracht ‘niet uitdrukkelijk in het besluit zelf is voorzien, doch uit de inhoud ervan voortvloeit’ (materieel).<sup>104</sup> Het Hof van Justitie beoordeelt de toelaatbaarheid van – formeel en materieel – terugwerkende kracht van EU-regelgeving aan de hand van de uitgangspunten die hiervoor zijn geformuleerd in het arrest *Racke*. In dat arrest heeft het Hof van Justitie hierover het volgende overwogen:

‘Ofschoon het beginsel van de rechtszekerheid zich in het algemeen ertegen verzet dat een gemeenschapsbesluit reeds vóór afkondiging van kracht is, kan hiervan bij wijze van uitzondering worden afgeweken indien dit voor het te bereiken doel noodzakelijk is en het rechtmatige vertrouwen van de betrokkenen naar behoren in acht is genomen.’<sup>105</sup>

---

Advocaat-generaal Lagrange sprak in dit verband bijvoorbeeld van een ‘morele, zo niet juridische noodzaak’ tot het vaststellen van een nieuwe Uniehandeling, die in overeenstemming is met het arrest van het Hof waarin de niet-toepasselijkverklaring is uitgesproken. Zie de conclusie van advocaat-generaal Lagrange van 17 december 1959, ECLI:EU:C:1959:23.

101 Zie paragrafen 3.8.5 en 3.8.6.

102 Zie Pauwels 2009, p. 445-446.

103 Pauwels 2009, p. 445 met verwijzing naar HvJ 25 januari 1979, C-99/78, ECLI:EU:C:1979:15 (*Decker*), punt 8.

104 Pauwels 2009, p. 445-446 met verwijzing naar HvJ 11 juli 1991, C-386/89, ECLI:EU:C:1991:307 (*Crispol-toni*), punt 17.

105 HvJ 25 januari 1979, C-98/78, ECLI:EU:C:1979:14 (*Racke*), punt 20.

Het Hof van Justitie hanteert in het arrest *Racke* een formeel-technische benadering van terugwerkende kracht en formuleert dus het uitgangspunt dat naar EU-recht geen terugwerkende kracht wordt verleend aan EU-regelgeving. Er zijn volgens het Hof wel uitzonderingen mogelijk,<sup>106</sup> maar dan moet er zijn voldaan aan twee voorwaarden: (1) de terugwerkende kracht moet noodzakelijk zijn voor het te bereiken doel ('noodzakelijkheidsvoorwaarde')<sup>107</sup> en (2) er mag geen aantasting zijn van gerechtvaardigd vertrouwen van de betrokkenen ('voorwaarde van niet-schending van het vertrouwensbeginsel').<sup>108</sup> In onder meer het arrest *Crispoltoni* heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt dat dit uitgangspunt van geen terugwerkende kracht en de mogelijke uitzonderingen op dat uitgangspunt ook gelden 'in het geval waarin de terugwerkende kracht niet uitdrukkelijk in het besluit zelf is voorzien, doch uit de inhoud ervan voortvloeit' – bij materieel terugwerkende kracht dus.<sup>109</sup>

Om terugwerkende kracht te mogen verlenen aan EU-regelgeving heeft de EU-regelgever dus ten eerste een doel nodig in het licht waarvan die terugwerkende kracht noodzakelijk is. Een doel waarvoor terugwerkende kracht volgens het Hof noodzakelijk kan zijn is het voortzetten van het eerder bestaande rechtsregime, zodat bijvoorbeeld de stabiliteit op de markt en de Unierechtelijke rechtsorde wordt verzekerd.<sup>110</sup> Uit bijvoorbeeld het arrest *Fedesa*<sup>111</sup> blijkt dat de EU-regelgever het nodig vond om een richtlijn vast te stellen die qua inhoud – inclusief de datum voor de uitvoering ervan – precies hetzelfde was als een oude richtlijn, die door het Hof van Justitie nietig was verklaard vanwege de schending van een wezenlijk vormvoorschrift.<sup>112</sup> Het vaststellen van de nieuwe richtlijn vond de EU-regelgever nodig om te voorkomen 'dat er tijdelijk een rechtsvacuüm zou ontstaan, in die zin dat een gemeenschapsrechtelijke grondslag voor de nationale bepalingen die door de Lid-Staten waren vastgesteld om te voldoen aan de nietig verklaarde richtlijn, zou ontbreken'.<sup>113</sup>

106 Geen uitzondering geldt voor strafbaarstellingen en andere bepalingen die van invloed zijn op de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, zij mogen niet met terugwerkende kracht worden vastgesteld. Zie bijvoorbeeld het arrest HvJ 29 juni 2010, C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382 (*E en F*). Daarin had de Raad een besluit tot plaatsing van een organisatie op een lijst van bij terroristische daden betrokken personen, groepen en entiteiten niet goed gemotiveerd in het licht van artikel 296 VWEU. Later nam de Raad een tweede en wel goed gemotiveerd plaatsingsbesluit, waarbij de vraag rees of dat besluit kon bijdragen aan de vervolging van verdachten over de periode voorafgaand aan het uitvaardigen daarvan. Daartegen verzet het beginsel van niet-terugwerkende kracht zich, aldus het Hof (zie punt 59). Zie ook Pauwels 2009, p. 443.

107 De reden waarom de EU-regelgever terugwerkende kracht rechtvaardig acht, moet blijken uit de considerans van de betreffende regeling, zie HvJ 1 april 1993, gevoegde zaken C-260/91 en C-261/91, ECLI:EU:C:1993:493 (*Diversinte*), punt 10.

108 Pauwels 2009, p. 443.

109 HvJ 11 juli 1991, C-386/89, ECLI:EU:C:1991:307 (*Crispoltoni*), punt 17.

110 Pauwels 2009, p. 452.

111 HvJ 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*).

112 HvJ 23 februari 1988, C-68/86, ECLI:EU:C:1988:85 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*).

113 HvJ 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*).

Het om deze reden verlenen van terugwerkende kracht aan EU-regelgeving werd door het Hof geaccepteerd.

Een ander voorbeeld biedt de zaak *Amylum*, waarin bij verordening van 10 februari 1981 een stelsel van quota en productieheffingen voor isoglucose met terugwerkende kracht opnieuw werd ingevoerd voor het tijdvak 1 juli 1979-30 juni 1980, nadat het Hof een eerste regeling waarbij dat stelsel reeds was ingevoerd op 29 oktober 1980 nietig had verklaard wegens de schending van een wezenlijk vormvoorschrift.<sup>114</sup> Het nagestreefde doel van de EU-regelgever was de stabilisatie van de suikermarkt in het algemeen belang, waarvoor het opnieuw invoeren van het stelsel van quota en productieheffingen voor het verkoopseizoen 1979/1980 met terugwerkende kracht noodzakelijk werd geacht. Het om die reden verlenen van terugwerkende kracht aan EU-regelgeving werd door het Hof in de zaak *Amylum* geaccepteerd.<sup>115</sup>

In beginsel accepteert het Hof dus dat de EU-regelgever terugwerkende kracht verleent aan EU-regelgeving als dat nodig is voor het voortzetten van het rechtsregime (en daarmee het voorkomen van een rechtsvacuüm) en ten behoeve van stabiliteit. Dat lijkt in het bijzonder te gelden wanneer de terugwerkende kracht het doel heeft om een regime dat onrechtmatig is bevonden vanwege een formeel gebrek, zoals de schending van een wezenlijk vormvoorschrift, of vanwege evidente fouten (na herstel) voort te zetten.<sup>116</sup> Is de terugwerkende gelet op de noodzakelijkheidsvoorwaarde toelaatbaar, dan resteert de vraag of gerechtvaardigde verwachtingen zich tegen die terugwerkende kracht verzetten. Pauwels heeft in zijn dissertatie over de terugwerkende kracht van belastingwetgeving uiteengezet welke factoren het Hof van Justitie in dit verband relevant vindt, ook buiten het terrein van het belastingrecht.<sup>117</sup> Pauwels onderscheidt vier factoren: (1) er is sprake van een omstandigheid die mede de noodzakelijkheid van de terugwerkende kracht ver-

114 HvJ 30 september 1982, C-108/81, ECLI:EU:C:1982:322 (*Amylum*).

115 HvJ 30 september 1982, C-108/81, ECLI:EU:C:1982:322 (*Amylum*), punt 8.

116 Naast de arresten *Fedesa* en *Amylum*, zie HvJ 30 september 1982, C-110/81, ECLI:EU:C:1982:323 (*Roquette Frères*); HvJ 30 september 1982, C-114/81, ECLI:EU:C:1982:324 (*Tunnel Refineries*); HvJ 20 juni 1991, C-248/89, ECLI:EU:C:1991:264 (*Cargill*). Ontleend aan Pauwels 2009, p. 451-452. Overigens, ook wanneer regelgeving vanwege een materieel gebrek onrechtmatig is geacht, kan terugwerkende kracht verlenen aan regelgeving noodzakelijk zijn voor het voortzetten van het rechtsregime. Zo vond het Hof van Justitie het in het licht van de noodzakelijkheidsvoorwaarde acceptabel dat terugwerkende kracht werd verleend aan nationale regelgeving die voorzag in extra heffingen op melk en die de oude nationale regeling verving, nadat de oude regeling door de nationale rechter, na een prejudiciële beslissing van het Hof, nietig was verklaard wegens het discriminatieverbod. Het verlenen van terugwerkende kracht werd noodzakelijk gevonden in het licht van de doeltreffendheid van het stelsel van de extra heffingen op melk. Zie HvJ 15 juli 2004, C-459/02, ECLI:EU:C:2004:454 (*Gerekens*).

117 Zie Pauwels 2009, bijlage E (p. 441-473).

klaart en die mede verklaart waarom geen gerechtvaardigde verwachtingen bestaan, (2) het belang van het rechtsgebied, (3) alertheid bij de rechtssubjecten, (4) voorzienbaarheid.<sup>118</sup>

Voor de vraag in hoeverre de verwachtingen van individuen dat de EU-regelgever een ander, voor hen voordeliger, rechtsregime zou inzetten – of in elk geval het oude rechtsregime niet met terugwerkende kracht opnieuw zou invoeren na herstel – gerechtvaardigd zijn en gehonoreerd moeten worden, zijn met name de factoren alertheid en voorzienbaarheid van belang. Zij hangen met elkaar samen.<sup>119</sup> In verband met de factor alertheid verwacht het Hof van Justitie een bepaalde alertheid van individuen dat regelgeving kan veranderen of met terugwerkende kracht kan worden ingevoerd en acht het verwachtingen in dat licht volgens Pauwels meestal niet gerechtvaardigd als:

‘(a) de verandering kon worden verwacht gegeven de achtergrond van de betreffende regeling al dan niet in combinatie met verandering van voor die regelgeving relevante omstandigheden; of (b) het niet invoeren van de wijziging zou betekenen dat bepaalde belanghebbenden een ongerechtvaardigd, onbedoeld of ongewenst voordeel zouden genieten.’<sup>120</sup>

De factor voorzienbaarheid wordt in het kader van het wijzigen met terugwerkende kracht van onrechtmatige EU-regelgeving zo ingevuld dat gerechtvaardigde verwachtingen pas bestaan wanneer het onvoorzienbaar was dat reparatie met terugwerkende kracht zou plaatsvinden.<sup>121</sup> In het kader van beide factoren speelt ook de termijn een rol waarbinnen de EU-regelgever besluit om, vanaf het moment dat EU-regelgeving onrechtmatig is bevonden, nieuwe regelgeving in te voeren.<sup>122</sup>

Een relevante omstandigheid die speelt bij de invulling van de bovengenoemde factoren (alertheid en voorzienbaarheid) is: de aard van het gebrek en de mate waarin individuen gelet daarop konden verwachten dat de EU-regelgever het onrechtmatige rechtsregime zou willen voortzetten, na herstel. Is EU-regelgeving onrechtmatig bevonden vanwege een formeel gebrek, dan neemt het Hof niet snel aan dat verwachtingen van individuen gerechtvaardigd zijn. In de zaak *Fedesa*, waarin een wegens een formeel gebrek nietig ver-

118 Pauwels 2009, p. 447-448.

119 Pauwels 2009, p. 454.

120 Pauwels 2009, p. 452.

121 Pauwels 2009, p. 453 met verwijzing naar HvJ 30 september 1982, C-108/81, ECLI:EU:C:1982:322 (*Amylum*), punt 11.

122 Pauwels 2009, p. 452-453.

klaarde richtlijn werd vervangen door een richtlijn met dezelfde inhoud en datum voor uitvoering, overweegt Hof van Justitie hierover bijvoorbeeld het volgende:

‘Aangaande het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen moet worden vastgesteld, dat de periode tussen de nietigverklaring van de eerste richtlijn (23 februari 1988) en de kennisgeving van de in geding zijnde richtlijn (11 maart 1988, terwijl zij op 7 maart was vastgesteld) dan wel de bekendmaking in het Publikatieblad van 16 maart, zeer kort was, alsmede dat de voorafgaande richtlijn wegens een proceduregebrek nietig was verklaard. Onder deze omstandigheden konden de betrokkenen, wier werkzaamheden waren onderworpen aan de nationale wettelijke regeling, vastgesteld ter uitvoering van de nietig verklaarde richtlijn, niet verwachten, dat de Raad zijn opvatting inhoudelijk zou wijzigen. Hieruit volgt, dat de terugwerkende kracht van de nieuwe richtlijn niet in strijd is met het vertrouwensbeginsel.’<sup>123</sup>

De omstandigheid dat de eerdere richtlijn onrechtmatig was bevonden vanwege een formeel gebrek (in dit geval: het niet naleven van een bepaling uit het Reglement van orde van de Raad voor het volgen van een schriftelijke procedure)<sup>124</sup> maakt dat individuen niet de gerechtvaardigde verwachting konden hebben dat de richtlijn een andere inhoud zou krijgen. Het onrechtmatig bevinden vanwege een formeel gebrek is wat Pauwels omschrijft als een omstandigheid die (mede) de noodzakelijkheid van de terugwerkende kracht verklaart en die (mede) verklaart waarom geen gerechtvaardigde verwachtingen bestaan. Het formele gebrek is een gerechtvaardigde reden om het rechtsregime inhoudelijk voort te zetten en rechtvaardigt de daartoe soms noodzakelijk zijnde terugwerkende kracht van EU-regelgeving enerzijds, en is een reden waarom individuen niet gerechtvaardigd mochten verwachten dat de EU-regelgever zijn opvatting inhoudelijk zou wijzigen, anderzijds. Komt daar nog bij dat de periode tussen de nietigverklaring en het herstel (in *Fedesa*: een nieuwe richtlijn) kort is, dan acht het Hof de terugwerkende kracht van EU-regelgeving als regel toelaatbaar.

Kortom, volgens het Hof van Justitie is het in beginsel toelaatbaar dat de EU-regelgever een vanwege een formeel gebrek onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk voortzet, na herstel van dat formele gebrek, met terugwerkende kracht. De (mogelijk) bestaande verwachtingen bij betrokkenen dat de EU-regelgever het rechtsregime inhoudelijk (ten voordele) zou wijzigen, zijn in beginsel niet gerechtvaardigd als het rechtsregime door het Hof onrechtmatig is bevonden vanwege een formeel gebrek. Inhoudelijke voortzetting

123 HvJ 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), punt 47.

124 HvJ 23 februari 1988, C-68/86, ECLI:EU:C:1988:85 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*), punt 40-49.

met terugwerkende kracht is (nog) eerder gerechtvaardigd als de EU-regelgever het formele gebrek snel nadat het door het Hof is vastgesteld, herstelt.

#### 4.3.5 *De formeel verstrekkender gevolgen van een ongeldigverklaring*

Komt het Hof in een prejudiciële procedure inzake de geldigheid tot de conclusie dat EU-regelgeving gebrekkig is, dan verklaart het Hof (bepalingen van) de regeling ongeldig ('ongeldigverklaring'). Een ongeldigverklaring is net als de niet-toepasselijkverklaring ook een gevolg van een succesvolle indirecte toetsing van EU-regelgeving door het Hof van Justitie, maar heeft verdergaande consequenties dan een niet-toepasselijkverklaring.

De uitspraak waarin het Hof EU-regelgeving ongeldig verklaart is niet alleen bindend voor de nationale rechter die de vraag heeft gesteld, maar voor alle nationale rechters van alle lidstaten voor wie de betreffende Uniehandeling wordt ingeroepen. Het Hof van Justitie heeft dat bepaald in het arrest *International Chemical Corporation*, waarin het Hof overwoog dat een arrest waarbij krachtens (nu) artikel 267 VWEU de ongeldigheid wordt vastgesteld 'voor iedere andere rechter voldoende grond vormt om de handeling als ongeldig te beschouwen met het oog op een door hem te geven beslissing'.<sup>125</sup> Het voorgaande betekent dat een ongeldig verklaring *erga omnes* werkt en op dat punt gelijkstaat aan een nietigverklaring in de zin van artikel 264, eerste alinea, VWEU.<sup>126</sup> Volgens het Hof van Justitie is de *erga omnes*-werking van een ongeldigverklaring nodig voor de rechtszekerheid en om een uniforme toepassing van het Unierecht door alle nationale rechters te verzekeren.<sup>127</sup> Ook de temporele werking van een nietigverklaring en een ongeldigverklaring zijn hetzelfde, in die zin dat de ongeldigverklaring in beginsel terugwerkt tot het moment van vaststelling van EU-regelgeving (*ex tunc*).<sup>128</sup> Het Hof van Justitie heeft dat

125 HvJ 13 mei 1989, C-66/80, ECLI:EU:C:1981:102 (*International Chemical Corporation*), punt 13.

126 Zie over die gelijkens bijvoorbeeld Lenaerts e.a. 2014, p. 475.

127 HvJ 13 mei 1989, C-66/80, ECLI:EU:C:1981:102 (*International Chemical Corporation*), punten 11 en 12.

128 Het Hof van Justitie kan wel, net als bij een nietigverklaring, de gevolgen van een ongeldigverklaring in de tijd beperken, bijvoorbeeld door te bepalen dat een ongeldigverklaring enkel voor de toekomst geldt (*ex nunc*). Zijn bevoegdheid om de gevolgen in tijd van een ongeldigverklaring te beperken, leidt het Hof af uit artikel 264, tweede lid, VWEU, dat eigenlijk ziet op nietigverklaring ('Het Hof van Justitie bepaalt evenwel, zo het dit nodig oordeelt, welke gevolgen van de vernietigde handeling als definitief moeten worden beschouwd'). De rechtvaardiging om deze bepaling overeenkomstig toe te passen bij een ongeldigverklaring is volgens het Hof gelegen in 'de noodzakelijke samenhang tussen de prejudiciële verwijzing tot beoordeling van de geldigheid en het beroep tot nietigverklaring, de twee wegen waarlangs de in het Verdrag voorziene wettigheidscontrole kan worden uitgeoefend. [...] Deze mogelijkheid om [...] de gevolgen van de ongeldigverklaring van een gemeenschapsverordening in de tijd te beperken, is een bevoegdheid die het Verdrag aan het Hof heeft toegekend in het belang van een eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht in de gehele Gemeenschap.' Zie HvJ 27 februari 1985, C-112/83, ECLI:EU:C:1985:86 (*Produits de Mais*), punt 17.



expliciet overwogen in bijvoorbeeld het arrest *Roquette Frères*, waarin het Hof prejudiciële vragen beantwoordt over de werking in de tijd van een ongeldigverklaring van een verordening. In dat arrest overweegt het Hof van Justitie dat ‘een arrest waarbij het Hof bij wege van prejudiciële beslissing de ongeldigheid van een gemeenschapshandeling vaststelt, in beginsel terugwerkende kracht heeft, net als een arrest houdende nietigverklaring.’<sup>129</sup> Een duidelijk verschil tussen een nietigverklaring en een ongeldigverklaring is overigens wel dat de eerstgenoemde wél de verwijdering van EU-regelgeving uit de wereld van het recht betekent, terwijl een ongeldigverklaring dat gevolg formeel gezien niet heeft.<sup>130</sup>

Hoewel de ongeldigverklaring net als de niet-toepasselijkverklaring een gevolg is van een succesvolle indirecte toetsing, laat ik de ongeldigverklaring verder buiten beschouwing. De gevolgen die een ongeldigverklaring heeft, en die nadrukkelijk verstrekkender zijn dan de gevolgen van een niet-toepasselijkverklaring, lijken vooral te maken te hebben met het primaire doel van de prejudiciële procedure: verzekeren dat het Unierecht door alle rechters in alle lidstaten op een uniforme wijze wordt uitgelegd en toegepast.<sup>131</sup> Het gaat hier om een perspectief dat eigen is aan de EU-rechtsorde. Gelet daarop ligt een vergelijking met en de beïnvloeding van de gevolgen van succesvolle indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter minder voor de hand.

#### 4.3.6 Tussenconclusie

Een succesvolle indirecte toetsing van EU-regelgeving door het Hof van Justitie leidt tot het niet-toepasselijk verklaren of het ongeldig verklaren van die regelgeving. In paragraaf 4.3 heb ik vooral de (reikwijdte van) de niet-toepasselijkverklaring besproken. De niet-toepasselijkverklaring heeft formeel gezien heel beperkte gevolgen: de niet-toepasselijkverklaring werkt *inter partes, ex nunc* en de niet-toepasselijk verklaarde regeling blijft onderdeel van de wereld van het recht.<sup>132</sup> Hierdoor heeft een niet-toepasselijkverklaring formeel gezien geen directe gevolgen voor toepassingen op derden van de niet-toepasselijk verklaarde regeling in het verleden, het heden en de toekomst. Degenen die te maken hebben met een belastend en definitief uitvoeringsbesluit dat is gebaseerd op een in een ander geding incidenteel onrechtmatig verklaard voorschrift kunnen *niet* de niet-toepasselijkverklaring inroepen om zo hun definitieve besluit alsnog in rechte aan de orde te

129 HvJ 26 april 1994, C-228/92, ECLI:EU:C:1994:168 (*Roquette Frères*), punt 17.

130 Lenaerts e.a. 2014, p. 475.

131 Zie het genoemde arrest HvJ 13 mei 1989, C-66/80, ECLI:EU:C:1981:102 (*International Chemical Corporation*) en voor de benoemingen van de verschillen tussen beide reeds bijvoorbeeld Van Rijn 1978, p. 271 e.v.; Bebr 1967, p. 29-31.

132 Paragraaf 4.3.2.

kunnen stellen.<sup>133</sup> Verder kan niet-toepasselijk verklaarde EU-regelgeving *formeel* gezien rechtmatig toegepast blijven worden in het heden en de toekomst, ook als de incidenteel vastgestelde onrechtmatigheid voortduurt.<sup>134</sup>

De beperkte consequenties van een niet-toepasselijkverklaring zijn te verklaren. Zij brengen een evenwicht tot uitdrukking tussen enerzijds het belang van de rechtsbescherming, dat verlangt dat (sommige) individuen ook na het verstrijken van de termijnen tegen de toepassing van onrechtmatige regelgeving worden beschermd, en anderzijds het belang van de rechtszekerheid, dat verlangt dat EU-regelgeving na het verstrijken van de termijnen definitief is, zodat van de rechtsgeldigheid kan worden uitgegaan.<sup>135</sup> Tegelijkertijd zijn de consequenties van een niet-toepasselijkverklaring verstrekkender in de praktijk, dat wil zeggen: na één of eventueel meerdere keren niet-toepasselijk verklaren heeft een regeling feitelijk geen betekenis meer voor het heden en de toekomst.<sup>136</sup> Mede gelet daarop zal de EU-regelgever die de niet-toepasselijk verklaarde regeling heeft vastgesteld, deze waarschijnlijk willen repareren, bijvoorbeeld door de regeling in te trekken en te vervangen door een nieuwe regeling of de regelgeving zodanig willen wijzigen dat er aan de regeling niet meer het gebrek kleeft dat de niet-toepasselijkverklaring tot gevolg heeft gehad.

Is EU-regelgeving door het Hof van Justitie onrechtmatig bevonden vanwege een formeel gebrek, dan is het in beginsel toelaatbaar dat het 'oude' rechtsregime inhoudelijk wordt voortgezet, na herstel, eventueel met terugwerkende kracht.<sup>137</sup> Daarbij is van belang dat het Hof de toelaatbaarheid van die terugwerkende kracht beoordeelt in het kader van gerechtvaardigd vertrouwen. Verwachtingen van betrokkenen dat de EU-regelgever het rechtsregime inhoudelijk, ten voordele, zou wijzigen, zijn in beginsel *niet* gerechtvaardigd als dat rechtsregime door het Hof onrechtmatig is bevonden vanwege een formeel gebrek.

#### 4.4 DE VERHOUDING TUSSEN DIRECTE EN INDIRECTE TOETSING

##### 4.4.1 *Inleiding*

Deze paragraaf gaat over de vraag of het niet (tijdig) of zonder succes gebruik maken van de directe beroepsmogelijkheid van artikel 263 VWEU tegen appellabele EU-regelgeving het gevolg heeft dat de latere indirecte toetsing door het Hof van Justitie beperkter is en,

---

133 Paragraaf 4.3.3.1.

134 Paragraaf 4.3.3.2.

135 Paragraaf 4.3.2.

136 Paragraaf 4.3.3.2.

137 Paragraaf 4.3.4.

zo ja, hoe die beperking dan is vormgegeven. Hierna, in paragraaf 4.4.2, zet ik eerst uiteen wat in het Unierechtelijke rechtsbeschermingssysteem de hoofdregel is. Die hoofdregel is dat het indirect toetsen van appellabele EU-regelgeving in beginsel altijd mogelijk is (in volle omvang). Er bestaan wel uitzonderingen op die hoofdregel. Deze uitzonderingen kunnen worden verklaard vanuit de gedachte dat een partij vanwege de rechtszekerheid in beginsel één kans heeft om EU-regelgeving, met een specifieke rechtsgrond, aan te vechten. Althans, wanneer het particulieren betreft die EU-regelgeving willen aanvechten. De uitzonderingen op de hoofdregel bespreek ik in paragraaf 4.4.3. Paragraaf 4.4 wordt afgesloten met een tussenconclusie in paragraaf 4.4.4.

#### 4.4.2 Hoofdregel

In het Unierecht geldt het uitgangspunt dat Uniehandelingen, en dus ook EU-regelgeving, worden geacht rechtsgeldig te zijn en rechtsgevolgen in het leven te roepen zolang zij niet nietig zijn verklaard in de zin van artikel 264, eerste alinea, VWEU of zijn ingetrokken.<sup>138</sup> Is de termijn voor het instellen van het directe beroep tot nietigverklaring verstreken of is dat beroep zonder succes ingesteld, dan kan EU-regelgeving niet meer met de inzet van normale rechtsmiddelen nietig worden verklaard. EU-regelgeving is op dat moment definitief en wordt geacht rechtsgeldig te zijn.<sup>139</sup> Aan het voorgaande ligt het belang van de rechtszekerheid ten grondslag, dat vereist dat EU-regelgeving niet onbeperkt in geding kan worden gebracht.<sup>140</sup> Het Hof omschrijft het zo dat het definitief worden van Uniehandelingen met name berust 'op de overweging, dat de beroepstermijnen de rechtszekerheid beogen te waarborgen door te voorkomen dat gemeenschapshandelingen die rechtsgevolgen teweegbrengen, onbeperkt in het geding kunnen worden gebracht, alsook op de vereisten van goede rechtsbedeling en van proceseconomie.'<sup>141</sup>

Ondanks het bovenstaande is de hoofdregel dat EU-regelgeving altijd indirect kan worden getoetst door het Hof van Justitie, dus ook als EU-regelgeving definitief is en geacht wordt rechtsgeldig te zijn. Artikel 277 VWEU, waarin de exceptie van onwettigheid is neergelegd, brengt deze hoofdregel duidelijk tot uitdrukking. Daarin staat dat iedere partij *ook na het verstrijken van de in artikel 263, zesde alinea bedoelde termijn* de niet-toepasselijkheid van een handeling van algemene strekking kan invoeren. De niet door tijd begrensde mogelijkheid om EU-regelgeving indirect te kunnen laten toetsen, kan worden begrepen vanuit enerzijds de functie die indirecte toetsing in het Unierecht heeft en anderzijds de

138 Zie bijvoorbeeld HvJ 15 juni 1994, C-137/92 P, ECLI:EU:C:1994:247 (*BASF*), punt 48.

139 Zie hierover Ortlep 2011, p. 83 e.v.

140 Bijvoorbeeld HvJ 14 september 1999, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:407 (*AssiDomän Kraft*), punt 61.

141 HvJ 14 september 1999, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:407 (*AssiDomän Kraft*), punt 61.

(formeel) beperkte gevolgen van succesvolle indirecte toetsing. De mogelijkheid van het indirect toetsen van EU-regelgeving beoogt een lacune op te vullen in het systeem van rechtsbescherming tegen EU-regelgeving. Dat geldt voornamelijk voor de rechtsbescherming van particulieren tegen EU-regelgeving, omdat zij een heel beperkte mogelijkheid hebben om EU-regelgeving aan te vechten met een beroep tot nietigverklaring.<sup>142</sup> Om hen te beschermen tegen de toepassing van onrechtmatige EU-regelgeving kunnen particulieren EU-regelgeving, ook als die regelgeving definitief is, indirect laten toetsen door het Hof van Justitie. Het belang van de rechtszekerheid stelt daar tegenover dat de gevolgen van indirecte toetsing in elk geval formeel beperkt zijn, in die zin dat indirecte toetsing in elk geval niet kan leiden tot het tenietdoen – de verwijdering uit de rechtsorde – van EU-regelgeving. Zo wordt er een balans gevonden tussen enerzijds het belang van de rechtszekerheid en anderzijds de rechtsbescherming tegen EU-regelgeving.<sup>143</sup>

Aan de hoofdregel dat indirect toetsen van definitieve EU-regelgeving in beginsel altijd mogelijk is, ligt dus (ook) de gedachte ten grondslag dat de gevolgen van succesvolle indirecte toetsing beperkt zijn. De beperkte gevolgen moeten echter, zoals ik heb uitgelegd in paragraaf 4.3.3, worden genuanceerd. De gevolgen van indirecte toetsing reiken feitelijk (de niet-toepasselijkverklaring) of formeel (de ongeldigverklaring) verder dan het voorliggende geval en de betreffende EU-regelgeving heeft (feitelijk) geen of weinig betekenis meer in de wereld van het recht. Althans, voor het heden en de toekomst. Dat betekent dat door een succesvolle indirecte toetsing aan het belang van de rechtszekerheid méér wordt afgedaan dan waarvan de veronderstelling uitgaat die ten grondslag ligt aan de regel dat indirecte toetsing altijd mogelijk is (beperkte gevolgen). Om aan die verdergaande gevolgen tegenwicht te bieden en het evenwicht tussen de belangen van de rechtszekerheid en rechtsbescherming te waarborgen, zou het voor te stellen zijn dat het Hof de omvang en/of intensiteit van de indirecte toetsing van definitieve EU-regelgeving beperkt.

Algemene beperkingen voor de indirecte toetsing van niet (tijdig) of zonder succes direct aangevochten EU-regelgeving bestaan echter niet. Althans, niet in termen van omvang en/of intensiteit. Net als in het directe beroep tot nietigverklaring, kunnen bij de indirecte toetsing de volgende rechtsgronden worden aangevoerd en worden beoordeeld: (i) onbevoegdheid, (ii) schending van wezenlijke vormvoorschriften, (iii) schending van de Verdragen of enige uitvoeringsregeling daarvan en (iv) misbruik van bevoegdheid. Er zijn wel andere beperkingen voor het indirect toetsen van definitieve EU-regelgeving. Deze uitzonderingen kunnen worden verklaard vanuit de gedachte dat een partij vanwege de rechtszekerheid in beginsel maar één kans krijgt om EU-regelgeving, op een specifieke

142 Paragraaf 4.2.3.2.

143 Vergelijk Van Rijn 1978, p. 196, p. 246-247; Bebr 1967, p. 27.

rechtsgrond, aan te vechten. Althans, wanneer het particulieren betreft die EU-regelgeving willen aanvechten.

#### 4.4.3 *Uitzonderingen*

##### 4.4.3.1 **Uitzonderingen voor particulieren na niet (tijdig) ingesteld beroep**

In de vorige paragraaf is de hoofdregel geformuleerd dat definitieve EU-regelgeving altijd op indirecte wijze kan worden getoetst door het Hof van Justitie. Op die hoofdregel bestaat een uitzondering, die het Hof van Justitie eerst tot uitdrukking heeft gebracht in zijn rechtspraak over de verhouding tussen het directe beroep tot nietigverklaring en de prejudiciële procedure inzake de geldigheid. Van belang hierbij is in bijzonder het arrest *Textilwerke Deggendorf* uit 1994.<sup>144</sup>

In het arrest *Textilwerke Deggendorf* beantwoordt het Hof van Justitie de vraag of een particulier de ongeldigheid van een terugvorderingsbeschikking (individuele strekking) nog kan inroepen voor de nationale rechter als die particulier een direct beroep tot nietigverklaring kon instellen tegen die beschikking, maar dat niet (tijdig) heeft gedaan. Het Hof beantwoordt die vraag ontkennend en formuleert de regel dat aan een particulier die een Uniehandeling had kunnen aanvechten, maar de 'fatale termijn heeft laten verlopen, de mogelijkheid [moet] worden ontzegd om voor de nationale rechterlijke instanties de wettigheid van die beschikking opnieuw in geding te brengen in een beroep tegen de maatregelen van de nationale autoriteiten ter uitvoering van deze beschikking.<sup>145</sup> De beperking voor particulieren om zich voor de nationale rechter te beroepen op de ongeldigheid van een Uniehandeling is volgens het Hof noodzakelijk in het licht van het belang van de rechtszekerheid. Het Hof overweegt daartoe het volgende:

'Wanneer immers in dergelijke omstandigheden werd toegelaten, dat de betrokkene zich voor de nationale rechter met een beroep op de onwettigheid van de beschikking tegen de uitvoering ervan kan verzetten, dan zou hem aldus de mogelijkheid worden gegeven om aan het onherroepelijke karakter dat de beschikking na het verstrijken van de beroepstermijn jegens hem heeft, te ontkomen.'<sup>146</sup>

144 HvJ 9 maart 1994, C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 (*Textilwerke Deggendorf*). Zie verder bijvoorbeeld HvJ 15 februari 2001, C-239/99, ECLI:EU:C:2001:101 (*Nachi Europe*); HvJ 30 januari 1997, C-178/95, ECLI:EU:C:1997:46 (*Wiljo*); HvJ 23 februari 2006, gevoegde zaken C-346/03 en C-529/03 ECLI:EU:C:2006:130 (*Atzeni*); HvJ 8 maart 2007, C-441/05, ECLI:EU:C:2007:150 (*Roquette Frères*).

145 HvJ 9 maart 1994, C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 (*Textilwerke Deggendorf*), punt 17.

146 HvJ 9 maart 1994, C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 (*Textilwerke Deggendorf*), punt 18.

De mogelijkheid voor een particulier om Uniehandelingen indirect te laten toetsen, in dit geval in het kader van een prejudiciële procedure inzake de geldigheid, wordt dus beperkt als die particulier een direct beroep tot nietigverklaring kon instellen, maar dat heeft nagelaten. Hetzelfde uitgangspunt geldt voor de mogelijkheid om EU-regelgeving indirect te laten toetsen door middel van de exceptie van onwettigheid.<sup>147</sup> Advocaat-generaal Bot brengt de lijn die het Hof van Justitie op dit punt hanteert helder tot uitdrukking in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest *Spanje/Raad*. De advocaat-generaal overweegt:

‘In het arrest *Simmenthal/Commissie* heeft het Hof geoordeeld dat “in artikel [277 VWEU] een algemeen beginsel tot uitdrukking [komt], krachtens hetwelk iedere procespartij met het oog op de vernietiging van een haar rechtstreeks en individueel rakende beschikking de rechtsgeldigheid van eerdere, aan de bestreden beschikking ten grondslag liggende handelingen der instellingen mag aanvechten, wanneer zij niet – krachtens artikel [263 VWEU] – rechtstreeks tegen die handelingen in beroep mocht komen, zodat zij, zonder vernietiging te mogen vorderen, de gevolgen ervan heeft te dragen”.

Dit arrest heeft in de verhouding tussen het beroep tot nietigverklaring en de exceptie van onwettigheid een systeem van compensatie van rechtsmiddelen geïntroduceerd. Door de ontvankelijkheid van de exceptie van onwettigheid te laten afhangen van de afwezigheid van een alternatief rechtsmiddel, heeft het Hof hieraan een subsidiair karakter verleend.

Door aldus de ontvankelijkheid van de exceptie van onwettigheid ondergeschikt te maken aan het feit dat de rechtstreekse toegang tot de gemeenschapsrechter gesloten is, heeft het Hof willen voorkomen dat dit rechtsmiddel een tweede kans geeft aan de nalatige verzoeker. Hieruit vloeit een beginsel van eenheid van de rechterlijke bescherming voort, inhoudend dat een justitiabele over het algemeen slechts over een enkele mogelijkheid van toegang tot de gemeenschapsrechter behoort te beschikken.

De niet-ontvankelijkverklaring van de incidentele betwisting vormt in dit systeem de sanctie op het nalatig gedrag van de verzoeker die een beschikking niet met het beroep tot nietigverklaring heeft aangevochten, terwijl hij er zeker de mogelijkheid toe had.<sup>148</sup>

147 Zie ook Sinanotis 2001, p. 108; Vogt 2006.

148 Conclusie van advocaat-generaal Bot van 31 januari 2008, ECLI:EU:C:2008:58, punt 52-55.

Kortom, een exceptie van onwettigheid die voor het Hof van Justitie wordt opgeworpen door een particulier die ook een direct beroep tot nietigverklaring had kunnen instellen tegen EU-regelgeving, maar dat heeft nagelaten, wordt niet-ontvankelijk verklaard in een procedure tegen een op die EU-regelgeving gebaseerd uitvoeringsbesluit. Zou de exceptie van onwettigheid in dat geval wél ontvankelijk worden verklaard, dan zou dat neerkomen op een tweede kans voor een nalatige verzoeker en dat is niet de strekking van die exceptie, die immers beoogt om particulieren te beschermen die *geen* kans hebben gehad EU-regelgeving aan te vechten.

De uitsluiting van indirecte toetsing in het geval van een niet (tijdig) gebruikte mogelijkheid van het directe beroep tot nietigverklaring is wel verbonden aan een voorwaarde. Die voorwaarde houdt in dat het vast moet staan dat het beroep tot nietigverklaring van de particulier, zou dat beroep zijn ingesteld, zonder twijfel ontvankelijk zou zijn geweest.<sup>149</sup> Er mag, met andere woorden, geen twijfel bestaan over de vraag of een particulier zou hebben voldaan aan de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor het instellen van het directe beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 263 VWEU; alleen dan is indirecte toetsing na het verstrijken van de beroepstermijn voor particulieren uitgesloten. Voor EU-regelgeving betekent het voorgaande dat er geen twijfel mag bestaan over de vraag of EU-regelgeving een particulier rechtstreeks en individueel raakt of, wanneer het gaat om een regelgevingshandeling die geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengt, de vraag of de regelgevingshandeling de particulier rechtstreeks raakt. Voor de bespreking wanneer particulieren rechtstreeks en individueel dan wel alleen rechtstreeks worden geraakt, zij verwezen naar paragraaf 4.2.3.2. Ik merk hier slechts ter herinnering op dat de invulling van de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor particulieren strikt is en dat het beroepsrecht van particulieren tegen EU-regelgeving derhalve beperkt is. Het komt daarom niet snel voor dat indirecte toetsing van EU-regelgeving aan een particulier wordt ontzegd, omdat die particulier zonder twijfel het directe beroep tot nietigverklaring kon instellen.<sup>150</sup>

149 HvJ 9 maart 1994, C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 (*Textilwerke Deggendorf*); HvJ 15 februari 2001, C-239/99, ECLI:EU:C:2001:101 (*Nachi Europe*); HvJ 30 januari 1997, C-178/95, ECLI:EU:C:1997:46 (*Wiljo*); HvJ 23 februari 2006, gevoegde zaken C-346/03 en C-529/03 ECLI:EU:C:2006:130 (*Atzeni*); HvJ 8 maart 2007, C-441/05, ECLI:EU:C:2007:150 (*Roquette Frères*).

150 Het Hof neemt niet snel aan dat de ontvankelijk van een beroep tot nietigverklaring van particulieren tegen EU-regelgeving buiten twijfel stond. Zie bijvoorbeeld HvJ 8 maart 2007, C-441/05, ECLI:EU:C:2007:150 (*Roquette Frères*); HvJ 29 juni 2010, C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382 (*E en F*); HvJ 18 september 2014, C-374/12, ECLI:EU:C:2014:2231 (*Valimar*). Ten aanzien van richtlijnen heeft het Hof in bijvoorbeeld het arrest *Eurotunnel* geoordeeld dat die zich in algemene termen richten tot lidstaten en niet tot natuurlijke of rechtspersonen, zodat het in algemene zin onwaarschijnlijk is dat een beroep tot nietigverklaring van een particulier tegen een richtlijn zonder enige twijfel ontvankelijk zou zijn geweest, zie HvJ 11 november 1997, C-408/95, ECLI:EU:C:1997:532 (*Eurotunnel*), punt 29. Zie ook Ortlep 2011, p. 85. Het meest waarschijnlijk dat een particulier zonder twijfel het beroep tot nietigverklaring had kunnen instellen tegen EU-regelgeving is de situatie waarin het gaat om een verordening die ten aanzien van een particulier als individuele

De beperkende regel dat een particulier definitief geworden EU-regelgeving niet meer indirect kan laten toetsen als hij daartegen niet (tijdig) een beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld, dat zonder twijfel ontvankelijk zou zijn geweest, is voor particulieren in feite niet zo beperkend. Zij hebben immers beperkte mogelijkheden om een direct beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen EU-regelgeving.<sup>151</sup> In veruit de meeste gevallen zullen particulieren dan ook niet (tijdig) direct aangevochten EU-regelgeving ter indirecte toetsing kunnen voorleggen aan het Hof van Justitie – op grond van artikel 277 VWEU – of de nationale rechter proberen ertoe te bewegen om bij het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing over de geldigheid van EU-regelgeving in te dienen.

#### 4.4.3.2 Uitzonderingen voor geprivilegieerde beroepspartijen na niet (tijdig) ingesteld beroep

In de vorige paragraaf heb ik besproken in hoeverre het niet (tijdig) instellen door *particulieren* van een direct beroep tot nietigverklaring de indirecte toetsing van EU-regelgeving beperkt. Daarvan moet worden onderscheiden de vraag of *geprivilegieerde beroepspartijen* EU-regelgeving indirect kunnen laten toetsen als zij daartegen niet (tijdig) een direct beroep tot nietigverklaring hebben ingesteld.

Zoals zojuist besproken, geldt voor particulieren dat de mogelijkheid om EU-regelgeving, waartegen zij niet (tijdig) een beroep tot nietigverklaring hebben ingesteld, ter indirecte toetsing aan het Hof voor te leggen, afhankelijk is van de vraag of hun directe beroep zonder twijfel ontvankelijk zou zijn geweest. Is daarvan sprake, dan is indirecte toetsing uitgesloten. Als we die redenering doortrekken naar geprivilegieerde beroepspartijen dan zou dat betekenen dat zij na het verstrijken van de beroepstermijn vrijwel nooit EU-regelgeving ter indirecte toetsing aan het Hof zouden kunnen voorleggen. Immers, zij kunnen tegen elke in de eerste alinea van artikel 263 VWEU genoemde handelingen direct beroep instellen, ongeacht of die handelingen tot hen zijn gericht en of zij bij het instellen van dat beroep belang hebben.

In de literatuur is erop gewezen dat de bovenstaande redenering – het volledig uitsluiten van indirecte toetsing voor geprivilegieerde beroepspartijen – niet in overeenstemming

---

beschikking wordt beschouwd. Het gaat dan vaak om een verordening die is gericht tot een gesloten categorie van adressaten, zodat die verordening een particulier individueel (naast rechtstreeks) raakt. Zie HvJ 15 februari 2001, C-239/99, ECLI:EU:C:2001:101 (*Nachi Europe*).

151 De verruiming van de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor het beroep tot nietigverklaring in het Verdrag van Lissabon heeft daarin overigens geen verandering gebracht. De *Texilwerke Degendorf*-jurisprudentie is nog steeds het uitgangspunt voor de vraag of een particulier indirecte toetsing kan inroepen na het verstrijken van de termijn voor het instellen van een direct beroep tot nietigverklaring. Zie HvJ 14 maart 2017, C-158/14, ECLI:EU:C:2017:202 (*A e.a.*) en de daaraan voorafgegane conclusie van advocaat-generaal Sharpston van 29 september 2016, ECLI:EU:C:2016:734.



zou zijn met de letterlijke bewoordingen van artikel 277 VWEU, dat bepaalt dat *iedere partij* de exceptie van onwettigheid moet kunnen opwerpen, ook na het verstrijken van de beroepstermijn.<sup>152</sup> Een aanvullend argument dat is gegeven voor het niet uitsluiten van indirecte toetsing voor geprivilegieerde beroepspartijen is dat die partijen doorgaans pas na het verstrijken van de beroepstermijn te maken zullen krijgen met de toepassing van EU-regelgeving en pas dan duidelijk kan worden dat de regeling onrechtmatig is.<sup>153</sup>

Gelet op het bovenstaande wordt gezegd dat de exceptie van onwettigheid een additionele functie heeft, naast de compenserende functie. Het komt erop neer dat de exceptie van onwettigheid geprivilegieerde beroepsgerechtigden zou kunnen beschermen tegen de gevolgen van EU-regelgeving waarvan de gebreken pas aan het licht zijn gekomen bij de toepassing van die regelgeving na het verstrijken van de beroepstermijn.<sup>154</sup> Zo wijst advocaat-generaal Mancini erop dat de exceptie van onwettigheid ‘weliswaar is bedoeld als compensatie voor het feit dat particulieren geen beroep kunnen instellen tegen handelingen met een algemene strekking’, maar, zo zegt de advocaat-generaal, ook ‘om een incidentele toetsing van de wettigheid van dergelijke handelingen mogelijk te maken, wanneer hun gevolgen slechts na het verstrijken van de in artikel [263] gestelde termijn van twee maanden zijn te overzien.’<sup>155</sup>

Tegenover de opvatting dat geprivilegieerde beroepspartijen de exceptie van onwettigheid in beginsel altijd moeten kunnen opwerpen, staat de opvatting dat geprivilegieerde beroepspartijen de exceptie van onwettigheid nooit zouden mogen opwerpen.<sup>156</sup> Zouden geprivilegieerde beroepspartijen EU-regelgeving na het verstrijken van de beroepstermijn indirect kunnen laten toetsen, dan zou dat namelijk neerkomen op het kunnen omzeilen van de beroepstermijn, en daartegen verzet het belang van de rechtszekerheid zich. Gelet daarop zou volgens sommigen het onbepaalde beroepsrecht van geprivilegieerde beroepspartijen het gevolg moeten hebben dat zij nooit de exceptie van onwettigheid zouden kunnen opwerpen. Dat zou ook in lijn zijn met de ‘compenserende’ functie die de exceptie van onwettigheid volgens het Hof van Justitie heeft.<sup>157</sup>

152 Lauwaars 1970, p. 264 e.v.; Van Rijn 1978, p. 158-160.

153 Zie Lauwaars 1970, p. 264-265; Karayigit 2019, p. 694, 701-702.

154 Lauwaars 1970, p. 266; Van Rijn 1978, p. 159-160; Barav 1974, p. 371; Karayigit 2019, p. 693-694.

155 Conclusie van advocaat-generaal Mancini van 25 mei 1988, ECLI:EU:C:1988:259.

156 Zie in het bijzonder Bebr 1967, p. 12.

157 In die zin de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 3 oktober 2002, ECLI:EU:C:2002:556, punten 192 en 193.

De rechtspraak van het Hof is op dit punt niet volledig consistent, in elk geval wanneer het lidstaten betreft die de exceptie van onwettigheid willen opwerpen.<sup>158</sup> In het verleden heeft het Hof bepaald dat lidstaten *geen* exceptie van onwettigheid mogen opwerpen tegen een tot die lidstaat gericht besluit of gerichte richtlijn als verweer in een niet-nakomingsberoep (artikelen 258 en 259 VWEU) dat is gesteund op niet-uitvoering van dat besluit of die richtlijn.<sup>159</sup> Vrij recent, in 2019, heeft het Hof geoordeeld dat het voorgaande ook geldt voor besluiten met een algemene strekking en die niet tot een lidstaat zijn gericht.<sup>160</sup> Of een lidstaat ook geen exceptie van een onwettigheid mag opwerpen tegen een *verordening* in een niet-nakomingsprocedure is onduidelijk. Wel heeft het Hof in 2008 *in een beroep tot nietigverklaring*, en dus niet een niet-nakomingsprocedure, erkend dat het voor een lidstaat is toegestaan om de exceptie van onwettigheid na afloop van de beroepstermijn op te werpen tegen een verordening. In het arrest *Spanje/Raad* overweegt het Hof het volgende:

‘Uit dit artikel [277 VWEU] volgt dat een lidstaat naar aanleiding van een geschil de wettigheid kan aanvechten van een verordening waartegen hij niet vóór het verstrijken van de in artikel [263 VWEU] bedoelde termijn beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld. Aangezien het recht van de lidstaten, beroep tot nietigverklaring tegen een verordening in te stellen, niet beperkt is, zou aanvaarding van het argument van de Raad en de Commissie dat er in wezen op neerkomt dat een lidstaat zich na het verstrijken van voornoemde termijn niet meer op onwettigheid van een verordening kan beroepen daar hij binnen deze termijn de nietigverklaring ervan had kunnen vorderen, betekenen dat de lidstaten het recht zou worden ontzegd om in het kader van een geding de wettigheid van een verordening te betwisten en voor het Hof de niet-toepasselijkheid ervan in te roepen. Zoals de advocaat-generaal in punt 61 van zijn conclusie opmerkt, is een dergelijke oplossing strijdig met de bewoordingen van artikel [277 VWEU], dat bedoeld recht aan „iedere partij” toekent [...] zodat deze exceptie van niet-ontvankelijkheid dient te worden verworpen.’<sup>161</sup>

Uit het bovenstaande volgt heel duidelijk dat een lidstaat de exceptie van onwettigheid kan opwerpen tegen een verordening na het verstrijken van de beroepstermijn, in het kader van een beroep tot nietigverklaring. Of dit betekent dat lidstaten alleen de exceptie van onwettigheid tegen verordeningen mogen opwerpen, en niet tegen richtlijnen en beslui-

158 Zie ook Lenaerts e.a. 2014, p. 448-450.

159 HvJ 27 oktober 1992, C-74/91, ECLI:EU:C:1992:409 (*Commissie/Duitsland*), punt 10.

160 HvJ 27 maart 2019, C-620/16, ECLI:EU:C:2019:256 (*Commissie/Duitsland*).

161 HvJ 15 mei 2008, C-442/04, ECLI:EU:C:2008:276 (*Spanje/Raad*), punt 22.

ten, is echter niet duidelijk. De lijn van het Hof lijkt eerder te zijn dat een exceptie van onwettigheid in een niet-nakomingprocedure *niet* door een lidstaat kan worden opgeworpen, maar in een door een lidstaat ingesteld beroep tot nietigverklaring *wel*,<sup>162</sup> maar dat is niet zeker. Hoe dan ook, wanneer een lidstaat de exceptie mag opwerpen en tegen welke vorm van EU-regelgeving dan, moet in de rechtspraak van het Hof van Justitie nog uitkristalliseren.

#### 4.4.3.3 Uitzonderingen na zonder succes ingesteld beroep

In de vorige paragrafen ging het over de vraag in hoeverre het niet (tijdig) instellen van een direct beroep tot nietigverklaring de indirecte toetsing van EU-regelgeving beperkt. In deze paragraaf is aan de orde in hoeverre de indirecte toetsing van EU-regelgeving wordt beperkt als daartegen wel een direct beroep tot nietigverklaring is ingesteld, maar dat beroep door het Hof van Justitie is verworpen. Zonder succes ingesteld direct beroep dus. Het zonder succes instellen van een direct beroep tot nietigverklaring kan, onder omstandigheden, een uitzondering zijn op de hoofdregel dat EU-regelgeving in beginsel altijd indirect kan worden getoetst. Dat geldt niet voor derden (lees: degenen die niet eerder het vernietigingsberoep zonder succes hebben ingesteld). De ongegrondverklaring van een direct beroep tot nietigverklaring werkt namelijk *inter partes*.<sup>163</sup> Wel kan indirecte toetsing van EU-regelgeving onder omstandigheden rechtens worden uitgesloten voor degene die EU-regelgeving *wel* tevergeefs heeft aangevochten in het vernietigingsberoep.

De beperkende werking van een zonder succes ingesteld beroep heeft te maken met het gezag van gewijsde.<sup>164</sup> Het gezag van gewijsde is gestoeld op het belang van de rechtszekerheid en houdt in dat een beslissing van de rechter die definitief is geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of nadat de beroepstermijnen zijn verstreken, niet opnieuw, in een ander geding, aan de orde kan worden gesteld.<sup>165</sup> In het Unierecht moet onder ‘een beslissing’ worden verstaan het dictum van een rechterlijke beslissing en ‘de overwegingen die de noodzakelijke steun bieden aan het dictum en er

162 HvJ 27 maart 2019, C-620/16, ECLI:EU:C:2019:256 (*Commissie/Duitsland*), punt 89, waarin erop wordt gewezen dat niet-nakomingsberoepen en beroepen tot nietigverklaring van elkaar verschillen. Mogelijk zou dit de consequentie kunnen hebben dat de exceptie van onwettigheid door lidstaten in een niet-nakomingsberoep niet kan worden opgeworpen en in een beroep tot nietigverklaring wel.

163 Lenaerts e.a. 2014, p. 418. Daarbij plaatsen zij wel de kanttekening dat het Hof zich in andere procedures lijkt aan te sluiten bij het eerdere in een ander geding uitgesproken oordeel (noot 866).

164 Zie voor een bespreking van deze beperking in de vorm van het gezag van gewijsde Barents 2016, p. 299; Van Rijn 1978, p. 208-210.

165 Zie bijvoorbeeld HvJ 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*), punt 38; HvJ 16 maart 2006, C-234/04, ECLI:EU:C:2006:178 (*Kapferer*), punt 20; HvJ 11 november 2015, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 (*Klausner Holz Niedersachsen*), punt 38; HvJ 17 oktober 2018, C-167/17, ECLI:EU:C:2018:833 (*Volkmar Klohn*), punt 63. Zie ook Groussot & Minssen 2007, p. 386 e.v.

daardoor onlosmakelijk mee verbonden zijn.<sup>166</sup> Het Hof van Justitie acht het gezag van gewijsde van toepassing op zijn eigen uitspraken,<sup>167</sup> zo ook wanneer in een direct beroep tot nietigverklaring de aangevoerde rechtsgronden tegen EU-regelgeving zijn verworpen.<sup>168</sup> De ongegrondverklaring van een direct beroep tot nietigverklaring werkt *inter partes*.<sup>169</sup>

Het gezag van gewijsde kan meebrengen dat indirecte toetsing van EU-regelgeving is uitgesloten als in een definitief geworden rechterlijke uitspraak de rechtmatigheid van EU-regelgeving is beoordeeld in het licht van de aangevoerde rechtsgronden en die rechtsgronden zijn verworpen. Voor de overwegingen waarin die strijd is beoordeeld, geldt dan immers het gezag van gewijsde, zodat dit punt niet meer aan de orde kan komen bij het indirect toetsen van EU-regelgeving.<sup>170</sup> Voor het antwoord op de vraag in hoeverre het gezag van gewijsde de indirecte toetsing van EU-regelgeving uitsluit, is het wel van belang om te weten wat precies de reikwijdte van het gezag van gewijsde is. Volgens het Hof strekt het gezag van gewijsde van een rechterlijke beslissing zich alleen uit tot een latere procedure als het feitelijke en juridische kader in die procedure hetzelfde is als de procedure waarin de rechterlijke beslissing is genomen.<sup>171</sup> Daarvan is sprake als er is voldaan aan drie voorwaarden: dezelfde partijen zijn betrokken in de procedure, hetzelfde voorwerp is aan de orde en de zaak gaat over dezelfde juridische grondslag (dezelfde rechtsgronden, middelen).<sup>172</sup> De bindende kracht van een definitieve rechterlijke beslissing werkt in die zin relatief.<sup>173</sup> Daarbij komt dat het gezag van gewijsde volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie enkel geldt voor punten, feitelijk en rechtens, die door de betrokken rechterlijke beslissing daadwerkelijk of noodzakelijkerwijs zijn beslecht.<sup>174</sup>

Wat betekent het voorgaande voor de mogelijkheden van indirecte toetsing? Het gezag van gewijsde kan de latere indirecte toetsing alleen beperken als dezelfde partijen betrok-

166 Zie bijvoorbeeld HvJ 19 april 2012, C-221/10 P, ECLI:EU:C:2012:216 (*Artegodan/Commissie*), punt 87.

167 Het Hof wijst geregeld op het belang van het gezag van gewijsde, zowel in de rechtsorde van de Unie als in de nationale rechtsorden, zie, naast de in de vorige voetnoten genoemde arresten, bijvoorbeeld HvJ 29 juni 2010, C-526/08, ECLI:EU:C:2010:379 (*Commissie/Luxemburg*), punt 26; HvJ 29 maart 2011, C-352/09 P, ECLI:EU:C:2011:191 (*ThyssenKrupp Nirosta/Commissie*), punt 123; HvJ 24 januari 2013, C-529/09, ECLI:EU:C:2013:31 (*Commissie/Spanje*), punt 64.

168 Vergelijk Lenaerts e.a. 2014, p. 418.

169 Lenaerts e.a. 2014, p. 418.

170 Voor een voorbeeld zie HvJ 14 december 1983, C-263/82, ECLI:EU:C:1983:373 (*Klöckner-Werke/Commissie*), punt 7.

171 Bijvoorbeeld HvJ 24 januari 2013, C-529/09, ECLI:EU:C:2013:31 (*Commissie/Spanje*), punt 67.

172 Groussot & Minssen 2007, p. 387; Reneman 2019, p. 214.

173 Groussot & Minssen 2007, p. 387.

174 Bijvoorbeeld HvJ 24 januari 2013, C-529/09, ECLI:EU:C:2013:31 (*Commissie/Spanje*), punt 66; HvJ 29 juni 2010, C-526/08, ECLI:EU:C:2010:379 (*Commissie/Luxemburg*), punt 27.

ken zijn en een partij rechtsgronden aanvoert die tegen dezelfde bepaling van EU-regelgeving reeds zijn aangevoerd in een beroep tot nietigverklaring, en die rechtsgronden zijn verworpen in de definitief geworden rechterlijke uitspraak inzake het eerdere beroep tot nietigverklaring. Voor het overige beperkt het gezag van gewijsde *niet* de indirecte toetsing van EU-regelgeving die zonder succes direct is getoetst in een beroep tot nietigverklaring.

Andere partijen dan de partij die zonder succes beroep heeft ingesteld, kunnen de in een ander geding definitief verworpen rechtsgrond wel aanvoeren in het kader van indirecte toetsing van dezelfde bepaling van EU-regelgeving. De bindende kracht van een definitieve rechterlijke beslissing werkt immers relatief.<sup>175</sup> Verder kan iedere partij, ook de partij die zonder succes een beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld, op indirecte wijze EU-regelgeving laten toetsen voor zover andere rechtsgronden worden aangevoerd dan waarover al is beslist.<sup>176</sup> Een van de voorwaarden waaronder het gezag van gewijsde zich uitstrekt tot een latere procedure is immers, zie hierboven, dat in die latere procedure dezelfde rechtsgronden worden aangevoerd als waarover reeds is beslist in een definitief geworden rechterlijke uitspraak. Bovendien geldt het gezag van gewijsde, zie hierboven, enkel voor punten, feitelijk en rechtens, die door de definitief geworden rechterlijke beslissing daadwerkelijk of noodzakelijkerwijs zijn beslecht. Is EU-regelgeving tijdens een direct beroep tot nietigverklaring bijvoorbeeld beoordeeld in het licht van de eventuele strijd met het gelijkheidsbeginsel, dan sluit dat niet uit dat diezelfde regeling in het kader van indirecte toetsing wordt beoordeeld in het licht van het evenredigheidsbeginsel. Kortom, rechtsvragen die betrekking hebben op dezelfde bepalingen van EU-regelgeving, maar die nog niet eerder aan de orde zijn gekomen, kunnen bij de indirecte toetsing door het Hof van Justitie nog aan de orde komen.<sup>177</sup> Hetzelfde geldt als er wel een beroep tot nietigverklaring is ingesteld tegen EU-regelgeving, maar de rechter zich in de definitief geworden uitspraak niet heeft uitgesproken over de rechtmatigheid van die regelgeving, bijvoorbeeld omdat het beroep niet-ontvankelijk is verklaard.<sup>178</sup>

Uit het bovenstaande blijkt dat het gezag van gewijsde in het Unierecht een beperkte reikwijdte heeft. Daarom beperkt het gezag van gewijsde de mogelijkheid om EU-regelgeving indirect te toetsen nadat die regelgeving zonder succes is getoetst nauwelijks. Het

175 Lenaerts e.a. 2014, p. 418 (noot 866) plaatsen daarbij de kanttekening dat het Hof zich in beginsel vermoedelijk zal aansluiten bij het eerder gegeven oordeel en de daaraan ten grondslag liggende toetsing, inhoudende dat de betreffende Uniebepaling in het licht van de aangevoerde rechtsgrond niet onrechtmatig is.

176 Zie bijvoorbeeld reeds Van Rijn 1978, p. 208-210.

177 Groussot & Minssen 2007, p. 387 schrijven in dit verband: 'Put it bluntly, *res judicata* signifies that an adjudicated issue cannot be re-litigated.'

178 Dit was aan de orde in HvJ 15 mei 2008, C-442/04, ECLI:EU:C:2008:276 (*Spanje/Raad*), punt 25-26.

gezag van gewijsde brengt alleen mee dat de indirecte toetsing van EU-regelgeving wordt uitgesloten voor een partij, als het directe beroep van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard, mits er is voldaan aan drie voorwaarden: dezelfde partijen zijn betrokken bij de procedure waarin de indirecte toetsing plaatsvindt als bij het ongegrond verklaarde directe beroep, hetzelfde voorwerp is aan de orde en de zaak gaat over dezelfde juridische grondslag (dezelfde rechtsgronden, middelen).

#### 4.4.4 *Tussenconclusie*

Ten aanzien van particulieren<sup>179</sup> geldt de hoofdregel dat appellabele EU-regelgeving altijd indirect kan worden getoetst, ook al is die EU-regelgeving niet (tijdig) of zonder succes aangevochten in een direct beroep tot nietigverklaring. Daaraan liggen twee redenen ten grondslag.<sup>180</sup> Ten eerste rechtsbescherming, in die zin dat indirecte toetsing voor particulieren functioneert ter compensatie van hun beperkte directe beroepsmogelijkheid. De tweede reden zijn de formeel beperkte gevolgen van een succesvolle indirecte toetsing, in die zin dat die consequenties formeel gezien niet verder reiken dan het geding waarin die toetsing succesvol was. De gedachte is dat er vanwege de beperkte gevolgen relatief weinig wordt afgedaan aan de rechtszekerheid als de indirecte toetsing van niet (tijdig) of zonder succes aangevochten EU-regelgeving succesvol is. Wel zijn er enkele uitzonderingen op de hierboven genoemde hoofdregel. Deze uitzonderingen kunnen worden verklaard vanuit de gedachte dat een particulier om redenen van rechtszekerheid slechts één kans moet krijgen om EU-regelgeving, met een specifieke rechtsgrond, aan te vechten. De volgende uitzonderingen gelden.

1. Niet (tijdig) direct beroep: als een particulier niet (tijdig) direct beroep heeft ingesteld tegen EU-regelgeving terwijl dat beroep zonder twijfel ontvankelijk zou zijn geweest, dan kan die particulier rechtens niet meer vragen om de indirecte toetsing van diezelfde EU-regelgeving door middel van het opwerpen van de exceptie van onwettigheid dan wel door de nationale rechter proberen ertoe te bewegen om bij het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing over de geldigheid van EU-regelgeving in te dienen.<sup>181</sup>
2. Zonder succes ingesteld direct beroep: het gezag van gewijsde brengt mee dat de indirecte toetsing van EU-regelgeving wordt uitgesloten voor een partij, als het directe beroep van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond

---

179 Voor geprivilegieerde beroepspartijen lijken andere uitgangspunten te gelden, maar de rechtspraak van het Hof moet nog uitkristalliseren. Zie paragraaf 4.4.3.2.

180 Paragraaf 4.4.2.

181 Paragraaf 4.4.3.1.

is verklaard, mits er is voldaan aan drie voorwaarden: bij de procedure waarin de indirecte toetsing plaatsvindt zijn dezelfde partijen betrokken als bij het ongegrond verklaarde directe beroep, hetzelfde voorwerp is aan de orde en de zaak gaat over dezelfde juridische grondslag (dezelfde rechtsgronden, middelen).<sup>182</sup>

In alle andere dan de hierboven genoemde gevallen kunnen particulieren EU-regelgeving die niet (tijdig) of zonder succes direct is aangevochten rechtens indirect laten toetsen. Daarbij geldt dat die indirecte toetsing niet beperkt is in omvang en/of intensiteit. Net als in het directe beroep tot nietigverklaring, kunnen bij deze indirecte toetsing de volgende rechtsgronden worden aangevoerd: (i) onbevoegdheid, (ii) schending van wezenlijke vormvoorschriften, (iii) schending van de Verdragen of enige uitvoeringsregeling daarvan en (iv) misbruik van bevoegdheid.

#### 4.5 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk heb ik bekeken wat de procedurele positie is van indirecte toetsing van EU-regelgeving in het Unierechtelijk rechtsbeschermingssysteem. Deze procedurele positie is in kaart gebracht door (de reikwijdte van) de consequenties van succesvolle indirecte toetsing en de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van EU-regelgeving te bestuderen.

Indirect toetsen, en met name het middel van de exceptie van onwettigheid, heeft in het Unierechtelijk rechtsbeschermingssysteem een ‘compenserende’ functie. Het middel is vooral bedoeld om particulieren te beschermen tegen de toepassing van onrechtmatige EU-regelgeving die zij vanwege de strikte ontvankelijkheidsvoorwaarden niet konden aanvechten in een direct beroep tot nietigverklaring.<sup>183</sup> De wijze waarop dit middel uitwerking heeft gekregen in het Unierechtelijk rechtsbeschermingssysteem, in termen van de consequenties als die indirecte toetsing succesvol is en de verhouding tot directe toetsing, laat daarbij zien dat met de exceptie van onwettigheid is beoogd om een evenwicht te creëren tussen enerzijds het belang van de rechtsbescherming, dat verlangt dat individuen tegen de toepassing van onrechtmatige regelgeving worden beschermd, en anderzijds het belang van de rechtszekerheid, dat verlangt dat EU-regelgeving na het verstrijken van de termijnen definitief is, zodat van de rechtsgeldigheid kan worden uitgegaan.

<sup>182</sup> Paragraaf 4.4.3.3.

<sup>183</sup> Paragraaf 4.2.3.3.

Wat de consequenties van succesvolle indirecte toetsing betreft, zien we dat die formeel niet verder gaan dan nodig is voor een effectieve rechtsbescherming in het voorliggende geval. Althans, wat de niet-toepasselijkverklaring betreft. Het uitspreken van de niet-toepasselijk verklaring heeft het gevolg dat het in dat geding direct aangevochten uitvoeringsbesluit wordt vernietigd. De niet-toepasselijk verklaarde EU-regelgeving zelf blijft in de rechtsorde bestaan.<sup>184</sup> Wat de werking voor het verleden betreft, prevaleert de rechtszekerheid: het niet-toepasselijk verklaren van EU-regelgeving heeft geen enkele consequenties voor definitief geworden uitvoeringsbesluiten die op die EU-regelgeving zijn gebaseerd.<sup>185</sup> De werking voor het heden en de toekomst ligt genuanceerder. Formeel gezien kan niet-toepasselijk verklaarde EU-regelgeving rechtmatig toegepast blijven worden, maar feitelijk niet, omdat, in de woorden van Bebr, de niet-toepasselijkverklaring van een Unie-handeling ‘*will certainly sap the validity, the “legal health”, of that act*’.<sup>186</sup> Voor het heden en de toekomst bestaat daarmee niet de rechtszekerheid die de formeel beperkte consequenties van een succesvolle indirecte toetsing wellicht zouden moeten meebrengen. In die zin ligt het voor de hand dat de EU-regelgever duidelijkheid schept en de regeling intrekt en vervangt of zodanig wijzigt dat de regeling niet langer rechtmatig is. Acht het Hof van Justitie EU-regelgeving onrechtmatig vanwege een formeel gebrek, dan hoeft dat niet het einde van het rechtsregime te betekenen. Het ‘oude’, door het formele gebrek onrechtmatig bevonden rechtsregime kan in beginsel inhoudelijk worden voortgezet, na herstel, eventueel met terugwerkende kracht.<sup>187</sup>

Het evenwicht tussen rechtszekerheid en rechtsbescherming komt ook tot uitdrukking in de verhouding tussen directe en indirecte toetsing. Op dit punt geldt de hoofdregel dat EU-regelgeving altijd indirect kan worden getoetst door het Hof van Justitie, ook als EU-regelgeving niet (tijdig) of zonder succes direct is aangevochten (rechtsbescherming).<sup>188</sup> Daarbij geldt dat die indirecte toetsing niet beperkter is in omvang en/of intensiteit dan directe toetsing. Deze hoofdregel wordt in die zin gematigd dat de consequenties van een succesvolle indirecte toetsing in elk geval formeel gezien beperkt blijven tot het voorliggende geval (rechtszekerheid). De uitzonderingen op deze hoofdregel houden verband met de gedachte dat een partij in beginsel, vanwege de rechtszekerheid, maar één keer de kans heeft om EU-regelgeving, op een specifieke rechtsgrond, aan te vechten. Een van de uitzonderingen is dat een particulier die niet (tijdig) direct beroep heeft ingesteld tegen EU-regelgeving, terwijl dat beroep zonder twijfel ontvankelijk zou zijn geweest,

---

184 Paragraaf 4.3.2.

185 Paragraaf 4.3.3.1.

186 Paragraaf 4.3.3.2.

187 Paragraaf 4.3.4.

188 Paragraaf 4.4.2.



rechtens niet meer kan vragen om de indirecte toetsing van diezelfde EU-regelgeving.<sup>189</sup> De andere uitzondering is dat de indirecte toetsing van EU-regelgeving wordt uitgesloten voor een partij, als het directe beroep van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard, mits er is voldaan aan drie voorwaarden: bij de procedure waarin de indirecte toetsing plaatsvindt zijn dezelfde partijen betrokken als bij het ongegrond verklaarde directe beroep, hetzelfde voorwerp is aan de orde en de zaak gaat over dezelfde juridische grondslag (dezelfde rechtsgronden, middelen).<sup>190</sup> Deze uitzondering vloeit voort uit het gezag van gewijsde.

---

189 Paragraaf 4.4.3.1.

190 Paragraaf 4.4.3.3.



## 5 DE PROCEDURELE POSITIE VAN INDIRECTE TOETSING IN DUITSLAND

### 5.1 INLEIDING

Net als de Nederlandse bestuursrechter, kan de Duitse bestuursrechter lagere regelgeving zowel direct, voor zover tegen lagere regelgeving het vernietigingsberoep openstaat, als indirect toetsen. Deze indirecte toetsing van lagere regelgeving door de Duitse bestuursrechter wordt *inzidente Normenkontrolle* genoemd. In dit hoofdstuk breng ik in kaart wat de procedurele positie is van *inzidente Normenkontrolle* in het Duitse bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsstelsel. Daarmee kan inspiratie worden opgedaan om de procedurele vragen te beantwoorden waartoe de intensivering van de indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen leidt. Deze procedurele vragen zijn gerelateerd aan de consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en de verhouding tussen de directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften.<sup>1</sup>

Hoofdstuk 5 is als volgt opgebouwd. In paragraaf 5.2 bespreek ik in hoofdlijnen hoe de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen lagere regelgeving is vormgegeven in Duitsland. Daarbij ga ik in op de volgende kwesties: de definitie van lagere regelgeving en de plaats ervan in het Duitse rechtssysteem, enkele rechtsstatelijke uitgangspunten die relevant zijn voor de rechtsbescherming tegen lagere regelgeving, de bevoegdheid van de Duitse bestuursrechter om lagere regelgeving te toetsen, de organisatie van de bestuursrechtspraak en de manieren waarop (direct/indirect) de Duitse bestuursrechter lagere regelgeving toetst. In paragraaf 5.3 besteed ik aandacht aan de (reikwijdte van de) consequentie van een succesvolle *inzidente Normenkontrolle* van lagere regelgeving, zijnde *inzidente Normverwerfung*. Ik bespreek in die paragraaf ook de toelaatbaarheid van het inhoudelijk voortzetten van het 'oude', door formele gebreken, onrechtmatig geachte rechtsregime, na herstel. Paragraaf 5.4 gaat over de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van lagere regelgeving door de Duitse bestuursrechter. In paragraaf 5.5 sluit ik af met een conclusie.

---

<sup>1</sup> Zie paragrafen 3.8 en 3.9.

## 5.2 BESTUURSRECHTELIJKE RECHTSBESCHERMING TEGEN LAGERE REGELGEVING IN HOOFDLIJNEN

### 5.2.1 *Lagere regelgeving in het Duitse rechtssysteem*

Het Duitse rechtssysteem bestaat uit twee niveaus, het federale en het deelstatelijke, met beide een eigen hiërarchie van normen.<sup>2</sup> Bovenaan op elk niveau staat een constitutie: op federaal niveau is dat het *Grundgesetz* (GG), op deelstatelijk niveau betreft dat de deelstatelijke grondwetten. Op zowel federaal niveau als op deelstatelijk niveau wordt regelgeving vastgesteld, waarbij het ook naar Nederlands recht gebruikelijke onderscheid tussen een formeel en materieel wetsbegrip wordt gehanteerd.<sup>3</sup> Formele wetten zijn regels die tot stand zijn gekomen met medewerking van de volksvertegenwoordiging volgens de grondwettelijk voorgeschreven wetgevingsprocedure.<sup>4</sup> Formele wetten kunnen algemeen verbindende normen bevatten, maar dat is niet noodzakelijk.<sup>5</sup> Algemeen verbindende normen kunnen ook worden neergelegd in regels die lager in rang staan dan de wet in formele zin. Die lagere regelgeving bestaat uit zogenoemde *Rechtsverordnungen* en *Satzungen*, die beide zowel op federaal als op deelstatelijk niveau kunnen worden vastgesteld.<sup>6</sup> Voor de verhouding tussen *Rechtsverordnungen* en *Satzungen* op federaal en deelstatelijk niveau geldt artikel 31 GG: federaal recht ‘*bricht*’ deelstaatrecht.<sup>7</sup>

Wat zijn – in het kort – de kenmerken van deze vormen van lagere regelgeving?

Een *Rechtsverordnung* is gedelegeerde regelgeving die vergelijkbaar is met de Nederlandse amvb en de ministeriële regeling.<sup>8</sup> In de literatuur zijn verschillende maar allemaal heel vergelijkbare definities gegeven van het begrip *Rechtsverordnung*.<sup>9</sup> Uit de gegeven definities blijkt dat er vier elementen zijn die een *Rechtsverordnung* kenmerken. Ten eerste gaat het om een norm die verbindend is voor burgers of andere adressaten.<sup>10</sup> Ten tweede betreft het een norm met een algemene strekking, hetgeen wil zeggen dat de norm van toepassing

2 Hierover bijvoorbeeld Meurs 2012; Rieckhoff 2007; Maurer & Waldhoff 2020, p. 65 e.v.; Schnelle 2007, p. 120 e.v.

3 Ossenbühl 2007, p. 140; Maurer & Waldhoff 2020, p. 71.

4 Maurer & Waldhoff 2020, p. 71; Uzman 2013, p. 366.

5 Ossenbühl 2007 p. 140; Uzman 2013, p. 366.

6 Maurer & Waldhoff 2020, p. 69.

7 Maurer & Waldhoff 2020, p. 83-84.

8 Maurer & Waldhoff 2020, p. 396; Meßerschmidt 2016c, p. 748-749. Ook Schlössels maakt die vergelijking. Zie Schlössels 2010, p. 872 (noot 11).

9 Zie bijvoorbeeld Maurer & Waldhoff 2020, p. 396 e.v.; Meßerschmidt 2016c, p. 748-749; Schnelle 2007, p. 3-8.

10 Maurer & Waldhoff 2020, p. 72, p. 396.

is op een onbepaalde groep en geldend is voor een onbepaalde reeks van gevallen.<sup>11</sup> Ten derde is een *Rechtsverordnung* afkomstig van 'het bestuur'. In dat licht bepaalt artikel 80, eerste lid, GG dat de Bondsregering, een bondsminister of de Landsregering een *Rechtsverordnung* kunnen vaststellen, mits althans in die bevoegdheid is voorzien in de formele wet.<sup>12</sup> Veel deelstatelijke grondwetten kennen een met artikel 80, eerste lid, GG vergelijkbare bepaling.<sup>13</sup> Het vierde element is dat de bevoegdheid tot het vaststellen van een *Rechtsverordnung* moet worden ontleend aan een formele wet. Artikel 80, eerste lid, GG vult dit vereiste van een wettelijke grondslag verder in en bevat het zogenoemde *Bestimmtheitsgebot*.<sup>14</sup> Op grond daarvan moet de formeelwettelijke grondslag zoveel mogelijk de inhoud, het doel en de omvang van een *Rechtsverordnung* bepalen. Deze eis wordt door het BVerfG (het Duitse constitutionele hof) voornamelijk in verband gebracht met de rechtszekerheid, op basis waarvan de wettelijke grondslag niet zo vaag en open mag zijn dat niet kan worden voorzien in welke gevallen en met welk doel de bevoegdheid tot het vaststellen van een *Rechtsverordnung* zal worden gebruikt.<sup>15</sup> Ook verlangt het BVerfG dat op basis van de wettelijke grondslag in zekere mate moet kunnen worden voorzien welke mogelijke inhoud de *Rechtsverordnung* kan hebben.<sup>16</sup> Kortom, de inhoud, het doel en de omvang van een *Rechtsverordnung* moeten op grond van de wettelijke grondslag voldoende bepaald zijn.<sup>17</sup>

Dan de *Satzungen*. Dat zijn algemene en verbindende normen die afkomstig zijn van organen van publiekrechtelijke rechtspersonen inzake hun huishouding.<sup>18</sup> Tot die publiekrechtelijke rechtspersonen horen bijvoorbeeld de regionale besturen (*Landkreise*) en de gemeenten.<sup>19</sup> Welk orgaan binnen een publiekrechtelijke rechtspersoon de bevoegdheid heeft om een *Satzung* vast te stellen, wordt in beginsel bepaald door de wettelijke regels waardoor die publiekrechtelijke rechtspersoon wordt beheerst. Zo bepalen de *Gemeindeordnungen* bij welk orgaan van de gemeente de bevoegdheid ligt om *Satzungen* vast te stellen. Is een volksvertegenwoordigend orgaan een onderdeel van de publiekrechtelijke

11 Schnelle 2007, p. 4.

12 Subdelegatie is mogelijk, zie artikel 80, eerste lid, GG en Maurer & Waldhoff 2020, p. 400-401.

13 Meßerschmidt 2016c, p. 748.

14 Zie Maurer & Waldhoff 2020, p. 398; Meßerschmidt 2016c, p. 753.

15 Voor het eerst in BVerfGE 23 oktober 1951, 1, 14 (*Südweststaat*).

16 BVerfGE 23 oktober 1951, 1, 14 (*Südweststaat*).

17 Een uit de jurisprudentie voortvloeiende beperking voor het vaststellen van *Rechtsverordnungen* is verder bijvoorbeeld de zogenoemde *Wesenlichkeitstheorie*, op grond waarvan de formele wetgever de meest 'wezenlijke' beslissingen zelf moet nemen.

18 Het BVerfG omschrijft een *Satzung* als volgt: '*Satzungen sind Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden.*' Zie BVerfGE 9 mei 1972, 33, 125 (*Facharzt*).

19 Zie verder Maurer & Waldhoff 2020, p. 74.

rechtspersoon, dan ligt de bevoegdheid tot het vaststellen van *Satzungen* doorgaans bij dat volksvertegenwoordigende orgaan. Dat geldt bijvoorbeeld voor de volksvertegenwoordigende organen binnen de gemeenten en regionale besturen.<sup>20</sup>

Hierna duid ik *Rechtsverordnungen* en *Satzungen* gezamenlijk aan als 'lagere regelgeving'. Alleen als het onderscheid tussen beide van belang is voor het te bespreken onderwerp spreek ik van een *Rechtsverordnung* respectievelijk *Satzung*.

### 5.2.2 *Rechtsstatelijke uitgangspunten*

Uit artikel 20 GG volgt dat de rechtsstaat – naast republiek, democratie, bondsstaat en verzorgingsstaat – een van de Duitse staatkundige grondbeginselen is. Als uitwerking van het grondbeginsel van de rechtsstaat geldt onder meer het legaliteitsbeginsel, dat tot uitdrukking komt in artikel 20, derde lid, GG: '*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*'<sup>21</sup> Het legaliteitsbeginsel vereist enerzijds dat overheidsoptreden is gebaseerd op een wettelijke grondslag en schrijft anderzijds voor het bestuur en de rechter voor dat zij zijn gebonden aan 'wet en recht'.<sup>22</sup> Daarbij bepaalt artikel 1, derde lid, GG expliciet dat de wetgever, het bestuur en de rechter zijn gebonden aan de in het GG neergelegde grondrechten. Het vereiste van een wettelijke grondslag wordt het *Vorbehalt des Gesetzes* genoemd, terwijl de gebondenheid van het bestuur en de rechter aan de wet en het recht wordt aangeduid met de term *Vorrang des Gesetzes*.<sup>23</sup>

Het legaliteitsbeginsel stelt eisen aan de vaststelling van lagere regelgeving. Lagere regelgeving moet berusten op een wettelijke grondslag en die regelgeving moet in overeenstemming zijn met hoger recht, zoals formele wetgeving en de grondwet. Om de gebondenheid van de lagere regelgever aan het recht te effectueren, is rechterlijke controle nodig. In Duitsland wordt in die rechterlijke controle voorzien, onder meer omdat elke rechter het zogenoemde *richterliche Prüfungsrecht* heeft. Onder het *richterliche Prüfungsrecht* moet worden verstaan dat iedere Duitse rechter bevoegd is om in een voor de rechter liggend geschil na te gaan of lagere regelgeving die de rechter in dat geschil moet toepassen in

20 Maurer & Waldhoff 2020, p. 75. Artikel 28, eerste lid, GG bepaalt dat in de deelstaten, de regionale bestuursseenheden en de gemeenten moet worden voorzien in een vertegenwoordiging van de burger door middel van '*allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen*' verkiezingen.

21 Zie Maurer & Waldhoff 2020, p. 120 e.v.

22 Onder 'wet en recht' in de zin van artikel 20, derde lid, GG valt een geheel aan rechtsnormen, waaronder de grondwet, formele wetgeving, lagere regelgeving, gewoonterecht en rechtstreeks werkend Unierecht, zie Verhoeven 2011, p. 136-137; Ossenbühl 2007, p. 137 e.v.

23 Maurer & Waldhoff 2020, p. 120-121.

overeenstemming is met hoger recht.<sup>24</sup> Het *richterliche Prüfungsrecht* rechtvaardigt men in Duitsland met de gedachte van het bestaan van een normenhierarchie en gebondenheid van óók de rechter aan de wet en het recht. De redenering daarbij is dat lagere regelgeving die in strijd is met recht dat volgens de normenhierarchie hoger in rang staat, nietig is. Nietige voorschriften worden geacht geen onderdeel te zijn van de rechtsorde en bestaat een voorschrift niet, dan kan de rechter het ook niet toepassen.<sup>25</sup>

Het bestaan van rechterlijke controle op lagere regelgeving vloeit ook voort uit artikel 19, vierde lid, GG – een fundamentele bepaling voor het Duitse rechtsbeschermingssysteem. In dat artikel is het grondrecht op rechtsbescherming neergelegd. De eerste volzin van artikel 19, vierde lid, GG garandeert de rechtsweg naar de rechter in het geval van de aantasting van een subjectief recht door het openbaar gezag.<sup>26</sup> De rechtsbescherming tegen de overheid moet zo volledig mogelijk – dat wil zeggen: zonder lacunes – en effectief zijn.<sup>27</sup> Dat betekent onder meer dat ook lagere regelgeving, voor zover daarmee (al dan niet in de vorm van uitvoeringsbesluiten) subjectieve rechten<sup>28</sup> worden aangetast, aan effectief rechterlijk toezicht onderworpen moet kunnen worden.<sup>29</sup> In de rechtspraak is in dit verband expliciet overwogen dat lagere regelgeving ook onder het begrip *öffentliche Gewalt* (openbaar gezag) in de zin van artikel 19, vierde lid, GG valt, zodat daartegen effectieve rechtsbescherming moet bestaan.<sup>30</sup> Het recht op effectieve rechtsbescherming van artikel 19, vierde lid, GG vereist overigens niet dat lagere regelgeving ter directe toetsing aan de rechter moet kunnen worden voorgelegd. Het is voldoende als lagere regelgeving op indirecte wijze kan worden getoetst door de rechter.<sup>31</sup>

### 5.2.3 *Bevoegdheid en organisatie bestuursrechtspraak*

In het licht van het legaliteitsbeginsel en het recht op effectieve rechtsbescherming moeten alle vormen van lagere regelgeving aan (effectief) rechterlijk toezicht onderworpen kunnen worden. In dit hoofdstuk ga ik in op de toetsing *door de (algemene) bestuursrechter*

24 Schnelle 2007, p. 316. Zie ook reeds Van Rijn 1978, p. 75 e.v.

25 Zie Sillen 2010, p. 142. Zie nader paragraaf 5.3.2.

26 ‘*Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.*’

27 Zie bijvoorbeeld Perroud 2019, p. 27-28 met verwijzing naar BVerfGE 12 november 1958, 8, 274 (*Preisgesetz*) en BVerfGE 17 april 1991, 84, 34. Zie ook bijvoorbeeld BVerfGE 19 juni 1973, 35, 263 en BVerfGE 29 oktober 1975, 40, 272.

28 Zie voor dat begrip hierna in paragraaf 5.2.4.2.

29 Aldus bijvoorbeeld Schenke 2016; Schenke 2017; Schnelle 2007, p. 329.

30 Bijvoorbeeld BVerwGE 3 november 1988, 80, 355; BVerwGE 28 juni 2000, 111, 276 (*Verlegung der Abflugstrecke*); BVerfGE 17 januari 2006, 115, 81. Voor andere voorbeelden zie Schenke 2017.

31 Schnelle 2007, p. 329.

van lagere regelgeving. Ik bespreek in deze paragraaf eerst wat de gevallen zijn waarin het de bestuursrechter is aan wie lagere regelgeving ter toetsing kan worden voorgelegd.

Doorgaans is de bestuursrechter de bevoegde rechter om te beslissen in geschillen die gaan over lagere regelgeving, al dan niet via de uitvoering daarvan door middel van uitvoeringsbesluiten. Artikel 40, eerste lid, VwGO bepaalt in die zin dat de bestuursrechter bevoegd is in alle publiekrechtelijke geschillen van niet-grondwettelijke aard, tenzij in een formele wet op federaal niveau (*Bundesgesetz*) een andere rechter bevoegd is verklaard om te beslissen over het geschil. Met ‘de bestuursrechter’ bedoel ik hier de *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, die bestaat uit *Verwaltungsgerichte* als rechters in eerste aanleg,<sup>32</sup> een *Oberverwaltungsgericht* per deelstaat als hoger beroepsrechter<sup>33</sup> en het BVerwG als algemene bestuursrechtelijke cassatierechter<sup>34, 35</sup>

Soms is niet de algemene bestuursrechter, maar een andere, bijzondere bestuursrechter bevoegd om te oordelen over een geschil over lagere regelgeving of de daarop gebaseerde uitvoeringsbesluiten. Artikel 40, eerste lid, GG bepaalt immers, zoals gezegd, dat de bestuursrechter niet bevoegd is als het geschil is opgedragen aan een andere rechter in een federale wet. Dat is bijvoorbeeld gebeurd op het terrein van de sociale zekerheid en belastingen, waarover de *Sozialgerichtsbarkeit* respectievelijk de *Finanzgerichtsbarkeit* oordeelt.<sup>36</sup> Uit het tweede lid van artikel 40 VwGO volgt verder dat niet de bestuursrechter maar de gewone rechter bevoegd is om te beslissen over de meeste schadevergoedingskwesties.<sup>37</sup> Er bestaat een uitzondering op dat uitgangspunt wanneer het gaat om schadevergoedingsvorderingen die zijn gebaseerd op de schending van publiekrechtelijke plichten die voortvloeien uit een publiekrechtelijke overeenkomst; in dat geval is de bestuursrechter de bevoegde rechter.

In publiekrechtelijke geschillen van grondwettelijke aard is de bestuursrechter niet de bevoegde rechter, zo volgt uit artikel 40, eerste lid, VwGO. Deze bepaling sluit niet uit dat de bestuursrechter lagere regelgeving toetst aan de grondwet. Dat de bestuursrechter niet

32 Artikel 45 VwGO.

33 Artikel 46 VwGO. In sommige deelstaten wordt de hoger beroepsrecht *Verwaltungsgerichtshof* genoemd. In sommige gevallen is het *Oberverwaltungsgericht* in eerste aanleg bevoegd. Dat is het geval bij een *Normenkontrollverfahren*, waarover meer in paragraaf 5.2.4.2.

34 Artikel 49 VwGO.

35 Zie artikel 2 VwGO.

36 Zie Willemsen 2005, p. 35.

37 Ook op het terrein van de onteigening is de gewone rechter bevoegd, zie artikel 14, derde lid, GG en artikel 40, tweede lid, VwGO.



bevoegd is in publiekrechtelijke geschillen van grondwettelijke aard betekent vooral dat de bestuursrechter beperkt is in het toetsen van *formele* wetgeving, omdat daaraan rakende toetsingsvragen zijn voorbehouden aan de Duitse constitutionele rechters.

In dat kader zijn met name de procedures van de *abstrakte Normenkontrolle* en de *konkrete Normenkontrolle*, beide voor het BVerfG, belangrijk. In de eerstgenoemde procedure voert het BVerfG een abstracte toetsing uit naar aanleiding van een vraag van de Bondsregering, de Landsregering of een vierde van de leden van de Bondsdag over de formele en materiële verenigbaarheid van bonds- en deelstaatrecht met het GG of de verenigbaarheid van deelstaatrecht met ander federaal recht.<sup>38</sup> In de *abstrakte Normenkontrolle* kan dus wel (ook) de verenigbaarheid van lagere regelgeving in abstracto worden beoordeeld door het BVerfG, op verzoek van de hiervoor genoemde overheidsambten.

In de *konkrete Normenkontrolle* beoordeelt het BVerfG de verenigbaarheid van een bonds- of deelstaatwet met het GG. Dat gebeurt naar aanleiding van een prejudiciële vraag die een rechter in een aanhangig geschil aan het BVerfG (verplicht) heeft gesteld, omdat de uitkomst van dat geschil afhangt van een normenconflict waarover het BVerfG volgens artikel 100, eerste lid, GG bevoegd is te beslissen. De rechter is gelet op dat artikel verplicht een prejudiciële vraag aan het BVerfG te stellen als de rechter meent dat een bondswet in strijd is met het GG of een deelstaatwet in strijd is met het GG of met een bondswet.<sup>39</sup>

De bevoegdheid om lagere regelgeving aan de grondwet te toetsen, ligt in principe bij de reguliere (dat wil zeggen: niet-constitutionele) rechter, dus ook de bestuursrechter.<sup>40</sup> Het voorgaande neemt niet weg dat het BVerfG zich soms kan buigen over de grondwettigheid van lagere regelgeving, bijvoorbeeld tijdens een hierboven genoemde *abstrakte Normenkontrolle*. Een andere relevante procedure waarin het BVerfG de grondwettelijkheid van lagere regelgeving kan beoordelen is de zogenoemde *Verfassungsbeschwerde*. De *Verfassungsbeschwerde* is een procedure waarin het BVerfG beslist op klachten van individuele

38 Artikel 93, eerste lid, sub 2, GG. Zie ook de 'bijzondere' *abstrakte Normenkontrolle* van artikel 93, eerste lid, sub 2a, GG, op grond waarvan de Bondsraad, de Landsregering of een vierde van de leden van een landsparlement aan het BVerfG de vraag kunnen voorleggen of een bondswet in overeenstemming is met artikel 72, tweede lid, GG, dat bepaalt dat de bond slechts gebruik mag maken van concurrerende wetgevingsbevoegdheden (bevoegdheden waarover zowel de deelstaten als de bond tot wetgeven bevoegd is, zie artikel 74 GG) ter nastreving van de in artikel 72, tweede lid, GG genoemde doelen.

39 Is de rechter van oordeel dat deelstaatrecht niet in overeenstemming is met de *Landesverfassung*, dan is het constitutionele Hof van het land bevoegd om dat deelstaatrecht te toetsen.

40 Meßerschmidt 2016c, p. 757. Vergelijk ook BVerwG 4 juli 2002, 2 C 13.01.

burgers over de schending van diens grondrechten<sup>41</sup> door het openbaar gezag, waaronder ook lagere regelgeving valt. De *Verfassungsbeschwerde* is een subsidiaire rechtsgang: een klacht over de schending van een grondrecht is pas ontvankelijk als alle andere beschikbare rechtsmiddelen zijn uitgeput, tenzij die rechtsmiddelen in redelijkheid niet konden worden aangewend.<sup>42</sup>

Om inspiratie op te doen ter beantwoording van de procedurele vragen waartoe de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen leidt,<sup>43</sup> is het vooral nuttig om te kijken naar de indirecte (en tot op zekere hoogte de directe) toetsing door de Duitse bestuursrechter. De toetsing van lagere regelgeving door het BVerfG blijft buiten beschouwing in dit hoofdstuk.

#### 5.2.4 Vormen van directe en indirecte toetsing door de bestuursrechter

##### 5.2.4.1 Inleiding

Het stelsel van effectieve bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen lagere regelgeving bestaat uit verschillende rechtsmiddelen.<sup>44</sup> Zij stellen de bestuursrechter in staat om lagere regelgeving direct of indirect te toetsen. Men spreekt in dit verband ook wel van *prinzipale Normenkontrolle* en *inzidente Normenkontrolle*.<sup>45</sup> Bij een *prinzipale Normenkontrolle*, directe toetsing, staat ten principale de rechtmatigheid van lagere regelgeving centraal. Deze vorm van toetsing wordt uitgevoerd in het zogenoemde *Normenkontrollverfahren* van artikel 47 VwGO (paragraaf 5.2.4.2). Bij *inzidente Normenkontrolle*, indirecte toetsing, gaat de rechter in een geschil bij wijze van voorvraag na of lagere regelgeving in overeenstemming is met hoger recht. Ik bespreek de indirecte toetsing van lagere regelgeving door de bestuursrechter in paragraaf 5.2.4.3.

##### 5.2.4.2 Directe toetsing

Artikel 47 VwGO voorziet in de mogelijkheid om lagere regelgeving direct te toetsen door de bestuursrechter. Het gaat hier om het zogenoemde *Normenkontrollverfahren*. Het beroep kan worden ingesteld bij het *Oberverwaltungsgericht* door, onder meer,<sup>46</sup> iedere

41 Of een van de andere in artikel 93, eerste lid, aanhef en onder a, GG genoemde gerechten.

42 Artikel 90, tweede lid, BVerfGG. Zie hierover bijvoorbeeld Uzman 2013, p. 380-381; Sillen 2010, p. 23-25.

43 Zie paragrafen 3.8.6 en 3.9.5.

44 Over het systeem van de rechtsbescherming tegen lagere regelgeving, zie bijvoorbeeld Schenke 2016; Schenke 2017; Meßerschmidt 2016c, p. 756 e.v.; Schnelle 2007, p. 316-342.

45 Vergelijk Panzer/Schoch 2023, rn. 8; Schnelle 2007, p. 328.

46 Artikel 47, tweede lid, VwGO bepaalt dat ook overheidsorganen het beroepsrecht toekomt indien zij de regeling moeten toepassen of geconfronteerd worden met de uitvoering van de regeling.

natuurlijke of rechtspersoon binnen één jaar na de bekendmaking van de betreffende algemene regeling.<sup>47</sup> Het beroep van artikel 47 VwGO staat niet tegen elke vorm van lagere regelgeving open. Tegen welke regels beroep kan worden ingesteld, kan men lezen in artikel 47, eerste lid, VwGO, dat luidt:

*‘(1) Das Oberverwaltungsgericht entscheidet im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit auf Antrag über die Gültigkeit*

- 1. von Satzungen, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs erlassen worden sind, sowie von Rechtsverordnungen auf Grund des § 246 Abs. 2 des Baugesetzbuchs,*
- 2. von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt.’*

Van belang ten eerste is dat artikel 47 VwGO het mogelijk maakt om direct beroep in te stellen tegen bestemmingsplannen. Een bestemmingsplan is namelijk volgens artikel 10, eerste lid, BauGB een *Satzung*. Ten tweede is relevant dat een direct beroep kan worden ingesteld tegen lagere regelgeving van de deelstaten. Maar, dan moet het deelstaatrecht wel erin voorzien dat tegen die lagere regelgeving beroep kan worden ingesteld. Bijna alle deelstaten hebben dit mogelijk gemaakt.<sup>48</sup> Op grond van artikel 47 VwGO is het niet mogelijk om direct beroep in te stellen tegen lagere regelgeving die op federaal niveau wordt vastgesteld. Er is ook geen andere mogelijkheid om die regels *direct* te laten toetsen door de bestuursrechter; die regels kunnen alleen op indirecte wijze worden getoetst.<sup>49</sup>

Het beroepsrecht tegen de hierboven genoemde vormen van lagere regelgeving komt toe aan degene die *‘geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden’*. Of een natuurlijk persoon of een rechtspersoon ontvankelijk is in een direct beroep tegen regelgeving hangt dus af van de vraag of de betreffende regeling of de uitvoering daarvan een recht van de

<sup>47</sup> Artikel 47, tweede lid, VwGO.

<sup>48</sup> Artikel 4 AGVwGO BW (Baden-Württemberg); artikel 4 AGVwGO Bay (Beieren); artikel 4, eerste lid, BbgVwGG (Brandenburg); artikel 7, eerste lid, AGVwGO Brem (Bremen); artikel 15, eerste lid, HessAGVwGO (Hessen); artikel 13 GerStrukGAG MV (Mecklenburg-Voor-Pommeren); artikel 7 Nds. AGVwGO (Nedersaksen); artikel 4, eerste lid, AGVwGO RP (Rijnland-Palts); artikel 18 SaarAGVwGO (Saarland); artikel 24, eerste lid, SächsJG (Saksen); artikel 10 AGVwGO LSA (Saksen-Anhalt); artikel 5 AGVwGO SH (Sleeswijk-Holstein); artikel 4 ThürAGVwGO (Thüringen). In het recht van de deelstaten Berlijn, Hamburg en Noordrijn-Westfalen bestaat er geen bepaling die het mogelijk maakt om beroep in te stellen tegen lagere regelgeving die op deelstaatniveau wordt vastgesteld. Zie Hufen 2019, p. 348.

<sup>49</sup> Voor de indirecte toetsing van deze regels zie paragraaf 5.2.4.3.

betrokkene schendt of in de nabije toekomst zal schenden. Ik bespreek hieronder kort wanneer daarvan sprake is.<sup>50</sup>

Voorwaarde voor de schending van een recht door (de toepassing van) regelgeving is het bestaan van zo'n recht. Onder 'recht' in de zin van artikel 47 VwGO moet worden verstaan een publiekrechtelijk subjectief recht.<sup>51</sup> Van het bestaan van zo'n recht is sprake als een algemene norm een gebod of verbod inhoudt voor een af te bakenen groep van personen.<sup>52</sup> Valt degene die die norm wil aanvechten onder de groep, dan is hij beroepsgerechtigd. Ook degene wiens grondrecht wordt aangetast door een algemene regeling of de uitvoering daarvan is beroepsgerechtigd in de zin van artikel 47 VwGO.<sup>53</sup> In alle overige gevallen – geen rechtstreeks gebod of verbod, geen inbreuk op een grondrecht – moet aan de hand van de zogenoemde *Schutznormtheorie* worden bepaald of er een publiekrechtelijk subjectief recht bestaat. Op grond daarvan geldt heel kort gezegd dat er moet worden nagegaan of de rechtsnorm, die beweerdelijk door de (toepassing van) de betreffende regeling wordt geschonden, naast de bescherming van het algemeen belang óók strekt tot bescherming van individuele belangen en, voor zover van dat laatste sprake is, of de aanlegger van het *Normenkontrollverfahren* behoort tot de groep wiens belangen door de norm beschermd worden.<sup>54</sup> Of de norm de individuele belangen beschermt van (onder meer) degene die beroep wil instellen, moet steeds door middel van interpretatie worden vastgesteld. Een voorbeeld van een norm die (ook) de belangen van individuen beschermt, is artikel 1, zesde lid, BauGB, dat voorschrijft dat bepaalde belangen moeten worden meegewogen bij de totstandkoming van 'Bauleitpläne', waaronder ook bestemmingsplannen. Deze belangen leveren, wanneer zij de aanlegger beschermen en niet zijn betrokken in de afweging, een beroepsrecht op.<sup>55</sup>

In aanvulling op het bovenstaande geldt dat de betrokkene alleen kan opkomen voor zijn *eigen* belang.<sup>56</sup> Het is daarbij niet nodig om volledig te bewijzen dat zijn publiekrechtelijke subjectieve recht is geschonden; voldoende is het als het mogelijk is dat de betreffende regeling of de uitvoering daarvan het recht van de betrokkene schendt.<sup>57</sup> Uit 47 VwGO

50 Zie hierover uitgebreid Kopp/Schenke 2014, p. 522-548.

51 Hufen 2019, p. 350.

52 Kopp/Schenke 2014, p. 523; Hufen 2019, p. 350.

53 Voor voorbeelden zie Kopp/Schenke 2014, p. 542-544.

54 Zie recent bijvoorbeeld BVerwG 28 maart 2019, 5 CN 1.18.

55 Hetzelfde geldt voor artikel 1, zevende lid, BauGB, het zogenoemde *Abwägungsgebot*, dat een recht inhoudt op een redelijke afweging tussen openbare en particuliere belangen bij het vaststellen van *Bauleitpläne* ('Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen').

56 Kopp/Schenke 2014, p. 525.

57 Over de zogenoemde *Möglichkeitstheorie*, zie Kopp/Schenke 2014, p. 290.

volgt verder dat het volstaat als een regeling of de uitvoering daarvan het publiekrechtelijke subjectieve recht *in de nabije toekomst* (mogelijkerwijs) schendt. Het volstaat dus als in objectieve zin redelijkerwijs valt te verwachten dat de regeling het recht van de betrokkene in de nabije toekomst (mogelijk) schendt.<sup>58</sup> Deze eis is voornamelijk van belang voor het kunnen aanvechten van lagere regelgeving die niet rechtstreeks werkt, maar door middel van uitvoeringsbesluiten.<sup>59</sup> Bij dat soort indirect werkende regelingen is het niet de regeling zelf maar het uitvoeringsbesluit dat het publiekrechtelijke subjectieve recht van de betrokkene mogelijk schendt. Dat uitvoeringsbesluit hoeft niet te worden afgewacht om beroep te kunnen instellen tegen de lagere regelgeving die de basis vormt voor dat uitvoeringsbesluit, voor zover redelijkerwijs valt te verwachten dat zo'n uitvoeringsbesluit in de nabije toekomst zal worden genomen.

In het *Normenkontrollverfahren* voert de rechter een ‘*umfassende Überprüfung der Regelung*’ uit.<sup>60</sup> Dat wil zeggen dat de toetsing ten gronde van lagere regelgeving niet beperkt is tot hogere normen die beogen het belang van de betrokkene te beschermen; het *Schutznorm*-criterium is alleen van belang voor de ontvankelijkheid van het beroep tegen regelgeving.<sup>61</sup> In die zin ‘*ist die Normenkontrolle “abstrakt” und als “objektives Rechtsbeanstandungsverfahren” zu umschreiben.*’<sup>62</sup>

Een relativiteitsvereiste is bij de toetsing in een *Normenkontrollverfahren* dus niet van toepassing. Komt de rechter tot de conclusie dat de regeling onrechtmatig is vanwege de strijd met hoger recht, dan is dat op zichzelf genoeg voor een gegrondverklaring van het beroep. Het is voor een gegrondverklaring met andere woorden niet nodig dat de onrechtmatig bevonden algemene regeling ook het subjectieve publiekrechtelijke recht van de aanlegger schendt.<sup>63</sup> Artikel 47, vijfde lid, VwGO brengt over het voorgaande het volgende tot uitdrukking:

*‘Kommt das Oberverwaltungsgericht zu der Überzeugung, daß die Rechtsvorschrift ungültig ist, so erklärt es sie für unwirksam; in diesem Fall ist die Entscheidung allgemein verbindlich [...]’*

Het bovenstaande brengt ook tot uitdrukking wat het gevolg is van een succesvol ingesteld direct beroep, in die zin dat de rechter tot de conclusie komt dat een algemene regeling

58 Kopp/Schenke 2014, p. 529; Panzer/Schoch 2023, rn. 48.

59 Vergelijk De Poorter 2003, par. 2.5.3.2.2; Kopp/Schenke 2014, p. 528.

60 Kopp/Schenke 2014, p. 525.

61 Panzer/Schoch 2023, rn. 8.

62 Panzer/Schoch 2023, rn. 8.

63 Hufen 2019, p. 475.

‘*ungültig*’ is. In dat geval verklaart de rechter de algemene regeling ‘*unwirksam*’. Dit is een declaratoire uitspraak,<sup>64</sup> maar deze heeft vergelijkbare gevolgen als een vernietiging, in die zin dat zij *erga omnes* en *ex tunc* werkt.<sup>65</sup>

#### 5.2.4.3 Indirecte toetsing

Uit de vorige paragraaf volgt dat niet alle lagere regelgeving direct kan worden getoetst. Zo staat het *Normenkontrollverfahren* niet open tegen federale lagere regelgeving. Lagere regelgeving die wordt vastgesteld op het niveau van de deelstaten kan alleen direct worden getoetst als artikel 47 VwGO of een deelstaatwet daarin voorziet. Kan lagere regelgeving niet direct worden getoetst, dan moet die regelgeving op een andere manier kunnen worden aangevochten. Dat verlangt het recht op effectieve rechtsbescherming van artikel 19, vierde lid, GG. Dat recht verlangt *niet* dat lagere regelgeving op directe wijze kan worden aangevochten. Het is voldoende als de burger lagere regelgeving op indirecte wijze kan voorleggen aan de (bestuurs)rechter.<sup>66</sup> Dit kan in beginsel in verschillende procedures: de *Anfechtungsklage*, de *Verpflichtungsklage*, de *Feststellungsklage* en de *allgemeine Leistungsklage*.

Doorgaans zal een burger op indirecte wijze de onrechtmatigheid van lagere regelgeving willen aanvoeren met als doel de vernietiging van een op die regeling gebaseerd belastend uitvoeringsbesluit. Dan kan lagere regelgeving indirect worden getoetst in een *Anfechtungsklage*, waarin de vernietiging van het belastende uitvoeringsbesluit kan worden gevorderd.<sup>67</sup> Het kan ook voorkomen dat lagere regelgeving bepaalde voordelen biedt en een burger vindt dat hij onterecht op die voordelen geen aanspraak kan maken. Bestaat dat voordeel uit een begunstigend besluit, dan zou de burger een *Verpflichtungsklage* kunnen instellen, waarin hij kan vragen om een rechterlijke bevel tot de afgifte van zo’n begunstigend besluit en daartoe kan aanvoeren dat de regeling die hem het begunstigende besluit onthoudt onrechtmatig is, bijvoorbeeld wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel.<sup>68</sup> In een *Verpflichtungsklage* kan alleen worden gevraagd om rechterlijk bevel tot afgifte van een bepaald besluit.<sup>69</sup> Bestaat het voordeel niet uit een besluit maar een andere prestatie, dan kan de burger in de zogenoemde *allgemeine Leistungsklage* de rechter vragen om het bestuur te veroordelen tot het verrichten van die prestatie.<sup>70</sup> Tijdens zo’n *allgemeine Leis-*

64 Zie BVerwGE 6 mei 1993, 92, 266.

65 Zie Panzer/Schoch 2023, rn. 112-120.

66 Zie Schnelle 2007, p. 329 e.v.

67 Schenke 2016, p. 720.

68 Maurer & Waldhoff 2020, p. 405.

69 Waarmee wordt bedoeld een *Verwaltungsakt* in de zin van artikel 35 *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Zie Willemsen 2005, p. 42.

70 Willemsen 2005, p. 42-43.

*tungsklage* kan de burger dan aanvoeren dat de regeling die hem het voordeel onthoudt onrechtmatig is.

Een groot aandeel van de lagere regelgeving die niet direct kan worden getoetst, kan in een *Anfechtungsklage*, *Verpflichtungsklage* of *allgemeine Leistungsklage* op indirecte wijze aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Toch voorzien die drie *Klagen*, in samenhang met het *Normenkontrollverfahren* van artikel 47 VwGO, nog niet in een volledig stelsel van effectieve rechtsmiddelen tegen lagere regelgeving.<sup>71</sup>

Dat komt het meest duidelijk tot uitdrukking bij lagere regelgeving die rechtstreeks werkt (*Vollzugsnormen*) en waartegen geen direct beroep openstaat. Rechtstreeks werkende regelgeving is regelgeving die rechten en plichten in het leven roept zonder dat daarvoor uitvoeringsbesluiten nodig zijn. Niet-rechtstreeks werkende regelingen daarentegen zijn regelingen die niet uit zichzelf maar in de vorm van een concreet uitvoeringsbesluit rechten of plichten in het leven roepen (*vollziehbaren Normen*). Wordt regelgeving niet uitgevoerd door middel van uitvoeringsbesluiten, dan kan een burger ook geen *Anfechtungs-* of *Verpflichtungsklage* instellen waarin lagere regelgeving indirect zou kunnen worden getoetst.

De situatie kan zich ook voordoen dat indirecte toetsing van een niet-rechtstreeks werkende regeling wel mogelijk is, maar daarmee niet wordt voorzien in een *effectief* rechtsmiddel.<sup>72</sup> Dit is voorstelbaar als een burger meent ten onrechte geen aanspraak te kunnen maken op de voordelen die een bepaalde regeling biedt. Hij kan zo'n regeling indirect laten toetsen in de *Verpflichtungsklage*, maar dat biedt hem alleen uitkomst als het buiten toepassing laten van die regeling direct tot gevolg heeft dat hem het voordeel toekomt. Een voorwaarde voor een bevel tot de afgifte van een bepaald besluit in de *Verpflichtungsklage* is namelijk dat het bestuur geen beslissingsruimte heeft. Stel nu dat de rechter in een *Verpflichtungsklage* vaststelt dat een begunstigende regeling, waarop een burger meent onterecht geen aanspraak te kunnen maken, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, dan zijn er doorgaans verschillende manieren om die ongelijkheid te verhelpen (bijvoorbeeld: eenieder die onder de regeling valt krijgt het voordeel of niemand die onder de regeling valt krijgt (nog langer) het voordeel). In een situatie waarin de strijd met het gelijkheidsbeginsel op verschillende manier kan worden opgelost, kan de rechter in een *Verpflich-*

71 Zie hierover uitgebreid Schenke 2016 en Schenke 2017.

72 Zie BVerfGE 17 juni 2006, 115, 81.

*tungsklage* alleen oordelen dát een regeling in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en die regeling buiten toepassing laten, maar daar heeft de burger niets aan. Het in dergelijke gevallen indirect toetsen en eventueel louter buiten toepassing laten van begunstigende lagere regelgeving is volgens het BVerfG niet in overeenstemming met het recht op effectieve rechtsbescherming.<sup>73</sup>

Om effectieve rechtsbescherming tegen alle vormen van regelgeving te verzekeren, is de zogenoemde *Feststellungsklage* in de rechtspraak aangewezen als een vangnet voor de situaties waarin lagere regelgeving niet (effectief) in een andere procedure direct of indirect kan worden getoetst.<sup>74</sup> De *Feststellungsklage* is neergelegd in artikel 43 VwGO. In deze procedure kan men, zo volgt uit het eerste lid van dat artikel, vragen om een declaratoire uitspraak van de rechter over het al dan niet bestaan van een rechtsverhouding dan wel de nietigheid van een *Verwaltungsakt*.<sup>75</sup> Het BVerwG heeft de *Feststellungsklage*, met verwijzing naar het recht op effectieve rechtsbescherming, op zo'n manier uitgelegd dat het mogelijk wordt om in die procedure lagere regelgeving ter indirecte toetsing voor te leggen aan de bestuursrechter.<sup>76</sup> Hoe werkt dat?

Een declaratoire uitspraak over het 'al dan niet bestaan van een rechtsverhouding' in de zin van artikel 43, eerste lid, VwGO moet voor de rechtsbescherming tegen lagere regelgeving worden opgevat als een vordering die is gericht op het niet bestaan van een verplichting die lagere regelgeving oplegt of het (voort)bestaan van een aan een publiekrechtelijke norm ontleend recht dat door de lagere regelgeving wordt beperkt.<sup>77</sup> Aan die vordering kan dan ten grondslag worden gelegd dat de algemene regeling – die de verplichting oplegt en/of een recht beperkt – onrechtmatig is en niet kan worden toegepast, zodat de verplichting niet bestaat of het recht juist (voort)bestaat. Wanneer lagere regelgeving bijvoorbeeld een bepaalde gedraging of handeling verbiedt en de daardoor benadeelde partij van mening is dat dit verbod in strijd is met hoger recht, dan kan die partij vorderen dat de rechter vaststelt dat hij die gedraging of handeling toch kan verrichten.<sup>78</sup>

73 BVerfGE 17 juni 2006, 115, 81.

74 Zie in het bijzonder BVerwGE 28 juni 2000, 111, 276 (*Verlegung der Abflugstrecke*). Zie hierover uitgebreid Marsch 2023, rn. 54-54e.

75 In een *Feststellungsklage* kan niet worden gevraagd om een declaratoire uitspraak over de nietigheid van lagere regelgeving. Zie Kopp/Schenke 2014, p. 445; Maurer & Waldhoff 2020, p. 407.

76 Zie BVerwGE 28 juni 2000, 111, 276 (*Verlegung der Abflugstrecke*) en later ook het BVerfG in BVerfGE 17 januari 2006, 115, 81, waarin het constitutionele hof een *Verfassungsbeschwerde* tegen lagere regelgeving niet-ontvankelijk verklaart, omdat de betreffende burger de mogelijkheid heeft om die regelgeving in een *Feststellungsklage* ter indirecte toetsing voor te leggen aan de bestuursrechter.

77 Kopp/Schenke 2014, p. 446; Schenke 2016, p. 721.

78 Kopp/Schenke 2014, p. 446.



Zo kan (bijvoorbeeld) een kapper de rechter vragen om vast te stellen dat zijn zaak, ondanks een in een coronaverordening neergelegd verbod op het uitoefenen van contactberoepen, open mag blijven, omdat de verordening in strijd zou zijn met het in artikel 12, eerste lid, GG opgenomen recht op vrijheid van beroepsuitoefening.<sup>79</sup>

Andersom kan een partij de rechter in een *Feststellungsklage* ook vragen om vast te stellen dat die partij niet verplicht is om zich overeenkomstig een in lagere regelgeving neergelegd gebod te gedragen, omdat dat gebod in strijd zou zijn met hoger recht.

Zo vorderden enkele ondernemingen de vaststelling door de rechter dat zij niet hoefden te handelen overeenkomstig de in lagere regelgeving neergelegde statiegeld- en terugnameverplichtingen voor wegwerpverpakkingen, omdat die in de lagere regelgeving neergelegde verplichtingen in strijd zouden zijn met het Unierecht.<sup>80</sup>

In een *Feststellungsklage* is het ook mogelijk dat een partij vraagt om de vaststelling dat zij een aanspraak heeft op een bepaalde prestatie, waaraan dan ten grondslag wordt gelegd dat de lagere regelgeving die die aanspraak uitsluit in strijd is met hoger recht. Denk bijvoorbeeld aan een aanspraak op landbouwsteun.<sup>81</sup> Bij een *Feststellungsklage* die ziet op de vaststelling van een aanspraak op een bepaalde prestatie moet wel bedacht worden dat de *Feststellungsklage* een subsidiair karakter heeft, in die zin dat artikel 43, tweede lid, VwGO bepaalt dat een *Feststellungsklage* niet kan worden ingesteld door degene die ‘*seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann, oder hätte verfolgen können*’. Deze subsidiariteitseis wordt, in elk geval wat betreft de rechtsbescherming tegen lagere regelgeving, echter niet strikt toegepast.<sup>82</sup>

In de hierboven ter illustratie besproken toepassingen van de *Feststellungsklage* moet de bestuursrechter ter vaststelling of er al dan niet een verplichting of recht bestaat steeds als voorvraag nagaan of lagere regelgeving overeenstemt met de norm van hoger recht waarmee die lagere regelgeving volgens een partij in strijd is. Zo maakt de *Feststellungsklage* het mogelijk om lagere regelgeving ter indirecte toetsing voor te leggen aan de bestuursrechter. De voorwaarde voor ontvankelijkheid wordt zo ingevuld dat een *Feststellungsklage*

79 Zie ter illustratie Verwaltungsgericht der Freien-Hansestadt Bremen 11 november 2020, 5 V 2472/20.

80 BVerwG 23 augustus 2007, 4 BN 32/07.

81 BVerfGE 17 januari 2006, 115, 81.

82 Zie BVerwG 4 juli 2002, 2 C 13.01, r.o. 16.

alleen dan niet ontvankelijk is als ‘*offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte des Klägers verletzt sein können*’.<sup>83</sup>

### 5.3 DE CONSEQUENTIES VAN SUCCESVOLLE INDIRECTE TOETSING

#### 5.3.1 Inleiding

De bestuursrechter kan lagere regelgeving zowel direct als indirect toetsen op de strijd met een hogere rechtsnorm. Wat verschilt tussen directe en indirecte toetsing is de consequentie die de rechter kan verbinden aan de conclusie dat lagere regelgeving in strijd wordt bevonden met een hogere rechtsnorm. Is directe toetsing in een *Normenkontrollverfahren* van lagere regelgeving succesvol, dan verklaart de rechter lagere regelgeving *unwirksam*. Dat oordeel werkt *erga omnes*.<sup>84</sup> Is indirecte toetsing van lagere regelgeving succesvol, dan is die lagere regelgeving nietig (*Nichtigkeitsdogma*). Dat uitgangspunt bespreek ik in paragraaf 5.3.2. Hoewel lagere regelgeving die in strijd is met een hogere rechtsnorm nietig wordt geacht, heeft de vaststelling daarvan door middel van indirecte toetsing *geen* werking buiten de grenzen van het geding. Dit bespreek ik in paragraaf 5.3.3, waarin ik inga op de reikwijdte van succesvolle indirecte toetsing en de werking bespreek voor het verleden, het heden en de toekomst. In paragraaf 5.3.4 bespreek ik wat de mogelijkheden zijn om een ‘oud’, door de rechter onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel van formele gebreken. Ik leg hierbij de focus op onrechtmatige bestemmingsplannen. Een tussenconclusie volgt in paragraaf 5.3.5.

Vanuit het perspectief van het Nederlandse recht is het wellicht verwarrend dat bij indirecte toetsing lagere regelgeving die in strijd wordt bevonden met een hogere rechtsnorm in Duitsland nietig is. In Nederland zouden wij lagere regelgeving die in strijd is met een hogere rechtsnorm doorgaans wel onrechtmatig – en daarom onverbindend achten of buiten toepassing laten – maar niet nietig achten. Gezegd kan worden dat de nietigheid van een rechtshandeling naar Nederlands recht alleen kan worden aangenomen als die rechtshandeling er (volstrekt) niet is en die rechtshandeling daarom eigenlijk geen juridische benoeming of kwalificatie verdient.<sup>85</sup> Ook verwarrend is dat in Duitsland de vaststelling van de nietigheid van lagere regelgeving door middel van indirecte toetsing alleen consequenties heeft voor het voorliggende geval. Het gebruik van de term ‘nietigheid’ wekt de indruk dat door de rechter vastgesteld wordt dat lagere regelgeving ten opzichte

83 Zie BVerwGE 28 juni 2000, 111, 276 (*Verlegung der Abflugstrecke*), r.o. 20.

84 Zie paragraaf 5.2.4.2.

85 Ortlep 2011, p. 227-228.

van eenieder nooit heeft gegolden. Onder meer omdat het zo verwarrend is en ook omdat het leidt tot rechtsonzekerheid, is er in Duitsland kritiek op het zogenoemde *Nichtigkeitsdogma* in de context van lagere regelgeving.<sup>86</sup> Hoewel onderworpen aan een aantal uitzonderingen, is het uitgangspunt niettemin nog steeds dat lagere regelgeving die in strijd is met een hogere rechtsnorm nietig is. Waarom dat zo is, zal ik uitleggen in de volgende paragraaf (5.3.2).

### 5.3.2 Het Nichtigkeitsdogma

#### 5.3.2.1 Nietigheid als uitgangspunt

De heersende opvatting in Duitsland is dat lagere regelgeving die in strijd is met een hogere rechtsnorm *ex tunc* nietig is.<sup>87</sup> De reden voor het hanteren van dit zogenoemde *Nichtigkeitsdogma* bij lagere regelgeving moet worden gezocht in het verleden.<sup>88</sup>

Het alternatief voor het nietig achten van onrechtmatige regelgeving, vernietigbaarheid, bestond in het Duitse rechtsbeschermingssysteem eerder in het geheel niet voor lagere regelgeving.<sup>89</sup> Nietigheid kan dan een uitkomst bieden om rechtsbescherming tegen lagere regelgeving mogelijk te maken. Lagere regelgeving die nietig is, wordt geacht als *rechtshandeling* niet te bestaan. Burgers kunnen zich op de nietigheid van een rechtshandeling altijd beroepen en voor de rechter aanvoeren dat zij niet verplicht zijn om overeenkomstig de door hen nietig geachte regelgeving te handelen.<sup>90</sup> De rechter kan die nietigheid vervolgens constateren. De gedachte daarbij is dat de nietigheid van lagere regelgeving voortvloeit uit de hiërarchie tussen rechtsnormen. Als er twee rechtsnormen van toepassing zijn op hetzelfde feitencomplex en met elkaar botsen, dan vloeit uit de normenhiërarchie voort dat de lagere rechtsnorm nietig is.<sup>91</sup> Die nietigheid bestaat onafhankelijk van de beslissing die een rechter neemt. Het enige wat de rechter doet, is uit het objectieve recht afleiden dat lagere regelgeving nietig is (declaratoir). Nietige voorschriften worden geacht geen onderdeel te zijn van de rechtsorde; omdat het voorschrift daardoor niet bestaat, kan de rechter het ook niet toepassen.<sup>92</sup> Voor de rechter bestaat er zo bezien geen aan de trias politica verbonden beperking om de nietigheid van lagere regelgeving aan te nemen en

86 Zie in het bijzonder de dissertatie van Schnelle (Schnelle 2007).

87 Onder andere Ossenbühl 1986, p. 2807-2808; Schnelle 2007, p. 96 e.v.; Maurer & Waldhoff 2020, p. 404.

88 Zie uitvoerig Schnelle 2007, p. 96 e.v.

89 Ossenbühl 1986, p. 2807. In Nederland werd ten aanzien van beschikkingen in het verleden ook aangenomen dat zij nietig waren, bij gebreke van een mogelijkheid om tegen een beschikking in rechte op te komen met als doel die beschikking te vernietigen. Zie Ortlep 2011, p. 217 e.v.

90 Ossenbühl 1986, p. 2807.

91 Zie Schnelle 2007, p. 121.

92 Zie Sillen 2010, p. 142.

lagere regelgeving te toetsen. De opvatting dat onrechtmatige lagere regelgeving nietig is, heeft daarom ook een belangrijke bijdrage geleverd aan de rechtvaardiging van het rechterlijke toetsingsrecht (*richterliche Prüfungsrecht*) van lagere regelgeving.<sup>93</sup>

Door sommigen wordt het *Nichtigkeitsdogma* voor lagere regelgeving bekritiseerd.<sup>94</sup> Het levert volgens hen veel rechtsonzekerheid op, terwijl het niet noodzakelijkerwijs zou voortvloeien uit de normenhiërarchie dat lagere regelgeving die in strijd is met een hogere rechtsnorm nietig is. Dergelijke normen zijn wel onrechtmatig, maar niet noodzakelijkerwijs nietig, zo is dan de gedachte. Zoals al gezegd in paragraaf 5.3.1, ontstaat er een verwarrende situatie door het bestaan van het *richterliche Prüfungsrecht* afhankelijk te maken van de nietigheid van lagere regelgeving. In feite maakt men een consequentie, namelijk de nietigheid, een voorwaarde voor het kunnen toetsen van lagere regelgeving op de strijd met hoger recht. Vanwege deze ‘constructie’ is lagere regelgeving die in strijd is met een hogere rechtsnorm steeds nietig, ongeacht het gebrek dat aan lagere regelgeving kleeft.

Tegen deze achtergrond stelt Schnelle in zijn dissertatie voor om het *richterliche Prüfungsrecht* los te koppelen van het *Nichtigkeitsdogma*. Heel kort gezegd volgt het *richterliche Prüfungsrecht* volgens hem al uit de ‘*Kontroll- und Rechtsprüfungsfunktion der Judikative*’.<sup>95</sup> Ervan uitgaande dat het rechterlijke toetsingsrecht bestaat, kan de rechter nagaan of lagere regelgeving in strijd is met wat gelet op de normhiërarchie moet worden beschouwd als hoger recht. Constateert de rechter dat lagere regelgeving in strijd is met hoger recht, dan is die regelgeving niet nietig, maar gebrekkig (*fehlerhaft*) of onrechtmatig (*rechtswidrig*). De consequentie die de rechter aan die strijd kan verbinden *kan* nietigheid zijn, vooral als het gaat om zeer ernstige gebreken,<sup>96</sup> maar dat hoeft niet. De rechter kan volgens Schnelle bijvoorbeeld ook oordelen dat onrechtmatige regelgeving vernietigbaar is of dat er geen enkele consequentie wordt verbonden aan het geconstateerde gebrek.<sup>97</sup>

Op het uitgangspunt dat de met een hogere rechtsnorm strijdige lagere regelgeving nietig wordt geacht, zijn in de wet en de rechtspraak wel enkele uitzonderingen gemaakt, waardoor niet elk gebrek bij elk voorschrift steeds de nietigheid tot gevolg heeft. Deze worden hieronder besproken.

93 Ossenbühl 1986, p. 2807.

94 Zie in het bijzonder Schnelle 2007 en Ossenbühl 1986.

95 Schnelle 2007, p. 100.

96 Daarbij kan gedacht worden aan de gebreken die artikel 44 VwVfG noemt. Dat artikel gaat over de nietigheid van besluiten (*Verwaltungsakt*).

97 Zie voor alle mogelijkheden Schnelle 2007, hoofdstuk 4.

### 5.3.2.2 Wettelijke uitzonderingen

Een wettelijke uitzondering op het *Nichtigkeitsdogma* is gemaakt in de artikelen 214 en 215 van het BauGB.<sup>98</sup> De artikelen 214 en 215 BauGB regelen onder meer wat de consequenties zijn van gebreken die kleven aan onder meer bestemmingsplannen. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen gebreken die *beachtlich* zijn, gebreken die *unbeachtlich* zijn en gebreken die relatief *beachtlich* zijn. ‘Unbeachtlich’ wil zeggen dat het gaat om een gebrek dat als het ware niet relevant kan worden geacht voor de werking van regelgeving. De rechter mag aan zulke gebreken geen rechtsgevolgen verbinden; zij worden genegeerd. Een gebrek dat ‘*beachtlich*’ is, is een relevant gebrek waaraan de rechter wel consequenties kan verbinden, zoals het ‘*unwirksam*’ verklaren of nietig achten. Sommige gebreken die *beachtlich* zijn kunnen *unbeachtlich* worden, namelijk als die gebreken niet aan de orde worden gesteld bij het vaststellende orgaan binnen één jaar nadat de betreffende regeling is vastgesteld.<sup>99</sup> Dit soort gebreken zijn relatief *beachtlich*.

Uit artikel 214, eerste lid, BauGB volgt dat schendingen van de meeste vorm- en procedurevoorschriften op grond van het BauGB *unbeachtlich* zijn. Dat geldt *niet* voor de schendingen van onder meer de procedure- en vormvoorschriften zoals bedoeld in artikel 214, eerste lid, onder 1 t/m 3, BauGB; zij zijn relatief *beachtlich*. Het gaat om de schending van: (1) het voorschrift van artikel 2, derde lid, BauGB dat de relevante belangen in kaart moeten worden gebracht (‘*ermitteln*’) en moeten worden gewaardeerd (‘*bewerten*’) voorafgaand aan de vaststelling van bestemmingsplannen en voorbereidingsbesluiten, (2) bepaalde in het BauGB opgenomen voorschriften die gaan over consultatie en raadpleging van onder meer burgers en (3) bepaalde in het BauGB voorgeschreven motiveringsplichten. Het schenden van deze voorschriften levert dus in principe een *beachtlich* gebrek op, maar deze gebreken worden *unbeachtlich* als ze niet binnen één jaar aan de orde zijn gesteld bij het vaststellende orgaan.<sup>100</sup>

Materiële gebreken zijn doorgaans *beachtlich*. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een onevenwichtige afweging van betrokken belangen bij de vaststelling van een bestemmingsplan (*Abwägungsdisproportionalität*).<sup>101</sup> Soms is er een gebrek in het proces dat doorwerkt in het resultaat van een belangenafweging, bijvoorbeeld het (onvoldoende) in kaart brengen van alle belangen en het waarden van die belangen. Dit proces wordt *Abwägungsvorgang* genoemd en moet worden onderscheiden van de *Abwägungsergebnis*.<sup>102</sup> De laatstge-

98 Over de artikelen 214 en 215 BauGB, zie bijvoorbeeld Merkel 2012, p. 144-204; Ennuschat, Ibler & Remmert 2017, p. 259-264; Krebs 2013, p. 489-492; Sachs 2012, p. 842-843.

99 Voor de betekenis van deze termen voor de rechterlijke toetsing zie Merkel 2012, p. 162 e.v.

100 Enkele voorbeelden hiervan worden besproken in paragraaf 5.4.3.2.

101 Zie Krebs 2013, p. 490.

102 Merkel 2012, p. 134.

noemde term gaat over het resultaat van de afweging. Zoals hierboven gezegd, zijn gebreken die zich voordoen tijdens het identificeren van alle relevante belangen en het waarderen van die belangen relatief *beachtlich* (één jaar). Dat geldt ook voor andere gebreken in het kader van de *Abwägungsvorgang*, voor zover zij van invloed zijn geweest op de *Abwägungsergebnis* (artikel 214, derde lid, BauGB).

### 5.3.2.3 Uitzonderingen in de rechtspraak

In de vorige paragraaf is ingegaan op wettelijke uitzonderingen op het uitgangspunt dat (vormen van) onrechtmatige algemene regels nietig zijn. Het gaat dan voornamelijk om schendingen van vorm- en procedurevoorschriften die de lagere regelgever op grond van de betreffende wet, het BauGB, in acht zou moeten nemen. Ook in de rechtspraak worden uitzonderingen gemaakt op het *Nichtigkeitsdogma*. Ook die uitzonderingen zien op formele gebreken.

In een uitspraak uit 1994<sup>103</sup> stelt het BVerfG dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen materiële en formele gebreken voor de vraag welke gevolgen de schending van de grondwet voor een rechtsnorm heeft. Is er sprake van een materieel gebrek, dan leidt dat vrijwel altijd tot de nietigheid. Is er daarentegen sprake van een *Verfahrensfehler* (procedureel gebrek), dan heeft dat niet steeds de nietigheid van een rechtsnorm tot gevolg. Voor het nietig achten van een rechtsnorm waaraan een procedureel gebrek kleeft, is volgens het BVerfG alleen dan ruimte als dat gebrek ‘overduidelijk’ is. Daaraan legt het BVerfG het belang van de rechtszekerheid ten grondslag.<sup>104</sup> In de zaak waarin het BVerfG het voorgaande overweegt, is het gebrek niet overduidelijk. De Bondsregering had een *Rechtsverordnung* vastgesteld door het volgen van een bepaalde schriftelijke procedure, maar het volgen van zo’n procedure was, door de vormgeving ervan, niet in overeenstemming met artikel 80, eerste lid, GG. Het gebrek is echter niet overduidelijk, en leidt dus niet tot nietigheid, omdat het voor de Bondsregering een bestendige praktijk was om *Rechtsverordnungen* op deze manier vast te stellen zonder ooit te zijn geweest op de mogelijke ongrondwettigheid daarvan. De vastgestelde normen hebben gediend als grondslag voor talloze uitvoeringsbesluiten en zowel het bestuur als de adressaten van de normen hebben vertrouwd op de geldigheid ervan. Voor nu heeft het gebrek dus geen consequenties. Maar, zo overweegt het BVerfG, met deze uitspraak is het op deze manier vaststellen van een *Rechtsverordnung* een ‘overduidelijk’ gebrek geworden en dus concludeert het BVerfG dat dit gebrek voortaan leidt tot nietigheid.<sup>105</sup>

103 BVerfG 11 oktober 1994, 1 BvR 337/92.

104 Voor dezelfde lijn bij formele wetgeving zie bijvoorbeeld BVerfG 15 januari 2008, 2 BvL 12/01 en BVerfG 26 april 1972, 2 BvF 1/71.

105 Zie ook BVerfG 15 januari 2008, 2 BvL 12/01.

Van een iets recentere datum is de rechtspraak waarin het BVerfG overweegt dat voor de gevolgen van procedurele gebreken van belang is hoe ‘wezenlijk’ het procedurele voorschrift en de schending daarvan is. In een zaak uit 2010 gaat het over een *Rechtsverordnung* die in afwijking van artikel 16b *Tierschutzgesetz* tot stand is gekomen zonder het horen van de *Tierschutzkommission*.<sup>106</sup> Vanwege het niet naleven van de wettelijk voorgeschreven raadplegingseis is er sprake van een ‘*wesentlichen Mangel*’. Het BVerfG overweegt dat van ‘wezenlijkheid’ moet worden gesproken als het gaat om een wettelijke verplichting die de wetgever heeft opgelegd in het belang van een zorgvuldige totstandkoming van regelgeving, zoals in dit geval de raadplegingsverplichting. Ik lees het zo, dat een procedurele verplichting ‘wezenlijk’ is als het (niet) naleven daarvan van invloed kan zijn op de inhoud van een bepaling. Heeft de wetgever niet bepaald dat het niet naleven van zo’n verplichting geen of beperkte rechtsgevolgen heeft – zoals is gebeurd in het BauGB – dan heeft de schending gevolgen voor de geldigheid van de betreffende regelgeving. Daarbij wijst het BVerfG op de rechtspraak van de bestuursrechters, waarin eveneens tot uitdrukking komt dat – buiten de reikwijdte van het BauGB – de schending van wettelijk voorgeschreven verplichtingen tot raadpleging en/of consultatie bij de totstandkoming van regelgeving regelmatig leidt tot nietigheid. Verder overweegt het BVerfG dat het in deze zaak niet nodig is om na te gaan of het procedurele gebrek evident is, omdat er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat de *Tierschutzkommission* moet worden gehoord en dat het nalaten daarvan een procedureel gebrek oplevert.

Kortom, uit de rechtspraak van het BVerfG volgt dat materiële gebreken in beginsel steeds tot de nietigheid van lagere regelgeving leiden. Procedurele gebreken lijken in de regel niet tot nietigheid te leiden, maar alleen als zij ‘overduidelijk’ zijn en/of als het geschonden procedurele voorschrift ‘wezenlijk’ is, omdat het voorschrift beoogt bij te dragen aan een zorgvuldige totstandkoming van regelgeving.

### 5.3.3 Normverwerfung

#### 5.3.3.1 *Prüfen, prinzipale Normverwerfung en inzidente Normverwerfung*

Lagere regelgeving die in strijd is met hoger recht is in beginsel nietig, zo heb ik in de vorige paragraaf besproken. Het nietig achten van lagere regelgeving is een keuze uit het verleden om, bij gebrek aan de mogelijkheid om lagere regelgeving te vernietigen, de rechtsbescherming tegen lagere regelgeving te verzekeren. Daarbij ligt het uitgangspunt dat nietige lagere regelgeving rechtens niet bestaat ten grondslag aan de bevoegdheid van de rechter om lagere regelgeving te *prüfen*. Moet lagere regelgeving nietig worden geacht,

<sup>106</sup> BVerfG 12 oktober 2010, 2 BvF 1/07.

dan is de rechter niet aan die regelgeving gebonden en kan deze die regeling ook niet toepassen. Zonder het *Nichtigkeitsdogma* is indirecte toetsing<sup>107</sup> van regelgeving niet mogelijk, zo is de gedachte.<sup>108</sup>

Zoals al deels aangegeven in de paragrafen 5.3.1 en 5.3.2.1, kan er verwarring ontstaan over de reikwijdte van de consequenties van succesvolle indirecte toetsing, omdat het *Nichtigkeitsdogma* de indruk wekt dat de rechter door middel van indirecte toetsing vaststelt dat lagere regelgeving ten opzichte van eenieder nooit heeft gegolden. Het is van belang om in dit verband een strikt onderscheid te maken tussen enerzijds het *richterliche Prüfungsrecht* en anderzijds de *Verwerfungskompetenz* van de rechter.<sup>109</sup> Dit zijn twee verschillende dingen. Het *richterliche Prüfungsrecht* gaat over de bevoegdheid om na te gaan of lagere regelgeving in overeenstemming is met een hogere rechtsnorm. Voor het rechtvaardigen van deze bevoegdheid is dus het *Nichtigkeitsdogma* relevant. De *Verwerfungskompetenz* gaat over de ‘bevoegdheid’ van de rechter om aan lagere regelgeving de werking te ontnemen als hij door middel van het *prüfen* vaststelt dat lagere regelgeving in strijd is met een hogere rechtsnorm.

Ten aanzien van de *Verwerfungskompetenz* bij lagere regelgeving maakt men in Duitsland het onderscheid tussen een *inzidente Normverwerfung* (ook wel: *Nichtanwendungskompetenz*) en een *prinzipale Normverwerfung*. Bij *inzidente Normverwerfung* ontnemt de rechter de werking aan lagere regelgeving voor een specifiek geval en past deze de betreffende norm in dat specifieke geval dus niet toe.<sup>110</sup> In het specifieke geval waarin de rechter uitspraak doet, bestaat de rechtsnorm als het ware niet. Onder *prinzipale Normverwerfung* moet worden verstaan het ontnemen van de werking aan lagere regelgeving ten opzichte van eenieder.<sup>111</sup> Er bestaat voor de bestuursrechter *geen* algemene bevoegdheid tot *prinzipale Normverwerfung* waar het gaat om lagere regelgeving.<sup>112</sup> Zo’n bevoegdheid bestaat alleen als de wet daarin voorziet,<sup>113</sup> zoals artikel 47 van het VwGO. Daarin is aan het *Oberverwaltungsgericht* de bevoegdheid gegeven om bepaalde vormen van lagere regelgeving *allgemein verbindlich unwirksam* te verklaren.<sup>114</sup> Bestaat er geen artikel op grond waarvan de rechter de werking aan lagere regelgeving ten opzichte van eenieder kan ontnemen, dan is de rechter alleen tot *inzidente Normverwerfung* bevoegd.

107 Bij directe toetsing vloeit de rechterlijke toetsingsbevoegdheid voort uit de wet, zoals het geval is bij artikel 47 VwGO.

108 Schnelle 2007, p. 99.

109 Schnelle 2007, p. 316. Voor de *Verwerfungskompetenzen* van het bestuur zie Verhoeven 2011, p. 166 e.v.

110 Schnelle 2007, p. 316-317; Pietzner 2023, rn. 23; Maurer & Waldhoff 2020, p. 405.

111 Schnelle 2007, p. 316; Pietzner 2023, rn. 24.

112 Schnelle 2007, p. 327.

113 Verhoeven 2011, p. 168.

114 Zie paragraaf 5.2.4.2.



Het is algemeen aanvaard dat iedere rechter de bevoegdheid heeft om de werking aan lagere regelgeving te ontnemen voor het concrete geschil waarin de rechter uitspraak doet.<sup>115</sup> Ook de indirect toetsende bestuursrechter is daartoe bevoegd. Bij indirecte toetsing van lagere regelgeving toetst de rechter lagere regelgeving om een uitspraak te kunnen doen in het geschil en derhalve als voorvraag. Constateert de bestuursrechter dat lagere regelgeving in strijd is met een hogere rechtsnorm, dan past deze de betreffende regeling in het concrete geval niet toe. De gevolgen van zijn oordeel kunnen formeel gezien niet verder reiken dan dat concrete geval en blijven beperkt tot de partijen die bij de procedure zijn betrokken (*inter partes*).<sup>116</sup> Als daarin niet is voorzien door de wetgever, heeft de rechter dus simpelweg niet de 'bevoegdheid' om de werking aan lagere regelgeving te ontnemen ten opzichte van anderen dan procespartijen.

Reeds uit het voorgaande volgt dat een *inzidente Normverwerfung* rechtens geen gevolgen heeft voor alle andere gevallen in het verleden, het heden en de toekomst waarin de betreffende regeling is of wordt toegepast. Ik licht een en ander in de volgende paragrafen verder toe.

### 5.3.3.2 *Inzidente Normverwerfung* en het verleden, het heden en de toekomst

Het is heel goed voorstelbaar dat degenen die in het verleden in hun nadeel te maken hebben gehad met incidenteel onrechtmatig bevonden regelgeving, een bepaalde aanspraak willen maken op de *inzidente Normverwerfung*. Dat geldt bijvoorbeeld voor de situatie waarin derden die te maken hebben met een belastend uitvoeringsbesluit (*Verwaltungsakt*), dat vrijwel identiek is aan het uitvoeringsbesluit dat in een *Anfechtungsklage* is vernietigd vanwege de *inzidente Normverwerfung*. Deze uitvoeringsbesluiten waarmee die derden te maken hebben, zullen echter doorgaans definitief (*unanfechtbar, bestandskräftig*) zijn.<sup>117</sup> De vraag laat zich nu stellen of derden, die te maken hebben met een definitief uitvoeringsbesluit, een aanspraak kunnen maken op de *inzidente Normverwerfung* van regelgeving die ook aan de basis ligt van hun besluit, met als doel dat besluit teniet te doen.

Het antwoord op de hierboven opgeworpen vraag is kortweg dat dit formeel gezien in beginsel niet mogelijk is. Dat volgt reeds uit de *inter partes* werking van *inzidente Normverwerfung*, maar ook uit de rechtspraak<sup>118</sup> en uit (de uitleg van) artikel 51 VwVfG (*Wiederaufgreifen des Verfahrens*).<sup>119</sup> Artikel 51, eerste lid, VwVfG bepaalt dat een bestuurs-

115 Schnelle 2007, p. 317.

116 BVerwGE 26 mei 1967, 27, 141; Schnelle 2007, p. 316-317, 327; Pietzner 2023, rn. 23; Maurer & Waldhoff 2020, p. 405; Schenke 2016, p. 728.

117 Zie Maurer & Waldhoff 2020, p. 260-261.

118 Zie reeds BVerwGE 26 mei 1967, 27, 141.

119 Zie hierover Maurer & Waldhoff 2020, p. 311 e.v.

orgaan op verzoek van een betrokkene moet beslissen over de intrekking of wijziging van een *Verwaltungsakt* met formele rechtskracht indien, onder andere, de voor de beschikking relevante feitelijke of juridische situatie naderhand in het voordeel van de betrokkene is veranderd. Een incidenteel onrechtmatigheidsoordeel, zelfs de verklaring na succesvolle directe toetsing dat lagere regelgeving *unwirksam* is in de zin van artikel 47 VwGO,<sup>120</sup> is in beginsel *geen* verandering in de juridische situatie die het bestuur verplicht om een beschikking met formele rechtskracht te heroverwegen.<sup>121</sup> Het bestuur is dus niet verplicht om te heroverwegen, maar is daartoe wel bevoegd.<sup>122</sup> In dat verband is relevant dat artikel 51, vijfde lid, VwVfG bepaalt dat de artikelen 48, eerste lid, eerste volzin en 49, eerste lid, VwVfG gelden, onverminderd het bepaalde in artikel 51 VwVfG.<sup>123</sup> Het bovenstaande uitgangspunt (geen plicht tot heroverweging, hoewel daartoe bevoegd) is hetzelfde als in Nederland. In Nederland geldt ook dat de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift niet insluit dat het bestuur gehouden is om de reeds in rechte onaanstaarbaar geworden besluiten te heroverwegen, hoewel het daartoe wel bevoegd is.<sup>124</sup>

De *inter partes* werking van een *inzidente Normverwerfung* heeft ook tot gevolg dat een incidenteel onrechtmatigheidsoordeel formeel gezien geen consequenties heeft voor de toepassingen van de incidenteel onrechtmatig bevonden lagere regeling in het heden en de toekomst.<sup>125</sup> Met 'het heden' bedoel ik de toepassing van de betreffende regeling in de vorm van uitvoeringsbesluiten waartegen rechtsmiddelen zijn of kunnen worden aangevend. Toekomstige toepassingen zijn toepassingen in de vorm van uitvoeringsbesluiten die nog moeten worden genomen. In verband met de beperkte consequenties van een *inzidente Normverwerfung* heeft het BVerwG overwogen dat een incidenteel onrechtmatigheidsoordeel niet uitsluit dat een rechter (zelfs de dezelfde rechter die tot de *inzidente Normverwerfung* is overgegaan) die in ander geval de regeling indirect (of direct) toetst tot een ander oordeel kan komen, namelijk het oordeel dat de betreffende regeling wel rechtmatig is.<sup>126</sup> Verder heeft een *inzidente Normverwerfung* niet het gevolg dat de betreffende regeling niet langer mag worden toegepast of gehandhaafd ten aanzien van derden. En

120 Zie paragraaf 5.2.4.2.

121 Zie Maurer & Waldhoff 2020, p. 363 en Schoch 2022, rn. 63 en 64.

122 Maurer & Waldhoff 2020, p. 363, 367 e.v.

123 Artikel 48, eerste lid, eerste volzin VwVfG bepaalt dat de onrechtmatige *Verwaltungsakt* met werking voor de toekomst (*ex nunc*) of het verleden (*ex tunc*) kan worden 'teruggenomen', ook als dat besluit formele rechtskracht heeft. Artikel 49, eerste lid, VwVfG bepaalt dat een rechtmatige belastende *Verwaltungsakt ex nunc* kan worden ingetrokken, ook als dat besluit formele rechtskracht heeft, tenzij op grond van het recht duidelijk is dat een *Verwaltungsakt* met dezelfde inhoud tot stand moet worden gebracht of intrekking *ex nunc* om een andere reden ontoelaatbaar is. Voor een bespreking van deze artikelen in de Nederlandse literatuur, zie Schlössels 2010, p. 883-886.

124 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:662, r.o. 5 en zie paragraaf 1.4.7 van dit onderzoek.

125 Vergelijk Pietzner 2023, rn. 23.

126 Zie Pietzner 2023, rn. 23.

ook de regelgever is als gevolg van een *inzidente Normverwerfung* niet verplicht om de regeling te wijzigen of in te trekken en zo nodig te vervangen.<sup>127</sup>

De beperkte consequenties van *inzidente Normverwerfung* voor het heden en de toekomst zijn wellicht opmerkelijk vanuit het perspectief van het Nederlandse recht. Op grond van het Nederlandse recht geldt immers dat het bestuur onverbindend verklaarde of buiten toepassing gelaten algemeen verbindende voorschriften niet meer mag toepassen zolang zij onrechtmatig zijn.<sup>128</sup> In het Duitse recht lijkt een tegenovergesteld uitgangspunt te gelden. Op grond van artikel 20, derde lid, GG ('het bestuur is gebonden aan de wet en het recht'), het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel is het bestuur gehouden om lagere regelgeving toe te passen zolang die regelgeving niet '*unwirksam*' is verklaard (rechtsgevolg van succesvolle directe toetsing) of ingetrokken.<sup>129</sup> Niettemin *mag* het bestuur de toepassing van lagere regelgeving soms achterwege laten als de rechter door middel van een *inzidente Normverwerfung* duidelijk gemaakt heeft dat die lagere regelgeving in strijd is met een hogere rechtsnorm.<sup>130</sup>

#### 5.3.4 *Inhoudelijke voortzetting van het 'oude', door de rechter onrechtmatig bevonden rechtsregime*

In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat een *inzidente Normverwerfung* van lagere regelgeving in elk geval formeel gezien heel beperkte gevolgen heeft, die niet reiken buiten de grenzen van het geding waarin de onrechtmatigheid incidenteel is vastgesteld. Dit betekent onder meer dat de regeling in andere gevallen blijvend rechtmatig toegepast kan worden na een *inzidente Normenkontrolle*. In zoverre bestaat er voor de regelgever in elk geval geen juridische plicht en wellicht ook niet direct een aanleiding om de incidenteel onrechtmatig bevonden regeling te herstellen; buiten het geding waarin de regeling onrechtmatig is bevonden, kan de regeling rechtmatig toegepast worden. Gelet hierop ligt het ook niet meteen voor de hand om in algemene zin te bespreken in hoeverre de lagere regelgever het 'oude' rechtsregime na herstel inhoudelijk kan voortzetten als dat rechtsregime door middel van indirecte toetsing onrechtmatig is bevonden door de bestuursrechter vanwege een formeel gebrek.

Wel zal ik hierna kort een 'herstelinstrument' uit het BauGB bespreken dat de regelgever ter beschikking heeft als er een gebrek kleeft aan een bestemmingsplan. Het gaat hier om

127 Zie reeds Van Rijn 1978, p. 82.

128 Zie paragraaf 1.4.7.

129 Zie bijvoorbeeld BVerwG 31 januari 2002, 6 CN 2.00.

130 BVerwG 31 januari 2002, 6 CN 2.00 en zie Verhoeven 2011, p. 167.

de zogenoemde *ergänzende Verfahren* van artikel 214, vierde lid, BauGB. Deze herstelprocedure kan ook worden gevolgd nadat een bestemmingsplan door middel van indirecte toetsing onrechtmatig is bevonden.<sup>131</sup> In artikel 214, vierde lid, BauGB is kort gezegd bepaald dat onder andere bestemmingsplannen<sup>132</sup> ook met terugwerkende kracht kunnen worden gerepareerd door middel van een herstelprocedure (*‘Der Flächennutzungsplan oder die Satzung können durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden’*). Ik bespreek in hoofdlijnen dit herstelinstrument voor het herstel van onrechtmatige bestemmingsplannen, omdat daaraan wellicht inspiratie kan worden ontleend ter beantwoording van de vraag in hoeverre in Nederland een ‘oud’, door de rechter vanwege formele gebreken onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk kan worden voortgezet na herstel, mede gelet op de elementen van terugwerkende kracht die deze herstelmogelijk in zich kan hebben.

De kern en het doel van de herstelprocedure is het inhoudelijk kunnen voortzetten, blijven toepassen, van een bestemmingsplanregel waaraan een gebrek kleeft, zonder dat een geheel nieuw plan hoeft te worden vastgesteld volgens de daarvoor voorgeschreven procedure.<sup>133</sup> De ratio van de herstelprocedure is het belang van de rechtszekerheid, als ook de complexiteit van de vaststelling van bestemmingsplannen en de hoeveelheid belangen die daarbij betrokken zijn.<sup>134</sup> Gelet daarop is het vaststellen van een geheel nieuw plan niet altijd wenselijk als er aan dat plan een gebrek kleeft en maakt artikel 214, vierde lid, BauGB het mogelijk om bepaalde gebreken te herstellen via een herstelprocedure, eventueel met terugwerkende kracht. De aanleiding om een gebrek via zo’n herstelprocedure te herstellen *kan* gelegen zijn in een rechterlijke uitspraak waarin een bestemmingsplan door middel van directe of indirecte toetsing onrechtmatig is bevonden, maar dat hoeft niet.<sup>135</sup> Het bevoegde orgaan kan ook uit eigen beweging de herstelprocedure volgen of daartoe beslissen nadat een betrokkene bij het bevoegde orgaan naar voren heeft gebracht dat er een gebrek kleeft aan het bestemmingsplan.

Een relevante vraag is wat de voorwaarden zijn voor het rechtmatig kunnen toepassen van de herstelprocedure van artikel 214, vierde lid, BauGB. Daarbij kan worden vooropgesteld dat het rechtmatig kunnen toepassen van de herstelprocedure in beginsel niet afhangt van het soort gebrek. Het BVerwG heeft dat in zijn rechtspraak heel duidelijk gemaakt door te overwegen: *‘Im Wege des ergänzenden Verfahrens behebbar sind grundsätzlich alle beacht-*

131 Jobs 2018, p. 483.

132 Het toepassingsbereik is niet beperkt tot bestemmingsplannen, maar daarop leg ik hier wel de focus. Zie over het toepassingsbereik Jobs 2018, p. 482-483.

133 Jobs 2018, p. 481-484; Battis 2022, rn. 23; Stüer 2017, p. 46 e.v.

134 Jobs 2018, p. 481-482.

135 Jobs 2018, p. 483.

*lichen Satzungsängel*.<sup>136</sup> Alle ‘relevante’ (*‘beachtlichen’*) gebreken kunnen dus hersteld worden in de herstelprocedure van artikel 214, vierde lid, BauGB.<sup>137</sup> Het BVerwG heeft ook duidelijk gemaakt dat in beginsel zowel materiële als formele gebreken te herstellen zijn met toepassing van de herstelprocedure van artikel 214, vierde lid, BauGB.<sup>138</sup> Gebreken die in beginsel ook met toepassing van de herstelprocedure te herstellen zijn, zijn bijvoorbeeld gebreken bij het in kaart brengen en waarderen van de relevante belangen in de zin van artikel 2, derde lid, BauGB.<sup>139</sup> Dit voorschrift wordt momenteel als een formele eis aangemerkt, maar in het verleden bestond de opvatting dat dit voorschrift materieel van aard was.<sup>140</sup>

De grens voor het kunnen toepassen van de herstelprocedure is dus niet gelegen in de aard van het gebrek. Die grens is *wel* gelegen in het gevolg dat het te herstellen gebrek heeft voor de inhoud van het bestemmingsplan. Volgens de rechtspraak van het BVerwG kan artikel 214, vierde lid, BauGB niet toegepast worden om ‘de basiskenmerken’ van een bestemmingsplan te wijzigen; de ‘identiteit’ van het plan mag niet worden veranderd door toepassing van de herstelprocedure.<sup>141</sup> Het voorgaande is in de literatuur ook wel zo omschreven als dat inhoudelijke wijzigingen van het bestemmingsplan in beginsel wel mogelijk zijn, maar dat de herstelprocedure niet mag leiden tot een ‘fundamentele’ wijziging van het plan.<sup>142</sup> Ik begrijp dat zo, dat herstel niet mag meebrengen dat het bestemmingsplan een substantieel andere inhoud krijgt. In de rechtspraak is in dit verband verder overwogen dat het te herstellen gebrek niet van zodanige aard en ernst mag zijn, dat de rechtmatigheid van de regulering als geheel in het bestemmingsplan van meet af aan in twijfel getrokken wordt.<sup>143</sup> Tegen deze achtergrond is de schending van bijvoorbeeld artikel 1, derde lid, BauGB niet te herstellen door middel van de herstelprocedure van artikel 214, vierde lid, BauGB.<sup>144</sup> Dat artikel schrijft voor dat de gemeenten bestemmingsplannen vaststellen zodra en voor zover dit noodzakelijk is voor de ‘*städtebauliche Entwicklung und Ordnung*’.

Hoe de herstelprocedure begint, wordt uitgevoerd en wordt afgesloten, staat niet beschreven in artikel 214, vierde lid, BauGB.<sup>145</sup> Zoals hierboven al is gezegd, kan de aanleiding

136 BVerwG 15 maart 2017, 4 BN 6.17, r.o. 9.

137 Over de term ‘*beachtlich*’ zie paragraaf 5.3.2.2.

138 BVerwG 18 september 2003, 4 CN 20.02, r.o. 2.2.1.

139 Jobs 2018, p. 484.

140 Hierover gaat het proefschrift van Merkel, zie Merkel 2012.

141 Zie BVerwG 15 maart 2017, 4 BN 6.17, r.o. 9.

142 Zie Battis 2022, rn. 24.

143 Zie OVG Münster 23 november 2016, 7 D 2/15.NE, r.o. 28.

144 Jobs 2018, p. 485.

145 Vergelijk Stüer 2017, p. 47.

voor het toepassen van de herstelprocedure zijn gelegen in een rechterlijke uitspraak waarin een bestemmingsplan onrechtmatig is gevonden. Is het – herstelbare – gebrek vastgesteld door middel van directe toetsing in het *Normenkontrollverfahren* van artikel 47 VwGO en is het daarom *unwirksam* verklaard, dan *moet* het gebrek hersteld worden voordat het bestemmingsplan weer kan worden toegepast.<sup>146</sup> Als er is voldaan aan de daarvoor geldende voorwaarden, zie hierboven, dan kan herstel plaatsvinden met de toepassing van de herstelprocedure van artikel 214, vierde lid, BauGB. Hoe dat herstel vervolgens precies plaatsvindt, hangt af van het soort te herstellen gebrek. Voor al het herstel op grond van artikel 214, vierde lid, BauGB geldt niettemin in algemene zin dat het bevoegde orgaan het gebrek moet herstellen door in de procedure terug te gaan naar waar het mis is gegaan, de fout recht te zetten en de daaropvolgende procedurele stappen te herhalen.<sup>147</sup> Is de herstelprocedure doorlopen, dan leidt dat tot de totstandkoming van een nieuw bestemmingsplan, dat, in beginsel, niet direct aangevochten kan worden in de *Normenkontrollverfahren* van artikel 47 VwGO.<sup>148</sup> Het nieuwe bestemmingsplan kan wel steeds indirect worden getoetst.<sup>149</sup>

Artikel 214, vierde lid, BauGB bepaalt uitdrukkelijk dat herstel van een bestemmingsplan kan plaatsvinden met terugwerkende kracht. Kiest het bevoegde orgaan voor herstel met terugwerkende kracht, dan wordt niet alleen het bestemmingsplan hersteld, maar wordt ook de ‘onrechtmatigheid’ van de daarop gebaseerde besluiten weggenomen.<sup>150</sup> Dat laatste is immers, zoals het BVerwG stelt, het doel met het oog waarop het herstel met terugwerkende kracht door de wetgever mogelijk is gemaakt.<sup>151</sup> In algemene zin geldt dat de terugwerkende kracht niet verder mag reiken dan tot het moment van de inwerkingtreding van het ‘oude’ bestemmingsplan.<sup>152</sup> In dat verband geldt dat het herstel met terugwerkende kracht bedoeld is om een situatie te creëren die zou hebben bestaan als het bestemmingsplan oorspronkelijk zonder gebreken tot stand was gekomen.<sup>153</sup>

De toelaatbaarheid van het herstel van een onrechtmatig bestemmingsplan met terugwerkende kracht wordt geplaatst in de sleutel van (on)gerechtvaardigd vertrouwen. In dat verband geldt het volgende.

---

146 Battis 2022, rn. 23-26.

147 Hierover Battis 2022, rn. 27; Jobs 2018, p. 485-486.

148 BVerwG 18 augustus 2015, 4 CN 10.14.

149 Vergelijk Battis 2022, rn. 30.

150 BVerwG 5 december 1986, 4 C 31.85.

151 BVerwG 5 december 1986, 4 C 31.85.

152 Battis 2022, rn. 28.

153 BVerwG 5 december 1986, 4 C 31.85.

In het Duitse recht wordt een onderscheid gemaakt tussen ‘echte Rückwirkung’ en ‘unechte Rückwirkung’.<sup>154</sup> ‘Echte Rückwirkung’ houdt in dat een bepaling (nadelige) invloed heeft op feitelijke situaties die afgesloten zijn vóór het moment van de inwerkingtreding van die bepaling en dat is in beginsel onverenigbaar met de grondwet.<sup>155</sup> Van ‘unechte Rückwirkung’ is volgens het BVerfG sprake als een bepaling invloed heeft op de in de toekomst voortdurende rechtsfeiten en rechtsverhoudingen, bijvoorbeeld als de belastende rechtsgevolgen van een bepaling pas na de inwerkingtreding van de bepaling intreden, maar feitelijk veroorzaakt worden door rechtsfeiten die zich voor de inwerkingtreding hebben voorgedaan.<sup>156</sup> ‘Unechte Rückwirkung’ is in beginsel wel toelaatbaar, tenzij het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel of het evenredigheidsbeginsel zich daartegen verzet.<sup>157</sup>

Volgens het BVerwG is de terugwerkende kracht van herstel van een onrechtmatig bestemmingsplan op grond van artikel 214, vierde lid, BauGB in beginsel in overeenstemming met de bovenstaande uitgangspunten over (geen) terugwerkende kracht van regelgeving – zelfs als sprake is van ‘echte Rückwirkung’.<sup>158</sup> In dat verband volgt uit de rechtspraak van het BVerwG dat er geen sprake is van de schending van het vertrouwensbeginsel als het bevoegde orgaan, na herstel, een plan vaststelt met terugwerkende kracht, tot de datum van de bekendmaking van het ‘oude’ plan, mits het nieuwe plan geen substantieel andere inhoud heeft dan het ‘oude’ plan.<sup>159</sup> Degenen voor wie de inhoud van het ‘oude’ bestemmingsplan nadelig was, hadden kunnen verwachten dat het ‘oude’, onrechtmatige plan zou worden vervangen door een plan met een (bijna) identieke inhoud.<sup>160</sup> Hun verwachtingen aangaande een, gunstiger, rechtsregime zijn objectief gezien niet gerechtvaardigd en daarom niet beschermingswaardig. Juist het gerechtvaardigde vertrouwen van derden in het inhoudelijk (vrijwel) ongewijzigd blijven van het bestemmingsplan verdient bescherming en rechtvaardigt het herstel met terugwerkende kracht.<sup>161</sup> Het is overigens niet uitgesloten dat herstel met terugwerkende kracht toch ontoelaatbaar is, namelijk als een bestemmingsplan ten aanzien van bepaalde individuen nadelig inhoudelijk wordt gewijzigd met terugwerkende kracht en daarmee het gerechtvaardigd vertrouwen van die individuen wordt geschonden.<sup>162</sup> Met andere woorden: een (substantiële) inhoudelijke wijzi-

154 Zie bijvoorbeeld BVerfG 12 november 2015, 1 BvR 2961/14, 1 BvR 3051/14; BVerwG 16 mei 2007 – 6 C 24.06.

155 BVerfG 12 november 2015, 1 BvR 2961/14, 1 BvR 3051/14; BVerwG 16 mei 2007 – 6 C 24.06.

156 BVerfG 12 november 2015, 1 BvR 2961/14, 1 BvR 3051/14.

157 BVerwG 16 mei 2007, 6 C 24.06.

158 Vergelijk Jobs 2018, p. 487.

159 Zie BVerwG 7 november 1997, 4 NB 48/96 en bijvoorbeeld ook Jobs 2018, p. 486; Battis 2022, rn. 28.

160 Battis 2022, rn. 28.

161 Battis 2022, rn. 28.

162 Zie Jobs 2018, p. 486.

ging met terugwerkende kracht kan in strijd zijn met het vertrouwensbeginsel en daarom ontoelaatbaar zijn.

### 5.3.5 *Tussenconclusie*

Als daarin niet is voorzien door de wetgever, heeft de Duitse bestuursrechter niet de bevoegdheid om de werking aan lagere regelgeving ten opzichte van eenieder te ontnemen. Hij kan dan alleen de werking aan lagere regelgeving ontnemen voor het voorliggende geval waarin hij uitspraak doet. Met andere woorden: hij is dan bevoegd tot *inzidente Normverwerfung*.<sup>163</sup> Vanwege het voorgaande zijn de consequenties van een succesvolle indirecte toetsing van lagere regelgeving in Duitsland, in elk geval formeel gezien, heel beperkt (in reikwijdte). Een incidenteel onrechtmatig bevonden regeling blijft in de rechtsorde bestaan en levert geen verplichting voor het bestuur op om de in rechte onaantastbaar geworden besluiten van derden, gebaseerd op die regeling, te heroverwegen.<sup>164</sup> Omdat het bestuur gebonden is aan ‘de wet en het recht’,<sup>165</sup> en de rechter door middel van indirecte toetsing alleen de werking aan lagere regelgeving in een voorliggend geval kan ontnemen, is het bestuur in beginsel verplicht om de incidenteel onrechtmatig bevonden regeling te blijven toepassen.<sup>166</sup> Het bestuur *mag* niettemin onder omstandigheden een door de (bestuurs)rechter incidenteel onrechtmatig bevonden regeling buiten toepassing laten.<sup>167</sup>

In paragraaf 5.3.4 heb ik een specifiek herstelinstrument besproken dat de lagere regelgever ter beschikking staat. Het betreft de mogelijkheid om op grond van artikel 214, vierde lid, BauGB een bestemmingsplan waaraan een gebrek kleeft met terugwerkende kracht te herstellen. Zowel formele als materiële gebreken kunnen met de inzet van dat instrument met terugwerkende kracht hersteld worden, zolang, heel kort gezegd, de ‘basiskennmerken’ van het plan niet worden gewijzigd. Ik begrijp dat zo, dat herstel niet mag meebrengen dat het bestemmingsplan een substantieel andere inhoud krijgt. Het herstel met terugwerkende kracht houdt in dat een nieuw bestemmingsplan ontstaat, waarvan de toepassing terug kan werken tot het moment waarop het oorspronkelijke, ‘oude’ plan in werking is getreden. Hiermee wordt een rechtmatige rechtsbasis gecreëerd voor de op het ‘oude’, onrechtmatige bestemmingsplan gebaseerde besluiten.

163 Paragraaf 5.3.3.1.

164 Paragraaf 5.3.3.2.

165 Artikel 20, derde lid, GG.

166 Paragraaf 5.3.3.2.

167 Paragraaf 5.3.3.2.



De toelaatbaarheid van het herstel met terugwerkende kracht in dit soort gevallen moet worden verklaard vanuit het concept van (on)gerechtvaardigd vertrouwen. Enerzijds bestaat er het gerechtvaardigd vertrouwen van bepaalde individuen in het (vrijwel) ongewijzigd blijven van het bestemmingsplan. Anderzijds levert het voor individuen voor wie het 'oude' plan nadelig was *geen* schending van het vertrouwensbeginsel op als het bevoegde orgaan, na herstel, een bestemmingsplan vaststelt met terugwerkende kracht, tot de datum van de bekendmaking van het 'oude' plan, mits het nieuwe bestemmingsplan geen substantieel andere inhoud heeft dan het 'oude' plan. Hun verwachtingen aangaande een ander (gunstiger) rechtsregime zijn objectief gezien niet gerechtvaardigd en daarom niet beschermingswaardig.

#### 5.4 DE VERHOUDING TUSSEN DIRECTE EN INDIRECTE TOETSING

##### 5.4.1 *Inleiding*

Deze paragraaf gaat over de invloed van het bestaan van het directe beroep tegen lagere regelgeving, het *Normenkontrollverfahren* van artikel 47 VwGO, op de indirecte toetsing van die lagere regelgeving door de Duitse bestuursrechter. Meer specifiek gaat het over de vraag of het niet (tijdig) of zonder succes gebruik maken van de directe beroepsmogelijkheid het gevolg heeft dat de indirecte toetsing door de bestuursrechter beperkter is en, zo ja, hoe die beperking dan is vormgegeven. Benadrukt zij dat deze vraag alleen relevant is voor appellabele lagere regelgeving.<sup>168</sup>

In het Duitse bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssysteem geldt de hoofdregel dat indirecte toetsing door de bestuursrechter van lagere regelgeving altijd mogelijk is. Deze hoofdregel bespreek ik in paragraaf 5.4.2. De uitzonderingen op deze hoofdregel worden besproken in paragraaf 5.4.3. Een deel van die uitzonderingen vloeit voort uit het gezag van gewijsde, dat soms de indirecte toetsing van zonder succes direct aangevochten lagere regelgeving kan uitsluiten (paragraaf 5.4.3.1). Voor een ander deel is de beperking van de indirecte toetsing gelegen in de omvang van die indirecte toetsing, die door de Duitse wetgever soms is beperkt, onder meer als het gaat om de indirecte toetsing van bestemmingsplannen (paragraaf 5.4.3.2). Ik sluit paragraaf 5.4 af met een tussenconclusie in paragraaf 5.4.4.

---

<sup>168</sup> Zie paragraaf 5.2.4.2.

## 5.4.2 Hoofdregeel

Vanwege het permanente karakter van regelgeving, waardoor burgers ook lang na de vaststelling van regelgeving daardoor geraakt kunnen worden, gold er tot 1 januari 1996 geen beroepstermijn bij het *Normenkontrollverfahren*.<sup>169</sup> Nadat er tien jaar lang een beroepstermijn van twee jaar heeft gegolden,<sup>170</sup> is de termijn voor het instellen van een *Normenkontrollverfahren* op grond van het huidige artikel 47 VwGO één jaar geworden.<sup>171</sup> De (verkorte) beroepstermijn is ingevoerd met het oog op de rechtszekerheid, in die zin dat men wilde voorkomen dat lagere regelgeving jaren na de inwerkingtreding ervan teniet kon worden gedaan in een *Normenkontrollverfahren*.<sup>172</sup> In de literatuur wordt opgemerkt dat de ingevoerde beroepstermijn weliswaar het belang van de rechtszekerheid dient, maar alleen voor zover het gaat om de zekerheid dat na het verstrijken van de termijn niet meer ten principale de geldigheid van lagere regelgeving kan worden onderzocht, met als mogelijke consequentie het *erga omnes* verwerpen van lagere regelgeving (*unwirksam erklären*).<sup>173</sup> Het niet (tijdig) instellen van een *Normenkontrollverfahren* heeft namelijk geen invloed op de mogelijkheid om lagere regelgeving na afloop van de beroepstermijn indirect te laten toetsen, met als mogelijke consequentie het buiten toepassing laten van regelgeving in een individueel geval.<sup>174</sup> Ook het zonder succes instellen van een *Normenkontrollverfahren* tegen lagere regelgeving beperkt de latere indirecte toetsing van die lagere regelgeving nauwelijks. Hierna licht ik een ander toe.

Het uitgangspunt dat lagere regelgeving in beginsel altijd indirect kan worden getoetst, ook al was er een mogelijkheid om die regelgeving direct aan te vechten maar is daarvan niet (tijdig) gebruik gemaakt, komt duidelijk tot uitdrukking in de rechtspraak van het BVerwG. Illustratief is een uitspraak uit 2003 over de rechterlijke toetsing van een bestemmingsplan, waarin het BVerwG zich uitlaat over de betekenis van de in 1996 geïntroduceerde beroepstermijn voor de mogelijkheid om een bestemmingsplan na afloop van die termijn ter indirecte toetsing aan de rechter voor te leggen.<sup>175</sup> Volgens het BVerwG is ‘*die Antragsfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO kein Hindernis für eine Inzidentprüfung [...]*’<sup>176</sup> Het BVerwG motiveert dit oordeel door erop te wijzen dat de wetgever met de invoering

169 Zie Bok 1991, p. 262; Panzer/Schoch 2023, rn. 35. Bok merkt op dat hier wel het leerstuk van de ‘*prozessuale Verwirkung*’ geldt. Hij schrijft: ‘een burger die, na nadeel te hebben ondervonden van een algemene regeling, niet binnen redelijke termijn beroep instelt, wordt geacht geen ‘*Rechtsschutzbedürfnis*’ meer te hebben en wordt deswege niet-ontvankelijk verklaard.’ Zie Bok 1991, p. 262.

170 Kopp/Schenke 2014, p. 548.

171 Zie paragraaf 5.2.4.2.

172 Kopp/Schenke 2014, p. 550; Panzer/Schoch 2023, rn. 35.

173 Panzer/Schoch 2023, rn. 35; Kopp/Schenke 2014, p. 550.

174 Zie Hufen 2019, p. 360; Maurer & Waldhoff 2020, p. 407; Kopp/Schenke 2014, p. 549-550.

175 BVerwG 8 april 2003, 4 B 23.03.

176 BVerwG 8 april 2003, 4 B 23.03, r.o. 2.

van de beroepstermijn voor het *Normenkontrollverfahren* niet heeft bedoeld om afbreuk te doen aan de bevoegdheid van de bestuursrechter om, ook na het verstrijken van de beroepstermijn, op indirecte wijze na te gaan of lagere regelgeving in overeenstemming is met hoger recht.<sup>177</sup> In lijn met deze uitspraak heeft het BVerwG in 2006 expliciet overwogen dat indirecte toetsing van een bestemmingsplan ook mogelijk is als een partij niet binnen de beroepstermijn het *Normenkontrollverfahren* heeft ingesteld.<sup>178</sup> Het verstrijken van de termijn van artikel 47 VwGO ontnemt degene wiens rechten worden aangetast door een op het bestemmingsplan gebaseerd besluit of het achterwege blijven daarvan niet de mogelijkheid om dat bestemmingsplan indirect te laten toetsen.<sup>179</sup>

Het uitgangspunt dat indirecte toetsing van lagere regelgeving zonder beperking in de tijd mogelijk is, komt ook tot uitdrukking in de rechtspraak van het BVerwG over de verhouding tussen het *Normenkontrollverfahren* en de *Feststellungsklage*, ook al gaat die rechtspraak niet specifiek over de vraag in hoeverre indirecte toetsing van lagere regelgeving mogelijk is als daartegen niet (tijdig) of zonder succes direct beroep tegen is ingesteld. Het BVerwG heeft zich meerdere keren uitgelaten over de vraag wat de beperkingen van het *Normenkontrollverfahren* – in de zin dat dit beroep beperkt is tot enkele vormen van lagere regelgeving en er een beroepstermijn geldt – betekenen voor de mogelijkheid om lagere regelgeving indirect te laten toetsen in de *Feststellungsklage*.<sup>180</sup> Men zou namelijk kunnen beargumenteren dat de wetgever er *bewust* voor heeft gekozen om het directe beroep niet tegen alle vormen van lagere regelgeving open te stellen, waardoor artikel 47 VwGO en de daarin neergelegde beroepstermijn zouden worden omzeild als de bestuursrechter lagere regelgeving waartegen het directe beroep niet openstaat tóch indirect zou toetsen.

Het BVerwG vindt dat het indirect toetsen van lagere regelgeving in de *Feststellungsklage* in beginsel niet betekent dat artikel 47 VwGO wordt omzeild. Die opvatting blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak uit 2019, waarin een onderneming vraagt om de vaststelling dat zij gelet op artikel 12, eerste lid, GG gerechtigd is op het in de handel brengen van bepaalde geneesmiddelen zonder de beperkingen die voortvloeien uit de *Arzneimittelverschreibungsverordnung*, met als reden dat die regeling in strijd is met hoger recht en daarom een onaanvaardbare aantasting is van de vrijheid van beroepsuitoefening (artikel 12, eerste lid, GG).<sup>181</sup> De beperkende regeling kan niet direct worden aangevochten, maar dat heeft vol-

177 BVerwG 8 april 2003, 4 B 23.03, r.o. 2.

178 BVerwG 10 oktober 2006, BN. 29.06.

179 BVerwG 10 oktober 2006, BN. 29.06, r.o. 3.

180 Zie bijvoorbeeld BVerwGE 28 juni 2000, 111, 276 (*Verlegung der Abflugstrecke*); BVerwG 12 september 2019, 3 C 3.18; BVerwG 10 mei 2021, 8 B 58.20; BVerwG 27 januari 2010, 8 C 19.09. Zie ook BVerfGE 17 januari 2006, 115, 81.

181 BVerwG 12 september 2019, 3 C 3.18.

gens het BVerwG niet het gevolg dat indirecte toetsing in de *Feststellungsklage* is uitgesloten. Vooral interessant is de motivering die het BVerwG aan dit oordeel ten grondslag legt, omdat die duidelijk maakt *waarom* indirecte toetsing van lagere regelgeving hoe dan ook mogelijk blijft.

Ter motivering wijst het BVerwG namelijk op de bevoegdheid van de rechter om te beoordelen of (ook) lagere regelgeving verenigbaar is met hoger recht (*richterlichen Prüfungs-kompetenz*), die volgens vaste rechtspraak, zie hierboven, niet wordt beperkt door de beroepsmogelijkheid van artikel 47 VwGO.<sup>182</sup> Verder wijst het BVerwG op twee verschillen tussen de directe en indirecte toetsing.<sup>183</sup> Het eerste verschil is dat de directe toetsing in het *Normenkontrollverfahren* als doel heeft om de geldigheid van lagere regelgeving ten principale en in abstracte zin te beoordelen, terwijl de indirecte toetsing van lagere regelgeving ‘slechts’ ziet op het beoordelen van de rechtmatigheid in een specifiek geval en als voorvraag dient voor de beslechting van het geschil. Het tweede verschil ziet op de gevolgen van een succesvolle toetsing. De gegroundverklaring van een direct beroep werkt *erga omnes*, terwijl een succesvol ingestelde *Feststellungsklage*, waaraan de overweging ten grondslag ligt dat lagere regelgeving niet in overeenstemming is met hoger recht, slechts werkt tussen partijen (*inter partes*). Vanwege deze twee verschillen is de indirecte toetsing altijd mogelijk, ongeacht het bestaan van de directe beroepsmogelijkheid van artikel 47 VwGO.

Niet alleen als het directe beroep niet (tijdig), maar ook als het directe beroep zonder succes is ingesteld, is de mogelijkheid van latere indirecte toetsing in beginsel niet uitgesloten, ook al gaat de bestuursrechter in het *Normenkontrollverfahren* na of lagere regelgeving in overeenstemming is met het objectieve recht.<sup>184</sup> Heeft de aanlegger aannemelijk gemaakt dat lagere regelgeving zijn publiekrechtelijke subjectieve recht mogelijkerwijs schendt, en is de aanlegger dus ontvankelijk in zijn beroep, dan geeft dat aanleiding tot ‘*umfassende Überprüfung der Regelung*’. Het onderzoek van de bestuursrechter richt zich op de vraag of de regeling in overeenstemming is met het objectieve recht.<sup>185</sup> De objectieve rechtmatigheidscontrole in het *Normenkontrollverfahren* zou aanleiding kunnen zijn om te denken dat het voor eenieder uitgesloten is om lagere regelgeving indirect te toetsen als het directe beroep is verworpen. Van uitsluiting zou in elk geval sprake kunnen zijn als de bestuursrechter, het *Oberverwaltungsgericht*, een algemeen verbindend geldigheidsoordeel kan uitspreken over de ter toetsing voorliggende lagere regelgeving. Zo’n algemeen

182 BVerwG 12 september 2019, 3 C 3.18, punt 22.

183 BVerwG 12 september 2019, 3 C 3.18, punt 23.

184 Zie paragraaf 5.2.4.2.

185 Zie Panzer/Schoch 2023, rn. 88.

verbindend geldigheidsoordeel uitspreken is echter niet mogelijk.<sup>186</sup> Alleen als het *Oberverwaltungsgericht* tot de conclusie komt dat lagere regelgeving ongeldig is, werkt dat oordeel *erga omnes*.<sup>187</sup> Acht het *Oberverwaltungsgericht* de lagere regelgeving niet in strijd met hoger recht en wordt het beroep daarom ongegrond verklaard, dan werkt dat oordeel *inter partes*.<sup>188</sup> Het BVerwG heeft in die zin expliciet het volgende overwogen: ‘*Weist das OVG den Antrag zurück, weil es die Norm für gültig hält, so hat diese Entscheidung zwar keine allgemeine Verbindlichkeit*’.<sup>189</sup>

Het voorgaande betekent dat de ongegrondverklaring van een direct beroep tegen lagere regelgeving voor derden – degenen die niet waren betrokken in het *Normenkontrollverfahren* – rechtens geen belemmering is om diezelfde regeling in een latere procedure indirect (maar ook direct) ter toetsing aan de bestuursrechter voor te leggen.<sup>190</sup> Voor de partij die de lagere regelgeving zonder succes heeft aangevochten in een *Normenkontrollverfahren* kan de indirecte toetsing wel worden uitgesloten. Dit hangt samen met het gezag van gewijsde, zoals ik in de volgende paragraaf zal uitleggen.

#### 5.4.3 *Uitzonderingen en beperkingen*

##### 5.4.3.1 *Zonder succes ingesteld direct beroep*

Het gezag van gewijsde kan onder omstandigheden betekenen dat de indirecte toetsing van lagere regelgeving rechtens wordt uitgesloten voor degene die lagere regelgeving zonder succes heeft aangevochten in het *Normenkontrollverfahren*. Het gezag van gewijsde houdt in dat een beslissing van de rechter die definitief is geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of de beroepstermijn is verstreken, niet meer ter discussie kan worden gesteld in een ander geding.<sup>191</sup>

Ter beantwoording van de vraag in hoeverre het gezag van gewijsde de latere indirecte toetsing uitsluit, moet worden gekeken naar de reikwijdte van dat gezag van gewijsde. Voor de omvang van het gezag van gewijsde van een uitspraak waarin een direct beroep

186 Zie BVerwG 11 maart 1982, 6 P 8/80.

187 Een ongeldigheidsoordeel is gelet op artikel 47, vijfde lid, VwGO ‘*allgemein verbindlich*’.

188 Uit artikel 47 VwGO kan niet worden afgeleid dat zo’n algemeen oordeel ook kan worden gegeven als lagere regelgeving niet in strijd blijkt te zijn met hoger recht. Sterker nog, de koppeling van *ungültig* aan *allgemein verbindlich* in het vijfde lid van artikel 47 VwGO zou uitsluiten dat het *Oberverwaltungsgericht* een algemeen verbindend geldigheidsoordeel zou kunnen geven. Vergelijk Panzer/Schoch 2023, rn. 115.

189 Zie bijvoorbeeld BVerwG 2 september 1983, 4 C 73/80.

190 In die zin heeft het BVerwG ook overwogen dat een ongegrondverklaring in een *Normenkontrollverfahren* niet uitsluit dat het *Oberverwaltungsgericht* in een latere procedure opnieuw beslist over de geldigheid van de betreffende norm. Zie BVerwG 11 maart 1982, 6 P 8/80.

191 Zie hierover Clausen/Kimmel 2023; Kopp/Schenke 2014, p. 1529 e.v.

tegen lagere regelgeving ongegrond is verklaard, is artikel 121 VwGO van belang.<sup>192</sup> Het gezag van gewijsde is volgens artikel 121 VwGO beperkt tot subject en object.<sup>193</sup> De beperking in subjectieve zin houdt in dat het gezag van gewijsde zich alleen uitstrekt tot latere procedures waarin dezelfde partijen of hun eventuele rechtsopvolgers zijn betrokken. De omvang van het gezag van gewijsde is in objectieve zin beperkt, omdat het zich alleen uitstrekt tot het onderdeel van de rechterlijke uitspraak dat een oordeel bevat over het geschilpunt (*Streitgegenstand*).<sup>194</sup> Wat onder de term *Streitgegenstand* precies moet worden verstaan, hangt af van het antwoord op de vraag om welk *Klage* het gaat.<sup>195</sup> Voor het *Normenkontrollverfahren* van artikel 47 VwGO heeft het BVerwG overwogen dat de *Streitgegenstand* in deze procedure de bewering van de aanlegger is dat lagere regelgeving (het BVerwG spreekt van een rechtsnorm) ongeldig is, omdat zij in strijd zou zijn met hoger recht.<sup>196</sup> Het geschilpunt tussen partijen is dus de vraag of de lagere regelgeving al dan niet in overeenstemming is met hoger recht.<sup>197</sup> Heeft de rechter over dat geschilpunt een oordeel gegeven en is de rechterlijke beslissing definitief, dan moet van dat oordeel in een volgende procedure tussen dezelfde partijen worden uitgegaan.

Wat betekent het voorgaande voor de mogelijkheid van een partij om lagere regelgeving indirect te laten toetsen door de bestuursrechter als diezelfde partij eerder zonder succes een *Normenkontrollverfahren* heeft ingesteld tegen lagere regelgeving? Als het beroep tegen lagere regelgeving in een *Normenkontrollverfahren* ongegrond is verklaard, dan staat tussen de betrokken partijen vast dat de aangevochten regeling niet in strijd is met hoger recht en dus rechtsgeldig is.<sup>198</sup> Het tussen de partijen werkende geldigheidsoordeel kan niet meer met succes ter discussie worden gesteld in een latere procedure, zoals een *Feststellungs- of Anfechtungsklage*. Het BVerwG formuleert het als volgt:

*‘Die Entscheidung bindet aber die Beteiligten – bei unveränderter Rechts- und Sachlage – nicht nur in einem etwaigen neuen Normenkontrollverfahren, sondern auch in einem anderen von denselben Beteiligten betriebenen Verfahren, in dem die Gültigkeit der Norm eine entscheidungserhebliche Vorfrage bildet.’*<sup>199</sup>

Het gezag van gewijsde heeft aldus tot gevolg dat de indirecte toetsing van lagere regelgeving wordt uitgesloten voor een partij, als het vernietigingsberoep tegen die lagere regel-

192 Zie BVerwG 12 januari 1984, 5 C 107/83; Kopp/Schenke 2014, p. 1541.

193 Zie Willemsen 2005, p. 182-185, 197-205; Clausing/Kimmel 2023, rn. 54-106.

194 Omschrijving is ontleend aan De Poorter 2003, par. 2.1.2.2.

195 Willemsen 2005, p. 183.

196 BVerwG 12 januari 1984, 5 C 107/83.

197 Detterbeck 1995, p. 243-244.

198 Zie ook Clausing/Kimmel 2023, rn. 90.

199 BVerwG 2 september 1983, 4 C 73/80.

geving van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard, mits dezelfde partijen betrokken zijn bij de indirecte toetsing als in het ongegrond verklaarde vernietigingsberoep. Dit betekent dus ook dat deze partij in het kader van indirecte toetsing ook geen andere rechtsgronden kan aanvoeren als die zijn aangevoerd, en verworpen, in het vernietigingsberoep. Tussen partijen staat vast dat de regeling niet in strijd is met hoger recht. Het voorgaande gaat niet op als de feitelijke of juridische situatie na het definitief worden van de betreffende uitspraak is veranderd, zoals blijkt uit het citaat van het BVerwG hierboven. Bij veranderingen in de feitelijke of juridische situatie kan een rechterlijk oordeel met gezag van gewijsde opnieuw aan de orde worden gesteld. Denk daarbij aan de inwerkingtreding van een hogere wettelijke regeling, in het licht waarvan de rechtmatigheid van lagere regelgeving nog niet is beoordeeld.<sup>200</sup> Een gewijzigde rechtsopvatting in de rechtspraak is daarentegen geen verandering in de juridische situatie.<sup>201</sup>

#### 5.4.3.2 Wettelijke beperkingen voor de omvang van indirecte toetsing

Het indirect toetsen van lagere regelgeving waartegen niet (tijdig) of zonder succes direct beroep is ingesteld, is in beginsel steeds mogelijk. Alleen het gezag van gewijsde brengt een enkele beperking met zich, zoals is besproken in de vorige paragraaf. Daarmee is nog niet de vraag beantwoord hoever de bestuursrechter bij zijn indirecte toetsing kan gaan. In een *Normenkontrollverfahren* kan het *Oberverwaltungsgericht* toetsen of lagere regelgeving in overeenstemming is met de regels van het objectieve recht. Kan de bestuursrechter die lagere regelgeving, waartegen niet (tijdig) of zonder succes direct beroep is ingesteld, een vergelijkbare toets uitvoeren of is die toetsing beperkter?

Vooropgesteld zij dat er geen algemene beperkingen gelden. Het is dus niet zo dat alle vormen van lagere regelgeving in omvang beperkter worden getoetst als zij niet of zonder succes zijn aangevochten in een *Normenkontrollverfahren*. Wel gelden er voor de indirecte toetsing van bepaalde regelgeving beperkingen, die voortvloeien uit de wet. Er zijn wetten die bepalen dat dat sommige gebreken, veelal vorm- en procedurefouten, na een bepaalde termijn *unbeachtlich* worden, zodat de rechter aan het constateren van die gebreken (bij het indirect toetsen) geen gevolgen meer kan verbinden. Meestal bepalen die wetten dat vorm- en procedurefouten binnen één jaar aan de orde gesteld moeten worden. Anders worden ze *unbeachtlich*.

Een voorbeeld van zo'n wet is de *Gemeindeordnung* van Baden-Württemberg. In artikel 4, vierde lid van die wet is bepaald dat *Satzungen* die zijn vastgesteld

200 Clausing/Kimmel 2023, rn. 73.

201 Clausing/Kimmel 2023, rn. 74.

in strijd met procedurele eisen of vormvoorschriften die volgens de *Gemeindeordnung* gelden, geacht worden rechtsgeldig tot stand te zijn gekomen één jaar na de bekendmaking van die *Satzungen*. Een ander voorbeeld is het *Naturschutzgesetz* van Baden-Württemberg, dat in artikel 23, eerste lid bepaalt dat de aanwijzing van natuurmonumenten en biosfeergebieden geschiedt bij *Rechtsverordnung*. In artikel 24 van het *Naturschutzgesetz* is vervolgens bepaald welke vorm- en procedurevoorschriften er gelden voor de vaststelling van zo'n *Rechtsverordnung*.<sup>202</sup> Die voorschriften houden bijvoorbeeld in dat de gemeenten en bepaalde instanties voorafgaand aan de vaststelling van de *Rechtsverordnung* geraadpleegd moeten worden en dat het ontwerpbesluit met de bijbehorende relevante gegevens, zoals kaarten, online bekend moet worden gemaakt en gedurende een maand kosteloos ter inzage moet worden gelegd voor eenieder. Het niet in acht nemen van deze en andere door artikel 24 voorgeschreven voorschriften levert in principe een *beachtlich* gebrek op, zodat de rechter daaraan rechtsgevolgen kan verbinden. Worden die gebreken niet binnen een jaar na de vaststelling van een regeling schriftelijk aangevoerd bij het vaststellende orgaan, dan worden zij *unbeachtlich*.

Beperkingen voor het indirect toetsen van lagere regelgeving vloeien ook voort uit het BauGB. In paragraaf 5.3.2.2 heb ik besproken dat bepaalde gebreken volgens artikel 214 BauGB van meet af aan *unbeachtlich* zijn. Er zijn volgens het BauGB ook gebreken die in eerste instantie *beachtlich* zijn, maar na het verstrijken van een bepaalde termijn *unbeachtlich* worden.<sup>203</sup> Dit komt tot uitdrukking in artikel 215 BauGB. Artikel 215 BauGB bepaalt dat er bepaalde *beachtliche* gebreken zijn die *unbeachtlich* worden als er op die gebreken niet binnen één jaar na de bekendmaking van een regeling, waaronder bestemmingsplannen, een beroep wordt gedaan. De termijn van één jaar komt overeen met de beroepstermijn van het *Normenkontrollverfahren* van artikel 47 VwGO. Wordt dus bijvoorbeeld een bestemmingsplan na het verstrijken van de beroepstermijn indirect getoetst en blijkt tijdens die indirecte toetsing dat het plan in strijd is met een van de in artikel 215 BauGB bedoelde gebreken, dan kan de rechter aan die gebreken geen gevolgen meer verbinden: zij zijn *unbeachtlich* geworden. Met artikel 215 BauGB heeft de wetgever beoogd om een evenwicht te vinden tussen het belang van de rechtszekerheid en het belang van rechtmatige regelgeving.<sup>204</sup>

202 En voor de vaststelling van de andere handelingen die artikel 23 *Naturschutzgesetz* noemt.

203 Zie hierover Merkel 2012, p. 190-192; Krebs 2013, p. 490 e.v.; Ennuschat, Ibler & Remmert 2017, p. 259 e.v.

204 Zie Merkel 2012, p. 158-162.



Wat zijn de in artikel 215 BauGB bedoelde gebreken die na een jaar niet meer aan de orde kunnen komen?<sup>205</sup> Dat zijn onder meer de schendingen van procedure- en vormvoorschriften zoals bedoeld in artikel 214, eerste lid, onder 1 t/m 3, BauGB. Het gaat om de schending van: (1) het voorschrift van artikel 2, derde lid, BauGB dat de relevante belangen in kaart moeten worden gebracht (*ermitteln*) en moeten worden gewaardeerd (*bewerten*) voorafgaand aan de vaststelling van bestemmingsplannen en voorbereidingsbesluiten, (2) bepaalde in het BauGB opgenomen voorschriften die gaan over raadpleging (*Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung*) en (3) bepaalde in het BauGB voorgeschreven motiveringsplichten.

Een voorbeeld van een voorschrift over de raadpleging, waarvan de schending in beginsel na één jaar *unbeachtlich* wordt, is artikel 3, tweede lid, BauGB. Op grond van dat artikel moet het ontwerp van *Bauleitpläne* samen met de motivering en andere relevante gegevens voor het publiek ter inzage worden gelegd voor één maand (minstens 30 dagen). Tijdens die periode kan het publiek inspraak leveren. Een voorbeeld van een motiveringsplicht waarvan het niet naleven na één jaar *unbeachtlich* wordt, is gelegen in artikel 9, achtste lid juncto 2a BauGB. Op grond daarvan moet een motivering worden gegeven bij een bestemmingsplan, waarin dient te worden ingegaan op *die Ziele, Zwecke und wesentlichen Auswirkungen* van het plan. Ook moet er een milieuraapport worden bijgevoegd. Het is overigens *unbeachtlich* als de motivering van het bestemmingsplan wel is gegeven, maar niet volledig is (zie artikel 214, eerste lid, onder 3, BauGB).

Uit het voorgaande blijkt dat het meestal vormfouten of procedurele gebreken zijn die na één jaar *unbeachtlich* worden en daarmee dus ook niet meer aan de orde kunnen komen tijdens de indirecte toetsing van onder meer bestemmingsplannen. Materiële gebreken zijn doorgaans *beachtlich*. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een onevenwichtige afweging van de betrokken belangen (*Abwägungsdisproportionalität*).<sup>206</sup> Sommige gebreken zijn niet gemakkelijk als procedureel of materieel te bestempelen, maar blijken daartussenin te zitten. Het gaat dan met name over het voorschrift van artikel 2, derde lid, BauGB dat de relevante belangen in kaart moeten worden gebracht (*ermitteln*) en moeten worden gewaardeerd (*bewerten*) voorafgaand aan de vaststelling van bestemmingsplannen en

205 Voor een schematisch overzicht zie Ennuschat, Ibler & Remmert 2017, p. 263-264.

206 Zie Krebs 2013, p. 490.

voorbereidingsbesluiten. Deze vereisten lijken momenteel als procedurele eisen te worden aangemerkt,<sup>207</sup> maar werden in het verleden meer als materiële eisen gezien.<sup>208</sup>

#### 5.4.4 *Tussenconclusie*

In het Duitse bestuursrecht geldt de hoofdregel dat appellabele lagere regelgeving in beginsel zonder beperking in de tijd indirect kan worden getoetst, ook al is die lagere regelgeving niet (tijdig) of zonder succes aangevochten. Voor het begrijpen van die hoofdregel is het van belang dat een indirecte toetsing een ander doel heeft dan directe toetsing en dat de gevolgen van een succesvolle indirecte toetsing beperkter zijn dan de gevolgen van een directe toetsing.<sup>209</sup> De directe toetsing in het *Normenkontrollverfahren* heeft het doel om de geldigheid van lagere regelgeving ten principale en in abstracte zin te beoordelen, terwijl de indirecte toetsing van lagere regelgeving ‘slechts’ ziet op het beoordelen van de rechtmatigheid in een specifiek geval en als voorvraag dient voor de beslechting van het geschil. De gegrondverklaring van een direct beroep werkt verder *erga omnes*, terwijl de consequenties van een succesvolle indirecte toetsing niet verder reiken dan het voorliggende geding. Alleen het gezag van gewijsde kan de indirecte toetsing van de zonder succes direct aangevochten lagere regelgeving soms uitsluiten. Het gezag van gewijsde betekent dat de indirecte toetsing van lagere regelgeving wordt uitgesloten voor een partij, als het vernietigingsberoep tegen die lagere regelgeving van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard, mits dezelfde partijen betrokken zijn bij de indirecte toetsing als in het ongegrond verklaarde vernietigingsberoep.<sup>210</sup>

Dat indirecte toetsing in beginsel zonder enige beperking in de tijd mogelijk is, betekent niet dat die indirecte toetsing in omvang steeds gelijk is aan de omvang van de directe toetsing in een vernietigingsberoep. Meestal is de omvang gelijk, maar soms kan de indirecte toetsing beperkter zijn. Dat geldt bijvoorbeeld voor de indirecte toetsing van bestemmingsplannen.<sup>211</sup> De wetgever heeft in het BauGB geregeld dat op bepaalde gebreken een beroep moet worden gedaan binnen één jaar na de bekendmaking van een bestemmingsplan; anders worden zij *unbeachtlich*. De termijn van één jaar komt overeen met de beroepstermijn van het vernietigingsberoep tegen lagere regelgeving. De bedoelde gebreken zijn met name de schending van bepaalde procedure- en vormvoorschriften. Het gaat bijvoorbeeld om de schending van de plicht om alle relevante belangen in kaart te brengen

207 Artikel 214, eerste lid, BauGB gaat over schendingen van *Verfahrens- und Formvorschriften* en verwijst daarbij onder 1 naar artikel 2, derde lid, BauGB.

208 Zie over deze discussie het proefschrift van Merkel (Merkel 2012).

209 Paragraaf 5.4.2.

210 Paragraaf 5.4.3.1.

211 Paragraaf 5.4.3.2.

en te waarderen, de schending van bepaalde voorschriften die gaan over de raadpleging en bepaalde in het BauGB opgenomen motiveringsplichten. Na het verstrijken van één jaar kunnen andere (niet formele) gebreken dus nog wel rechtens aan de orde komen bij het indirect toetsen van bestemmingsplannen.

### 5.5 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk heb ik besproken wat de procedurele positie is van indirecte toetsing van lagere regelgeving in het Duitse bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsstelsel aan de hand van twee onderwerpen: de consequenties van succesvolle indirecte toetsing en de verhouding tussen de directe en indirecte toetsing. Deze procedurele positie, bezien in het licht van deze twee onderwerpen, wordt gekenmerkt door een evenwicht tussen de belangen van voornamelijk rechtsbescherming, machtenscheiding en rechtszekerheid.

Als de indirecte toetsing van lagere regelgeving succesvol is, dan kan en mag de bestuursrechter, omdat de wetgever daarin niet heeft voorzien, niet meer dan alleen de werking aan die lagere regelgeving ontnemen voor het voorliggende geval (machtenscheiding). In dit geval spreken we van *inzidente Normverwerfung*.<sup>212</sup> Na een succesvolle indirecte toetsing, kan het bestuur de incidenteel onrechtmatig bevonden regeling rechtmatig blijven toepassen. Het bestuur *moet* die regelgeving in beginsel zelfs toepassen, omdat het bestuur op grond van artikel 20, derde lid, GG aan die regelgeving gebonden is zolang die regelgeving niet is vernietigd of is ingetrokken (machtenscheiding, in combinatie met het legaliteitsbeginsel, en rechtszekerheid).<sup>213</sup> Voor het verleden heeft een succesvolle indirecte toetsing ook rechtens geen gevolgen. Het bestuur is, hoewel daartoe bevoegd, niet verplicht om de in rechte onaantastbaar geworden besluiten, gebaseerd op een incidenteel onrechtmatig bevonden regeling, te heroverwegen (rechtszekerheid).<sup>214</sup>

De rechtens bestaande mogelijkheden om het ‘oude’, onrechtmatige rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel heb ik, vanwege de beperkte gevolgen van succesvolle indirecte toetsing in algemene zin, alleen besproken in de context van onrechtmatige bestemmingsplannen.<sup>215</sup> Daarvoor geldt dat bestemmingsplannen waaraan een formeel dan wel materieel gebrek kleeft met terugwerkende kracht hersteld kunnen worden, zolang de ‘basiskennmerken’ van het bestemmingsplan niet gewijzigd worden. De toelaatbaarheid van herstel met terugwerkende kracht plaatst men in de sleutel van het concept

212 Paragraaf 5.3.3.

213 Paragraaf 5.3.3.2.

214 Paragraaf 5.3.3.2.

215 Paragraaf 5.3.4.

van (on)gerechtvaardigd vertrouwen. Betrokkenen moeten in beginsel kunnen vertrouwen op de inhoud van planregels. Zolang de inhoud van een planregel door het herstel niet (substantieel) wijzigt, is het vertrouwen in een ander (gunstiger) rechtsregime van degenen voor wie het 'oude' bestemmingsplan nadelig was, niet gerechtvaardigd en verdient het geen bescherming.

Wat de verhouding tussen directe en indirecte toetsing betreft, is het op rechtsbescherming gestoelde uitgangspunt dat de bestuursrechter lagere regelgeving zonder enige beperking in de tijd indirect kan toetsen.<sup>216</sup> Ook als daartegen niet (tijdig) of zonder succes direct beroep is ingesteld. Dit neemt niet weg dat, vanwege het door rechtszekerheid ingegeven leerstuk van het gezag van gewijsde, de indirecte toetsing van de zonder succes direct aangevochten lagere regelgeving soms is uitgesloten. Het gezag van gewijsde betekent dat de indirecte toetsing van lagere regelgeving wordt uitgesloten voor een partij, als het vernietigingsberoep tegen die lagere regelgeving van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard, mits dezelfde partijen betrokken zijn bij de indirecte toetsing als in het ongegrond verklaarde vernietigingsberoep.<sup>217</sup> Specifiek voor bestemmingsplannen geldt dat de indirecte toetsing daarvan in omvang beperkter kan zijn dan de directe toetsing ervan.<sup>218</sup> Op bepaalde gebreken moet volgens het BauGB een beroep worden gedaan binnen één jaar na de bekendmaking van een bestemmingsplan; anders worden zij *unbeachtlich*. De bedoelde gebreken zijn met name de schending van bepaalde procedure- en vormvoorschriften. De termijn van één jaar komt overeen met de beroepstermijn van het vernietigingsberoep tegen lagere regelgeving. Na afloop van de beroepstermijn is de indirecte toetsing van bestemmingsplannen dus in omvang beperkt. Andere, wel *beachtliche* gebreken kunnen na het verstrijken van één jaar dus nog wel rechtens aan de orde komen bij het indirect toetsen van bestemmingsplannen.

---

216 Paragraaf 5.4.2.

217 Paragraaf 5.4.3.1.

218 Paragraaf 5.4.3.2.

## 6 DE PROCEDURELE POSITIE VAN INDIRECTE TOETSING IN FRANKRIJK

### 6.1 INLEIDING

Het Franse bestuursrechtelijke rechtssysteem voorziet in de mogelijkheid om vrijwel alle lagere regelgeving direct te laten toetsen door de Franse bestuursrechter in een vernietigingsberoep. Naast deze ruime mogelijkheid om lagere regelgeving direct te laten toetsen, bestaat de mogelijkheid om lagere regelgeving indirect te laten toetsen door de Franse bestuursrechter. Deze indirecte toetsing door de bestuursrechter vindt plaats naar aanleiding van een opgeworpen *exception d'illégalité*. Dit hoofdstuk gaat over de procedurele positie van de *exception d'illégalité* in het Franse bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsstelsel. Het doel is om inspiratie op te doen ter beantwoording van de procedurele vragen waartoe de intensivering van de indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen leidt. Deze procedurele vragen zijn gerelateerd aan de consequenties van de succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en de verhouding tussen de directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften.<sup>1</sup>

De structuur van het hoofdstuk is als volgt. Paragraaf 6.2 gaat over de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen lagere regelgeving in hoofdlijnen. De volgende kwesties worden daarin besproken: de definitie van lagere regelgeving en de plaats ervan in het Franse rechtssysteem, enkele rechtsstatelijke uitgangspunten die relevant zijn voor de rechtsbescherming tegen lagere regelgeving, de bevoegdheid en organisatie van de bestuursrechtpraak en de manieren waarop (direct/indirect) de Franse bestuursrechter lagere regelgeving toetst. In paragraaf 6.3 staan de consequenties (en de reikwijdte daarvan) van de zogenoemde *déclaration d'illégalité* centraal – het gevolg van een succesvolle indirecte toetsing. Ook wordt in paragraaf 6.3 besproken wat de reeds bestaande mogelijkheden zijn om het 'oude', door formele gebreken onrechtmatig geachte rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel van die formele gebreken. In paragraaf 6.4 bespreek ik de verhouding tussen de directe en indirecte toetsing van lagere regelgeving door de Franse bestuursrechter. Als er zo'n ruime mogelijkheid is om lagere regelgeving direct te toetsen, welke invloed heeft dit dan op de indirecte toetsing van die regelgeving als de directe toet-

---

1 Zie paragrafen 3.8 en 3.9.

sing niet (tijdig) of zonder succes heeft plaatsgevonden? In paragraaf 6.5 volgt de conclusie.

Voordat het hoofdstuk hierna in paragraaf 6.2 begint, is het goed om op te merken dat de artikelen uit de Franse wetboeken hierna worden aangehaald als ‘L-artikelen’ of ‘R-artikelen’. De L-artikelen zijn regels van wettelijke aard (*législatif, loi*), terwijl de R-artikelen van reglementaire aard zijn (*réglementaire, règlement*), lagere regelgeving dus.

## 6.2 BESTUURSRECHTELIJKE RECHTSBESCHERMING TEGEN LAGERE REGELGEVING IN HOOFDLIJNEN

### 6.2.1 *Lagere regelgeving in het Franse rechtssysteem*

Het Franse rechtssysteem kent een hiërarchie van rechtsnormen, waarin de regels en beginselen die onderdeel zijn van het zogenoemde ‘*bloc de constitutionnalité*’<sup>2</sup> bovenaan staan.<sup>3</sup>

Er is geen uitputtende lijst te geven van alle regels en beginselen die tezamen het ‘constitutionele blok’ vormen.<sup>4</sup> Wel duidelijk is dat het constitutionele blok bestaat uit meer dan alleen de Franse Grondwet van 1958.<sup>5</sup> Gelet op de Preambule van de Grondwet van 1958 zijn regels en beginselen van constitutionele waarde ook opgenomen in de Verklaring van de rechten van de mens van 1789, de Preambule van de Grondwet van 1946 en het Milieuhandvest 2004. De Preambule van de Grondwet van 1946 verwijst naar de Verklaring van de rechten van de mens uit 1789 en voegt een aantal rechten toe, zoals de bepaling op grond waarvan de wet de vrouw op elk gebied dezelfde rechten geeft als de man. Verder verwijst de Preambule van de Grondwet van 1946 naar *les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. In de rechtspraak van het Franse constitutionele hof, de *Conseil constitutionnel*, zijn enkele beginselen erkend als zulke ‘grondbeginselen’, die dus een constitutionele waarde hebben. Voorbeelden zijn de onafhankelijkheid van de bestuursrechtspraak, de

2 Zie paragraaf 6.2.2.

3 Zie hierover bijvoorbeeld Verhoeven 2011, p. 133-134, p. 139-141; Walline 2014, p. 277 e.v.; Van Male 1988, p. 105-117; Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 21-26; Brown & Bell 1998, p. 214-252.

4 Verhoeven 2011, p. 133.

5 Zie ook Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 23-24.

vrijheid van vereniging, de vrijheid van onderwijs en de rechten van de verdediging.<sup>6</sup>

Onder de regels en beginselen van het ‘constitutionele blok’ staan de formele wetten, dan de zogenoemde *principes généraux du droit* (algemene rechtsbeginselen) en vervolgens de lagere regelgeving.<sup>7</sup>

Net als in Nederland, wordt er in Frankrijk een onderscheid gemaakt tussen een formeel en materieel wetsbegrip.<sup>8</sup> Formele wetten zijn algemene regels die tot stand zijn gekomen met medewerking van de volksvertegenwoordiging volgens de grondwettelijk voorgeschreven wetgevingsprocedure. Wetgeving in materiële zin zijn algemeen verbindende regels, die neergelegd kunnen zijn in formele wetten, maar dat is niet noodzakelijk. Algemeen verbindende regels kunnen namelijk ook worden neergelegd in zogenoemde *actes réglementaires* of kortweg *règlements*. Een *règlement* is een van het bestuur afkomstige verbindende regel met een algemene strekking die is gericht tot een open en in abstracto omschreven groep.<sup>9</sup> Zij zijn dus vergelijkbaar met de Nederlandse algemeen verbindende voorschriften.<sup>10</sup> Wat *règlements* en Nederlandse algemeen verbindende voorschriften ook gemeen hebben, is dat zij worden aangemerkt als zowel wetgeving in materiële zin als bestuursrechtelijk besluit. Een *règlement* is namelijk ook een zogenoemde *acte administratif*, zoals het Nederlandse algemeen verbindende voorschrift een besluit is in de zin van de Awb.

Het begrip *acte administratif* is gedefinieerd in artikel L.200-1 van de *Code des relations entre le public et l'administration* (CRPA).<sup>11</sup> *Actes administratifs* zijn eenzijdige bestuursbeslissingen en kunnen worden onderverdeeld in zogenoemde *actes décisives* (op rechtsgevolg gericht) en *actes non décisives* (niet

6 Zie voor een overzicht van de grondbeginselen die de *Conseil constitutionnel* heeft erkend bijvoorbeeld Walline 2014, p. 282.

7 Voor zover we het hebben over nationale rechtsnormen. Over de positie van internationaal en Europees recht in de Franse rechtsorde zie Walline 2014, p. 284-299; Verhoeven 2011, p. 62-74.

8 Zie Walline 2014, p. 299.

9 Zie bijvoorbeeld Walline 2014, p. 299-300; Eliantonio & Grashof 2019, p. 142-143; Chapus 2001, p. 526-527, 649 e.v.

10 Vergelijk de definitie van het Nederlandse algemeen verbindende voorschrift in paragraaf 1.4.1. Zie verder ook de dissertaties van Van Male (Van Male 1988) en Bok (1991), die in hun rechtsvergelijking over de rechterlijke toetsing van regelgeving met Frankrijk de focus leggen op *règlements*.

11 In het wetboek over relaties tussen publiek en bestuur zijn regels opgenomen over contacten met het bestuur, eenzijdige besluiten van het bestuur, toegang tot bestuurlijke documenten en hergebruik van informatie en het beslechten van geschillen met het bestuur. Ook bevat de CRPA bepalingen betreffende de overzeese gebieden. Het CRPA trad grotendeels in werking op 1 januari 2016. Zie daarover uitgebreider Konijnenbelt 2019.

op rechtsgevolg gericht). Vervolgens worden de op rechtsgevolg gerichte besluiten onderverdeeld in *actes réglementaires*, *les actes individuels* en *les autres actes décisifs non réglementaires*. Een term die volgens artikel L. 200-1 CRPA ook gebruikt kan worden is ‘*décision*’ of, afhankelijk van het geval, *décisions réglementaires*, *décisions individuelles* of *de décisions ni réglementaires ni individuelles*.

*Règlements* zijn er in verschillende soorten en maten. Zij kunnen *décrets*, *ordonnances*, *arrêtés* of *délibérations* zijn.

*Décrets* zijn *règlements* als zij een algemene strekking hebben. Deze algemene regels worden vastgesteld door de regering, meer specifiek door de president en/of de eerste minister. Doorgaans komt de bevoegdheid om *décrets* vast te stellen toe aan de eerste minister. Artikel 21 van de Franse grondwet bepaalt daarover dat de eerste minister *le pouvoir réglementaire* uitoefent, behoudens het bepaalde in artikel 13 van de Franse grondwet. In artikel 13 is onder meer bepaald dat de president de *décrets* moet ondertekenen waarover in de ministerraad is beraadslaagd.<sup>12</sup>

De regering kan *décrets* vaststellen ter uitvoering van formele wetgeving (*pouvoir réglementaire d'application des lois*), maar zij heeft ook een autonome regelgevende bevoegdheid (*pouvoir réglementaire autonome*). Het voorgaande komt tot uitdrukking in de artikelen 34 en 37 van de Franse grondwet, die gezamenlijk voorzien in een systeem dat de regelgevende bevoegdheid op centraal niveau verdeelt over twee domeinen: een *domaine législatif* (formele wetgever is bevoegd) en een *domaine réglementaire* (regering is bevoegd).<sup>13</sup>

In artikel 34 zijn de onderwerpen opgenomen die behoren tot het domein van de formele wetgever. Het artikel maakt een onderscheid tussen de onderwerpen waarover de formele wetgever regels vaststelt en de onderwerpen waarover de formele wetgever de hoofdlijnen vaststelt.

Enkele voorbeelden van de onderwerpen die vallen in de eerste categorie zijn: burgerlijke rechten en fundamentele waarborgen die aan burgers worden verleend voor de uitoefening van hun vrijheden; de vrijheid, het pluralisme en de onafhankelijkheid van de media; de beperkingen die door de nationale defensie worden opgelegd aan de burgers met betrekking tot hun persoon en hun

<sup>12</sup> De president ondertekent ook de *ordonnances*. Zie voor dat begrip hieronder.

<sup>13</sup> Verhoeven 2011, p. 152.



eigendom; de vaststelling van misdrijven en overtredingen en de daarop van toepassing zijnde straffen; strafvordering; de grondslag, het tarief en de wijze van inning van belastingen. Enkele voorbeelden van onderwerpen die vallen in de twee categorie zijn: de algemene organisatie van de nationale defensie; het bestuur van de lokale overheden, hun bevoegdheden en hun middelen; onderwijs.

Artikel 34 van de Franse grondwet bevat geen limitatieve lijst. Dat wil zeggen: als de wetgever een wet maakt over een onderwerp dat niet in artikel 34 is genoemd, dan is die wet niet per definitie ongrondwettig.<sup>14</sup> Verder is delegatie van regelgevende bevoegdheid ten aanzien van de in artikel 34 genoemde onderwerpen mogelijk. Delegatie is zelfs onvermijdelijk als het gaat om de onderwerpen waarover de formele wetgever 'slechts' de hoofdlijnen vaststelt.<sup>15</sup> Stelt de regering gedelegeerde regelgeving vast ter uitvoering van een wet over een onderwerp dat is genoemd in artikel 34, dan maakt zij gebruik van haar *pouvoir réglementaire d'application des lois*.

Tegenover het domein van de formele wetgever staat het domein van de regering. De regering heeft een autonome regelgevende bevoegdheid om *décrets* vast te stellen over de onderwerpen die blijkens artikel 34 *niet* vallen onder het domein van de formele wetgever (*pouvoir réglementaire autonome*). Artikel 37 van de Franse grondwet bepaalt ter zake: '*Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire*'. In principe stelt de regering deze regels vast met dezelfde autonomie als die van de formele wetgever bij het vaststellen van wetten over de onderwerpen die zijn genoemd in artikel 34 van de Franse grondwet.<sup>16</sup>

*Décrets* zijn niet de enige algemene regels die afkomstig zijn van de regering. De regering is namelijk ook bevoegd om zogenoemde *ordonnances* vast te stellen. *Ordonnances* zijn gelet op artikel 38 van de Franse grondwet voorschriften die de regering voor een gelimiteerde periode kan vaststellen ter uitvoering van het beleid.<sup>17</sup> De voorschriften gaan over onderwerpen die eigenlijk behoren tot het domein van de formele wetgever.<sup>18</sup> Om *ordonnances* te kunnen vaststellen, moet de regering daarom eerst een machtiging krijgen van het parlement. Die machtiging kan het parlement verlenen door middel van de goedkeuring van een machtigingswet, waarin de duur van de machtiging moet worden opgenomen als ook de zaken die de *ordonnances* kunnen regelen. Heeft de regering toestemming

14 Zie Verhoeven 2011, p. 134, met verwijzing naar CE 8 augustus 1919, n° 56377 (*Labonne*).

15 Zie Van Male 1988, p. 113.

16 Walline 2014, p. 303.

17 Zie bijvoorbeeld Walline 2014, p. 313-315.

18 Zie hiervoor over de artikelen 34 en 37 van de Franse grondwet.

gekregen, dan kunnen de *ordonnances* worden vastgesteld door de ministerraad, maar niet voordat de *Conseil d'État* (de Franse Raad van State) ter advisering is geraadpleegd. Ook is vereist dat de president de *ordonnances* ondertekent.<sup>19</sup> Nadat de *ordonnances* bekend zijn gemaakt, treden zij in werking, zo volgt uit artikel 38 van de Franse Grondwet.

*Ordonnances* moeten binnen de in de machtingswet bepaalde termijn ter ratificatie aan het parlement worden voorgelegd. Dat gebeurt door het indienen van een ratificatiewet. Vanaf dit punt zijn er verschillende opties. De eerste optie is dat het parlement de *ordonnances* ratificeert. In dat geval verkrijgen de *ordonnances* met terugwerkende kracht de status van een formele wet.<sup>20</sup> De tweede optie is dat het parlement weigert om de *ordonnances* te ratificeren. Weigert het parlement te ratificeren, dan vervallen de *ordonnances* op het moment dat de termijn, zoals opgenomen in de machtigingswet, is verstreken.<sup>21</sup> De *ordonnances* vervallen eveneens als er geen ratificatiewet is ingediend binnen de termijn – de derde optie.<sup>22</sup> De vierde optie is dat het parlement ‘stilzit’ en dat ratificatie uitblijft. Is de termijn voor de machtiging verstreken en is ratificatie uitgebleven, dan vervallen de *ordonnances* niet, maar mogen (delen van) de *ordonnances* niet zomaar meer door de regering worden aangepast. Specifieker: de bepalingen in de *ordonnances* die gaan over onderwerpen die ingevolge artikel 34 van de Franse grondwet zijn voorbehouden aan regeling door de formele wetgever mogen na het verstrijken van de machtingsduur alleen nog door de formele wetgever – en niet de regering – worden aangepast.<sup>23</sup>

Zoals uit het voorgaande al zou kunnen worden afgeleid, kan een *ordonnance* zowel de status van een formele wet als een *règlement* hebben. Tot aan het moment van ratificatie heeft een *ordonnance* de status van een *règlement*; na de ratificatie verkrijgt een *ordonnance* – met terugwerkende kracht – de status van een formele wet.<sup>24</sup> Eerder was het uitgangspunt dat een *ordonnance* de status van een *règlement* bleef behouden als ratificatie door het parlement uitbleef.<sup>25</sup> De *Conseil constitutionnel* heeft daar vrij recent verandering in gebracht. In een uitspraak van 28 mei 2020<sup>26</sup> en een uitspraak van 3 juli 2020<sup>27</sup> heeft de *Conseil constitutionnel* overwogen dat *ordonnances*, voor zover zij gaan over de onderwerpen die gelet op artikel 34 van de Franse grondwet behoren tot het

19 Zie artikel 13 van de Franse grondwet.

20 Walline 2014, p. 315.

21 Walline 2014, p. 315.

22 Walline 2014, p. 315.

23 Zie artikel 38 van de Franse grondwet.

24 Walline 2014, p. 314-315.

25 Verhoeven 2011, p. 154.

26 CC 28 mei 2020, n° 2020-843 QPC.

27 CC 3 juli 2020, n° 2020-851/852 QPC.

domein van de formele wetgever, moeten worden beschouwd als ‘wet’ vanaf het moment dat de in de machtingswet opgenomen termijn is verstreken en ratificatie door het parlement is uitgebleven, terwijl de *ordonnances* wel tijdig ter ratificatie aan het parlement waren voorgelegd.

Ook een *arrêté* kan het karakter van een *règlement* hebben, mits een *arrêté* een algemene strekking heeft.<sup>28</sup> Een *arrêté* is een besluit dat afkomstig is van een uitvoerend orgaan, anders dan de president of de eerste minister. Denk aan de besluiten van één of meerdere ministers of besluiten van gedeconcentreerde organen, waaronder in het bijzonder de regionale en departementale *préfets* (vertegenwoordigers van de nationale overheid).<sup>29</sup> Verder moeten onder *arrêtés* worden verstaan de besluiten die afkomstig zijn van in het bijzonder de uitvoerende organen van de gemeenten, de departementen en de regio's (*collectivités territoriales*).<sup>30</sup> Deze uitvoerende organen zijn de *maire* (gemeentelijk niveau), de *président du conseil départemental* (departementaal niveau) en de *président du conseil régional* (regionaal niveau).<sup>31</sup>

De vertegenwoordigende organen van de lokale overheden hebben eveneens regelgevende bevoegdheid. De vertegenwoordigende organen van de gemeenten, departementen en regio's zijn de *conseil municipal* (gemeentelijk niveau) de *conseil départemental* (departementaal niveau) en de *conseil régional* (regionaal niveau). De algemene regels die afkomstig zijn van deze vertegenwoordigende organen worden *délibérations* genoemd.<sup>32</sup> De grondslag voor de regelgevende bevoegdheid van deze organen is gelegen in de *Code général des collectivités territoriales* (CGCT).<sup>33</sup> Zo bepaalt artikel L. 2121-29 CGCT dat de gemeenteraad ‘*les affaires de la commune*’ regelt bij *délibération*. Ten aanzien van de *conseil départemental* en de *conseil régional* geldt de toevoeging dat zij de aangelegenheden inzake het departement respectievelijk de regio regelen op de bevoegdheidsterreinen die bij wet zijn toegewezen.<sup>34</sup>

28 Een *arrêté* kan ook een individuele strekking hebben.

29 Zie Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 9.

30 Zie over de gemeenten, departementen en regio's bijvoorbeeld Walline 2014, p. 132-196.

31 Acar & Angel 2021, p. 16-19.

32 Acar & Angel 2021, p. 19.

33 De regelgevende bevoegdheid van de lokale overheden is ook in de constitutie verankerd. Artikel 72, derde alinea, van de grondwet bepaalt dat de lokale overheden beschikken over een regelgevende bevoegdheid ‘*pour l'exercice de leurs compétences*.’

34 Zie voor de *conseil départemental* artikel L. 3211-1 CGCT. Voor de *conseil régional* zie artikel L. 4221-1 CGCT.

Hierna duid ik *décrets*, *ordonnances*, *arrêtés* en *délibérations* gezamenlijk aan als ‘lagere regelgeving’ of ‘*règlements*’. Alleen wanneer dat relevant is voor het te bespreken onderwerp maak ik een onderscheid tussen deze vormen van lagere regelgeving.

### 6.2.2 Rechtsstatelijke uitgangspunten

Het Franse legaliteitsbeginsel (*le principe de légalité*) houdt in algemene zin in dat het bestuur is onderworpen aan het recht: *soumise au Droit*.<sup>35</sup> Het *principe de légalité* vereist in het bijzonder dat de bestuursorganen hun bevoegdheden uitoefenen in overeenstemming met het recht dat volgens de normenhiërarchie hoger in rang staat. Er gaat in de doctrine minder aandacht uit naar het vereiste dat de bevoegdheden van het bestuur een wettelijke grondslag behoeven – een vereiste dat eveneens onder het legaliteitsbeginsel valt te scharen.<sup>36</sup>

Het *principe de légalité* en de Franse normenhiërarchie brengen mee dat ook lagere regelgeving in overeenstemming moet zijn met een groot aantal regels en (ongeschreven) beginselen.<sup>37</sup> Zo mag lagere regelgeving niet in strijd zijn met het *bloc de constitutionnalité*.<sup>38</sup> Verder moet de lagere regelgeving in overeenstemming zijn met de formele wetten, de *principes généraux du droit* (algemene rechtsbeginselen) en (andere) regelgeving die hoger in rang staat.<sup>39</sup>

De gebondenheid van (ook) de lagere regelgever aan het recht wordt onder meer geëffectueerd door het bestaan van rechterlijke controle op het handelen van het bestuur.<sup>40</sup> Het uitgangspunt dat er rechterlijke controle moet bestaan ter waarborging van het *principe de légalité* komt, buiten de specifieke context van lagere regelgeving, helder tot uitdrukking in de rechtspraak van de *Conseil d'État*, in het bijzonder de uitspraak *Dame Lamotte* uit 1950. In die uitspraak overweegt de *Conseil d'État* dat het vernietigingsberoep een beroep is dat ‘*même sans texte*’ openstaat tegen elk bestuursbesluit (een ‘*acte administratif*’, waaronder

35 Zie Walline 2014, p. 276; Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 26.

36 Zie daarover Verhoeven 2011, p. 129-130, p. 152-155.

37 Ik bespreek alleen de nationale regels en beginselen. Voor de positie van internationaal en Europees recht in de Franse rechtsorde, zie Verhoeven 2011, p. 58-73; Walline 2014, p. 284-299.

38 Zie paragraaf 6.2.1.

39 De onderlinge verhouding tussen *règlements* wordt als volgt bepaald: *règlements* van organen van de centrale overheid staan boven de *règlements* van de organen van lokale overheden en binnen dezelfde rechtspersoon bepaalt de hiërarchie van het orgaan de hiërarchie van het *règlement*. Zie Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 23-22.

40 Zie bijvoorbeeld Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 26.

duis ook *règlements*), met als doel, ‘overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen’, het waarborgen van de naleving van het legaliteitsbeginsel.<sup>41</sup>

### 6.2.3 *Bevoegdheid en organisatie bestuursrechtspraak*

#### 6.2.3.1 *Inleiding*

In de volgende paragraaf, paragraaf 6.2.4, bespreek ik op welke manieren (direct/indirect) de Franse bestuursrechter lagere regelgeving kan toetsen. Voordat ik daartoe overga, bespreek ik hierna op hoofdlijnen de bevoegdheid van de bestuursrechter, met name voor zover dat relevant is voor de toetsing van lagere regelgeving. De competentieafbakening tussen met name de bestuursrechter en de gewone rechter (de strafrechter en de civiele rechter) is ingewikkeld. Daarom ga ik in dit hoofdstuk dieper in op de bevoegdheidskwes- ties dan ik deed in het vorige hoofdstuk (Duitsland). In paragraaf 6.2.3.2 bespreek ik het uitgangspunt dat de algemene bestuursrechter de bevoegde rechter is om te oordelen in geschillen over de rechtmatigheid van lagere regelgeving. Vervolgens geef ik in para- graaf 6.2.3.3 een overzicht van de gerechten waaruit de bestuursrechtspraak bestaat.

#### 6.2.3.2 *De bevoegdheid van de bestuursrechter*

Een belangrijk beginsel voor de bevoegdheid van de bestuursrechter is het beginsel van de *séparation des autorités administratives et judiciaires*, dat dateert uit de tijd van de Franse Revolutie.<sup>42</sup>

Het beginsel van de *séparation des autorités administratives et judiciaires* houdt een strikte scheiding in tussen het bestuur en de gewone rechterlijke macht. De scheiding tussen het bestuur en de gewone rechterlijke macht kwam duidelij- k tot uitdrukking in de wet van 16 en 24 augustus 1790 op de rechterlijke organisatie, waarin het de gewone rechterlijke macht niet werd toegestaan om zich in te laten met bestuursgeschillen.<sup>43</sup> Over bestuurshandelen oordeelde het bestuur zelf. De *Conseil d’État*, die in 1799 werd opgericht, had bij het beslechten van die bestuursgeschillen aanvankelijk een adviserende rol, maar ontwik- kelde zich steeds meer van adviesorgaan tot een zelfstandig rechtsprekend orgaan.<sup>44</sup> Hoogtepunten van die ontwikkelingen waren de wet van 24 mei 1872 op de organisatie van de *Conseil d’État*, waarin de *Conseil d’État* werd aange-

41 CE 17 februari 1950, n° 86949 (*Dame Lamotte*). Zie hierover ook Walline 2014, p. 647-648.

42 Zie voor het historisch kader Theunis 2011, rn. 152-158 en Konijnenbelt 2015, p. 728 e.v.; Peiser 2014, p. 13 e.v.; Bok 2001, p. 9-10; Walline 2014, p. 565-566.

43 Konijnenbelt 2015, p. 730.

44 Zie Peiser 2014, p. 14-16; Konijnenbelt 2015, p. 731-732.

wezen als zelfstandige bestuursrechter, en de uitspraak *Cadot* uit 1889.<sup>45</sup> In die uitspraak verklaart de *Conseil d'État* een rechtstreeks bij hem aanhangig gemaakte vordering tot schadevergoeding tegen de overheid ontvankelijk en maakt een einde aan de tot dan heersende opvatting dat bestuursgeschillen eerst aan het bestuur moesten worden voorgelegd en de *Conseil d'État* daarover slechts in appèl kon oordelen.<sup>46</sup> Vanaf dat moment wordt het Franse rechtsstelsel gekenmerkt door het bestaan van twee gescheiden rechtsordes: een *juridiction judiciaire*, de gewone rechterlijke macht, en een *juridiction administrative*, de bestuursrechtspraak, die oordeelt over geschillen met het bestuur.<sup>47</sup> Aanvankelijk bestond de *juridiction administrative* alleen uit de *Conseil d'État*, die dus als enige rechter optrad in eerste en enige aanleg in bestuursgeschillen.<sup>48</sup>

Het beginsel van de *séparation des autorités administratives et judiciaires* is nog steeds van belang voor de competentieafbakening tussen de gewone rechter en de bestuursrechter. Kort gezegd brengt dat beginsel mee dat het handelen van het bestuur in principe uitsluitend door de bestuursrechter wordt beoordeeld; de gewone rechter behoort zich niet of nauwelijks met het optreden van het bestuur in te laten.<sup>49</sup> Dat is een overzichtelijk en eenvoudig uitgangspunt, maar de praktijk is weerbarstiger. Daar kan moeilijk een harde lijn worden getrokken tussen wat bestuursoptreden is en wat niet, met mogelijk competentieconflicten tussen de bestuursrechter en de gewone rechter tot gevolg.<sup>50</sup> Om die competentieconflicten te beslechten is het *Tribunal des conflits* ingesteld.<sup>51</sup> Verder worden er inmiddels verschillende criteria gehanteerd om te bepalen wanneer de bestuursrechter bevoegd is, waaronder het criterium van de *service public*, dat is geïntroduceerd door het *Tribunal des conflits* in het arrest *Blanco* uit 1873,<sup>52</sup> en het criterium van de *puissance publique*. Voor de competentieafbakening tussen de bestuursrechter en de gewone rechter waar

45 CE 13 december 1889, n° 66145 (*Cadot*).

46 Theunis 2011, rn. 157; Van Male 1988, p. 19.

47 Konijnenbelt 2015, p. 732; Walline 2014, p. 565.

48 Konijnenbelt 2015, p. 732.

49 Willemsen 2005, p. 62.

50 Vergelijk Willemsen 2005, p. 63.

51 Het TC is ingesteld bij de wet van 24 mei 1872 en bestaat uit vier staatsraden (*Conseil d'État*), vier raadsheeren van de *Cour de cassation* en twee plaatsvervangers. De minister van Justitie is sinds de wet van 16 februari 2015 (*LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*) niet langer de voorzitter van het *Tribunal des conflits*.

52 TC 8 februari 1873, n° 00012 (*Blanco*).

het gaat om het beoordelen (van de rechtmatigheid) van lagere regelgeving is met name het criterium van de *puissance publique* van belang.<sup>53</sup>

Het criterium van de *puissance publique* gaat over het uitoefenen van openbaar gezag, hetgeen bij uitstek gebeurt door het vaststellen van lagere regelgeving, waarin eenzijdig rechten en plichten in het leven worden geroepen.<sup>54</sup> In beginsel is de bestuursrechter de bevoegde rechter om te oordelen over besluiten waarbij *puissance publique* wordt uitgeoefend. Dat uitgangspunt komt tot uitdrukking in een uitspraak van de *Conseil constitutionnel* uit 1987.<sup>55</sup> In die uitspraak moest de constitutionele rechter oordelen over de grondwettigheid van een wet, waarin de wetgever de gewone rechter bevoegd had gemaakt om te beoordelen over de besluiten van de Franse mededingingsautoriteit. De *Conseil constitutionnel* overweegt in de uitspraak uit 1987 dat het beginsel van de *séparation des autorités administratives et judiciaires* weliswaar geen grondwettelijke waarde heeft, maar dat het niettemin, overeenkomstig de Franse opvatting van de scheiding der machten, tot de ‘door de wetten van de Republiek erkende grondbeginselen’ behoort dat de bestuursrechter de bevoegde rechter is inzake de vernietiging en hervorming van besluiten die zijn genomen ‘dans l’exercice des prérogatives de puissance publique’ door de organen die behoren tot – onder meer –<sup>56</sup> de uitvoerende macht en de lokale overheden. Er bestaat op dat uitgangspunt volgens de *Conseil constitutionnel* een uitzondering als het gaat om gevallen die ‘van nature’ zijn voorbehouden aan de gewone rechter. Verder kan de wetgever in speciale wettelijke bepalingen beslissen dat niet de bestuursrechter maar de gewone rechter bevoegd is, aldus nog steeds de *Conseil constitutionnel*.

Kort en goed, de bestuursrechter is in beginsel de bevoegde rechter voor onder meer het vernietigen van besluiten waarmee openbaar gezag wordt uitgeoefend, inclusief *règlements*.<sup>57</sup> Daartoe kan de bestuursrechter de rechtmatigheid van *règlements* op directe wijze toetsen in het vernietigingsberoep.<sup>58</sup>

53 Over het criterium van de *service public*, zie bijvoorbeeld Eliantonio 2019, p. 83-90; Konijnenbelt 2015, p. 737; Bok 2001, p. 40 e.v.; Roozendaal 1998, p. 116-119.

54 Net als door middel van eenzijdige, iets gebiedende of verbiedende besluiten met een individuele strekking, zie Konijnenbelt 2015, p. 734; Zie Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 12-17.

55 CC 23 januari 1987, n° 86-224 DC.

56 Volledig: ‘[...] décisions prises, dans l’exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle.’

57 Daar komt bij dat de bestuursrechter in beginsel ook de bevoegde rechter is voor het opleggen van voorlopige maatregelen om de werking van dergelijke besluiten te schorsen, zie TC 12 mei 1997, n° 03056. Verder is de bestuursrechter, in lijn met het beginsel van de *séparation des autorités administratives et judiciaires*, ook de bevoegde rechter om te oordelen over de aansprakelijkheid wegens, ook, (on)rechtmatige *règlements*, zie Bok 2001, p. 40-41; Willemsen 2005, p. 62.

58 Zie paragraaf 6.2.4.2.

In de zojuist genoemde uitspraak wees de *Conseil constitutionnel* erop dat de wetgever de beoordeling van bepaalde geschillen kan opdragen aan de gewone rechter.<sup>59</sup> Verder blijkt uit diezelfde uitspraak dat in sommige bestuursrechtelijke geschillen de gewone rechter ‘van nature’ de bevoegde rechter is. De ‘natuurlijke’ competentie van de gewone rechter moet worden begrepen vanuit het uitgangspunt dat de gewone rechter volgens artikel 66 van de Franse grondwet de hoeder is van de individuele vrijheid (*gardienne de la liberté individuelle*) en die vrijheid beschermt overeenkomstig de bij de wet gestelde regels. Het gevolg van dat uitgangspunt is dat er een aantal gevallen bestaat die publiekrechtelijk lijkt, maar waarin de burgerlijke rechter de bevoegde rechter is om te oordelen. In het bijzonder moet dan worden gedacht aan de zogenoemde *voie de fait*: een bijzonder ernstige inbreuk op de eigendom of de individuele vrijheid van de burger, in het bijzonder door bestuursdwang.<sup>60</sup> Er wordt niet gemakkelijk aangenomen dat er sprake is van een *voie de fait*.<sup>61</sup> Meer in algemene zin wordt het begrip ‘*liberté individuelle*’ in de zin van artikel 66 van de Franse grondwet beperkt uitgelegd.<sup>62</sup> De bevoegdheid van de burgerlijke rechter op dit punt gaat dus minder ver dan de tekst van artikel 66 van de Franse grondwet doet vermoeden.

De rechtmatigheid van *règlements* kan ook buiten het vernietigingsberoep ter discussie komen te staan. Dat kan bij de bestuursrechter zelf, die zich bijvoorbeeld bij wijze van voorvraag moet afvragen of een *règlement* een rechtmatige basis is voor een in een vernietigingsberoep aangevochten uitvoeringsbesluit, maar ook bij de civiele rechter en de strafrechter, die, net als in Nederland, geconfronteerd kunnen worden met (de toepassing van) *règlements*, waarbij twijfels kunnen ontstaan over de rechtmatigheid daarvan. De vraag kan dan worden gesteld of al deze rechters (de bestuursrechter, de civiele rechter en de strafrechter) de rechtmatigheid van *règlements* (bij wijze van voorvraag) mogen beoordelen en (incidenteel) mogen vaststellen dat een *règlement* onrechtmatig is. Bij de beantwoording deze vraag geldt het uitgangspunt dat de bestuursrechter in beginsel de enige rechter is die de rechtmatigheid van de besluiten van het bestuur, inclusief *règlements*, mag toetsen,<sup>63</sup> maar deze regel kent uitzonderingen.

59 Zie voor enkele voorbeelden daarvan Peiser 2014, p. 105-108. Peiser wijst erop dat bijvoorbeeld geschillen over indirecte belastingen en douanerechten thuishoren bij de gewone rechter. Verder behoren bijvoorbeeld veel geschillen op het terrein van mededinging tot de bevoegdheid van de gewone rechter. Zie ook Theunis 2011, rn. 165.

60 Zie voor andere voorbeelden Peiser 2014, p. 108-188.

61 Peiser 2014, p. 118; Konijnenbelt 2015, p. 742.

62 Konijnenbelt 2015, p. 741.

63 Ook aan dat uitgangspunt ligt het beginsel van de *séparation des autorités administratives et judiciaires* ten grondslag, zie TC 17 oktober 2011, n° C3828 (*SCEA du Chêneau*) en eerder TC 16 juni 1923, n° 00732



De strafrechter mag *règlements* interpreteren en de onrechtmatigheid daarvan (incidenteel) vaststellen om een uitspraak te kunnen doen in de voorliggende strafzaak. Dat volgt uit artikel 111-5 van de *Code pénal*, waarin is bepaald dat '[l]es juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis.' Het uitgangspunt dat de strafrechter *règlements* op indirecte wijze op rechtmatigheid mag toetsen, was al aanvaard in de jurisprudentie. In de uitspraak *Avranches et Desmarests* uit 1951 overwoog het *Tribunal des conflits* hierover dat de indirecte toetsingsbevoegdheid van de strafrechter ten aanzien van onder andere *règlements* volgt 'uit de aard van de aan de strafrechter opgedragen taak'.<sup>64</sup>

De civiele rechter is het in beginsel *niet* toegestaan om de onrechtmatigheid van *règlements* (incidenteel) vast te stellen; die rechter mag *règlements* alleen interpreteren.<sup>65</sup> Dat ligt anders wanneer het gaat om het Unierecht. Het *Tribunal des conflits* overweegt in het arrest *SCEA du Chéneau* dat de naleving van het Unierecht een verplichting vormt en dat uit het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel volgt dat de nationale rechter die het Unierecht moet toepassen, verplicht is de volle werking ervan te verzekeren door, zo nodig op eigen gezag, elke daarmee strijdige bepaling buiten toepassing te laten. Als de verenigbaarheid van een besluit met het Unierecht aan de orde is bij de burgerlijke rechter bij wijze van voorvraag, moet de burgerlijke rechter zelf het Hof van Justitie een prejudiciële vraag kunnen stellen of, aldus nog steeds het *Tribunal des conflits*, wanneer een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie niet nodig wordt geacht, moet de burgerlijke rechter het Unierecht zelfstandig kunnen toepassen.

De bestuursrechter moet zich ook verhouden tot de constitutionele rechter: de *Conseil constitutionnel*. De *Conseil constitutionnel* oordeelt over de grondwettigheid van formele wetgeving.<sup>66</sup>

(*Septfonds*).

64 TC 5 juli 1951, n° 01187 (*Avranches et Desmarests*).

65 Bevestigd in TC 17 oktober 2011, n° C3828 (*SCEA du Chéneau*). Zie ook TC 12 december 2011, n° C3841 (*Société Green Yellow*).

66 De *Conseil constitutionnel* oordeelt ook over de grondwettigheid van (te ratificeren) verdragen. Voor een recent overzicht in het Nederlands van de organisatie en werking van constitutionele toetsing in Frankrijk, zie Claes e.a. 2021, p. 31-38.

Toetsingsvragen kunnen op twee manieren worden voorgelegd aan de *Conseil constitutionnel*: *ex ante* (artikel 61 Franse grondwet) of *ex post* (artikel 61-1 Franse grondwet). In het eerste geval (*ex ante*) legt de president, de eerste minister, de voorzitter van de *Assemblée Nationale*, de voorzitter van de Senaat of 60 leden van de *Assemblée Nationale* dan wel van de Senaat, de grondwettigheidsvraag voor.<sup>67</sup> Het voorleggen van een grondwettigheidsvraag gebeurt nadat het parlement een wetsvoorstel heeft aanvaard, maar voordat de wet is afgekondigd. In het tweede geval (*ex post*) kan de toetsingsvraag aan de *Conseil constitutionnel* worden voorgelegd als een wet in werking is getreden en er vervolgens bij wege van exceptie in een procedure bij de reguliere rechter (lees: de niet-constitutionele rechter) wordt opgeworpen dat die formele wet in strijd is met de 'door de grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden'.<sup>68</sup> Dit noemt men het stellen van een '*question prioritaire de constitutionnalité*' (QPC). De grondwettigheidsvraag moet door de *Conseil d'État* of het *Cour de cassation* worden voorgelegd aan de *Conseil constitutionnel*.<sup>69</sup> Als de reguliere rechter bij wie de exceptie van ongrondwettigheid wordt opgeworpen een lagere rechter is, en dus *niet* de *Conseil d'État* of het *Cour de cassation*, dan moet die reguliere rechter de grondwettigheidsvraag eerst voorleggen aan de *Conseil d'État* of het *Cour de cassation*. Zij bepalen of de grondwettigheidsvraag wordt voorgelegd aan de *Conseil constitutionnel*.

De grondwettigheidstoetsing door de *Conseil constitutionnel* heeft weinig invloed op de mogelijkheid voor de reguliere rechter om *règlements* te toetsen. De *Conseil constitutionnel* beoordeelt de grondwettigheid van formele wetgeving en dus niet de grondwettigheid, of, in meer algemene zin, de rechtmatigheid van lagere regelgeving. De rechtmatigheidstoetsing – inclusief grondwettigheidsbeoordeling – van lagere regelgeving is voorbehouden aan de reguliere rechter, en dan in het bijzonder de bestuursrechter.

67 Zie artikel 61 van de Franse grondwet.

68 Zie artikel 61-1 van de Franse grondwet.

69 De *Conseil d'État* of het *Cour de cassation* kunnen de vraag of een formele wet in strijd is met de door de grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden voorleggen aan de *Conseil constitutionnel*, zo bepaalt artikel 61-1, eerste alinea, van de Franse grondwet.

### 6.2.3.3 Organisatie bestuursrechtspraak en onderlinge competentie

Met ‘de bestuursrechter’ bedoel ik in dit hoofdstuk de *algemene* bestuursrechter,<sup>70</sup> die thans bestaat uit de volgende gerechten:

- de *tribunaux administratifs*;
- de *cours administratives d’appel*;
- de *section du contentieux* van de *Conseil d’État*.

De regels die betrekking hebben op de algemene bestuursrechter zijn bijeengebracht in de *Code de justice administrative* (CJA). Uit die wet volgt dat de *tribunaux administratifs* in beginsel de bevoegde rechters in eerste aanleg zijn,<sup>71</sup> terwijl de *cours administratives d’appel* in principe fungeren als de hogerberoepsrechter voor de uitspraken van de *tribunaux administratifs*.<sup>72</sup> De *Conseil d’État* heeft drie typen rechtsprekende competenties.<sup>73</sup> In de eerste plaats is de *Conseil d’État* cassatierechter voor de uitspraken van de van alle in hoogste instantie gewezen uitspraken van de bestuursrechters.<sup>74</sup> Ten tweede is de *Conseil d’État* soms hogerberoepsrechter, in plaats van de *cours administratives d’appel*, voor de uitspraken van de *tribunaux administratifs*.<sup>75</sup> Ten derde is de *Conseil d’État* in bepaalde gevallen aangewezen als rechter in eerste en enige aanleg.

Voor een volledig overzicht van de gevallen waarin de *Conseil d’État* is aangewezen als hogerberoepsrechter of rechter in eerste en enige instantie zij verwezen naar de literatuur daarover.<sup>76</sup> Een paar van de gevallen waarin de *Conseil d’État* is aangewezen als rechter in eerste en enige aanleg moet hier wel worden uitgelicht, omdat zij betrekking hebben op lagere regelgeving. De *Conseil d’État* oordeelt namelijk in eerste en enige instantie in rechtstreekse beroepen tegen:

- *ordonnances* die op grond van artikel 38 van de Franse grondwet worden vastgesteld;

70 Frankrijk kent ook enkele bijzondere bestuursrechters, zoals de *Cour nationale du droit d’asile* die beroepen behandelt tegen de beslissingen van het *Office français de protection des réfugiés et apatrides* over asielaanvragen en bijvoorbeeld ook de regionale rekenkamers en de (algemene) rekenkamer (het *Cour des comptes*). Zie verder Eliantonio 2019, p. 102-103; Konijnenbelt 2011, p. 98; Willemsen 2005, p. 66-67.

71 Artikel L. 211-1 CJA en artikel L.311-1 CJA.

72 Artikel L. 211-2 CJA en artikel L. 321-1 CJA.

73 Peiser 2014, p. 22; Konijnenbelt 2011, p. 98-99.

74 In het bijzonder de uitspraken van *cours administratives d’appel* en de in hoogste instantie gewezen uitspraken van de bijzondere bestuursrechters, zie Artikel L. 111-1 CJA en artikel L. 331-1 CJA.

75 Volgens Konijnenbelt zijn er drie gevallen waarin de *Conseil d’État* in plaats van de *cours administratives d’appel* hogerberoepsrechter is: geschillen inzake gemeentelijke en departementale verkiezingen, beroep tegen een voorlopigevoorzieningenuitspraak inzake de beweerdte aantasting in de uitoefening van een grondrecht (*référé-liberté*) en tegen uitspraken van de *tribunaux administratifs* die zijn gedaan na verwijzing door de burgerlijke rechter. Zie Konijnenbelt 2011, p. 98.

76 Zie bijvoorbeeld Peiser 2014, p. 134-137; Konijnenbelt 2011, p. 98-99; Walline 2014, p. 629-631.

- *décrets* (zowel van individuele als van algemene strekking) van de president of van de eerste minister;
- voor het gehele land geldende regelgeving van de ministers of zelfstandige bestuursorganen (*arrêtés*).<sup>77</sup>

Het voorgaande betekent aldus dat de *Conseil d'État* in eerste en enige instantie oordeelt in 'beroepen', waaronder het vernietigingsberoep, tegen de hierboven genoemde algemene regels. Een beroep tegen andere vormen van lagere regelgeving, zoals afkomstig van de organen van de lokale overheden, moeten aanhangig gemaakt worden bij de *tribunaux administratifs*.<sup>78</sup> Het is van belang om te benadrukken dat de voorgaande competentieverdeling tussen de bestuursrechters ten aanzien van beroepen tegen lagere regelgeving niet ziet op de indirecte toetsing van lagere regelgeving. Iedere bestuursrechter kan lagere regelgeving indirect toetsen.<sup>79</sup>

#### 6.2.4 Vormen van directe en indirecte toetsing door de bestuursrechter

##### 6.2.4.1 Inleiding

De Franse bestuursrechter kan lagere regelgeving direct of indirect toetsen. Directe toetsing vindt plaats tijdens het vernietigingsberoep: het '*recours pour excès de pouvoir*'. De toetsing door de bestuursrechter in het vernietigingsberoep gebeurt met het oog op de verwijdering van een *acte administratif* uit de wereld van het recht om het objectieve recht te handhaven. Tijdens het vernietigingsberoep staat dus ten principale de rechtmatigheid van een *acte administratif*, zoals een *règlement*, centraal. Enkele karakteristieken van het vernietigingsberoep – tegen lagere regelgeving – bespreek ik in paragraaf 6.2.4.2.

Het op indirecte wijze aanvechten van lagere regelgeving kan door middel van het opwerpen van een *exception d'illégalité* (exceptie van onrechtmatigheid). Naar aanleiding van een exceptie van onrechtmatigheid toetst de bestuursrechter lagere regelgeving indirect. Bij het indirect toetsen van lagere regelgeving staat niet ten principale de rechtmatigheid van lagere regelgeving centraal, maar gaat de bestuursrechter bij wijze van voorvraag na of lagere regelgeving in overeenstemming is met hoger recht. Enkele karakteristieken van de exceptie van onrechtmatigheid en de daaropvolgende indirecte toetsing door de bestuursrechter van lagere regelgeving bespreek ik in paragraaf 6.2.4.3.

<sup>77</sup> Zie R. 311-1, onder 1 en 2, CJA.

<sup>78</sup> Zie ook Bok 2001, p. 30 (noot 62).

<sup>79</sup> Zie ook Theunis 2011, rn. 169, die stelt dat de bestuursrechter 'uiteraard, onder het motto '*qui peut le plus, peut le moins*', niet alleen een rechtstreekse maar ook een incidentele controle op bestuurshandelingen uitoefent'.

#### 6.2.4.2 Directe toetsing

Het Franse bestuursprocesrecht voorziet in de mogelijkheid van directe toetsing in het zogenoemde *recours pour excès de pouvoir* (vernietigingsberoep). Al sinds de wet van 24 mei 1872 op de organisatie van de *Conseil d'État*, waarin aan de *Conseil d'État* de bevoegdheid werd toegekend om zelfstandig te oordelen in geschillen met het bestuur,<sup>80</sup> wordt aangenomen dat het vernietigingsberoep kan worden ingesteld tegen elk bestuursbesluit.<sup>81</sup> In artikel 9 van die wet was opgenomen dat de *Conseil d'État* '*souverainement*' uitspraak doet inzake vernietigingsberoepen tegen de besluiten van bestuursorganen ('*les actes de diverses autorités administratives*').<sup>82</sup> Vanaf de uitspraak *Compagnie des Chemins de fer de l'est* uit 1907 is het klip-en-klaar dat onder het begrip *les actes de diverses autorités administratives* ook (vrijwel) alle vormen van *règlements* vallen.<sup>83</sup>

Vanuit Nederlands bestuursrechtelijk perspectief is het opmerkelijk dat in Frankrijk tegen lagere regelgeving het vernietigingsberoep kan worden ingesteld. In Nederland is het uitgangspunt immers dat er, behoudens uitzonderingen, geen vernietigingsberoep openstaat tegen algemeen verbindende voorschriften. In Frankrijk kent men niet het onderscheid dat tegen beschikkingen wel en tegen lagere regelgeving niet het vernietigingsberoep openstaat, zoals wij dat in Nederland kennen. Een verklaring die voor het ontbrekende onderscheid in Frankrijk wordt gegeven, is dat men in Frankrijk lagere regelgeving niet beschouwt vanuit een inhoudelijk maar een formeel gezichtspunt.<sup>84</sup> Een materieel gezichtspunt wil zeggen dat het vaststellen van lagere regelgeving wordt beschouwd als daad van (materiële) wetgeving, het verlengde werk van de formele wetgever. Beschouwt men lagere regelgeving vanuit een formeel perspectief, dan is voor de karakterisering van lagere regelgeving van belang *wie* deze algemene regels vaststelt.<sup>85</sup> Omdat lagere regelgeving afkomstig is van bestuursorganen, moet die regelgeving ook worden gezien als *bestuurshandeling*, net als beschikkingen, en moet de rechtsbescherming daartegen ook gelijk zijn. Van Male schrijft in dit verband dat 'het Franse bestuursrecht vanuit een organieke triasconceptie begrepen moet worden: niet de aard van een beslissing bestempelt haar tot wetgeving, maar de staatsrechtelijke positie van het beslissende orgaan.'<sup>86</sup>

80 Zie Bok 2001, p. 21; Van Male 1988, p. 18-19.

81 Zie ook Van Male 1988, p. 40-41, die er wel op wijst dat deze wet het bestaan van een vernietigingsberoep veronderstelt en niet zozeer instelt. Voor enkele handelingen waartegen het vernietigingsberoep niet openstaat, zie Peiser 2014, p. 218.

82 Zie inmiddels artikel L. 111-1 Code de justice administrative.

83 CE 6 december 1907, n° 04244 04245 04246 04247 04248 04249 (*Compagnie des chemins de fer de l'est*). Voor enkele handelingen waartegen het vernietigingsberoep niet openstaat, zie Peiser 2014, p. 218.

84 Zie Bok 1991, p. 236.

85 Bok 1991, p. 236.

86 Van Male 1988, p. 165.

Het vernietigingsberoep tegen lagere regelgeving kan worden ingesteld door zowel natuurlijke personen als (publiekrechtelijke) rechtspersonen,<sup>87</sup> binnen een termijn van twee maanden.<sup>88</sup> Een andere ontvankelijkheidseis is dat degene die het vernietigingsberoep instelt een *intérêt à agir* moet hebben: een belang om het beroep in te stellen.<sup>89</sup> Dat hoeft niet noodzakelijkerwijs een materieel belang te zijn.<sup>90</sup> Een beroep kan ook ontvankelijk zijn bij een moreel of ideologisch belang,<sup>91</sup> maar het moet wel gaan om meer dan alleen gevoelens van persoonlijke betrokkenheid.<sup>92</sup> Verder kan onder ‘belang’ ook een collectief belang worden verstaan.<sup>93</sup> In de rechtspraak is een aantal criteria ontwikkeld om te bepalen of er is voldaan aan het vereiste van een *intérêt à agir*. Uit die rechtspraak leiden Auby, Cluzel-Metayer & Xenou af dat de rechter zichzelf doorgaans twee vragen stelt: wordt het belang in voldoende mate geraakt door het besluit en is het belang niet te onzeker?<sup>94</sup> Van rechtstreekse geraaktheid bij lagere regelgeving zou in elk geval sprake zijn als die regelgeving hier en nu rechten en verplichtingen in het leven roept.<sup>95</sup> Maar, ook als een belang mogelijk in de toekomst door een *règlement* wordt geraakt, kan dat voldoende zijn om tot de kring van belanghebbenden te horen.<sup>96</sup>

Over het algemeen kan worden gezegd dat de bovenstaande criteria erg soepel (en casuïstisch) worden ingevuld en toegepast door de bestuursrechter, waardoor de kring van belanghebbenden bij een besluit doorgaans groot is.<sup>97</sup> Bij *règlements* is de kring van personen met een belang doorgaans nog groter dan bij besluiten met een individuele strekking: naarmate een besluit algemener wordt, dijt ook de kring van belanghebbenden uit.<sup>98</sup> Dat er geen zware eisen worden gesteld aan de belanghebbendheid heeft te maken met de functie van het vernietigingsberoep zoals dat in Frankrijk wordt gezien. Ik breng in herin-

87 Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 36.

88 Artikel R. 421-1 CJA. Behoudens specifieke wettelijke bepalingen die een andere beroepstermijn voorschrijven, zie Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 37-38. De termijn begint te lopen na de dag van de publicatie van de betreffende regeling.

89 Willemsen 2005, p. 70; Peiser 2014, p. 222; Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 36; Walline 2014, p. 652.

90 Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 36.

91 Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 36; Van Male 1988, p. 51; Backes 2019, p. 214.

92 Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 36; Backes 2019, p. 214.

93 Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 36.

94 Zie Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 37.

95 Bok 1991, p. 240.

96 Bok 1991, p. 240; Backes 2019, p. 214; Van Male 1988, p. 52. Zo wordt er in de literatuur gewezen op het voorbeeld van een ontvankelijk beroep tegen een gemeentelijk kampeerverbod, ingesteld door een kampeerder die voornemens was ooit zijn tent op te slaan op de gemeentecamping. Zie Van Male 1988, p. 52; Bok 1991, p. 240-241; Backes 2019, p. 214. Zie CE 14 februari 1958, n° 7715 (*Abisset*).

97 Bok 1991, p. 239; Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 36; Backes 2019, p. 214; Van Male 1988, p. 50. Zij wijzen er bijvoorbeeld op dat alle gemeentelijke belastingbetalers ontvankelijk zijn in een beroep tegen een maatregel die mogelijk van invloed is op de hoogte van de gemeentelijke belastingen, zie CE 29 maart 1901, n° 94580 (*Casanova*).

98 Van Male 1988, p. 50.

nering – zie paragraaf 6.2.2 – dat de *Conseil d'État* in de uitspraak *Dame Lamotte* heeft overwogen dat het vernietigingsberoep openstaat tegen elk bestuursbesluit met als doel, 'overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen', het waarborgen van de naleving van het *principe de légalité*. Het *recours pour excès de pouvoir* is een *recours objectif*, dat erop is gericht te verzekeren dat het bestuur in overeenstemming handelt met het geldende recht. Gelet op deze functie van het vernietigingsberoep ligt het voor de hand dat een zo groot mogelijke kring van personen van de besluiten van het bestuur ter toetsing kan voorleggen aan de bestuursrechter.<sup>99</sup>

De toetsing die de Franse bestuursrechter in een vernietigingsberoep uitvoert, is georganiseerd rondom een aantal verschillende toetsingsgronden. Deze toetsingsgronden zijn gebaseerd op een theoretische analyse over het proces van besluitvorming door het bestuur.<sup>100</sup> In dat proces worden vijf elementen onderscheiden: het orgaan dat het besluit neemt, de vorm van het besluit en de procedure volgens welke het besluit moet worden genomen, de motivering van het besluit, de inhoud van het besluit en het met het besluit nagestreefde doel. Elk van deze elementen correspondeert met een van die toetsingsgronden die de Franse bestuursrechter hanteert. Deze toetsingsgronden zijn de volgende.<sup>101</sup>

1. *Incompetence*: het orgaan dat het besluit heeft genomen moet daartoe bevoegd zijn.
2. *Vice de forme ou de procédure*: het besluit moet tot stand zijn gekomen met inachtneming van alle voorgeschreven vorm- en procedurevoorschriften.
3. *Vices des motifs*: er mogen geen onregelmatigheden bestaan in de feitelijke en juridische gronden waarop het besluit berust. Deze toetsingsgrond wordt gesplitst in drie subcategorieën. Ten eerste toetst de rechter de juistheid van de vaststelling en de waardering van de feitelijke omstandigheden op basis waarvan een besluit is genomen. Stelt de rechter hierin onjuistheden vast, dan wordt geconcludeerd tot een *erreur de fait*. Ten tweede beoordeelt de bestuursrechter of er gebreken kleven aan de zogenoemde *motifs de droit*. Het gaat daarbij om de vraag of er tekortkomingen zijn in de overwegingen van het bestuur over het toepasselijke recht. Bijvoorbeeld: het bestuur heeft het toepassingsbereik van een wet miskend, de bevoegdheidsgrondslag bestaat niet (meer of nog niet) of het bestuur heeft het toepasselijke recht foutief geïnterpreteerd. Ten derde toetst de rechter de kwalificatie van de feiten.<sup>102</sup>
4. *Violation de la loi*: de inhoud van het besluit moet in overeenstemming zijn met het geldende recht waaraan het bestuur gebonden is, zoals constitutionele regels en begin-

99 Zie Bok 1991, p. 239; Van Male 1988, p. 50.

100 Zie hierover Van Male 1988, p. 69-70, met verwijzing naar Bonnard 1923.

101 Zie voor een overzicht van de gronden Van Male 1988, p. 68-70; Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 39; Peiser 2014, p. 238-271; Walline 2014, p. 658-670.

102 Zie over de *vices des motifs* uitgebreider Peiser 2014, p. 254-268; Van Male 1988, p. 140-149.

selen, internationaal en Europees recht, formele wetgeving en de algemene rechtsbeginselen.

5. *Détournement de pouvoir*: het besluit moet een algemeen belang dienen en, wanneer dat het geval is, mag het niet een ander belang dienen dan waarvoor de bevoegdheid tot het nemen van het besluit is gegeven.

De toetsingsgronden *incompetence* en *vice de forme ou de procédure* betreffen de zogenoemde 'externe onrechtmatigheid', terwijl de toetsingsgronden *vices des motifs, violation de la loi* en *détournement de pouvoir* gaan over 'interne rechtmatigheid'.<sup>103</sup> Soms wordt de toetsingsgrond 'vices des motifs' niet als afzonderlijke grond aangemerkt, maar als onderdeel van de grond 'violation de la loi'.

Acht de bestuursrechter het beroep gegrond, dan wordt het bestreden besluit in beginsel vernietigd. De vernietiging is constitutief. Door de vernietiging verdwijnt het besluit met terugwerkende kracht (*ex tunc*) ten opzichte van eenieder (*erga omnes*) uit de wereld van het recht.<sup>104</sup> Kleeft er een *vice de forme ou de procédure* aan het besluit, dan hoeft dat niet steeds tot vernietiging te leiden. In de uitspraak *Danthony* uit 2011 bepaalde de *Conseil d'État* dat het niet naleven van de voorgeschreven procedurevoorschriften een besluit alleen onrechtmatig kan maken als het aangevochten besluit zonder het procedurele gebrek mogelijk een andere inhoud zou kunnen hebben gehad of als er aan de betrokkenen een procedurele waarborg is ontnomen doordat een bepaald procedurevoorschrift (zoals een raadplegings- of consultatievereiste) niet in acht is genomen.<sup>105</sup>

#### 6.2.4.3 Indirecte toetsing

Onder het motto '*qui peut le plus, peut le moins*' kan de bestuursrechter lagere regelgeving niet alleen direct maar ook indirect toetsen.<sup>106</sup> Indirecte toetsing kan worden uitgevoerd door iedere bestuursrechter die, na een opgeworpen *exception d'illégalité*, bij wijze van voorvraag de rechtmatigheid moet beoordelen van een *acte administratif*.<sup>107</sup> In zijn dissertatie over de 'exceptie van onrechtmatigheid' in het Franse bestuursrecht omschrijft Seiller de exceptie van onrechtmatigheid als een middel '*par lequel est critiquée la légalité d'un acte administratif à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un autre acte, ou d'un recours de plein contentieux en réparation du préjudice né de cette illégalité*'.<sup>108</sup> In de

103 Peiser 2014, p. 238.

104 Walline 2014, p. 672-673; Bok 1991, p. 250; Van Male 1988, p. 159; Chevalier 2019, p. 567-568; Peiser 2014, p. 212.

105 CE 23 december 2011, n° 335033 (*Danthony*).

106 Theunis 2011, rn. 169.

107 Zie Chevalier 2019, p. 642 en zie voor de *tribunaux administratifs* artikel R. 312-3 CJA.

108 Seiller 1995, p. 13.



literatuur wordt opgemerkt dat het meestal het vernietigingsberoep is waarin bij wege van exceptie wordt opgeworpen dat een besluit – waaronder ook een *règlement* kan vallen – onrechtmatig is.<sup>109</sup>

Het opwerpen van een exceptie van onrechtmatigheid tijdens een vernietigingsberoep heeft tot gevolg dat de bestuursrechter in het kader van het vernietigingsberoep tegen besluit-A bij wijze van voorvraag de rechtmatigheid beoordeelt van besluit-B – meestal een *règlement*.<sup>110</sup> Voor het kunnen opwerpen van de exceptie is het nodig dat er voldoende samenhang bestaat tussen besluit-A en besluit-B.<sup>111</sup> Voldoende samenhang bestaat er in elk geval als een *règlement* de rechtsbasis is voor het direct aangevochten besluit, in de zin dat het direct aangevochten besluit het *règlement* uitvoert.<sup>112</sup> Er worden in Frankrijk grofweg twee situaties onderscheiden waarin bij wijze van exceptie de rechtmatigheid van een *règlement* ter discussie kan worden gesteld tijdens een vernietigingsberoep tegen besluit-A.<sup>113</sup>

In de eerste situatie is besluit-A een uitvoeringsbesluit, bijvoorbeeld een afwijzing van een aanvraag van een vergunning, dat is gebaseerd op een *règlement*. In dat geval is het doel de vernietiging van het uitvoeringsbesluit en wordt er ter ondersteuning van dat doel de exceptie van onrechtmatigheid opgeworpen tegen het onderliggende *règlement*. Slaagt de exceptie van onrechtmatigheid, dan wordt het direct bestreden uitvoeringsbesluit vernietigd wegens het ontbreken van een rechtsbasis.<sup>114</sup>

In de tweede situatie is besluit-A geen uitvoeringsbesluit maar een besluit tot weigering of een weigering om te beslissen inzake een verzoek tot intrekking (of wijziging) van een (vermeend) onrechtmatig *règlement*. Ter verduidelijking hiervan moet worden gewezen op artikel L. 243-2 CRPA – een codificatie van de rechtspraak van de *Conseil d'État*.<sup>115</sup> Dat artikel bepaalt dat het bestuur verplicht is om een onrechtmatig *règlement* in te trekken,

109 Chevalier 2019, p. 642.

110 Besluit-B kan een *règlement* zijn, maar dat hoeft niet. De exceptie van onrechtmatigheid kan in Frankrijk namelijk in beginsel ook worden opgeworpen tegen een besluit met een individuele strekking, hoewel de mogelijkheid daartoe vanwege het belang van de rechtszekerheid in beginsel alleen bestaat als dat besluit met een individuele strekking nog niet in rechte onaantastbaar is geworden. Zie CE 30 december 2013, n° 367615 (*Oskoun*); CE 13 juli 2016, n° 387763; CE 27 februari 2019, n° 418950.

111 Zie CE 30 december 2013, n° 367615 (*Oskoun*).

112 CE 30 december 2013, n° 367615 (*Oskoun*).

113 Zie bijvoorbeeld CE 18 mei 2018, n° 414583 (*CFDT Finances*), r.o. 4, waarin de CE spreekt van 'deux contestations' in het kader waarvan de rechtmatigheid van *rèlements* aan de orde kan komen na het verstrijken van de termijnen.

114 Zie bijvoorbeeld Walline 2014, p. 451; Seiller 2015.

115 In het bijzonder CE 10 januari 1930, n° 97263 05822 (*Despujol*) en CE 3 februari 1989, n° 74052 (*Compagnie Alitalia*).

ongeacht de vraag of de onrechtmatigheid al sinds de vaststelling van het *règlement* bestaat dan wel het gevolg is van wijzigingen in de juridische of feitelijke omstandigheden. De bestuursrechter kan de rechtmatigheid van een *règlement* onderzoeken in het kader van een vernietigingsberoep inzake de weigering om een (vermeend) onrechtmatig *règlement* in te trekken/te wijzigen of de weigering om te beslissen op een verzoek daartoe.

De mogelijkheid om *règlements* indirect te toetsen in het kader van een beroep inzake de weigering tot intrekking/wijziging van een *règlement* of de weigering om te beslissen op een verzoek daartoe biedt bijvoorbeeld een uitkomst voor de situatie waarin een *règlement* rechtstreeks werkt, dat wil zeggen: rechten en plichten in het leven roept zonder dat daarvoor uitvoeringsbesluiten nodig zijn. Als er geen uitvoeringsbesluiten zijn, bestaat er natuurlijk ook geen mogelijkheid om een *règlement* bij wijze van exceptie te laten toetsen in een vernietigingsberoep tegen zo'n uitvoeringsbesluit. Zijn er geen uitvoeringsbesluiten, dan kan het *règlement* indirect worden getoetst in het kader van een vernietigingsberoep inzake de weigering tot intrekking/wijziging van het *règlement* of de weigering om te beslissen op een verzoek. Een andere situatie waarin deze wijze van indirecte toetsing van pas komt, is als door de rechter is geoordeeld dat een *règlement* onrechtmatig is, maar het bestuur het onrechtmatige *règlement* blijft toepassen. In dat geval kan er beroep worden ingesteld tegen een besluit tot weigering of een weigering om te beslissen inzake een verzoek tot intrekking (of wijziging) van het onrechtmatige *règlement* en kan in die procedure het bestuur alsnog worden verplicht om in te trekken of te wijzigen.<sup>116</sup>

Hierboven, in paragraaf 6.2.4.2 over directe toetsing, heb ik opgemerkt dat de toetsing door de bestuursrechter tijdens een vernietigingsberoep is georganiseerd rondom vijf verschillende toetsingsgronden (*incompetence, vice de forme ou de procédure, vices des motifs, violation de la loi* en *détournement de pouvoir*). Elk van de toetsingsgronden kan in principe ook aan de orde komen tijdens indirecte toetsing, met uitzondering van de toetsingsgrond '*vice de forme ou de procédure*'.<sup>117</sup>

116 Zie paragrafen 6.3.2 en 6.3.4.

117 Zie hierover nader paragraaf 6.4.3.2.

### 6.3 DE CONSEQUENTIES VAN SUCCESVOLLE INDIRECTE TOETSING

#### 6.3.1 *Inleiding*

In de vorige paragraaf is besproken dat de Franse bestuursrechter de rechtmatigheid van *règlements* zowel op directe als op indirecte wijze kan toetsen. Een verschil tussen directe en indirecte toetsing betreft de consequenties als de toetsing succesvol is. Als een directe toetsing van een *règlement* in een vernietigingsberoep succesvol is, dan leidt dat in beginsel tot vernietiging van het *règlement*. Daardoor verdwijnt het besluit met terugwerkende kracht (*ex tunc*) ten opzichte van eenieder (*erga omnes*) uit de wereld van het recht. Stelt de rechter door middel van indirecte toetsing vast dat een *règlement* onrechtmatig is, dan leidt dat niet tot de vernietiging van het *règlement*, maar tot een *déclaration d'illégalité*.

In deze paragraaf bespreek ik (de reikwijdte van) de *déclaration d'illégalité*. In paragraaf 6.3.2 maak ik enkele opmerkingen over de *déclaration d'illégalité* en bespreek ik wat de juridische status is van een *règlement* dat na indirecte toetsing onrechtmatig is verklaard. Vervolgens bespreek ik de werking van de *déclaration d'illégalité* voor het verleden (paragraaf 6.3.3) en het heden en de toekomst (paragraaf 6.3.4). In paragraaf 6.3.5 behandel ik welke mogelijkheden er volgens het Franse recht zijn om het 'oude', onrechtmatige rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel, eventueel met terugwerkende kracht. Afgesloten wordt met een tussenconclusie in paragraaf 6.3.6.

#### 6.3.2 *De déclaration d'illégalité*

Als de bestuursrechter door middel van indirecte toetsing tot de conclusie komt dat een *règlement* onrechtmatig is, dan leidt dat tot een *déclaration d'illégalité*. Het uitspreken van een *déclaration d'illégalité* betekent dat vastgesteld wordt dat het *règlement* nooit van toepassing is geweest op de voorliggende juridische situatie, omdat het onrechtmatig is.<sup>118</sup> De bestuursrechter stelt door middel van een *déclaration d'illégalité* vast dat een *règlement ab initio* onrechtmatig is (*ex tunc*), behoudens de situatie waarin het *règlement* na de vaststelling onrechtmatig is geworden vanwege bijvoorbeeld een hogere regeling die na de vaststelling van het *règlement* in werking is getreden.<sup>119</sup>

118 Zie uitgebreid over de rechtsgevolgen van een *déclaration d'illégalité* Seiller 2015. Zie verder bijvoorbeeld Guyomar & Seiller 2012, p. 262; Bok 1991, p. 245; Chevalier 2019, p. 645; Peiser 2014, p. 176-177; Van Male 1988, p. 59.

119 Zie Seiler 2015, p. 3.

Wat precies de gevolgen zijn van een *déclaration d'illégalité* voor het geding waarin deze is uitgesproken, hangt af van de procedure waarin een exceptie van onrechtmatigheid is opgeworpen. Zoals ik in paragraaf 6.2.4.3 heb opgemerkt, wordt de exceptie van onrechtmatigheid doorgaans opgeworpen tijdens een vernietigingsberoep tegen een op een *règlement* gebaseerd uitvoeringsbesluit of tijdens het vernietigingsberoep inzake de weigering om een (vermeend) onrechtmatig *règlement* in te trekken. Wordt een exceptie van onrechtmatigheid door de burger opgeworpen tegen een *règlement* dat de basis vormt voor een uitvoeringsbesluit, dan leidt een *déclaration d'illégalité* ertoe dat het *règlement* buiten toepassing wordt gelaten in het concrete geval en wordt het uitvoeringsbesluit door de bestuursrechter vernietigd, omdat het uitvoeringsbesluit geen rechtsbasis meer heeft.<sup>120</sup> Stelt de bestuursrechter in een vernietigingsberoep inzake de weigering tot intrekking van een *règlement* vast dat het *règlement* onrechtmatig is, dan leidt dat ertoe dat de bestuursrechter het weigeringsbesluit vernietigt en kan de bestuursrechter het bevoegde orgaan verplichten om het onrechtmatige *règlement* alsnog in te trekken, zodat een einde wordt gemaakt aan de toepassing en handhaving van het onrechtmatige *règlement*.<sup>121</sup>

Een *déclaration d'illégalité* heeft geen directe consequenties voor het voortbestaan van het *règlement* in de wereld van het recht, want het ontnemt alleen – met terugwerkende kracht – de werking aan het *règlement* voor het voorliggende geval.<sup>122</sup> In bijvoorbeeld de uitspraak *Anschling* uit 2014 overweegt de *Conseil d'État* expliciet dat '*la déclaration d'illégalité des délibérations [...] n'a eu pour effet ni de faire disparaître rétroactivement ces délibérations de l'ordonnement juridique, ni de faire revivre la délibération, précédant immédiatement celle du 11 avril 1988, par laquelle cet organe avait antérieurement fixé le tarif de l'eau [...]*'.<sup>123</sup> Daarin is een verschil gelegen met de vernietiging van een *règlement*. Terwijl een *règlement* door een *déclaration d'illégalité* niet uit de wereld van het recht verdwijnt, heeft de vernietiging van een *règlement* tot gevolg dat het *règlement* met terugwerkende kracht uit de rechtsorde is verwijderd. Formeel gezien heeft een incidenteel oordeel over de onrechtmatigheid van een *règlement* verder ook geen werking buiten de grenzen van het geding waarin dat incidentele onrechtmatigheidsoordeel is uitgesproken. De rechtsge-

120 Ook mogelijk is dat de exceptie van onrechtmatigheid wordt opgeworpen door het bestuur in een vernietigingsberoep dat door de burger is ingesteld tegen bijvoorbeeld de afwijzing van de aanvraag van een begunstigend besluit, omdat uit een *règlement* zou volgen dat de burger op dat begunstigende besluit recht heeft. In dat geval kan door het bestuur naar voren worden gebracht dat het betreffende *règlement* onrechtmatig is, zodat het niet kon worden toegepast en de afwijzing van de aanvraag dus terecht is. Zie Seiller 2015, p. 21.

121 Zie CE 6 november 2019, n° 420225 en CE 6 november 2019, n° 416948. De bestuursrechter kan een dergelijke verplichting opleggen krachtens artikel L. 911-1 CJA.

122 Peiser 2014, p. 176; Seiler 2015, p. 9-19; Walline 2014, p. 648.

123 CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*). Zie ook bijvoorbeeld CE 27 mei 2002, n° 227338.

volgen blijven aldus, formeel gezien, beperkt tot de betrokken partijen.<sup>124</sup> Dat betekent dat een *déclaration d'illégalité*, anders dan een vernietiging, slechts *inter partes* werking heeft.

De consequenties van een *déclaration d'illégalité* zijn, zoals uit het bovenstaande blijkt, minder vergaand dan de consequenties van een vernietiging. Daaraan ligt ten grondslag dat een *règlement*, vooral vanwege het belang van de rechtszekerheid, alleen binnen de daarvoor geldende termijnen teniet kan worden gedaan door de bestuursrechter en wel door middel van vernietiging.<sup>125</sup> Na afloop van de geldende termijnen moeten rechtssubjecten uit kunnen gaan van een *règlement* dat geldt. Vanwege de gewenste stabiliteit kan het niet meer teniet worden gedaan door de bestuursrechter met de inzet van normale rechtsmiddelen wanneer het niet (tijdig) of zonder succes tot in laatste instantie direct is aangevochten in een vernietigingsberoep.<sup>126</sup> De gevolgen van indirecte toetsing, die in de regel plaatsvindt (soms jaren) nadat dat *règlement* niet (tijdig) of zonder succes tot in laatste instantie direct is aangevochten in een vernietigingsberoep, zijn dan ook beperkter dan de gevolgen van directe toetsing.<sup>127</sup> Zouden de rechtsgevolgen van directe en indirecte toetsing gelijk zijn, dan zouden de beroepstermijnen kunnen worden omzeild en wordt er afbreuk gedaan aan de aan die beroepstermijnen ten grondslag liggende belangen van stabiliteit en rechtszekerheid.<sup>128</sup>

Verder wordt er door Seiller op gewezen dat het zou indruisen tegen de competentieverdeling tussen de direct toetsende bestuursrechter en de indirect toetsende gewone rechter (met name de strafrechter) als de rechtsgevolgen van een succesvolle indirecte toetsing (*déclaration d'illégalité*) hetzelfde zouden zijn als de rechtsgevolgen van een succesvolle directe toetsing (vernietiging).<sup>129</sup> Alleen aan de bestuursrechter aan wie de bevoegdheid is opgedragen om te oordelen in een vernietigingsberoep tegen een *règlement*, kent het recht de bevoegdheid toe om binnen de daarvoor geldende termijnen een *règlement* ten opzichte van een ieder met terugwerkende kracht uit de wereld van het recht te verwijderen.<sup>130</sup> Ter waarborging van de competentieverdeling en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, zoals het beginsel van de *séparation des autorités administratives et judiciaires*, kan en mag de indirecte toetsende gewone rechter alleen de werking aan een *règlement* ontnemen voor een

124 Van Male 1988, p. 59; Peiser 2014, p. 176; Walline 2014, p. 648.

125 Zie Seiller 2015, p. 14-19.

126 Zie ook Theunis 2011, rn. 172.

127 Seiller 2015, p. 14-15.

128 Seiller 2015, p. 15.

129 Seiller 2015, p. 12-14.

130 Seiller 2015, p. 12.

concreet geval. Als de rechtsgevolgen van een *déclaration d'illégalité* hetzelfde zouden zijn als de rechtsgevolgen van een vernietiging, strookt dat evenmin met de onderlinge competentieverdeling tussen de bestuursrechters.<sup>131</sup> Zouden die rechtsgevolgen hetzelfde zijn, dan zou dat bijvoorbeeld kunnen betekenen dat een *tribunal administratif* door middel van indirecte toetsing feitelijk een *règlement* tenietdoet, terwijl bijvoorbeeld de *Conseil d'État* aangewezen was om te beslissen in een vernietigingsberoep tegen dat *règlement*.<sup>132</sup>

Er zijn dus duidelijke redenen waarom de rechtsgevolgen van indirecte toetsing minder verstrekkend zijn dan de rechtsgevolgen van directe toetsing. Zoals ik in de volgende paragrafen zal uitleggen, is het echter zo dat de consequenties van een *déclaration d'illégalité* in de praktijk nauwelijks verschillen van de consequenties die de vernietiging heeft, waardoor zij materieel gezien tot vrijwel hetzelfde resultaat leiden. De eerste reden daarvoor is dat een *déclaration d'illégalité*, zeker voor het heden en de toekomst en in mindere mate ook het verleden, feitelijk *erga omnes* werking heeft (paragrafen 6.3.3 en 6.3.4). Ten tweede maakt het materieel gezien voor het voortbestaan van een *règlement* in de wereld van het recht niet veel uit of de bestuursrechter een *règlement* vernietigt of een *déclaration d'illégalité* uitspreekt. Door de vernietiging wordt een *règlement* met terugwerkende kracht tenietgedaan. Een *déclaration d'illégalité* heeft dat rechtsgevolg niet, maar het bevoegde orgaan is wel verplicht om een onrechtmatig *règlement ex nunc* in te trekken, waardoor een *déclaration d'illégalité* er op indirecte wijze voor kan zorgen dat het onrechtmatige *règlement* teniet zal worden gedaan, namelijk door intrekking (zie paragraaf 6.3.4).

### 6.3.3 *De déclaration d'illégalité en het verleden*

De werking voor het verleden van een *déclaration d'illégalité* is vooral relevant voor degenen die te maken hebben met een belastend uitvoeringsbesluit dat (vrijwel) identiek is aan het uitvoeringsbesluit dat vernietigd is in de uitspraak waarin het aan dat uitvoeringsbesluit ten grondslag liggende *règlement* door middel van indirecte toetsing onrechtmatig is verklaard. Deze belastende uitvoeringsbesluiten waarmee derden te maken hebben, zullen doorgaans in rechte onaantastbaar zijn. De vraag laat zich dan stellen of derden, die te maken hebben met een definitief (belastend) uitvoeringsbesluit, aanspraak kunnen maken op een *déclaration d'illégalité* van een *règlement*, uitgesproken in een ander geding, dat ook aan de basis ligt van hun uitvoeringsbesluit, met als doel om dat uitvoeringsbesluit teniet te doen.

<sup>131</sup> Seiller 2015, p. 14.

<sup>132</sup> Seiller 2015, p. 14.

Met het uitspreken van een *déclaration d'illégalité* ontnemt de rechter met terugwerkende kracht de werking aan een *règlement* voor de voorliggende juridische situatie. Een *déclaration d'illégalité* heeft geen directe invloed op het bestaan van definitieve uitvoeringsbesluiten van derden die zijn gebaseerd op een incidenteel onrechtmatig verklaard *règlement*.<sup>133</sup> Deze definitief geworden besluiten kunnen niet meer met de inzet van normale rechtsmiddelen teniet worden gedaan. Derden die te maken hebben met een belastend uitvoeringsbesluit kunnen wel op indirecte wijze aanspraak maken op een in een ander geding uitgesproken *déclaration d'illégalité*. Ter verduidelijking daarvan wordt gewezen op de intrekking van de CRPA, neergelegd in de artikelen L. 240-1 t/m L. 243-4. De intrekking van de CRPA is relevant voor de werking van een *déclaration d'illégalité* voor het verleden, omdat die regeling het bestuur in sommige gevallen verplicht om een onrechtmatig besluit *ex nunc* in te trekken.

In het verleden was niet de intrekking van de CRPA relevant maar artikel 2 van het *décret* van 28 november 1983 *concernant les relations entre l'administration et les usagers*. Dat artikel bepaalde dat indien een *tribunal administratif* of de *Conseil d'État* in een definitief geworden uitspraak de '*illégalité d'un règlement*' had uitgesproken, anderen dan de betrokkenen in dat geding die zich, kort gezegd, in een identieke situatie bevonden ('*un objet identique et fondée sur le même motif*') te allen tijde konden verzoeken om de intrekking van het uitvoeringsbesluit. Het bestuur was gehouden om aan dat verzoek gevolg te geven, ook al was intussen de beroepstermijn tegen deze uitvoeringsbesluiten verstreken, behoudens het geval dat rechten van derden daaraan in de weg stonden.<sup>134</sup>

De artikelen over intrekking, waaronder ook 'wijziging' moet worden verstaan,<sup>135</sup> in de CRPA sluiten aan bij de grote lijnen van de jurisprudentie van vooral de *Conseil d'État* waarin uitgangspunten zijn geformuleerd over de intrekking van besluiten.<sup>136</sup> De intrekking van de CRPA maakt op verschillende punten een onderscheid.<sup>137</sup> Ten eerste maakt de regeling onderscheid tussen *abrogation* en *retrait*. Onder *abrogation* moet de intrekking voor de toekomst worden verstaan (*ex nunc*); *retrait* betekent intrekking met terugwerkende kracht (*ex tunc*).<sup>138</sup> Ten tweede onderscheidt de intrekking van de CRPA

133 Ook de vernietiging van een *règlement* heeft op zich geen invloed op definitief geworden uitvoeringsbesluiten, zie Van Male 1988, p. 160 en Bok 1991, p. 251 met verwijzing naar CE 3 december 1954, nr. 9999 (*Caussidéry*).

134 Zie Van Male 1988, p. 160-161; Bok 1991, p. 251-251.

135 Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 14.

136 Zie bijvoorbeeld Konijnenbelt 2019, p. 506-508.

137 Zie ook Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 14.

138 Artikel L. 240-1 CRPA.

onrechtmatige van rechtmatige besluiten. Ten derde wordt er in de intrekkingregeling onderscheiden tussen besluiten die ‘rechtenverlenend’ zijn (*décisions créatives de droit*), *règlements*, en besluiten, niet zijnde *règlements*, die ‘niet-rechtenverlenend’ zijn (*décisions non créatives de droit*). In algemene zin kan worden gezegd dat de meeste rechtenverlenende besluiten begunstigende besluiten zijn en dat de meeste niet-rechtenverlenende besluiten belastende besluiten zijn.<sup>139</sup>

Een derde met een (definitief) uitvoeringsbesluit die een aanspraak wil maken op een *déclaration d’illégalité* van een *règlement* zal meestal te maken hebben met een definitief belastend en niet een begunstigend besluit, dat (vrijwel) identiek is aan het besluit dat is vernietigd in de procedure waarin de *déclaration d’illégalité* is uitgesproken.<sup>140</sup> Met een beroep op de in een ander geding uitgesproken *déclaration d’illégalité* en de vernietiging van het op een incidenteel onrechtmatig verklaard *règlement* kan die derde het bestuursorgaan verzoeken het besluit in te trekken (intrekking ten voordele). Daarbij kan vanwege de *ex tunc* werking van een *déclaration d’illégalité* en de *erga omnes* werking van het vernietigde uitvoeringsbesluit worden aangevoerd dat het betreffende uitvoeringsbesluit onrechtmatig is.<sup>141</sup> Is een niet-rechtenverlenend besluit onrechtmatig, dan *moet* het bestuur dat onrechtmatige besluit *ex nunc* intrekken, tenzij de reden van de onrechtmatigheid is weggenomen.<sup>142</sup> Het bestuursorgaan mag ervoor kiezen om een onrechtmatig en niet-rechtenverlenend besluit *ex tunc* in te trekken, maar dat mag alleen als de intrekking

139 Zie Konijnenbelt 2019, p. 506-507 en verder bijvoorbeeld Schwarze 2006, p. 876-877; Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 15.

140 Het is ook voorstelbaar dat er op basis van een incidenteel onrechtmatig verklaard *règlement* (definitieve) rechtenverlenende uitvoeringsbesluiten zijn genomen. Mogelijk wil het bestuur, ambtshalve of op verzoek van een derde, na een *déclaration d’illégalité* overgaan tot intrekking van het rechtenverlenend uitvoeringsbesluit (intrekking ten nadele). Een rechtenverlenend besluit dat onrechtmatig is, kan, ambtshalve of op verzoek van een derde, slechts *ex nunc* dan wel *ex tunc* worden ingetrokken als dat gebeurt binnen vier maanden nadat het besluit is genomen. Zie artikel L. 242-1 CRPA. Zie voor de uitzonderingen artikel L. 242-2 CRPA: (1) een rechtenverlenend besluit *kan* zonder tijdslimiet *ex nunc* worden ingetrokken als niet wordt voldaan aan een voorwaarde die geldt voor het (voort)bestaan van het besluit en (2) een subsidie *kan* (*ex tunc*) worden ingetrokken als niet of niet helemaal aan de voorwaarden voor de toekenning ervan wordt voldaan. Verzoekt de begunstigde van een besluit om intrekking, dan is het bestuur verplicht om tot intrekking *ex nunc* dan wel *ex tunc* over te gaan als dat besluit onrechtmatig is, mits intrekking plaatsvindt binnen vier maanden nadat het besluit is genomen (artikel L. 242-3 CRPA). Op verzoek van de begunstigde van een rechtenverlenend besluit kan het bestuur, zonder tijdslimiet, dat besluit *ex nunc* of *ex tunc* intrekken, zelfs als het rechtmatig is, indien intrekking de rechten van derden niet aantast en het besluit moet worden vervangen door een voor de begunstigde nog gunstiger besluit (artikel L. 242-4 CRPA).

141 Door Walline 2014, p. 699 wordt daarbij opgemerkt dat het bestuur verplicht is tot het intrekken van een uitvoeringsbesluit van een derde als dat uitvoeringsbesluit is gebaseerd op een *règlement* dat in een ander geding incidenteel onrechtmatig is verklaard en op basis waarvan een direct aangevochten uitvoeringsbesluit in dat geding is vernietigd. Omdat die vernietiging *erga omnes* werkt en daaraan een absoluut gezag van gewijsde toekomt, moet het bestuur alle uitvoeringsbesluiten intrekken die op dezelfde rechtsgrondslag gebaseerd zijn.

142 Artikel L. 243-2, tweede alinea, CRPA.



plaatsvindt binnen een termijn van vier maanden nadat het is genomen.<sup>143</sup> Een sanctiebesluit mag daarentegen altijd *ex tunc* worden ingetrokken.<sup>144</sup> Overigens *mag* het bestuur, om welke reden dan ook, een niet-rechtenverlenend besluit intrekken voor de toekomst (*ex nunc*), ook als het rechtmatig is.<sup>145</sup>

De verplichting voor het bestuur om (definitief geworden) niet-rechtenverlenende en onrechtmatige besluiten in te trekken, klinkt vergaand. Deze verplichting past wel bij het objectieve karakter van het Franse bestuurs(proces)recht, op grond waarvan er groot belang aan wordt gehecht dat bestuurshandelingen die in de rechtsorde bestaan in overeenstemming zijn met het objectieve recht. Verder zij benadrukt dat het verstrekkende karakter van deze intrekingsverplichting wordt genuanceerd, omdat de intrekking doorgaans *ex nunc* – alleen voor de toekomst – plaatsvindt, de (bestuurs)rechter bij indirecte toetsing een *règlement* niet onrechtmatig kan verklaren vanwege de schending van vormen procedurevoorschriften<sup>146</sup> en er mogelijkheden zijn om een onrechtmatig *règlement* te herstellen.<sup>147</sup> Op het moment dat de onrechtmatigheid is weggenomen, bestaat er, zoals hierboven gezegd, geen verplichting meer om het besluit in te trekken.

#### 6.3.4 De déclaration d'illégalité, het heden en de toekomst

In de vorige paragraaf ging het over de vraag wat de invloed van een *déclaration d'illégalité* van een *règlement* kan zijn op de toepassingen van dat *règlement* in het verleden. In deze paragraaf gaat het over de vraag welke consequenties een *déclaration d'illégalité* heeft voor (de toepassing van) het incidenteel onrechtmatig verklaarde *règlement* in het heden en de toekomst. Met 'het heden' bedoel ik de toepassing van het betreffende *règlement* in de vorm van uitvoeringsbesluiten waartegen rechtsmiddelen zijn of kunnen worden aangevend. Toekomstige toepassingen zijn toepassingen in de vorm van uitvoeringsbesluiten die nog moeten worden genomen. In algemene zin geldt dat het bestuur en de lagere regelgever gehouden zijn om maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn ter uitvoering van een uitspraak waarin een *règlement* na indirecte toetsing onrechtmatig is bevonden.<sup>148</sup> Meer concreet betekent dit onder meer, zoals ik hierna verder zal uitleggen, dat het bestuur een onrechtmatig verklaard *règlement* niet meer mag toepassen en dat het onrechtmatige *règlement* moet worden ingetrokken.

143 Artikel L. 243-3.

144 Artikel L. 243-4.

145 Artikel L. 243-1 CRPA.

146 Zie hierover paragraaf 6.4.3.2.

147 Zie hierover paragraaf 6.3.5.

148 Zie CE 27 mei 2002, n° 227338; CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*) en hierover Girard 2014.

In het Franse bestuursrecht geldt sinds de *Ponard*-uitspraak van de *Conseil d'État* uit 1958 dat het bestuur onrechtmatige *règlements* niet mag toepassen, ook niet als zij definitief zijn.<sup>149</sup> Meer recent, bijvoorbeeld in een uitspraak van 18 februari 2019, heeft de *Conseil d'État* overwogen dat het bestuur op grond van 'een algemeen rechtsbeginsel' onrechtmatige *règlements* niet mag toepassen.<sup>150</sup> Dit algemene beginsel is zelfs van toepassing als er een rechterlijke beslissing ontbreekt waarin het *règlement* is vernietigd of waarin de onrechtmatigheid is vastgesteld bij wijze van exceptie. Het bestuur zal bij gebrek aan zo'n rechterlijke beslissing zelf moeten nagaan of een *règlement* al dan niet onrechtmatig is en, wanneer het *règlement* onrechtmatig wordt geacht, zal het bestuur de toepassing ervan moeten staken.<sup>151</sup> Wel heeft de *Conseil d'État* de uitzondering geformuleerd dat '*un document d'urbanisme*' nog steeds mag worden toegepast als dat document onrechtmatig is vanwege de schending van vorm- en procedurevoorschriften waarop gelet op artikel 600-1 van de *Code de l'urbanisme* geen beroep meer kan worden gedaan in het kader van indirecte toetsing.<sup>152</sup>

De verplichting om een onrechtmatig *règlement* in te trekken is neergelegd in de CRPA. Artikel L. 243-2, eerste alinea, CRPA bepaalt dat het bestuur verplicht is om een onrechtmatig *règlement* uitdrukkelijk en *ex nunc* in te trekken, ongeacht of deze onrechtmatigheid al bestaat sinds de vaststelling ervan dan wel het gevolg is van latere juridische of feitelijke omstandigheden, tenzij de onrechtmatigheid is opgeheven. Tegen een (impliciete) weigering tot intrekking kan het vernietigingsberoep worden ingesteld.<sup>153</sup> Het 'nuttig effect' van zo'n beroep is volgens de *Conseil d'État* gelegen in de verplichting die de rechter ambtshalve krachtens het bepaalde in artikel L. 911-1 CJA kan opleggen aan de bevoegde autoriteit om tot intrekking van het *règlement* over te gaan, om zo een einde te maken aan de schade die de handhaving ervan voor de rechtsorde meebrengt.<sup>154</sup> Voor de zekerheid merk ik op dat de verplichting om *ex nunc* een onrechtmatig *règlement* in te trekken niet alleen bestaat als de onrechtmatigheid ervan bij wege van exceptie is vastgesteld in het kader van een vernietigingsberoep inzake de (impliciete) weigering om een onrechtmatig *règlement* in te trekken. Het maakt niet uit *hoe* de onrechtmatigheid is komen vast te staan; een onrechtmatig *règlement* moet *ex nunc* worden ingetrokken.

149 CE 14 november 1958, n° 35399 (*Ponard*).

150 Zie CE 18 februari 2019, n° 414233.

151 Zie hierover Verhoeven 2011, p. 187-190.

152 Zie CE 18 februari 2019, n° 414233. Zie hierover paragraaf 6.4.3.2.

153 CE 3 februari 1989, n° 74052 (*Compagnie Alitalia*).

154 Zie bijvoorbeeld CE 6 november 2019, n° 420225; CE 6 november 2019, n° 416948; CE 19 juli 2019, n° 424216; CE 2 maart 2020, n° 422651.

In een vernietigingsberoep inzake de weigering tot intrekking van een *règlement* toetst de bestuursrechter het *règlement ex nunc*, zo blijkt uit een uitspraak van de *Conseil d'État* van 19 juli 2019.<sup>155</sup> De *Conseil d'État* overwoog in die uitspraak dat de rechter een weigeringsbesluit niet kan vernietigen als het betrokken *règlement* door veranderde omstandigheden niet langer onrechtmatig is.<sup>156</sup> Andersom geldt dat als een *règlement* door veranderde omstandigheden onrechtmatig is geworden op de datum waarop de rechter uitspraak doet in het vernietigingsberoep tegen het weigeringsbesluit, het weigeringsbesluit moet worden vernietigd. In een uitspraak van 2 maart 2020 herinnerde de *Conseil d'État* er verder aan dat een beroep tegen een weigeringsbesluit zijn object verliest als een *règlement*, waarvan de intrekking wordt verzocht, niet langer toegepast wordt vóórdat de bestuursrechter bij wie het vernietigingsberoep tegen het weigeringsbesluit is ingesteld uitspraak heeft gedaan.<sup>157</sup>

Mocht het bestuur, om wat voor een reden dan ook, een onrechtmatig *règlement* blijven toepassen in de vorm van uitvoeringsbesluiten nadat een *déclaration d'illégalité* is uitgesproken, dan kan het vernietigingsberoep tegen die besluiten worden ingesteld bij de bestuursrechter. Het is vrijwel zeker dat de bestuursrechter die uitvoeringsbesluiten zal vernietigen. De bestuursrechter acht zich namelijk gebonden aan een *déclaration d'illégalité* die in een ander geding is uitgesproken.<sup>158</sup>

Gelet op het volgens de *Conseil d'État* bestaande 'algemene beginsel' op grond waarvan het bestuur een onrechtmatig *règlement* niet mag toepassen, de wettelijke verplichting tot intrekking van een onrechtmatig *règlement* en de gebondenheid van de bestuursrechter aan een in een ander geding uitgesproken *déclaration d'illégalité*, kan moeilijk worden volgehouden dat een *déclaration d'illégalité* geen werking heeft buiten de grenzen van het geding waarin de *déclaration d'illégalité* is uitgesproken. Voor het heden en de toekomst werkt een *déclaration d'illégalité* feitelijk ten opzichte van eenieder (*erga omnes*).

155 CE 19 juli 2019, n° 424216.

156 De verplichting om een *règlement* in te trekken verdwijnt dan ook op het moment dat de onrechtmatigheid is weggenomen; het bestuur hoeft een verzoek om intrekking dan niet langer in te willigen, zie CE 10 oktober 2013, n° 359219 (*Fédération française de gymnastique*).

157 CE 2 maart 2020, n° 422651. Al eerder bepaalde de *Conseil d'État* dat een vernietigingsberoep tegen een weigeringsbesluit ook zonder object is als het *règlement* niet meer wordt toegepast, ook al heeft het *règlement* nog indirecte gevolgen, bijvoorbeeld omdat er in dat *règlement* verhoogde tarieven zijn vastgesteld voor een bepaald jaar. Zie CE 11 januari 2006, n° 274282.

158 Zie CE 28 december 2001, n° 20536 (*Syndicat CNT des PTE des Paris*) en hierover Girard 2014.

### 6.3.5 *Inhoudelijke voortzetting van het ‘oude’, door de rechter onrechtmatig bevonden rechtsregime*

In de vorige paragraaf heb ik besproken dat het bestuur gehouden is om de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn ter uitvoering van een uitspraak waarin een *règlement* incidenteel onrechtmatig is bevonden. Zoals ik ook in de vorige paragraaf heb besproken, betekent dit onder meer dat een onrechtmatig *règlement* niet meer mag worden toegepast door het bestuur én dat het onrechtmatige *règlement ex nunc* moet worden ingetrokken door de regelgever. Ik voeg hieraan toe dat het bestuur in sommige gevallen gehouden is om een incidenteel onrechtmatig verklaard *règlement* te ‘repareren’, bijvoorbeeld in het belang van de continuïteit van de openbare dienstverlening of omdat uit een hogere regeling voortvloeit dat het bestuur een regeling moet vaststellen.<sup>159</sup> Zelf zal het bestuur het onrechtmatige *règlement* waarschijnlijk ook willen repareren – het voorschrift is immers niet voor niets vastgesteld. Een in dit verband relevante vraag voor dit onderzoek is in hoeverre het op grond van het Franse recht toelaatbaar is dat een ‘oud’, door de Franse bestuursrechter vanwege een formeel gebrek onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk wordt voortgezet, na herstel van dat formele gebrek, waarbij ook relevant is of die inhoudelijke voortzetting met terugwerkende kracht kan plaatsvinden.<sup>160</sup>

Hierna zal ik uitleggen dat de *Conseil d’État* onder omstandigheden een dergelijke voortzetting toelaatbaar acht. Hierbij past wel een opmerking. Recent heeft de *Conseil d’État* bepaald dat schendingen van vorm- en procedurevoorschriften (formele gebreken dus) niet rechtens aan de orde kunnen komen bij het indirect toetsen van een *règlement*.<sup>161</sup> Dit betekent dat de vraag of de regelgever een vanwege een formeel gebrek incidenteel onrechtmatig verklaard *règlement* na herstel, met terugwerkende kracht, mag blijven toepassen niet meer relevant is in het Franse bestuursrecht. Immers, formele gebreken leiden niet tot een succesvolle indirecte toetsing en dus niet tot een *déclaration d’illégalité* van een *règlement*. Niettemin bespreek ik de voor deze kwestie relevante rechtspraak, omdat die rechtspraak wel inspiratie biedt voor het Nederlands bestuursrecht, waarvoor deze kwestie wel relevant is.

De toelaatbaarheid van het inhoudelijk voorzetten van een ‘oud’, door de rechter vanwege een formeel gebrek onrechtmatig bevonden rechtsregime na herstel en met terugwerkende kracht was aan de orde in de uitspraak *Anschling* van 28 april 2014 van de *Conseil*

<sup>159</sup> Vergelijk de conclusie van M-A. de Barmon bij CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*); Girard 2014.

<sup>160</sup> Zie de paragrafen 3.8.5 en 3.8.6.

<sup>161</sup> Zie hierover paragraaf 6.4.3.2.

*d'État*.<sup>162</sup> Wat was er in deze zaak aan de hand? Inwoners van de gemeente Mittersheim waren het oneens met de tarieven voor de openbare drinkwatervoorziening, vastgesteld in *délibérations* door het *syndicat intercommunal des eaux de Domnom-lès-Dieuze* (SIEDD). Op 10 november 2005 verklaart de Straatsburgse rechtbank, na indirecte toetsing, de *délibérations* die zijn vastgesteld tussen april 1988 en maart 1993 onrechtmatig vanwege een procedureel gebrek (*vice de procédure*). De raad van het SIEDD heeft namelijk niet met een meerderheid van haar leden beraadslaagd over de betreffende tariefvaststellingen. Het SIEDD trekt de nodige conclusies uit de uitspraak van de rechtbank te Straatsburg en stelt op 16 maart 2006 een *délibération* vast waarin werd besloten de tarieven te handhaven zoals zij waren vastgesteld voor de periode van 11 april 1988 tot en met 31 december 2003 en in rekening waren gebracht bij de gebruikers die in rechte waren opgekomen tegen de *délibérations*. Het SIEDD acht het niet nodig om terug te komen op de factureringen in het verleden en geeft verder aan geen enkele aanpassing door te voeren. Een en ander heeft ertoe geleid dat de *Conseil d'État* in de uitspraak van 28 april 2014 in de kern de volgende vraag beantwoordde: mocht het SIEDD de tarieven met terugwerkende kracht vaststellen voor de gebruikers die de tariefvaststellingen met succes bij wege van exceptie hebben aangevochten en is het toelaatbaar dat die tarieven hetzelfde zijn als de tarieven die waren vastgesteld in de onrechtmatig verklaarde *délibérations*? De vraag wordt door de *Conseil d'État* bevestigend beantwoord en ik zal hierna toelichten waarom.

Eerst de kwestie of een 'herstelregeling' precies dezelfde inhoud mag hebben als de 'oude', onrechtmatig verklaarde regeling. Deze kwestie is niet alleen relevant voor 'herstelregelingen' die terugwerkende kracht hebben, maar ook voor 'herstelregelingen' die alleen voor de toekomst gelden. In de *Anschling*-uitspraak hangt de *Conseil d'État* de toelaatbaarheid van een herstelregeling met een identieke inhoud als de 'oude', onrechtmatig verklaarde regeling, op aan het gezag van gewijsde.<sup>163</sup> Dit, omdat de 'herstelregeling' toegepast wordt op degenen die de inhoud van die regeling eerder met succes indirect hebben aangevochten.

Het gezag van gewijsde in het Franse bestuursrecht bespreek ik nader in paragraaf 6.4.3.1. Het houdt in dat een beslissing van de rechter die definitief is geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden onsuccesvol zijn uitgeput of de beroepstermijn is verstreken, niet meer ter discussie kan worden gesteld in een ander geding. Niet alleen het dictum van een uitspraak verkrijgt

162 CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*). Zie ook de voorafgaande conclusie van M-A. de Barmon. Er bestond voor de uitspraak *Anschling* al wel rechtspraak over de vraag of een *vernietigde* regeling met terugwerkende kracht mag worden hersteld. Vergelijk de conclusie van M-A. de Barmon bij CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*).

163 CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*), r.o. 6.

gezag van gewijsde, maar ook de overwegingen die dat dictum steunen. Wordt een *règlement* om een bepaalde reden incidenteel onrechtmatig verklaard in een uitspraak en wordt die uitspraak definitief, dan staat ook in een ander geding rechsens vast dat het *règlement* in zoverre onrechtmatig is, mits daarbij dezelfde partijen zijn betrokken.

De regelgever zou het gezag van gewijsde van een definitieve rechterlijke beslissing waarin een *déclaration d'illégalité* is uitgesproken kunnen miskennen door 'herstelregelgeving' vast te stellen zonder daarbij rekening te houden met de redenen waarom het *règlement* incidenteel onrechtmatig is verklaard.<sup>164</sup> Het gebrek moet dus wel hersteld worden, anders is een 'herstelregeling' ingevolge het gezag van gewijsde tussen partijen nog steeds onrechtmatig. Herstel hoeft echter niet te betekenen dat de regelgever een inhoudelijk andere regeling vaststelt. Of de 'herstelregeling' een andere inhoud zou moeten hebben, hangt af van de redenen waarom een *déclaration d'illégalité* is uitgesproken.<sup>165</sup> Bij 'externe onrechtmatigheden' kan de regelgever het 'oude', onrechtmatig verklaarde rechtsregime na herstel blijven toepassen.<sup>166</sup> Denk daarbij in het bijzonder aan een vorm- of proceduregebrek (*vice de forme ou de procédure*). In die zin benadrukte de *Conseil d'État* in de *Anschling*-uitspraak dat het SIEDD bij de vaststelling van de nieuwe tariefregeling rekening diende te houden, en heeft gehouden, met de overwegingen in de uitspraak van de rechtbank te Straatsburg van 10 november 2005 waarin de oude tariefregelingen onrechtmatig waren verklaard vanwege een *vice de procédure*. Bijgevolg, zo concludeert de *Conseil d'État*, heeft het SIEDD het gezag van gewijsde van de definitieve uitspraak van 10 november 2005 niet miskend door het watertarief vast te stellen op hetzelfde niveau als dat wat voortvloeide uit de onrechtmatige tariefregelingen.

Als een *déclaration d'illégalité* is uitgesproken vanwege een 'interne onrechtmatigheid', dan verzet het gezag van gewijsde zich er in beginsel tegen dat de regelgever het 'oude', onrechtmatig verklaarde rechtsregime inhoudelijk voortzet. Onmogelijk is het echter niet, bijvoorbeeld als een *déclaration d'illégalité* is uitgesproken vanwege een gebrekkige motivering.<sup>167</sup> In het Franse recht betreft dat een 'interne onrechtmatigheid'.<sup>168</sup> Als de regelgever met in achtneming van de overwegingen van de uitspraak waarin een *déclaration d'illégalité* is uitge-

164 CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*), r.o. 6.

165 Zie Girard 2014, onder b.

166 Zie Girard 2014, onder b.

167 Girard 2014, onder b.

168 Zie paragraaf 6.2.4.2.

sproken voorziet in een andere, verbeterde motivering, dan is inhoudelijke voortzetting wel mogelijk.<sup>169</sup>

De regelgever kan het ‘oude’ onrechtmatig verklaarde rechtsregime inhoudelijk voortzetten ten aanzien van degenen die dat rechtsregime met succes indirect hebben aangevochten, zolang het gezag van gewijsde zich daartegen niet verzet. Het gezag van gewijsde verzet zich in beginsel niet tegen inhoudelijke voortzetting als een regeling onrechtmatig is verklaard vanwege een ‘externe onrechtmatigheid’ – een *vice de forme ou de procédure* – en die ‘externe onrechtmatigheid’ is weggenomen. Als deze inhoudelijke voortzetting elementen van terugwerkende kracht in zich heeft, dan is dat volgens de *Conseil d’État* onder omstandigheden toegestaan, zoals hierna verder zal worden uitgelegd.

Om te bepalen wanneer er sprake is van terugwerkende kracht wordt in Frankrijk zowel een formeel-technische als een materiële benadering gebruikt.<sup>170</sup> Regelgeving heeft volgens de formeel-technische benadering terugwerkende kracht als het temporele toepassingsbereik van regelgeving zich uitstrekt tot voor het moment van de inwerkingtreding ervan.<sup>171</sup> Volgens de materiële benadering is er sprake van terugwerkende kracht als nieuwe regelgeving een impact heeft op de situaties die onder het oude recht zijn ontstaan, ook al heeft de nieuwe regeling formeel geen terugwerkende kracht.<sup>172</sup> De *Conseil d’État* gebruikt beide benaderingen om te bepalen of regelgeving terugwerkende kracht heeft.<sup>173</sup> Heeft regelgeving volgens de formeel-technische dan wel de materiële benadering terugwerkende kracht, dan is het vervolgens de vraag of die terugwerkende kracht toelaatbaar is. In een uitspraak 25 juni 1948 heeft de *Conseil d’État* ‘*le principe*’ erkend ‘*en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l’avenir*’: lagere regelgeving mag alleen in de toekomst voorzien.<sup>174</sup> De *Conseil d’État* past dit beginsel in de regel strikt toe.<sup>175</sup>

In uitzonderlijke gevallen is terugwerkende kracht van lagere regelgeving wel toegestaan. Een van de uitzonderingen is afkomstig uit de jurisprudentie van de *Conseil d’État* over het herstellen van *vernietigde* lagere regelgeving over de vaststelling of verhoging van

169 Girard 2014, onder b.

170 Schwarze 2006, p. 885.

171 Zie Schwarze 2006, p. 885.

172 Zie Schwarze 2006, p. 885.

173 In bijvoorbeeld CE 11 juli 2019, n° 422577 hanteert de *Conseil d’État* een formeel-technische benadering, terwijl de *Conseil d’État* in bijvoorbeeld CE 25 juni 1948, n° 94511 een materiële benadering hanteert.

174 CE 25 juni 1948, n° 94511. Behoudens de situatie waarin terugwerkende kracht van een *règlement* volgens een wettelijk voorschrift is toegestaan, zie CE 11 juli 2019, n° 422577.

175 In bijvoorbeeld een relatief recente uitspraak bepaalde de *Conseil d’État* dat het ontoelaatbaar is om een verhoogde afvalstoffenheffing van toepassing te verklaren op enkele weken die die voorafgingen aan de inwerkingtreding van een regeling waarmee de heffing werd verhoogd, zie CE 11 juli 2019, n° 422577. Zie ook Ferrari 2014.

tarieven voor de openbare dienstverlening/de vergoeding van verrichte openbare diensten.<sup>176</sup> De *Conseil d'État* vindt het toelaatbaar, en soms zelfs noodzakelijk, dat dit soort lagere regelgeving gevolgen heeft voor het verleden. Terugwerkende kracht is in het bijzonder aangewezen als er door de vernietiging van lagere regelgeving een 'onwenselijk rechtsvacuüm' ontstaat, in die zin dat er geen tarievenregeling bestaat die door de vernietiging herleeft en waarop aldus ná de vernietiging teruggevallen kan worden.<sup>177</sup> Het verlenen van terugwerkende kracht aan een nieuwe regeling wordt dan noodzakelijk geacht om de continuïteit van de openbare dienstverlening te verzekeren. Het verdient in dat licht opmerking dat *la continuité du service public* door de *Conseil constitutionnel* is aangemerkt als een beginsel dat constitutionele waarde heeft.<sup>178</sup>

De bovenstaande uitzondering op het uitgangspunt van geen terugwerkende kracht heeft de *Conseil d'État* in de uitspraak *Anschling* ook van toepassing verklaard op 'herstelregelgeving' na succesvolle indirecte toetsing. Een succesvolle indirecte toetsing creëert in Frankrijk ook een rechtsvacuüm: enerzijds geldt dat een incidenteel onrechtmatig verklaard *règlement* niet met terugwerkende kracht verdwijnt uit de rechtsorde en een oude regeling niet doet herleven, anderzijds is het ingevolge de *Ponard*-uitspraak verboden om het nog bestaande maar incidenteel onrechtmatig verklaarde *règlement* toe te passen en moet dat *règlement* worden ingetrokken.<sup>179</sup> Dat rechtsvacuüm acht de *Conseil d'État* onwenselijk. De *Conseil d'État* overweegt in de *Anschling*-uitspraak dat een *déclaration d'illégalité* er niet toe mag leiden dat degenen die hun in rekening gebrachte bedragen hebben betwist, worden ontheven van elke verplichting om een vergoeding te betalen voor een dienst waarvan zij 'daadwerkelijk hebben geprofiteerd'.<sup>180</sup> In dit geval mocht het SIEDD dan ook, met in achtneming van de redenen waarom de eerdere *délibérations* onrechtmatig waren verklaard, een nieuwe *délibération* vaststellen, waarbij met terugwerkende kracht de tarieven voor de betreffende periodes werden vastgesteld voor degenen die gebruik hebben gemaakt van de dienst en in rechte waren opgekomen tegen de daarvoor in rekening gebrachte bedragen.

In uitzonderlijke gevallen mag 'herstelregelgeving' gelet op het bovenstaande terugwerkende kracht hebben, maar dat lijkt alleen toelaatbaar te zijn onder de bijzondere omstandigheid dat voor bepaalde gebruikers van een openbare dienst geen verplichting meer

176 Zie de conclusie van M.-A. de Barmon bij CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*) met verwijzing naar onder andere CE 20 januari 1988, n° 59984 en CE 10 juli 2012, n° 353356.

177 Vergelijk Ferrari 2014 en de conclusie van M.-A. de Barmon bij CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*).

178 CC 25 juli 1979, n° 79-105 DC.

179 Zie CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*), r.o. 4.

180 CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*), r.o. 5.



bestaat tot betaling voor de diensten waarvan zij gebruik hebben gemaakt en de continuïteit van de openbare dienstverlening in gevaar komt.

#### 6.3.6 *Tussenconclusie*

De gevolgen van een vernietiging van een *règlement* en een *déclaration d'illégalité* van een *règlement* verschillen formeel wel maar materieel gezien nauwelijks van elkaar. In feite komt een *déclaration d'illégalité* qua effect minstens neer op een vernietiging *ex nunc*, hoewel een *règlement* door een *déclaration d'illégalité* niet uit de rechtsorde wordt verwijderd. Het nog bestaande *règlement* mag echter niet worden toegepast en moet *ex nunc* worden ingetrokken, zodat het *règlement* na een *déclaration d'illégalité* feitelijk geen betekenis meer heeft.<sup>181</sup> Definitieve uitvoeringsbesluiten die op het onrechtmatige *règlement* zijn gebaseerd blijven in principe bestaan, maar het bestuursorgaan is verplicht om een onrechtmatig, niet-rechtenverlenend besluit *ex nunc* in te trekken.<sup>182</sup>

Aangezien een onrechtmatig *règlement* moet worden ingetrokken, ligt het voor de hand dat de regelgever een nieuw, hersteld *règlement* vaststelt of het oude *règlement* zodanig wijzigt, dat het niet langer onrechtmatig is. De schending van vorm- en procedurevoorschriften geeft daartoe overigens geen aanleiding, omdat dit soort formele gebreken op grond van de recente rechtspraak van de *Conseil d'État* rechtens niet aan de orde kunnen komen bij indirecte toetsing.<sup>183</sup> In het verleden kon dat wel. Werd een *règlement* vanwege de schending van een vorm- of procedurevoorschrift incidenteel onrechtmatig verklaard, dan mocht het 'oude', onrechtmatige rechtsregime na herstel inhoudelijk worden voortgezet ten aanzien van in elk geval ook degenen die het 'oude' rechtsregime eerder met succes indirect hadden aangevochten.<sup>184</sup> Onder heel bijzondere omstandigheden was het toegestaan om dat 'oude', onrechtmatige rechtsregime na herstel met terugwerkende kracht voort te zetten. Namelijk alleen als die terugwerkende kracht noodzakelijk is om, heel kort gezegd, de continuïteit van de openbare dienstverlening te verzekeren.<sup>185</sup> Dit geldt nog steeds als een *règlement*, om andere dan formele gebreken, onrechtmatig wordt bevonden.

Om de redenen die ik heb genoemd in paragraaf 6.3.2, met name de redenen die samenhangen met rechtszekerheid, is het opmerkelijk dat een vernietiging en een *déclaration d'illégalité* vrijwel hetzelfde materiële resultaat hebben. Ter mogelijke verklaring daarvan

181 Paragraaf 6.3.4.

182 Paragraaf 6.3.3.

183 Paragraaf 6.4.3.2.

184 Paragraaf 6.3.5.

185 Paragraaf 6.3.5.

moet het objectieve karakter van het Franse bestuurs(proces)recht worden benadrukt, op grond waarvan het onder meer van groot belang wordt geacht dat handelingen van het bestuur die in de rechtsorde bestaan in overeenstemming zijn met het objectieve recht. Het *principe de légalité* en de waarborging daarvan zijn essentieel. In die lijn ligt het voor de hand om vergaande consequenties te verbinden aan indirecte toetsing, ook al kan die toetsing zonder termijn plaatsvinden: een onrechtmatige bestuurshandeling moet simpelweg verdwijnen uit de wereld van het recht. Het is pas sinds kort dat in de rechtspraak het belang van de rechtszekerheid meer gewicht in de schaal legt. Uit paragraaf 6.4 zal blijken dat het belang van de rechtszekerheid inmiddels enige grenzen stelt aan de eerder bijna grenzeloze handhaving van het objectieve recht. Voor de rechtsgevolgen van de indirecte toetsing van *règlements* lijkt vooralsnog nog steeds het volgende uitgangspunt te gelden: '*la certitude du respect du droit prime la volonté de stabilité*'.<sup>186</sup>

## 6.4 DE VERHOUDING TUSSEN DIRECTE EN INDIRECTE TOETSING

### 6.4.1 Inleiding

Deze paragraaf gaat over de invloed van het bestaan van het vernietigingsberoep tegen *règlements* op de indirecte toetsing door de bestuursrechter van die *règlements*. Meer specifiek gaat het over de vraag in hoeverre het niet (tijdig) of zonder succes gebruik maken van de directe beroepsmogelijkheid gevolgen heeft voor de indirecte toetsing door de bestuursrechter. In het Franse bestuursrecht geldt het uitgangspunt dat indirecte toetsing door de bestuursrechter van een appellabel *règlement* altijd mogelijk is. Dit uitgangspunt werk ik uit in paragraaf 6.4.2. De uitzonderingen komen aan de orde in paragraaf 6.4.3. Een deel van die uitzonderingen vloeit voort uit het gezag van gewijsde, dat soms de indirecte toetsing van zonder succes direct aangevochten *règlements* kan uitsluiten (paragraaf 6.4.3.1). Voor een ander deel is de beperking van de indirecte toetsing gelegen in de omvang van die indirecte toetsing, die door de wetgever en de *Conseil d'État* is beperkt (paragraaf 6.4.3.2). In paragraaf 6.4.4 volgt een tussenconclusie.

### 6.4.2 Hoofregel

Een *règlement* wordt definitief als het niet (tijdig) of zonder succes tot in laatste instantie direct is aangevochten in een vernietigingsberoep.<sup>187</sup> Dat betekent dat het betreffende *règlement* niet meer teniet kan worden gedaan door de bestuursrechter met de inzet van

186 Seiller 1995, p. 30.

187 Vergelijk Theunis 2011, rn. 172.

normale rechtsmiddelen. De stabiliteit van een *règlement* dat niet (tijdig) of zonder succes direct is aangevochten sluit de indirecte toetsing door de bestuursrechter van dat *règlement* echter niet uit. Ik licht dat hierna toe.

De *Conseil d'État* bepaalde reeds in 1908 dat de indirecte toetsing van *règlements* zonder beperking in de tijd, en dus ook na het verstrijken van de beroepstermijn, kan plaatsvinden.<sup>188</sup> Uit meer recente rechtspraak van de *Conseil d'État* blijkt dat dit uitgangspunt nog altijd geldt.<sup>189</sup> Uit die meer recente rechtspraak is ook af te leiden waarom. In bijvoorbeeld de uitspraak *CFDT Finances* van 18 mei 2018 overweegt de *Conseil d'État* daarover dat, 'en raison de la permanence de l'acte réglementaire', te allen tijde 'la légalité des règles qu'il fixe, comme la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir doivent pouvoir être mises en cause',<sup>190</sup> zodat de 'onrechtmatigheid' die een *règlement* kan veroorzaken in de rechtsorde altijd gesanctioneerd kan worden.<sup>191</sup> Wat de *Conseil d'État* hier tot uitdrukking brengt, is dat het permanente karakter van een *règlement* insluit dat het bestaan van de mogelijkheid van een vernietigingsberoep tegen dat *règlement*, dat binnen twee maanden moet worden ingesteld, onvoldoende is om de naleving van het *principe de légalité* te verzekeren.<sup>192</sup>

Het permanente karakter van *règlements* houdt in dat *règlements* vatbaar zijn voor een onbepaald aantal toepassingen op een open, in abstracto omschreven groep.<sup>193</sup> Vanwege het permanente karakter van een *règlement* kan het voorkomen dat burgers pas na afloop van de beroepstermijn een toetsingsbelang krijgen. Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat burgers pas na afloop van de beroepstermijn komen te vallen onder het bereik van een *règlement*. Ook mogelijk is dat burgers weliswaar al binnen de beroepstermijn onder de reikwijdte van het *règlement* vielen, maar pas na afloop van die termijn bekend raakten met het *règlement*, omdat het toen pas op hen werd toegepast. In beide gevallen worden burgers pas na afloop van de beroepstermijn geconfronteerd met een vermeend onrechtmatig *règlement*, maar kunnen zij het *règlement* niet meer met succes ter directe toetsing aan de bestuursrechter voorleggen. Het permanente karakter van een *règlement* brengt aldus mee dat er niet altijd van uit kan worden gegaan dat burgers al binnen de beroepstermijn bekend waren met een (vermeend onrechtmatig) *règlement* en/of de precieze uitwerking die dat *règlement* op hen zou kunnen hebben. Zou een *règlement* na afloop van de

188 CE 29 mei 1908, n° 25488 (*Poulin*).

189 Zie bijvoorbeeld CE 30 december 2013, n° 367615 (*Oskoun*); CE 18 mei 2018, n° 414583 (*CFDT Finances*). Zie bijvoorbeeld ook Chevalier 2019, p. 642; Peiser 2014, p. 176; Guyomar & Seiller 2012, p. 262; Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018, p. 38; Bok 1991, p. 244-245; Van Male 1988, p. 59; Theunis 2011, rn. 173.

190 Dus niet een *vice de forme ou de procédure*, zie paragraaf 6.4.3.2.

191 CE 18 mei 2018, n° 414583 (*CFDT Finances*).

192 Zie bijvoorbeeld Van Male 1988, p. 59; Theunis 2011, rn. 172 met verwijzing naar Pacteau 2008, p. 217-218.

193 Zie Van Male 1988, p. 59.

beroepstermijn niet meer indirect getoetst kunnen worden, dan betekent dit dat het bestuur een onrechtmatig *règlement* kan blijven toepassen in de vorm van – eveneens onrechtmatige – uitvoeringsbesluiten. Dat strookt niet met het Franse uitgangspunt dat al het bestuurshandelen in de rechtsorde in overeenstemming moet zijn met het objectieve recht. *Règlements* moeten daarom na afloop van de beroepstermijn getoetst kunnen worden, zodat de (eventueel onrechtmatige) toepassingen daarvan ‘gesanctioneerd’ (lees: vernietigd) kunnen worden, zonder dat het *règlement* door de indirecte toetsing uit de wereld van het recht verdwijnt.<sup>194</sup>

De rechtvaardiging voor het zonder beperking in de tijd indirect kunnen toetsen van *règlements* moet ook worden gezocht in de (formeel) beperkte gevolgen die indirecte toetsing heeft.<sup>195</sup> De indirecte toetsing heeft formeel gezien geen werking buiten de grenzen van het geding waarin indirecte toetsing plaatsvindt en verwijdert een *règlement* niet uit de wereld van het recht, maar beoogt slechts de toepassingen van een onrechtmatig *règlement* te sanctioneren.<sup>196</sup> Gelet op de formeel beperkte gevolgen van indirecte toetsing zou dan ook gezegd kunnen worden dat er wordt beoogd een evenwichtige balans te bereiken tussen *les principes de légalité et de sécurité juridique*, door de mogelijkheid van indirecte toetsing van *règlements* niet in de tijd te beperken.

Ter afsluiting van deze paragraaf wijs ik erop dat indirecte toetsing niet alleen zonder enige beperking in de tijd mogelijk is als het vernietigingsberoep niet (tijdig) is ingesteld. Ook als het vernietigingsberoep zonder succes is ingesteld, is latere indirecte toetsing van dat *règlement* door de bestuursrechter in beginsel mogelijk.<sup>197</sup> Dat geldt in elk geval als derden – degenen die niet betrokken waren in het directe beroep – het zonder succes aangevochten *règlement* indirect willen laten toetsen. De ongegrondverklaring van een vernietigingsberoep werkt namelijk *inter partes*.<sup>198</sup> Voor zover de mogelijkheid van indirecte toetsing van een *règlement* dat zonder succes is aangevochten wel wordt uitgesloten, heeft dat te maken met het gezag van gewijsde, waarover meer in de volgende paragraaf.

---

194 Zie ook Theunis 2011, rn. 172.

195 Vergelijk de conclusie van M-A. de Barmon voorafgaand aan CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*).

196 Vergelijk Theunis 2011, rn. 172 met verwijzing naar Pacteau 2008, p. 217-218.

197 Vergelijk Theunis 2011, rn. 173; Van Male 1988, p. 59. Van Male merkt daarbij op dat de rechter bij de indirecte toetsing van een *règlement* tot een ander inzicht zou kunnen komen.

198 Theunis 2011, rn. 173; Peiser 2014, p. 285.

### 6.4.3 Uitzonderingen

#### 6.4.3.1 Uitzondering na zonder succes ingesteld beroep

Zoals gezegd in de vorige paragraaf, geldt in beginsel dat indirecte toetsing zonder beperking in de tijd mogelijk is als tegen een *règlement* zonder succes een vernietigingsberoep is ingesteld. Indirecte toetsing van een *règlement* na een zonder succes ingesteld beroep tegen dat *règlement* kan onder omstandigheden echter wel rechtens uitgesloten worden door het gezag van gewijsde voor degene die het *règlement* heeft aangevochten in het vernietigingsberoep.<sup>199</sup>

Het gezag van gewijsde houdt in dat een beslissing van de rechter die definitief is geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden onsuccesvol zijn uitgeput of de beroepstermijnen zijn verstreken, niet meer ter discussie kan worden gesteld in een ander geding.<sup>200</sup> Ter beantwoording van de vraag in hoeverre het gezag van gewijsde de latere indirecte toetsing van *rèlements* uitsluit, moet worden gekeken naar de reikwijdte van dat gezag van gewijsde. Voor de vaststelling van de reikwijdte van het gezag van gewijsde van bestuursrechterlijke uitspraken wordt aangesloten bij artikel 1355 van de *Code civil*.<sup>201</sup> Uit deze bepaling wordt afgeleid dat het gezag van gewijsde van een rechterlijke beslissing zich alleen uitstrekt tot een latere procedure als (1) dezelfde partijen zijn betrokken, (2) de procedure hetzelfde voorwerp (*'objet'*) heeft en (3) de rechtsgronden/middelen (*'cause'*) hetzelfde zijn. Verder krijgt niet alleen het dictum van een uitspraak gezag van gewijsde, maar ook de overwegingen die dat dictum steunen.<sup>202</sup> Deze voorwaarden ter bepaling van de reikwijdte van het gezag van gewijsde zijn vergelijkbaar met de voorwaarden die hiervoor in het Unierecht gelden.<sup>203</sup>

Door de hierboven genoemde voorwaarden beperkt het gezag van gewijsde vrijwel nooit de mogelijkheid voor een partij die het vernietigingsberoep zonder succes had ingesteld, om een *règlement* later indirect te laten toetsen. Zo sluit het gezag van gewijsde niet uit dat die partij in het kader van indirecte toetsing andere rechtsgronden aanvoert dan de verworpen rechtsgronden die in het ongegrond verklaarde vernietigingsberoep zijn aangevoerd.<sup>204</sup> Verder zij erop gewezen dat het *'objet'* van een vernietigingsberoep tegen een

199 Voor andere partijen dan de partij die een *règlement* zonder succes in een direct beroep heeft aangevochten, geldt sowieso dat de latere indirecte toetsing niet wordt uitgesloten vanwege het gezag van gewijsde, omdat de ongegrondverklaring van een direct beroep *inter partes* werkt, zie paragraaf 6.4.2.

200 Over het gezag van gewijsde in het Franse bestuursrecht zie bijvoorbeeld Guyomar & Seiler 2012, p. 384-391; Gourdou 1996, p. 45 e.v.

201 Zie Chevalier 2019, p. 631.

202 CE 17 december 2007, n° 271482.

203 Zie paragraaf 4.4.3.3.

204 Zie Peiser 2014, p. 285; Guyomar & Seiler 2012, p. 389.

*règlement* anders kan zijn dan het 'objet' van de procedure waarin een *règlement* indirect wordt getoetst. Ter illustratie daarvan wordt gewezen op een uitspraak van 17 maart 2021, waarin de *Conseil d'État* overweegt dat het vernietigingsberoep tegen een *règlement* een ander voorwerp heeft dan het vernietigingsberoep tegen de weigering om een *règlement* in te trekken.<sup>205</sup> In het eerstgenoemde beroep gaat het om het verkrijgen van 'annulation rétroactive' van een *règlement*, terwijl het beroep tegen de weigering om een *règlement* in te trekken strekt tot het verplichten van het bevoegde orgaan om een *règlement* in te trekken. Het voorwerp van het onderhavige beroep, strekkende tot intrekking van een *règlement*, is daarom niet hetzelfde als het voorwerp van het eerder tevergeefs ingestelde beroep, door dezelfde partij, strekkende tot de vernietiging van het *règlement*. Bijgevolg, zo concludeert de *Conseil d'État*, staat het eerdere zonder succes ingestelde vernietigingsberoep er niet aan in de weg dat de rechter het beroep inzake de weigering tot intrekking van het *règlement* beoordeelt. Een vergelijkbare redenering gaat op voor de indirecte toetsing van een *règlement* tijdens het vernietigingsberoep tegen een uitvoeringsbesluit en het vernietigingsberoep tegen een *règlement* zélf. Een vernietigingsberoep tegen een uitvoeringsbesluit, waarin een *règlement* indirect wordt getoetst, heeft, anders dan het vernietigingsberoep tegen een *règlement*, niet het doel om het *règlement* teniet te doen, maar is gericht tegen het daarop gebaseerde uitvoeringsbesluit.<sup>206</sup>

Kortom, het gezag van gewijsde kan meebrengen dat de indirecte toetsing van *règlements* waartegen zonder succes het vernietigingsberoep is ingesteld, wordt uitgesloten, maar daarvan lijkt niet snel sprake te zijn. Het gezag van gewijsde betekent dat de indirecte toetsing van een *règlement* wordt uitgesloten voor een partij, als het vernietigingsberoep tegen dat *règlement* van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard, mits er is voldaan aan drie voorwaarden: dezelfde partijen zijn betrokken bij de procedure waarin de indirecte toetsing plaatsvindt als bij het ongegrond verklaarde directe beroep, de procedures hebben hetzelfde voorwerp en dezelfde rechtsgronden/middelen zijn aan de orde. Tot het uitsluiten van indirecte toetsing vanwege het voldoen aan deze drie voorwaarden lijkt het niet snel te komen, alleen al omdat de procedures waarin *règlements* direct en indirect worden getoetst vaak een ander 'voorwerp' hebben.

#### 6.4.3.2 Bepalingen voor de omvang van indirecte toetsing

Zowel niet (tijdig) als het zonder succes instellen van een vernietigingsberoep sluit de latere indirecte toetsing van dat *règlement* door de bestuursrechter in beginsel niet uit. Indirecte toetsing kan in beginsel dus te allen tijde plaatsvinden, waardoor het, zoals

205 CE 17 maart 2021, n° 440208.

206 Theunis 2011, rn. 172 met verwijzing naar Pacteau 2008, p. 217-218.

Theunis opmerkt, ‘een natuurlijke vijand van de rechtszekerheid’ is.<sup>207</sup> Dat geldt temeer omdat de formeel beperkte gevolgen van indirecte toetsing, die deels ten grondslag liggen aan het uitgangspunt dat indirecte toetsing zonder beperking in te tijd kan plaatsvinden, in de praktijk verdergaand zijn.<sup>208</sup> Gelet daarop kan de volgende vraag worden gesteld: wordt er niet te veel afgedaan aan het belang van de rechtszekerheid als het indirect toetsen van een definitief *règlement* vrijwel altijd mogelijk is? De wetgever en de bestuursrechter beantwoorden die vraag (deels) bevestigend en hebben allebei beperkingen aangebracht voor de omvang van indirecte toetsing.

Een wettelijke beperking is te vinden in artikel L. 600-1 van de *Code de l’urbanisme*.<sup>209</sup> De eerste alinea van dat artikel luidt: ‘*L’illégalité pour vice de forme ou de procédure d’un schéma de cohérence territoriale, d’un plan local d’urbanisme, d’une carte communale ou d’un document d’urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d’exception, après l’expiration d’un délai de six mois à compter de la prise d’effet du document en cause.*’ Op grond van de eerste alinea van dit artikel kan de schending van vorm- en procedurevoorschriften bij de vaststelling van onder meer een bestemmingsplan (*plan local d’urbanisme*) niet meer bij wege van exceptie worden aangevoerd na het verstrijken van zes maanden, te rekenen vanaf de datum van de inwerkingtreding van het bestemmingsplan. In de derde alinea van artikel L. 600-1 zijn wel twee uitzonderingen geformuleerd. Er is geen beperking in de tijd voor het inroepen van het ‘substantieel negeren of schenden’ van de regels over een voorgeschreven ‘*enquête publique*’ (inspraakprocedure)<sup>210</sup> en het ontbreken ‘*du rapport présentation ou des documents graphique*’.

In lijn met de strekking van artikel L.600-1 *Code de l’urbanisme* deed de *Conseil d’État* een uitspraak op 18 mei 2018, waarin in meer algemene zin (ook buiten de het terrein van de ruimtelijke ordening) het rechtens kunnen inroepen van *vices de forme ou de procédure* (schending van vorm- en procedurevoorschriften) in het kader van indirecte toetsing van lagere regelgeving wordt beperkt. Het betreft de uitspraak *CFDT Finances*.<sup>211</sup> In deze uitspraak gaat het om een beroep van een ambtenarenvakbond tegen een besluit tot weigering van de intrekking van een *décret*, waarin onder meer wordt aangevoerd dat de voorgeschreven raadpleging van in dit geval de *conseil supérieur de la fonction publique de l’État* niet juist zou hebben plaatsgevonden. De *Conseil d’État* oordeelt dat dit procedurele

207 Theunis 2011, rn. 174.

208 Zie paragraaf 6.3.

209 Zie hierover recent bijvoorbeeld de conclusie van C. Barrois de Sarigny bij CE 24 maart 2021, n° 428467.

210 Bijvoorbeeld artikel L. 153-9 *Code de l’urbanisme* bepaalt dat een bestemmingsplan moet worden onderwerpen aan een ‘*enquête publique*’, die overeenkomstig de relevantie bepalingen over inspraak in de *Code de l’environnement* moet worden gehouden (hoofdstuk III, titel II, boek I).

211 CE 18 mei 2018, n° 414583 (*CFDT Finances*). Zie hierover bijvoorbeeld Delvolvé 2018.

gebrek niet meer rechtens kan worden aangevoerd in een vernietigingsberoep inzake de weigering tot intrekking van het *décret* en legt daaraan het volgende ten grondslag.

De *Conseil d'État* brengt in herinnering dat de rechterlijke toetsing van *règlements* betrekking heeft op de eventuele onbevoegdheid van het vaststellende orgaan, de vorm- en procedurevoorschriften die dat orgaan in acht moet nemen, het al dan niet bestaan van misbruik van bevoegdheid en de inhoudelijke rechtmatigheid. Al deze toetsingsgronden kunnen aan de orde komen tijdens een binnen twee maanden ingesteld vernietigingsberoep tegen *règlements*. *Règlements* kunnen echter ook na afloop van de beroepstermijn getoetst worden, zo vervolgt de *Conseil d'État*, maar dan indirect en wel op twee verschillende manieren: in een vernietigingsberoep tegen een op het *règlement* gebaseerd uitvoeringsbesluit of in een vernietigingsberoep inzake de weigering tot intrekking van een *règlement*. De *Conseil* vervolgt dat bij indirecte toetsing rechtens geen beroep kan worden gedaan op de schending van vorm- en procedurevoorschriften; dat kan alleen tijdens een vernietigingsberoep dat tegen het *règlement* zelf is gericht en dat vóór het verstrijken van de beroepstermijn is ingesteld. De overige toetsingsgronden kunnen wel aan de orde komen als een *règlement* na afloop van de beroepstermijn indirect wordt getoetst.

De *Conseil d'État* beperkt in de uitspraak *CFDT Finances* de omvang van indirecte toetsing, maar het bleef na deze uitspraak onduidelijk wat de reikwijdte van die beperking zou zijn. Geldt de beperking alleen voor indirecte toetsing die plaatsvindt na afloop van de beroepstermijn of kunnen de schendingen van vorm- en procedurevoorschriften sowieso niet rechtens worden aangevoerd in het kader van indirecte toetsing? In een uitspraak van 1 maart 2023 geeft de *Conseil d'État* antwoord.<sup>212</sup> In deze uitspraak wordt bij wijze van exceptie aangevoerd dat er aan een *règlement* een *vice de procédure* kleeft, terwijl de termijn voor het instellen van vernietigingsberoep tegen dat *règlement* nog niet is verstreken. De *Conseil d'État* overweegt dat de schending van vorm- en procedurevoorschriften alleen kan worden aangevoerd in een vernietigingsberoep tegen het *règlement*.

De hierboven besproken beperking voor de omvang van indirecte toetsing roept de vraag op wat er precies onder vorm- en procedurevoorschriften moet worden verstaan. Dit zijn de in wet- en regelgeving voorgeschreven regels over het nemen en voorbereiden van een besluit.<sup>213</sup> Er valt in zijn algemeenheid moeilijk te zeggen welke regels dat precies zijn, omdat zij verspreid zijn neergelegd in allerlei wetten en andere regelgeving. Ik volsta daarom met het noemen van enkele categorieën van regels waarvan de schending *vice de forme ou de procédure* oplevert.

212 CE 1 maart 2023, n° 462648.

213 Van Male 1988, p. 70, 79.



Een voorbeeld van een categorie van regels waarvan de schending leidt tot een *vice de forme* bestaat uit voorschriften die verplichten tot een kenbare motivering. Vooropgesteld staat dat er naar Frans recht geen algemene verplichting geldt om ieder besluit op een kenbare wijze te motiveren.<sup>214</sup> Het dichtst in de buurt van bepalingen die in meer algemene zin verplichten tot een kenbare motivering zijn enkele bepalingen uit de CRPA, omdat die motiveringsplichten niet beperkt zijn tot besluiten die worden genomen op bepaalde terreinen.<sup>215</sup> Welke besluiten kenbaar gemotiveerd moeten worden, staat in de artikelen L. 211-2 en L. 211-3 CRPA.<sup>216</sup> De in de CRPA genoemde besluiten zijn limitatief opgesomd. Onder andere *règlements* vallen er niet onder.<sup>217</sup> Het ontbreken van een algemene verplichting om *règlements* kenbaar te motiveren, betekent niet dat *règlements* nooit kenbaar hoeven te worden gemotiveerd. In afwijking van de hoofdregel kan een wettelijke bepaling voorschrijven dat een *règlement* kenbaar moet worden gemotiveerd. Wordt een wettelijk voorgeschreven motiveringsplicht niet in acht genomen, dan moet dat als een *vice de forme* worden aangemerkt.<sup>218</sup>

Een gebrekkige motivering levert overigens, anders dan een niet kenbare motivering, geen *vice de forme ou de procédure* op. Het onderzoek naar de deugdelijkheid van de motivering vindt plaats onder de toetsingsgrond *vices des motifs*, die geen betrekking heeft op de ‘externe onrechtmatigheid’, maar de ‘interne onrechtmatigheid’ van een besluit.<sup>219</sup>

Een voorbeeld van een categorie van regels waarvan de schending leidt tot een *vice de procédure* bestaat uit voorschriften die gaan over consultatie en inspraak.<sup>220</sup> Er bestaat geen algemene verplichting om voorafgaand aan de vaststelling van een *règlement* belangenorganisaties, experts of het publiek te consulteren of om een inspraakprocedure te houden. Net als bij een kenbare motivering, kan dat wel in een specifiek wettelijk voorschrift of in andere regelgeving zijn voorgeschreven.<sup>221</sup> Het vaststellende orgaan kan daarnaast vrijwillig bepalen om advies in te winnen van bijvoorbeeld experts en/of belangenorganisaties of om een inspraakprocedure te organiseren. Voor zover zij niet voortvloeien

214 Zie over de motiveringsplicht in Frankrijk bijvoorbeeld Gabarda 2012, p. 61-62; Autin 2011, p. 85-93; Peiser 2014, p. 244-246; Opdebeek & De Somer 2016, p. 97-148; Untermaier-Kerléo 2019, p. 21-30.

215 Opdebeek & De Somer 2016, p. 108-109.

216 Het gaat, kort gezegd, om enkele ‘belastende individuele besluiten’ (*‘décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent’*) en individuele besluiten waarmee wordt afgeweken van een wet of *règlement* (*‘décisions individuelles dérogatoires’*).

217 Zie ook Gabarda 2012, p. 61; Opdebeek & De Somer 2016, p. 109.

218 Zie Van Male 1988, p. 81; Peiser 2014, p. 244-245.

219 Zie Autin 2011, p. 85, 92.

220 Zie Peiser 2014, p. 244-247.

221 Van Male 1988, p. 85-88; Peiser 2014, p. 246. Zie bijvoorbeeld de geregelde inspraakprocedure in de *Code l’environnement*.

uit een andere wettelijke regeling of een *règlement*, moet het bestuur bij de consultatie en/of inspraakronde de regels in acht nemen die daarover in de CRPA zijn neergelegd. Zo zijn er in de CRPA bepalingen neergelegd voor bijvoorbeeld het houden van een *enquête publique* en online consultatie.<sup>222</sup>

#### 6.4.4 Tussenconclusie

In deze paragraaf is duidelijk geworden dat het indirect toetsen van een *règlement* door de bestuursrechter in beginsel zonder beperking in de tijd mogelijk is, ook als dat *règlement* niet (tijdig) of zonder succes direct is getoetst door de bestuursrechter in een vernietigingsberoep. Een van de redenen voor deze in de tijd onbeperkte mogelijkheid van indirecte toetsing is dat het vernietigingsberoep, dat binnen twee maanden moet worden ingesteld, op zichzelf onvoldoende is om de naleving van het *principe de légalité* te verzekeren; dit mede vanwege het permanente karakter van een *règlement*.<sup>223</sup> Verder heeft een succesvolle indirecte toetsing formeel gezien beperkte gevolgen, zodat de gedachte is dat relatief weinig wordt afgedaan aan de rechtszekerheid als de indirecte toetsing van niet (tijdig) of zonder succes aangevochten *rèlements* succesvol is.<sup>224</sup> Alleen het gezag van gewijsde kan meebrengen dat de mogelijkheid van het indirect toetsen wordt uitgesloten, maar dat gebeurt niet snel. Het gezag van gewijsde brengt mee dat de indirecte toetsing van een *règlement* wordt uitgesloten voor een partij, als het vernietigingsberoep tegen dat *règlement* van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard, mits er is voldaan aan drie voorwaarden: dezelfde partijen zijn betrokken bij de procedure waarin de indirecte toetsing plaatsvindt als bij het ongegrond verklaarde directe beroep, de procedures hebben hetzelfde voorwerp en dezelfde rechtsgronden/middelen zijn aan de orde.<sup>225</sup>

Hoewel het indirect toetsen door de bestuursrechter van een *règlement* dat niet (tijdig) of zonder succes direct is aangevochten vrijwel steeds zonder beperking in de tijd mogelijk is, is wel de omvang van die indirecte toetsing beperkt.<sup>226</sup> Die beperkingen zijn opgelegd door de wetgever en de *Conseil d'État*. In de kern komen deze beperkingen erop neer dat in het kader van indirecte toetsing van een *règlement* niet rechtens de schending van vorm- en procedurevoorschriften kan worden aangevoerd. Dat kan alleen in een vernietigingsberoep dat gericht is tegen een *règlement*.

222 Zie hoofdstuk IV, titel III, boek I CRPA respectievelijk hoofdstuk II, titel III, boek I CRPA.

223 Paragraaf 6.4.2.

224 Paragraaf 6.4.2. Zie echter wel de kanttekeningen die hierbij zijn geplaatst in paragraaf 6.4.3, in die zin dat de gevolgen van een succesvolle indirecte toetsing in de praktijk (veel) verdergaand zijn.

225 Paragraaf 6.4.3.1.

226 Paragraaf 6.4.3.2.

In paragraaf 6.3.6 heb ik opgemerkt dat het rechtszekerheidsbeginsel aan terrein begint te winnen in het Franse bestuursrecht. Het beperken van de omvang van de indirecte toetsing van *règlements* biedt daar een voorbeeld van. De *Conseil d'État* merkt over zijn aangebrachte beperking voor de indirecte toetsing zelf op dat hiermee het evenwicht is aangepast tussen de beginselen van rechtszekerheid en legaliteit, met het oog op de versterking van het eerstgenoemde beginsel.<sup>227</sup> De beperking, die dus in de kern inhoudt dat de schending van vorm- en procedurevoorschriften rechtens niet aan de orde kan komen bij indirecte toetsing, heeft echter niet tot gevolg dat het rechtszekerheidsbeginsel voortaan over de hele linie prevaleert boven het beginsel van legaliteit. Alle overige toetsingsgronden (*incompetence, vices des motifs, violation de la loi en détournement de pouvoir*) kunnen nog altijd rechtens worden ingeroepen tijdens de indirecte toetsing van een (niet (tijdig) of zonder succes aangevochten) *règlement*.

## 6.5 CONCLUSIE

De procedurele positie van indirecte toetsing van *règlements* in het Franse bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssysteem is, in het verleden nog meer dan nu, sterk bepaald door het objectieve karakter van het Franse bestuurs(proces)recht. Op grond daarvan wordt het onder meer van groot belang geacht dat handelingen van het bestuur die in de rechtsorde bestaan, inclusief *règlements*, in overeenstemming zijn met het objectieve recht. Het *principe de légalité* (legaliteit) en de waarborging daarvan zijn essentieel. Deze invloed is goed zichtbaar ten aanzien van de (reikwijdte van de) consequenties van een succesvolle indirecte toetsing en de verhouding tussen directe en indirecte toetsing. Recent is wel het belang van de rechtszekerheid meer op de voorgrond getreden bij de inrichting van de procedurele positie van indirecte toetsing in het Franse bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssysteem.

Met betrekking tot de (reikwijdte van de) consequenties van een succesvolle indirecte toetsing, een *déclaration d'illégalité*, geldt een bijna grenzeloze handhaving van het objectieve recht.<sup>228</sup> Deze consequenties zijn zo verstrekkend, dat zij qua resultaat minstens even verstrekkend zijn als een vernietiging *ex tunc*, met dien verstande dat een succesvolle indirecte toetsing niet de verwijdering van een *règlement* uit de rechtsorde tot gevolg heeft. De invloed van een *déclaration d'illégalité* op de toepassingen van het betreffende *règlement* in het verleden, het heden en de toekomst is groot. Het – nog wel in de rechtsorde bestaande –

227 Zie CE, 'Le Conseil d'État précise les modalités selon lesquelles un acte réglementaire peut être contesté', via: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/contestation-d-un-acte-reglementaire>.

228 Paragraaf 6.3.

*règlement* mag niet meer worden toegepast en moet *ex nunc* worden ingetrokken.<sup>229</sup> Definitieve uitvoeringsbesluiten die op het onrechtmatige *règlement* zijn gebaseerd blijven bestaan, maar het bestuursorgaan is verplicht om een onrechtmatig, niet-rechtenverlennend besluit *ex nunc* in te trekken.<sup>230</sup>

Het belang van de rechtszekerheid legt sinds enkele jaren meer gewicht in de schaal bij de wijze waarop de verhouding tussen de directe en indirecte toetsing vorm krijgt.<sup>231</sup> Voor die verhouding geldt nog wel steeds het uitgangspunt dat het indirect toetsen van een *règlement* zonder beperking in de tijd mogelijk is, ook al is dat *règlement* niet (tijdig) of zonder succes direct aangevochten (legaliteit).<sup>232</sup> Benadrukt zij dat deze in de tijd onbegrensde mogelijkheid van indirecte toetsing bestaat naast een ruime directe beroepsmogelijkheid tegen (vrijwel alle) *règlements*.<sup>233</sup> Recent heeft de *Conseil d'État* vanwege het belang van de rechtszekerheid de omvang van indirecte toetsing van *règlements* beperkt. De schending van vorm- en procedurevoorschriften kan *nooit* aan de orde komen bij het indirect toetsen.<sup>234</sup> Ook niet als het *règlement* nog niet definitief is geworden. Verder geldt er, eveneens vanwege het belang van de rechtszekerheid, een beperkte uitzondering op de in de tijd onbegrensde mogelijkheid van indirecte toetsing als een *règlement* zonder succes direct is aangevochten. Het gezag van gewijsde betekent dat de indirecte toetsing van een *règlement* wordt uitgesloten voor een partij als het vernietigingsberoep tegen dat *règlement* van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard, mits er is voldaan aan drie voorwaarden: dezelfde partijen zijn betrokken bij de procedure waarin de indirecte toetsing plaatsvindt als bij het ongegrond verklaarde directe beroep, de procedures hebben hetzelfde voorwerp en dezelfde rechtsgronden/middelen zijn aan de orde.<sup>235</sup>

---

229 Paragraaf 6.3.4.

230 Paragraaf 6.3.3.

231 Paragraaf 6.4.

232 Paragraaf 6.4.2.

233 Paragraaf 6.2.4.2.

234 Paragraaf 6.4.3.2.

235 Paragraaf 6.4.3.1.

## SAMENVATTING DEEL II

In deel II van dit proefschrift is bekeken wat de procedurele positie is van indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften in de (bestuursrechtelijke) rechtsbeschermingssystemen van het Unierecht (hoofdstuk 4), Duitsland (hoofdstuk 5) en Frankrijk (hoofdstuk 6). Ik geef hierna een samenvatting van de bevindingen. Als ik daarbij spreek van elk van de bestudeerde/besproken rechtssystemen dan bedoel ik de (bestuursrechtelijke) rechtssystemen van de EU, Duitsland en Frankrijk.

### II.1 DIRECTE TOETSING

In dit deel is aandacht besteed aan de directe toetsing van EU-regelgeving door het Hof van Justitie en de directe toetsing van lagere regelgeving door de Duitse en Franse bestuursrechter in een vernietigingsberoep. Dit, omdat hierdoor de verhouding tussen de directe en indirecte toetsing van die regelgeving in kaart kan worden gebracht (zie paragraaf II.4).

In elk van de bestudeerde rechtssystemen staat veel vaker vernietigingsberoep open tegen algemeen verbindende voorschriften dan in Nederland. In Frankrijk en in het Unierecht is de omvang het ruimst; vrijwel alle EU-regelgeving respectievelijk lagere regelgeving kan direct worden aangevochten bij – en dus direct worden getoetst door – het Hof van Justitie, in een beroep tot nietigverklaring,<sup>1</sup> respectievelijk de Franse bestuursrechter, in het *recours pour excès de pouvoir*.<sup>2</sup> Voor Duitsland is de belangrijkste beperking dat federale lagere regelgeving niet direct kan worden aangevochten in het *Normenkontrollverfahren*. Vrijwel alle lagere regelgeving op deelstaat niveau kan wel direct worden getoetst. Ook bestemmingsplannen kunnen direct worden getoetst.<sup>3</sup>

In het Franse recht en het Unierecht heeft men twee maanden de tijd om het vernietigingsberoep in te stellen. In Duitsland is de termijn ruimer: het *Normenkontrollverfahren* moet binnen één jaar worden ingesteld.

De kring van beroepsgerechtigden is in het Unierecht het meest beperkt. Althans, waar het gaat om particulieren. De ontvankelijkheidsvoorwaarden voor particulieren worden

---

1 Paragraaf 4.2.3.2.

2 Paragraaf 6.2.4.2.

3 Paragraaf 5.2.4.2.

zodanig strikt ingevuld dat hun beroep tegen EU-regelgeving zelden ontvankelijk is.<sup>4</sup> In Frankrijk stelt men juist geen zware eisen aan de belanghebbendheid van (rechts)personen, waardoor de kring van beroepsgerechtigden bij lagere regelgeving doorgaans groot is.<sup>5</sup> De eisen die het Duitse recht stelt aan de belanghebbendheid voor het kunnen instellen van direct beroep tegen lagere regelgeving zijn niet zo strikt als in het Unierecht, maar ook niet zo soepel als in Frankrijk.<sup>6</sup>

De directe toetsing die het Hof van Justitie en de Franse bestuursrechter uitvoeren is geconcentreerd rondom een aantal gronden.<sup>7</sup> In het Unierecht zijn dat de gronden onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van de Verdragen of enige uitvoeringsregeling daarvan (ook wel: 'schending van het recht') en misbruik van bevoegdheid. In het Franse recht gelden heel vergelijkbare gronden: onbevoegdheid, schending van vorm- en procedurevoorschriften, 'motiveringsgebreken' (onregelmatigheden in de feitelijke en juridische gronden), schending van het recht en misbruik van bevoegdheid. In het Duitse *Normenkontrollverfahren* is de toetsing niet geconcentreerd rondom bepaalde gronden; de Duitse bestuursrechter voert een '*umfassende Überprüfung der Regelung*' uit, waarbij de strijd met elke hogere rechtsnorm kan leiden tot een succesvol direct beroep.<sup>8</sup>

In elk van de bestudeerde rechtssystemen geldt dat de ongegrondverklaring van een direct beroep tegen lagere regelgeving *inter partes* werkt – alleen voor de bij dat directe beroep betrokken partijen dus. Wordt een rechterlijke beslissing waarin het directe beroep ongegrond is verklaard definitief, dan werkt het gezag van gewijsde van die rechterlijke beslissing dus ook relatief; alleen tussen partijen.<sup>9</sup>

## II.2 INDIRECTE TOETSING

In elk van de bestudeerde rechtssystemen zijn de mogelijkheden voor het direct laten toetsen van (lagere) regelgeving ruimer dan in Nederland. In elk van die rechtssystemen kan die regelgeving ook nog indirect worden getoetst door de bestuursrechter/het Hof van Justitie. Steeds geldt dat de indirecte beoordeling van de rechtmatigheid van lagere regelgeving bij wijze van voorvraag wordt beoordeeld. Bij indirecte toetsing staat dus niet de

4 Paragraaf 4.2.3.2.

5 Paragraaf 6.2.4.2.

6 Paragraaf 5.2.4.2.

7 Zie paragrafen 4.2.3.2 en 6.2.4.2.

8 Paragraaf 5.2.4.2.

9 Zie paragrafen 4.4.3.3 (Unierecht), 5.4.2 (Duitsland) en 6.4.2 (Frankrijk).

rechtmatigheid van lagere regelgeving ten principale centraal, zoals dat wel geldt voor directe toetsing. Meestal vindt die indirecte toetsing, net als in Nederland, plaats in het kader van een vernietigingsberoep dat is ingesteld tegen een bestuursrechtelijk besluit dat gebaseerd is op de betreffende regeling.

In het Unierecht vindt indirecte toetsing van EU-regelgeving plaats door het Hof van Justitie, ofwel naar aanleiding van een exceptie van onwettigheid (uitvoering geschiedt op EU-niveau) ofwel in een prejudiciële procedure inzake de geldigheid van de EU-regelgeving (uitvoering geschiedt op nationaal niveau).<sup>10</sup> De Franse bestuursrechter gaat over tot indirecte toetsing van lagere regelgeving na een opgeworpen *exception d'illégalité*.<sup>11</sup> De indirecte toetsing door de Duitse bestuursrechter wordt *inzidente Normenkontrolle* genoemd.<sup>12</sup>

Vooraf in het Unierecht en in Duitsland is indirecte toetsing van EU-regelgeving/lagere regelgeving onmisbaar voor de rechtsbescherming daartegen. In beide rechtssystemen is vereist dat alle lagere regelgeving (effectief) kan worden aangevochten, maar vanwege de beperkingen van het directe beroep kan dat niet steeds direct. In de Duitse rechtspraak komt in die zin tot uitdrukking dat er geen leemtes mogen bestaan in de rechtsbescherming tegen lagere regelgeving: kan direct aanvechten niet, dan moet het op een of andere manier indirect kunnen.<sup>13</sup> Het uitgangspunt van geen leemtes in de rechtsbescherming tegen regelgeving geldt ook in het Unierecht. In dat verband heeft het Hof van Justitie benadrukt dat indirecte toetsing een compenserende functie heeft voor het beperkte beroepsrecht van particulieren; het beschermt hen tegen de toepassing van (vermeende) onrechtmatige regelgeving die zij, vanwege de strikte ontvankelijkheidsvoorwaarden, niet direct konden aanvechten.<sup>14</sup>

### II.3 DE CONSEQUENTIES VAN SUCCESVOLLE INDIRECTE TOETSING

Met betrekking tot de consequenties van succesvolle indirecte toetsing heb ik twee onderwerpen besproken. Ten eerste de reikwijdte van die consequenties en ten tweede de mogelijkheden om het 'oude', door de rechter vanwege formele gebreken onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel, mede gelet op de elementen van terugwerkende kracht die een dergelijke voortzetting in zich kan hebben.

10 Paragrafen 4.2.3.3 en 4.2.3.4.

11 Paragraaf 5.2.4.3.

12 Paragraaf 6.2.4.3.

13 Zie paragrafen 5.2.2 en 5.2.4.3.

14 Zie paragrafen 4.2.2, 4.2.3.3 en 4.2.3.4.

## II.3.A Reikwijdte

Wat de reikwijdte van de consequenties betreft, vermeld ik eerst een aspect dat de bestudeerde rechtssystemen gemeen hebben: regelgeving die door middel van indirecte toetsing onrechtmatig is bevonden blijft onderdeel van de wereld van het recht.<sup>15</sup> Een succesvolle indirecte toetsing ontnemt alleen de werking aan de betreffende regelgeving voor het voorliggende geval. De rechter kan lagere regelgeving alleen uit de rechtsorde verwijderen binnen de daarvoor geldende termijnen van het vernietigingsberoep. Voor het overige geldt dat het Franse recht en het Duitse recht twee uitersten vormen bieden als het gaat om de reikwijdte van de consequenties van succesvolle indirecte toetsing. Het Unierecht neemt op dit punt een middenpositie in.

In Frankrijk is de reikwijdte van de consequenties het ruimst. Tegen de achtergrond van de objectieve aard van het Franse bestuursrechtelijke rechtsbeschermingssysteem geldt in dit verband een bijna grenzeloze handhaving van het objectieve recht. Als de rechter een *déclaration d'illégalité* heeft uitgesproken (gevolg van succesvolle indirecte toetsing), dan mag het bestuur het betreffende voorschrift niet toepassen zolang de onrechtmatigheid voortduurt.<sup>16</sup> De regelgever moet onrechtmatige regelgeving *ex nunc* intrekken (of wijzigen zodat de onrechtmatigheid wordt weggenomen) – inmiddels een wettelijke plicht.<sup>17</sup> Deze intrekking kan in rechte worden afgedwongen in een beroep inzake de weigering tot intrekking. Definitieve, belastende besluiten van derden die (vrijwel) identiek zijn aan het besluit dat is vernietigd in het geding waarin de incidentele onrechtmatigheid van de lagere regeling is uitgesproken, worden niet teniet gedaan door een *déclaration d'illégalité*. Wel bestaat de plicht voor het bestuur, wederom op grond van de wet, om deze besluiten *ex nunc* in te trekken.<sup>18</sup>

In Duitsland reiken de consequenties juist niet verder dan het geding waarin de indirecte toetsing succesvol was. De Duitse indirect toetsende rechter is bevoegd tot *inzidente Normverwerfung*.<sup>19</sup> Doet hij dat, dan levert dat geen verplichting voor het bestuur op om definitief geworden (belastende) besluiten van derden, gebaseerd op het onrechtmatig bevonden voorschrift, te heroverwegen.<sup>20</sup> Verder geldt dat het bestuur in beginsel *verplicht* is om na de *inzidente Normverwerfung* de incidenteel onrechtmatig bevonden regeling te

15 Paragrafen 4.3.2 (Unierecht), 5.3.3.1 (Duitsland) en 6.3.2 (Frankrijk).

16 Dit op grond van vaste rechtspraak die bestaat sinds 1958. Zie paragraaf 6.3.4.

17 Paragraaf 6.3.4.

18 Paragraaf 6.3.3.

19 Paragraaf 5.3.3.1.

20 Paragraaf 5.3.3.2.



blijven toepassen in andere gevallen.<sup>21</sup> Enerzijds geldt namelijk dat de rechter door middel van indirecte toetsing alleen de werking aan lagere regelgeving in een voorliggend geval kan ontnemen. Anderzijds geldt dat het bestuur op grond van artikel 20, derde lid, GG gebonden is aan 'de wet en het recht' en dat betekent dat de incidenteel onrechtmatig bevonden regeling, die in algemene zin nog altijd werkzaam is, door het bestuur toegepast moet blijven worden.

Het Unierecht neemt een middenpositie in. Formeel gezien zijn de consequenties van een succesvolle indirecte toetsing beperkt.<sup>22</sup> Althans, als het een met succes opgeworpen exceptie van onwettigheid betreft.<sup>23</sup> Dit leidt tot een niet-toepasselijkverklaring. Derden die te maken hebben met een belastend en *definitief* uitvoeringsbesluit dat (vrijwel) identiek is aan het vernietigde besluit in het geding waarin de niet-toepasselijk verklaring is uitgesproken, kunnen *niet* de niet-toepasselijkverklaring inroepen om zo hun definitieve besluit alsnog in rechte aan de orde te kunnen stellen.<sup>24</sup> Verder geldt dat niet-toepasselijk verklaarde EU-regelgeving formeel gezien rechtmatig toegepast mag blijven worden na de niet-toepasselijkverklaring, ook als de onrechtmatigheid voortduurt.<sup>25</sup> De 'middenpositie' ontleent het Unierecht aan de erkenning dat de consequenties weliswaar formeel gezien beperkt zijn, maar dat zij verstrekkender zijn in de praktijk. Gezegd wordt dat niet-toepasselijk verklaarde EU-regelgeving feitelijk geen betekenis meer heeft.<sup>26</sup>

### II.3.B *Inhoudelijke voortzetting rechtsregime*

Als regelgeving onrechtmatig bevonden wordt vanwege een formeel gebrek, maar de inhoud ervan waarschijnlijk wel deugt, dan is het goed voor te stellen dat de regelgever het rechtsregime inhoudelijk wil voortzetten. Eventueel met terugwerkende kracht, zodat wordt voorzien in een rechtmatige wettelijke basis voor reeds genomen en te nemen uitvoeringsbesluiten. Deze kwestie speelt formeel gezien niet in de bestudeerde rechtssystemen. De EU-regelgever en de Duitse regelgever kunnen het onrechtmatig bevonden rechtsregime, formeel gezien, hoe dan ook voortzetten, zelfs zonder herstel van het formele gebrek. Immers, zie hierboven, incidenteel onrechtmatig bevonden regelgeving kan

21 Paragraaf 5.3.3.2.

22 Paragraaf 4.3.2.

23 De gevolgen van een ongeldigverklaring zijn verstrekkender, maar zijn verder buiten beschouwing gelaten. Dit, omdat die verstrekkender gevolgen verklaard kunnen worden vanuit een perspectief dat eigen is aan de EU-rechtsorde. Gelet daarop ligt een vergelijking met en de beïnvloeding van de gevolgen van succesvolle indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter minder voor de hand. Zie paragraaf 4.3.5.

24 Paragraaf 4.3.3.1.

25 Paragraaf 4.3.3.2.

26 Paragraaf 4.3.3.2.

daar rechtmatig toegepast blijven worden. De Franse bestuursrechter gaat sinds kort niet meer over tot een *déclaration d'illégalité* als er een vorm- of procedurevoorschrift kleeft aan lagere regelgeving.<sup>27</sup>

De hierboven genoemde kwestie is wel relevant voor het Nederlandse bestuursrecht.<sup>28</sup> In dit deel heb ik daarom gekeken naar jurisprudentie en leerstukken die inspiratie kunnen bieden ter beantwoording van de vraag hoe met dit vraagstuk in Nederland om kan worden gegaan.

In het Unierecht en in Duitsland wordt het vraagstuk van herstel van regelgeving met terugwerkende kracht benaderd vanuit het concept van (on)gerechtvaardigd vertrouwen.<sup>29</sup> Vanuit dat concept hanteert men de lijn dat de inhoudelijke voortzetting van een onrechtmatig rechtsregime, met terugwerkende kracht, soms gerechtvaardigd kan zijn. Dat is toelaatbaar als individuen, voor wie het 'oude' rechtsregime nadelig was, er niet gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat de regelgever het 'oude' rechtsregime zou verwerpen en in die zin een voor hen gunstiger rechtsregime zou inzetten. Simpler gezegd: als iemand niet gerechtvaardigd mocht vertrouwen op dat de regelgever zijn koers inhoudelijk (ten voordele) zou wijzigen, is voortzetting van het 'oude' onrechtmatige rechtsregime, met terugwerkende kracht, in beginsel toelaatbaar.

Van ongerechtvaardigd vertrouwen in deze context is volgens het Hof van Justitie meestal sprake als een 'oud' rechtsregime onrechtmatig is bevonden vanwege een procedureel gebrek. Het BVerwG trekt het iets breder in zijn jurisprudentie over herstel met terugwerkende kracht van onrechtmatige bestemmingsplannen. Van ongerechtvaardigd vertrouwen is volgens het BVerwG sprake als het gaat om een gebrek dat niet ziet op de 'basiskenmerken' van een bestemmingsplan. Op zich kan herstel van een onrechtmatig bestemmingsplan daarom ook zien op de inhoud, zolang de nieuwe inhoud te voorzien was. Een substantiële inhoudelijke wijziging is niet te voorzien en dus niet toelaatbaar. In de Duitse rechtspraak wordt er verder op gewezen dat juist het wél gerechtvaardigde vertrouwen van derden in het (vrijwel) ongewijzigd blijven van de planregels meebrengt dat herstel met terugwerkende kracht van een onrechtmatig bestemmingsplan in beginsel toelaatbaar is.

---

27 Zie paragraaf 6.4.3.2.

28 Zie paragraaf 3.8.5.

29 Voor alles wat hier over het Duitse recht en het Unierecht besproken wordt, die de paragrafen 4.3.4 (Unierecht) en 5.3.4 (Duitsland).

In de jurisprudentie van de *Conseil d'État* is expliciet de toelaatbaarheid aan de orde gekomen om individuen die in rechte zijn opgekomen tegen regelgeving te confronteren met regelgeving die met terugwerkende kracht voor hen precies dezelfde verplichting oplegt als eerder onrechtmatig bevonden regelgeving.<sup>30</sup> In beginsel is dat niet toegestaan. Het gezag van gewijsde van de rechterlijke beslissing waarin de regelgeving onrechtmatig is bevonden verzet zich daartegen. Bovendien geldt het uitgangspunt dat lagere regelgeving alleen voor de toekomst mag werken. Wel bestaan er uitzonderingen. Het gezag van gewijsde wordt niet miskend als de regeling onrechtmatig is bevonden vanwege een formeel gebrek, de lagere regelgever het formele gebrek herstelt, en vervolgens een inhoudelijk identieke regeling toepast. Dat mag met terugwerkende kracht als de bijzondere omstandigheid zich voordoet dat de rechterlijke beslissing een rechtsvacuüm bewerkstelligt dat het resultaat heeft dat, kort gezegd, de continuïteit van de openbare dienstverlening in gevaar komt – een beginsel dat volgens de *Conseil constitutionnel* constitutionele waarde heeft.

#### II.4 DE VERHOUDING TUSSEN DIRECTE EN INDIRECTE TOETSING

In hoeverre is indirecte toetsing van lagere regelgeving (in volle omvang) mogelijk als directe toetsing mogelijk is, maar het directe beroep niet (tijdig) of zonder succes is ingesteld? Deze procedurele vraag is ook besproken in dit deel.

Indirecte toetsing blijkt onmisbaar voor de rechtsbescherming tegen lagere regelgeving in de bestudeerde rechtssystemen. Dat geldt, uiteraard, als directe toetsing beperkt mogelijk is, maar ook voor de rechtsbescherming tegen lagere regelgeving die wel direct kan worden getoetst. In elk van de bestudeerde rechtssystemen is indirecte toetsing namelijk in beginsel zonder enige beperking in de tijd mogelijk. Dus ook als voorschriften niet (tijdig) of zonder succes direct zijn aangevochten. Voor deze hoofdregel is een aantal redenen te ontwaren in de bestudeerde rechtssystemen.<sup>31</sup>

Een argument dat met name in het Unierecht en in het Franse recht gebruikt wordt, is dat alleen de mogelijkheid van directe toetsing tekort kan schieten voor een (effectieve) rechtsbescherming tegen lagere regelgeving. Het is bijvoorbeeld vanwege het permanente karakter van regelgeving om allerlei redenen mogelijk dat iemand zich pas geconfronteerd ziet met onrechtmatige regelgeving als die regelgeving definitief is. Het bestaan van indirecte toetsing biedt dan uitkomst. Verder komt vooral in het Duitse recht tot uitdrukking

<sup>30</sup> Paragraaf 6.3.5.

<sup>31</sup> Zie paragrafen 4.4.2 (Unierecht), 5.4.2 (Duitsland) en 6.4.2 (Frankrijk).

dat indirecte toetsing plaatsvindt met een ander doel dan directe toetsing. Indirecte toetsing vindt plaats ten behoeve van de beslechting van het voorliggende geschil, bij wijze van voorvraag, terwijl directe toetsing ziet op het ten principale beoordelen van de rechtmatigheid. Het maakt in die zin niet uit of directe toetsing wel, maar zonder succes, of niet (tijdig) heeft plaatsgevonden: met indirecte toetsing beoogt men in beginsel iets anders. Verder geldt, in bijzonder in het Duitse recht en in het Unierecht, dat regelgeving die succesvol indirect wordt getoetst, niet teniet wordt gedaan en dat de consequenties, formeel gezien, beperkt blijven tot het voorliggende geval. Zo bezien is wellicht de gedachte dat niet of weinig wordt afgedaan aan de rechtszekerheid, die beoogd wordt met de beroepstermijnen waarbinnen regelgeving wél teniet kan worden gedaan.

Op de hierboven geformuleerde hoofdregel bestaan wel beperkingen en uitzonderingen in de bestudeerde rechtssystemen. Zij zijn onder te verdelen in twee categorieën.

De eerste categorie heeft betrekking op de beperking in omvang van de indirecte toetsing. In zowel het Duitse als het Franse rechtssysteem heeft de wetgever de omvang van de indirecte toetsing van onder andere bestemmingsplannen op formele gebreken beperkt na afloop van een bepaalde termijn (zes maanden in Frankrijk, een jaar in Duitsland).<sup>32</sup> Het gaat in beide systemen om procedurevoorschriften in strikte zin, zoals een kenbare motivering. In Duitsland zijn de beperkingen (vrijwel) beperkt gebleven tot bestemmingsplannen. In Frankrijk hebben de beperkingen juist een ruime werkingssfeer. Als gevolg van de jurisprudentie van de *Conseil d'État* geldt dat de schending van vorm- en procedurevoorschriften niet rechtens aan de orde kan komen bij indirecte toetsing van *alle* lagere regelgeving (dus niet beperkt tot bestemmingsplannen).<sup>33</sup> Eerst leek die beperking in omvang alleen te gelden voor de indirecte toetsing van definitief geworden lagere regelgeving, maar de *Conseil d'État* heeft de beperking verder uitgebreid: de schending van vorm- en procedurevoorschriften kan *nooit* aan de orde komen bij indirecte toetsing van lagere regelgeving.

De tweede categorie beperkingen kan worden verklaard vanuit de gedachte dat een partij één kans heeft om regelgeving, op een specifieke rechtsgrond, aan te vechten.

Zo geldt in het Unierecht dat een particulier die EU-regelgeving *niet (tijdig)* direct heeft aangevochten, later niet meer kan vragen om de indirecte toetsing van diezelfde EU-regelgeving, mits het directe beroep van die particulier zonder twijfel ontvankelijk zou zijn

32 Paragrafen 5.4.3.2 (Duitsland) en 6.4.3.2 (Frankrijk).

33 Paragraaf 6.4.3.2.

geweest.<sup>34</sup> Dit betreft geen grote uitzondering, omdat het beroep van particulieren vanwege de strikte ontvankelijkheidsvoorwaarden vrijwel nooit zonder twijfel ontvankelijk zou zijn geweest.

In elk van de besproken rechtssystemen kan indirecte toetsing ook worden uitgesloten voor partijen die het directe beroep *zonder succes* hebben ingesteld. Deze uitsluitingen hebben te maken met het gezag van gewijsde, dat inhoudt dat een beslissing van de rechter die definitief is geworden niet meer ter discussie kan worden gesteld in een ander geding. In elk van de besproken rechtssystemen werkt het gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak waarin het directe beroep ongegrond is verklaard relatief; alleen tussen partijen.<sup>35</sup> Dit brengt meteen tot uitdrukking dat het gezag van gewijsde *niet* de indirecte toetsing uitsluit voor partijen die niet betrokken waren in het zonder succes ingestelde directe beroep.

Voor de partijen die wel betrokken waren, geldt op grond van het Franse recht en het Unierecht hetzelfde uitgangspunt.<sup>36</sup> In deze rechtssystemen brengt het gezag van gewijsde mee dat de indirecte toetsing van lagere regelgeving/EU-regelgeving wordt uitgesloten voor een partij als het vernietigingsberoep tegen die lagere regelgeving/EU-regelgeving van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard, mits er is voldaan aan drie voorwaarden: dezelfde partijen zijn betrokken, de procedures hebben hetzelfde voorwerp en dezelfde rechtsgronden/middelen zijn aan de orde. Dit betekent dat bij de indirecte toetsing van die regelgeving nog wel rechtsgronden kunnen worden aangevoerd die niet aan de orde waren in het directe beroep. Op grond van het Duitse recht geldt een iets striktere regel. Als een ongegrondverklaring definitief wordt, dan staat tussen partijen vast dat de regeling niet in strijd is met hoger recht.<sup>37</sup> Op grond van het Duitse recht geldt daarom dat het gezag van gewijsde de indirecte toetsing van lagere regelgeving uitsluit voor een partij, als het vernietigingsberoep tegen die lagere regelgeving van diezelfde partij in een definitief geworden rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard, mits dezelfde partijen betrokken zijn bij de indirecte toetsing als in het ongegrond verklaarde vernietigingsberoep.

34 Paragraaf 4.4.3.1.

35 Paragrafen 4.4.3.3 (Unierecht), 5.4.2 (Duitsland) en 6.4.2 (Frankrijk).

36 Paragrafen 6.4.3.1 (Frankrijk) en 4.4.3.3 (Unierecht).

37 Paragraaf 5.4.3.1.



# DEEL III

## RECHTSVERGELIJKING. EVENREDIGHEIDSTOETSING VAN WET- EN REGELGEVING

De 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader en de toepassingen daarvan maken duidelijk dat de intensivering van de indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften plaatsvindt door de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. In het kader daarvan kan ook de toetsing aan zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten een rol spelen.<sup>1</sup> In hoofdstuk 3 heb ik besproken dat deze toets verschillende vragen oproept die zijn onder te brengen in drie thema's: (1) de structuur en inhoud van de drietraps-evenredigheidstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin, (2) de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel en (3) de modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.

De aan thema 1 gerelateerde vraag is vooral hoe de inhoud en structuur van de drietraps-evenredigheidstoets verder kan worden vormgegeven. De voornaamste vraag over thema 2 is of de bestuursrechter vaker intensievere (generieke) evenredigheidsbeoordelingen zou moeten uitvoeren wanneer hij algemeen verbindende voorschriften indirect toetst aan het evenredigheidsbeginsel en wanneer daarvoor dan aanleiding is. Met betrekking tot thema 3 is de vraag geformuleerd hoe de verschillende modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel verder kunnen worden vormgegeven, in het bijzonder in het licht van de drietraps-evenredigheidstoets.<sup>2</sup> Het gaat hierbij om een modaliteit waarbij de toets materieel intensief of terughoudend kan zijn en een modaliteit waarbij de toetsing aan de formele beginselen van zorgvuldigheid en motivering een rol speelt.

Ter inspiratie voor het beantwoorden van de bovenstaande vragen bekijk ik in dit deel van het proefschrift hoe wet- en regelgeving wordt getoetst aan evenredigheid in het Unierecht (hoofdstuk 7), door het EHRM (hoofdstuk 8) en in Duitsland (hoofdstuk 9). Meer specifiek beantwoord ik in de hoofdstukken 7, 8 en 9 steeds de volgende vragen:

1. Welke structuur en inhoud heeft de evenredigheidstoets?

---

1 Zie i.h.b. paragrafen 3.4.2, 3.5, 3.6.2, 3.6.4 en 3.7.

2 Voor de weergave van deze vragen en de bevindingen op basis waarvan ik deze vragen heb gesteld, zie i.h.b. de paragrafen 3.7.5 en 3.10.

2. Welke factoren zijn bepalend voor de intensiteit van de toetsing aan evenredigheid en hoe wordt er in verschillende toetsingsintensiteiten gedifferentieerd (traploze dan wel in treden verdeelde glijdende schaal)?
3. Op welke wijze wordt een evenredigheidstoets van wet- en regelgeving door de rechter uitgevoerd, is die toets aan te merken als procedureel, materieel of semi-procedureel en welke factoren spelen mee bij die procedurele, materiële of semi-procedurele evenredigheidstoets (toetsingsmodaliteiten)?



## 7 EVENREDIGHEIDSTOETSING IN HET UNIE- RECHT

### 7.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk gaat over de evenredigheidstoetsing van (vooral) EU-regelgeving<sup>1</sup> door het Hof van Justitie. De evenredigheidstoetsing in het Unierecht is van groot belang voor de verdere ontwikkeling van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in Nederland. De Nederlandse rechter moet immers het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel toepassen in zaken die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen.<sup>2</sup> Bovendien zoekt de Nederlandse bestuursrechter bij de invulling van de evenredigheidstoets van algemeen verbindende voorschriften inspiratie in het Unierecht. Zo zijn de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader via de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017 en de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021 geïnspireerd door het Unierecht (en het EVRM).<sup>3</sup>

In dit hoofdstuk neem ik een deel van de EU-evenredigheidsclausules mee, namelijk die men terugvindt in het primaire EU-recht. Clausules die aangetroffen worden in het secundair Unierecht laat ik buiten beschouwing. Het hoofdstuk heeft verder de volgende structuur. In paragraaf 7.2 wordt eerst een aantal algemene opmerkingen gemaakt over het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel en bespreek ik de inhoud van dat beginsel en van de rechterlijke toetsing daaraan. Vervolgens, in paragraaf 7.3, komt aan de orde dat de intensiteit van de toetsing aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel kan variëren. Om te illustreren hoe die differentiatie plaatsvindt, bespreek ik in de paragrafen 7.4 t/m 7.6 de wijze waarop het Hof van Justitie regelgeving toetst aan het evenredigheidsbeginsel in drie categorieën van zaken: zaken waarin EU-regelgeving is vastgesteld op basis van een discretionaire bevoegdheid (paragraaf 7.4), zaken waarin EU-regelgeving een door het Handvest beschermd fundamenteel recht beperkt (paragraaf 7.5) en zaken waarin nationale regelgeving of EU-regelgeving het vrij verkeer belemmert (paragraaf 7.6).<sup>4</sup> In paragraaf 7.7 volgt de conclusie van het hoofdstuk.

1 In minder mate nationale regelgeving. Voor het begrip 'EU-regelgeving' zie paragraaf 4.2.1.

2 Voor wanneer daarvan sprake is, zie paragraaf 2.4.4.1 en de daar aangehaalde literatuur.

3 Zie de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, i.h.b. punten 7.8, 7.9, 8.5, 8.7 en de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, i.h.b. punten 7 en 8.

4 Zie voor een toelichting op deze indeling paragraaf 7.3.3.

## 7.2 HET UNIERECHTELIJK EVENREDIGHEIDSBEGINSEL: ALGEMENE OPMERKINGEN EN INHOUD

### 7.2.1 *Algemene opmerkingen*

Het evenredigheidsbeginsel is al ruim vijftig jaar erkend als een algemeen beginsel van Unierecht.<sup>5</sup> Dit beginsel heeft een toepassingsbereik dat zo groot is dat gezegd kan worden dat ieder besluit en iedere handeling in overeenstemming met dat beginsel moet zijn.<sup>6</sup> Dat betekent dat ook EU-regelgeving en nationale regelgeving, voor zover vastgesteld binnen de werkingssfeer van het Unierecht, in overeenstemming moeten zijn met het EU-evenredigheidsbeginsel.<sup>7</sup>

De vraag of *EU-regelgeving* in overeenstemming is met het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel beantwoordt uitsluitend het Hof van Justitie, bijvoorbeeld in een beroep tot nietigverklaring of de prejudiciële procedure inzake de geldigheid van EU-regelgeving.<sup>8</sup> Gaat het om *nationale regelgeving*, dan ligt dat anders. In principe is het aan de nationale rechter om nationale regelgeving te toetsen aan het Europese evenredigheidsbeginsel en daaraan, in geval van strijd, consequenties te verbinden. Dat neemt niet weg dat het Hof van Justitie geconfronteerd kan worden met de vraag of nationale regelgeving voldoet aan het Europese evenredigheidsbeginsel. Dat kan op twee manieren.<sup>9</sup>

De eerste mogelijkheid is via een door de Commissie gestarte inbreukprocedure tegen een lidstaat, op grond van artikel 258 VWEU. Komt de evenredigheidskwestie via die weg terecht bij het Hof, dan stelt het Hof zelf in rechte vast of de betreffende nationale regeling in strijd is met het Europese evenredigheidsbeginsel.<sup>10</sup>

De tweede manier waarop een evenredigheidsvraag over nationale regelgeving bij het Hof terecht kan komen, is via een prejudiciële verwijzing over de interpretatie van het Unierecht op grond van artikel 267 VWEU.<sup>11</sup> Bij het beantwoorden van de gestelde prejudiciële vraag interpreteert het Hof van Justitie het Unierecht, zoals het evenredigheidsbeginsel,

5 Zie Craig 2018, p. 643; Jacobs 1999, p. 1; Schwarze 2006, p. 708-709; Tridimas 2006, p. 141; Van den Brink e.a. 2017, p. 177 met verwijzing naar HvJ 17 december 1970, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

6 Gerards 2007, p. 75; Schwarze 2006, p. 853.

7 Over 'de werkingssfeer van het Unierecht', zie paragraaf 2.4.4.1 en de daar aangehaalde literatuur.

8 Over het beroep tot nietigverklaring, zie paragraaf 4.2.3.2. Over de prejudiciële procedure inzake de geldigheid, zie paragraaf 4.2.3.4.

9 Craig 2018, p. 689.

10 Craig 2018, p. 689-690.

11 Craig 2018, p. 690.

maar past het Hof het Unierecht niet toe op de concrete zaak. Dat betekent dat niet het Hof van Justitie, maar de nationale rechter na het prejudiciële antwoord in rechte vaststelt of nationale regelgeving al dan niet verenigbaar is met het Europese evenredigheidsbeginsel. Wel kan het Hof (zeer) gedetailleerde instructies geven aan de nationale rechter over de uit te voeren evenredigheidstoets en kan de interpretatie door het Hof zo ver gaan dat het al dan niet in strijd zijn van nationale regelgeving met het Europese evenredigheidsbeginsel in feite voortvloeit uit die interpretatie.<sup>12</sup> Ook voor deze situaties – situaties waarin Hof het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel uitlegt naar aanleiding van een prejudiciële interpretatievraag – spreek ik van ‘toetsing’ door het Hof van Justitie, in dit geval dus van nationale regelgeving aan het Europese evenredigheidsbeginsel.

### 7.2.2 Inhoud

De inhoud van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel is voornamelijk ontwikkeld door het Hof van Justitie. De evenredigheidstoetsing die het Hof uitvoert is een doel-middeltoets, waarbij het Hof bij wijze van voorvraag eerst nagaat wat het doel is van de voorliggende maatregel en bekijkt of dat doel legitiem is.<sup>13</sup> Vervolgens toetst het Hof of de maatregel evenredig is, waarbij het drie eisen onderscheidt.<sup>14</sup> Dit zijn de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. Deze drie eisen zijn soms heel duidelijk te herkennen in de formules die het Hof van Justitie gebruikt ter omschrijving van het evenredigheidsbeginsel als toetsingsmaatstaf. Ik wijs ter illustratie op de formule die het Hof van Justitie gebruikt in de zaak *Polen/Parlement en Raad*, waarin het Hof het volgende overweegt:

‘Dienaangaande is het vaste rechtspraak dat het evenredigheidsbeginsel vereist dat de handelingen van de instellingen van de Unie geschikt zijn om de legitieme doelen die met de betrokken regeling worden nageleefd te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk is om deze doelen te bereiken, met dien verstande dat, wanneer een keuze tussen meerdere passende maatregelen mogelijk is, gebruik moet worden gemaakt van de maatregel die het minst

12 Craig 2018, p. 690-691.

13 Vergelijk Van den Brink e.a. 2017, p. 179; Langer & Sauter 2018, p. 139; Von Danwitz 2012, p. 371. De voorvraag naar de legitimiteit van het doel is vooral aan de orde bij de evenredigheidstoetsing van beperkingen van fundamentele rechten en het vrije verkeer, omdat deze beperkingen alleen mogelijk zijn om specifieke doelen te realiseren, zie paragrafen 7.5.1 en 7.6.1.

14 Zie Schwarze 2006, p. 855-860; Groussot 2006, p. 146-152; Jacobs 1999, p. 1; Emilou 1996, p. 134; Van den Brink e.a. 2017, p. 178-179. Anders bijvoorbeeld Tridimas 2006, p. 139 en Van Ooik 2013, p. 169, volgens wie de evenredigheid in strikte zin geen apart element vormt van de evenredigheidstoetsing door het Hof van Justitie.

belastend is en de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn ten opzichte van de nagestreefde doelen [...].<sup>15</sup>

In de zaak *Polen/Parlement en Raad* loopt het Hof vervolgens stapsgewijs na of de betreffende maatregel in overeenstemming is met de drie criteria. Zo'n systematische toepassing van het evenredigheidsbeginsel is niet altijd zichtbaar in de rechtspraak van het Hof en soms gebruikt het Hof formules die afwijken van de formule die ik hierboven heb weergegeven.<sup>16</sup> Toch vinden veel analyses in de literatuur van de evenredigheidstoetsing door het Hof plaats aan de hand van die drie elementen.<sup>17</sup> Ik doe in dit onderzoek hetzelfde.

### 7.2.3 *Geschiktheid*

Het eerste element dat het Hof van Justitie onderscheidt is het geschiktheidsvereiste. Het geschiktheidsvereiste ziet op de relatie tussen het middel (de maatregel) en het daarmee nagestreefde doel en houdt in dat de effecten van de gekozen maatregel worden geanalyseerd ter beoordeling van de vraag of het nagestreefde doel met die maatregel op effectieve wijze wordt bereikt.<sup>18</sup>

Het geschiktheidsvereiste houdt eerst en vooral een effectiviteitstoets in, waarbij wordt bekeken of een maatregel effectief is om het nagestreefde doel te bereiken. De effectiviteitseis als onderdeel van het geschiktheidsvereiste veronderstelt een bepaalde causale relatie tussen de maatregel en het beoogde doel,<sup>19</sup> maar vereist niet dat het onomstotelijk vaststaat dat een maatregel het doel ook daadwerkelijk bereikt.<sup>20</sup> Van een effectieve maatregel lijkt daarentegen gesproken te kunnen worden als een maatregel kan bijdragen aan de verwezenlijking van het nagestreefde doel.<sup>21</sup> In elk geval als er geen enkele rationele

15 HvJ 4 mei 2016, C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323 (*Polen/ Parlement en Raad*), punt 78. Zie bijvoorbeeld ook HvJ 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), punt 13; HvJ 12 juli 2001, C-189/01, ECLI:EU:C:2001:420 (*Jippes*), punt 81; HvJ 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:24 (*Sky Österreich*), punt 50; HvJ 9 juni 2016, gevoegde zaken C-78/16 en C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428 (*Pesce*), punt 48; HvJ 30 juni 2016, C-134/15, ECLI:EU:C:2016:498 (*Lidl*), punt 33; HvJ 4 mei 2016, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pillbox 38*), punt 48; HvJ 14 september 2017, C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680 (*K.*), punt 37; HvJ 30 januari 2019, C-220/17, ECLI:EU:C:2019:76 (*Planta tabak*), punt 54.

16 Vergelijk bijvoorbeeld Gerards 2007, p. 76-79.

17 Bijvoorbeeld Gerards 2007; Van den Brink e.a. 2017, p. 179; Schwarze 2006, p. 855-860.

18 Von Danwitz 2012, p. 372. Zie over het geschiktheidsvereiste bijvoorbeeld ook Groussot 2006, p. 146-147; Gerards 2007, p. 79-81.

19 Groussot 2006, p. 146; Jans 2000, p. 270; Van den Brink e.a. 2017, p. 179; Van Ooik 2013, p. 169.

20 Zie Gerards 2007, p. 80.

21 Langer & Sauter 2018, p. 139; Von Danwitz 2012, p. 371.

connectie tussen de maatregel en het doel bestaat, dan moet die maatregel als ongeschikt worden beschouwd.<sup>22</sup>

Het geschiktheidsvereiste wordt zowel bij de evenredigheidstoetsing van EU-maatregelen (inclusief regelgeving) als bij de evenredigheidstoetsing van nationale maatregelen (inclusief regelgeving) toegepast door het Hof van Justitie.<sup>23</sup> Met name wanneer de geschiktheid van nationale maatregelen aan de orde is, hanteert het Hof als onderdeel en ter verdere invulling van de geschiktheidstoets, naast de effectiviteitseis, soms een nader criterium: het zogenoemde coherentievereiste.<sup>24</sup> Het Hof past het coherentievereiste met name toe bij de geschiktheidstoetsing van nationale maatregelen die zijn genomen ter beperking van het vrije verkeer op een terrein waar de lidstaten een zekere beoordelingsmarge hebben, zoals op het gebied van kansspelen en de gezondheidszorg.<sup>25</sup> Volgens de rechtspraak van het Hof is op grond van het coherentievereiste een maatregel slechts geschikt om het beoogde doel te verwezenlijken indien de maatregel, waaronder regelgeving, daadwerkelijk ertoe strekt om dat doel op samenhangende en stelselmatige wijze te verwezenlijken.<sup>26</sup> Langer & Sauter vullen aan dat het coherentievereiste vereist dat er ‘geen conflicterende uitzonderingen of innerlijke tegenstrijdigheden’ bestaan in het nationale beleid, ‘zoals tussen een norm en de feitelijke toepassing daarvan’.<sup>27</sup>

#### 7.2.4 *Noodzakelijkheid*

Toetsing aan het noodzakelijkheidsvereiste is de kern van de evenredigheidstoets door het Hof van Justitie.<sup>28</sup> Het noodzakelijkheidsvereiste ziet op de relatie tussen het middel (de maatregel) en het daarmee nagestreefde doel en houdt in dat alleen van een noodzakelijke maatregel kan worden gesproken als de keuze voor de betreffende maatregel als instrument noodzakelijk moet worden geacht voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel.<sup>29</sup> Het Hof van Justitie vult het noodzakelijkheidsvereiste vaak in met het criterium

<sup>22</sup> Groussot 2006, p. 147.

<sup>23</sup> Groussot 2006, p. 147.

<sup>24</sup> Zie over het coherentievereiste bijvoorbeeld Von Danwitz 2012, p. 380-382; Langer & Sauter 2017; Langer & Sauter 2018.

<sup>25</sup> Von Danwitz 2012, p. 381.

<sup>26</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), punt 55; HvJ 23 december 2015, C-293/14, ECLI:EU:C:2015:843 (*Hiebler*); HvJ 23 december 2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 (*Scotch Whisky Association*), punt 37; HvJ 5 juli 2017, C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513 (*Fries*), punt 48.

<sup>27</sup> Langer & Sauter 2018, p. 139-140.

<sup>28</sup> Vergelijk Gerards 2007, p. 81.

<sup>29</sup> Zie Gerards 2007, p. 81-82.

van het ‘minst belemmerende alternatief’ – ook wel de subsidiariteitseis genoemd.<sup>30</sup> Het criterium van het ‘minst belemmerende alternatief’ houdt in dat een maatregel noodzakelijk is als er geen voor het individu minder beperkende maatregel voor handen is die even geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken.<sup>31</sup> Gegeven het bestaan van alternatieven voor de gekozen maatregel, moet bij de noodzakelijkheidstoets aldus de vraag worden beantwoord of er een alternatief bestaat dat minder belastend is voor individuen én dat even doeltreffend<sup>32</sup> bijdraagt aan de verwezenlijking van het nagestreefde doel als de gekozen maatregel. Bestaat er zo’n minder belemmerend maar even effectief alternatief, dan is de gekozen – ter toetsing voorliggende maatregel – niet noodzakelijk.

### 7.2.5 Evenredigheid in strikte zin

Het derde vereiste dat een onderdeel uitmaakt van de evenredigheidstoetsing door het Hof van Justitie is de evenredigheid in strikte zin. Het vereiste van de evenredigheid in strikte zin gaat over de vraag of een op zich geschikte en noodzakelijke maatregel niet toch onevenredig is, omdat daarmee geen redelijk evenwicht is gevonden tussen de aangetaste belangen en de belangen die worden gediend met de maatregel.<sup>33</sup> In de woorden van het Hof: de veroorzaakte nadelen mogen niet onevenredig zijn ten opzichte van de nagestreefde doelen.<sup>34</sup> Welke toetsingsmaatstaf het Hof precies aanlegt wanneer het de evenredigheid in strikte zin beoordeelt, is niet altijd heel duidelijk.<sup>35</sup> Het komt geregeld voor dat het Hof kortweg overweegt dat de nagestreefde doelen van de maatregel de veroorzaakte nadelige gevolgen kunnen rechtvaardigen of dat niet is gebleken dat de veroorzaakte nadelen ‘kennelijk’ buiten verhouding staan tot de voordelen die een maatregel heeft.<sup>36</sup>

30 Gerards 2007, p. 83-85; Groussot 2006, p. 147; Van den Brink e.a. 2017, p. 179, 186-187; Von Danwitz 2012, p. 371-372; Tridimas 2006, p. 139; Schwarze 2006, p. 857.

31 Vergelijk de bronnen die zijn genoemd in de vorige voetnoot.

32 Vergelijk bijvoorbeeld HvJ 12 mei 2011, C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290 (*Luxemburg/Parlement en Raad*), punt 67, waarin het Hof overweegt dat ‘het Groothertogdom Luxemburg geen melding heeft gemaakt van maatregelen die minder lasten meebrengen, maar even doeltreffend zijn om dit doel te bereiken [...]’. Zie ook HvJ 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*), punt 54-55. Zie bijvoorbeeld ook Van den Brink e.a. 2017, p. 186; Von Danwitz 2012, p. 371-372; Tridimas 2006, p. 139.

33 Gerards 2007, p. 76; Barak 2012, p. 340.

34 Zie bijvoorbeeld de weergegeven overweging van het Hof in paragraaf 7.2.1.

35 In de literatuur is bovendien betwijfeld of het vereiste van de evenredigheid in strikte zin een onderdeel is van de evenredigheidstoets die het Hof van Justitie uitvoert, zie hierover bijvoorbeeld Craig 2018, p. 642-644. Volgens bijvoorbeeld Tridimas 2006, p. 139 (zie ook Van Ooik 2013, p. 169 (noot 8)) maakt het Hof niet altijd een onderscheid tussen de noodzakelijkheidstoets en het vereiste van de evenredigheid in strikte zin. Inderdaad voert het Hof beide toetsen soms gezamenlijk uit, zie bijvoorbeeld HvJ 5 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:513 (*Fries*), maar dat is geen vaste praktijk.

36 In bijvoorbeeld de uitspraak *Luxemburg/Parlement en Raad* overweegt het Hof dat nergens uit blijkt ‘dat de lasten die de bij richtlijn 2009/12 ingevoerde regeling voor de betrokken luchthavens of de lidstaten mee-

## 7.3 DE DYNAMISCHE TOEPASBAARHEID VAN HET EVENREDIGHEIDSBEGINSEL

7.3.1 *Variëren in toetsingsintensiteiten en toetsingsmodaliteiten*

De wijze waarop het Hof van Justitie EU-regelgeving dan wel nationale regelgeving aan de aspecten van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin toetst, is niet steeds hetzelfde. Dat komt omdat de toetsing aan het Europese evenredigheidsbeginsel plaatsvindt met verschillende toetsingsintensiteiten. Dat heeft consequenties voor de wijze waarop de evenredigheidstoets plaatsvindt: een terughoudende evenredigheidstoets ziet er anders uit dan een intensieve evenredigheidstoets. Evenredigheidstoetsing in het Unierecht moet, zoals De Búrca opmerkt, worden voorgesteld als een ‘*spectrum ranging from a very deferential approach, to quite a rigorous and searching examination of the justification for a measure which has been challenged.*’<sup>37</sup> Het spectrum is aldus een ‘glijdende schaal’ waarbij de toetsingsintensiteit varieert van een (heel) terughoudende toetsing tot een (heel) indringende toetsing met in het middengebied allerlei tussenintensiteiten.<sup>38</sup>

Voorstelbaar is dat het middengebied van een glijdende schaal wordt verdeeld in min of meer afgebakende en daardoor herkenbare tussenintensiteiten, bijvoorbeeld één of twee tussenvarianten,<sup>39</sup> die ook wel ‘ijkpunten’ op een glijdende schaal genoemd kunnen worden (een in delen verdeelde glijdende schaal).<sup>40</sup> Een in delen verdeelde schaal wordt in het Unierecht niet gehanteerd. Dat betekent niet dat het Hof van Justitie geen tussenintensiteiten hanteert; het Hof expliciteert die tussenintensiteiten alleen niet.<sup>41</sup> De intensiteit waarmee het Hof toetst, kan dan ook worden voorgesteld als een glijdende schaal die loopt van terughoudend tot intensief met daartussenin een grijs middengebied met fluïde tussenintensiteiten (traploze glijdende schaal).<sup>42</sup> Vanwege hun fluiditeit, en het gebrek aan explicatie door het Hof, zijn de verschillende toetsingsintensiteiten – en het precieze omslagpunt daartussen – moeilijk herkenbaar en voorspelbaar.<sup>43</sup>

---

brengt, kennelijk buiten verhouding staan tot de voordelen die eruit voortvloeien.’ Zie HvJ 12 mei 2011, C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290 (*Luxemburg/Parlement en Raad*), punt 69.

37 De Búrca 1993, p. 111 en Craig 2018, p. 644.

38 Zie over het ‘glijdende schaal’-model bijvoorbeeld Gerards 2011b, p. 88-89; Gerards 2002, p. 81; Huijbers 2019, p. 127.

39 Hierover Gerards 2002, p. 81; Gerards 2011b, p. 87-89 en zie ook de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 8.3.3.

40 Zie Gerards 2002, p. 700.

41 Zie met betrekking tot de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel door het Hof van Justitie Gerards 2002, p. 357-358.

42 Over een glijdende schaal met fluïde toetsingsintensiteiten, zie Huijbers 2019, p. 127; Gerards 2002, p. 81.

43 Dit is een van de nadelen van het hanteren van fluïde toetsingsintensiteiten in vergelijking met het hanteren van verschillende niveaus van toetsingsintensiteit, zie Gerards 2002, p. 81 (noot 259).

De wijze van toetsing door het Hof aan het evenredigheidsbeginsel varieert van onder meer een terughoudende toetsing in de vorm van ‘kennelijke onevenredigheid’ tot een intensievere evenredigheidsbeoordeling, waarbij soms vooral wordt bekeken of de inhoud van een regeling evenredig is en in andere gevallen in bepalende mate wordt gekeken naar de zorgvuldigheid van de totstandkoming van regelgeving en naar de motivering die aan een regeling ten grondslag ligt. Deze toetsingsmodaliteiten komen uitgebreider aan de orde in paragrafen 7.4 t/m 7.6.

### 7.3.2 *Schets van de factoren voor de toetsingsintensiteit*

Er bestaat een groot aantal factoren dat van invloed is op de intensiteit waarmee het Hof van Justitie aan het evenredigheidsbeginsel toetst.<sup>44</sup> In de literatuur is een aantal factoren geïdentificeerd die het Hof van Justitie in het bijzonder van belang vindt om te bepalen met welke intensiteit wordt getoetst aan het evenredigheidsbeginsel, zijnde: de aard van de bevoegdheid, de aard van het aangetaste belang en de ernst van de inbreuk daarop.<sup>45</sup>

Bij de factor *aard van de bevoegdheid* gaat het over de mate van beslissingsruimte die de regelgever heeft. Die beslissingsruimte kan om verschillende redenen ruim zijn, als gevolg waarvan de toetsing door het Hof aan het evenredigheidsbeginsel terughoudend is. De beslissingsruimte kan bijvoorbeeld ruim zijn omdat de regelgever bij de uitoefening van een regelgevende bevoegdheid politieke keuzes/afwegingen moet maken of omdat de uitoefening van die bevoegdheid verlangt dat de regelgever complexe technische, economische of wetenschappelijke beoordelingen moet verrichten.<sup>46</sup> Daarbij kan ook een rol spelen welk doel er wordt nagestreefd met een regeling.<sup>47</sup> Als er bijvoorbeeld een maatregel wordt genomen in het kader van een risico voor de volksgezondheid, terwijl er over het bestaan van dat risico wetenschappelijke onzekerheid bestaat, komt aan de regelgever doorgaans een ruime beslissingsruimte toe.<sup>48</sup> Het is vaak de EU-regelgever die bij de vaststelling van regelgeving een ruime beslissingsruimte heeft, maar ook aan nationale autoriteiten, waaronder de nationale regelgever, kan een ruime beslissingsruimte toekomen bij de uitvoering van het Unierecht.<sup>49</sup>

---

44 Gerards merkt op het Hof van Justitie bij zijn keuze voor een bepaalde toetsingsintensiteit een ‘vrij groot aantal factoren’ betreft, zie Gerards 2007, p. 92.

45 Zie Gerards 2007, p. 92-96; Gerards 2011b, p. 89-101. Conclusie van staatsraden advocaat generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, punt 7.3.1; conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 7.8; Widdershoven 2018, p. 188-189.

46 Zie hierover paragraaf 7.4.1.

47 Zie Gerards 2011b, p. 94-97.

48 Zie Gerards 2011b, p. 94-97.

49 Zie Gerards 2011b, p. 99-100.



De aard van het aangetaste belang en de ernst van de inbreuk op het aangetaste belang kunnen leiden tot een intensievere toetsing. De evenredigheidstoetsing kan bijvoorbeeld intensiever zijn bij (met name nationale) beperkingen van het vrij verkeer, omdat, zoals Gerards schrijft, de beperkende maatregel 'dan knaagt aan de grondvesten van de Europese Unie'.<sup>50</sup> Vanwege de aard van het aangetaste belang kan het Hof van Justitie ook intensiever toetsen aan het evenredigheidsbeginsel wanneer er een (door het Handvest beschermd) fundamenteel recht wordt aangetast.<sup>51</sup> Voor beide – belemmeringen van het vrij verkeer en beperkingen van fundamentele rechten – geldt: hoe verdergaand de inbreuk is, hoe intensiever ook de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel zou kunnen zijn.<sup>52</sup>

### 7.3.3 *Opmaat: een driedeling*

In de vorige twee paragrafen heb ik besproken dat het Hof van Justitie met een verschillende intensiteit kan toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Wat de keuze voor een bepaalde toetsingsintensiteit precies betekent voor de wijze van evenredigheidstoetsing heb ik niet besproken. De wijze van toetsing – de toetsingsmodaliteit – is het onderwerp van de paragrafen 7.4 t/m 7.6. Zoals ik ook in de inleiding heb vermeld, bespreek ik in het kader van de verschillende toetsingsmodaliteiten in het bijzonder of de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel als materieel, procedureel of semi-procedureel is aan te merken, alsmede welke factoren bij die materiële, procedurele of semi-procedurele toets dan een rol spelen.

De modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel bespreek ik hierna in drie categorieën van zaken.<sup>53</sup> In deze categorieën van zaken toetst het Hof van Justitie, gelet op de in paragraaf 7.3.2 besproken factoren, terughoudender of juist intensiever aan het evenredigheidsbeginsel. De eerste categorie bespreek ik in paragraaf 7.4. Daarin vallen zaken waarin regelgeving is vastgesteld op basis van een ruime beslissingsruimte. In paragraaf 7.5 bespreek ik de wijze van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in zaken waarin regelgeving een door het Handvest beschermd fundamenteel recht beperkt. In paragraaf 7.6 komt aan de orde hoe evenredigheidstoetsing wordt uitgevoerd als regelgeving het vrij verkeer belemmert.

50 Gerards 2007, p. 93.

51 Gerards 2007, p. 93; Widdershoven 2019, p. 46-47. Zie hierover paragrafen 7.5 en 7.6.

52 Zie Gerards 2011b, p. 92, p. 100-101.

53 Deze indeling komt grotendeels overeen met de indeling van Craig 2018 (hoofdstukken 19 en 20) volgens wie de hier genoemde type zaken de zaken zijn waarin evenredigheidstoetsing van regelgeving het meeste voorkomt. Craig onderscheidt ook de categorie 'sancties'. De evenredigheid van individuele sanctiebesluiten laat ik buiten beschouwing. Zie over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij sanctiebesluiten bijvoorbeeld Craig 2018, p. 664-668; Van den Brink e.a. 2017, p. 190-194.

## 7.4 EVENREDIGHEID EN DISCRETIONAIRE REGELGEVENDE BEVOEGDHEDEN

## 7.4.1 Technische en politieke discretie en de evenredigheidseis

Regelgeven en besturen op de Unierechtelijke gebieden van bijvoorbeeld het gezondheidsrecht, het milieurecht en het economisch en monetair beleid vraagt in toenemende mate om het beoordelen van, in de woorden van Nehl, *'high factual complexity'* en het nemen van *'controversial policy choices'*.<sup>54</sup> In dergelijke gevallen hebben de regelgever en/of de uitvoerende instanties vaak de nodige beslissingsruimte (discretie).<sup>55</sup> Die beslissingsruimte kan bestaan, omdat er ingewikkelde technische, sociaaleconomische of wetenschappelijke beoordelingen moeten worden gemaakt bij het vaststellen van regelgeving of het nemen van een besluit. In dat geval kan worden gesproken van *'technische discretie'*,<sup>56</sup> of discretie die cognitief van aard is (*issue of cognition, cognitive appraisal*).<sup>57</sup> Van technische discretie kan politieke discretie worden onderscheiden.<sup>58</sup> Politieke discretie verwijst volgens bijvoorbeeld Mendes naar *'choices that stem from assessing and weighing competing public interests'*.<sup>59</sup> Krajewski omschrijft het als *'discretion as to the choice of substantive values which should guide the exercise of authority'*.<sup>60</sup> Nehl schrijft dat *'the authority may [...] be entrusted with policy discretion or discretion proper allowing it to making policy choices among a number of legally valid options [...]*'.<sup>61</sup>

Hoewel er in theorie tussen technische en politieke discretie wordt onderscheiden, kan dat onderscheid in de praktijk niet altijd makkelijk worden gemaakt, ook al omdat aan de regelgever zowel technische als politieke discretie kan toekomen bij het uitoefenen van één bevoegdheid.<sup>62</sup> Het Hof van Justitie zelf maakt in zijn rechtspraak niet vaak een expliciet onderscheid tussen technische en politieke discretie.<sup>63</sup> Ten aanzien van de beslissingsruimte van de Unierechtelijke regelgever hanteert het Hof vaak de standaardoverweging dat *'de wetgever van de Unie over een ruime discretionaire bevoegdheid [beschikt] op een*

54 Nehl 2019, p. 157.

55 Nehl 2019, p. 157. Die beslissingsruimte bestaat overigens niet alleen vaak op de genoemde gebieden (het gezondheidsrecht, het milieurecht, het economisch en monetair beleid, veiligheid), maar bijvoorbeeld ook op het terrein van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, het arbeidsrecht, anti-dumping, sociale politiek, transport, consumentenbescherming, internationale antiterrorisme maatregelen en visserij, zie Van den Brink e.a. 2017, p. 181 en Hartley 2017, p. 100 (noot 46 met verwijzing naar Harbo 2010, p. 178-179).

56 Mendes 2016, p. 424-426; Krajewski 2022, p. 275.

57 Nehl 2019, p. 163, 168.

58 Krajewski 2022, p. 275; Nehl 2019, p. 163; Mendes 2016, p. 423-424.

59 Mendes 2016, p. 423-424.

60 Krajewski 2022, p. 275.

61 Nehl 2019, p. 163.

62 Zie hierover Nehl 2019, p. 169; Krajewski 2022, p. 275.

63 Widdershoven 2019, p. 53; Mendes 2016, p. 424.

gebied waarop van hem politieke, economische en sociale keuzes worden verlangd en waarop hij ingewikkelde beoordelingen moet maken.<sup>64</sup>

Bij discretie die zowel technisch als politiek van aard is, betekent het bestaan van die discretie dat de Unieregelgever de ruimte heeft om complexe (technische, wetenschappelijke, sociaaleconomische) feiten te beoordelen, ruimte heeft om strategische beleidskeuzes te maken, ruimte heeft om te beslissen over de aard en omvang van de vast te stellen bepaling én, tot op een zekere hoogte, ruimte heeft ten aanzien van de vaststelling van de 'basisgegevens' (lees: de onderzoeksdata<sup>65</sup>).<sup>66</sup>

Discretie van politieke en/of technische aard geeft aldus ruimte bij regelgeven, maar die ruimte neemt niet weg dat de regelgever in overeenstemming moet handelen met het recht. De EU is immers een gemeenschap die wordt beheerst door het recht (rechtsstaat, *Rule of Law*),<sup>67</sup> hetgeen onder meer betekent dat de handelingen van de instellingen van de Unie en handelingen van de nationale autoriteiten, voor zover zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht, in overeenstemming moeten zijn met in het bijzonder de Verdragen, de algemene rechtsbeginselen en de grondrechten.<sup>68</sup> Opdat de gebondenheid van de EU-instellingen en de lidstaten aan het recht wordt geëffectueerd, moet rechterlijk toezicht worden uitgeoefend op de verenigbaarheid van de handelingen van de EU-instellingen en de lidstaten met de zojuist genoemde normen.<sup>69</sup> Tot die normen behoort ook het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.

Ook de keuzes die de regelgever op basis van complexe beoordelingen en politieke discretie heeft gemaakt, moeten aldus geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin zijn en de rechter moet nagaan of aan die Unierechtelijke evenredigheidsaspecten is voldaan.

64 Zie bijvoorbeeld HvJ 8 juli 2010, C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419 (*Afton Chemical*), punt 46; HvJ 8 juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321 (*Vodafone*), punt 52; HvJ 4 mei 2016, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pill-box 38*), punt 49; HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*), punt 36; HvJ 10 december 2002, C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741 (*British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco*), punt 123.

65 Zie Jansen & De Jong 2022, p. 10.

66 Zie bijvoorbeeld HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*), punt 37; HvJ 21 juni 2018, C-5/16, ECLI:EU:C:2018:483 (*Polen/Parlement en Raad*), punt 151; HvJ 7 september 2006, C-310/04, ECLI:EU:C:2006:521 (*Spanje/Raad*), punt 12; HvJ 8 juli 2010, C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419 (*Afton Chemical*), punt 33.

67 Artikel 2 VEU. Zie verder bijvoorbeeld Lenaerts e.a. 2014, p. 2 en HvJ 23 april 1986, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166 (*Les Verts/Parlement*), punt 23.

68 Vergelijk Nehl 2019, p. 157.

69 Over het volledige stelsel van rechtsmiddelen dat moet verzekeren dat er rechterlijk toezicht bestaat op de verenigbaarheid van de handelingen van de EU-instellingen en de lidstaten met in het bijzonder de Verdragen, de algemene rechtsbeginselen en de fundamentele rechten, zie paragraaf 4.2.2 en Ortlep & Widdershoven 2017, p. 331-334.

Voor zover dat de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel op zichzelf plaatsvindt, en dus bijvoorbeeld niet in het kader van de vraag of een maatregel een gerechtvaardigde inbreuk maakt op een fundamenteel recht, kan worden gesproken van een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel die plaatsvindt op een ‘*stand-alone basis*’.<sup>70</sup> Hoe een dergelijke evenredigheidstoets wordt uitgevoerd, komt aan de orde in de volgende paragrafen, waarbij ik de focus vooral leg op de toetsing van EU-regelgeving.

#### 7.4.2 Materiële rechterlijke terughoudendheid

##### 7.4.2.1 De maatstaf van kennelijke onevenredigheid

Hoewel de inhoudelijke keuzes die tot stand zijn gekomen op basis van politieke en/of technische discretie aan het EU-evenredigheidsbeginsel worden getoetst, is die toetsing vaak, voorheen vaker dan nu, beperkt.<sup>71</sup> Vaak overweegt het Hof dat het rechterlijk toezicht op de naleving van het evenredigheidsbeginsel in gevallen waarin discretie een rol speelt beperkt is tot de vraag of de ter toetsing voorliggende maatregel ‘kennelijk ongeschikt’ is ter bereiking van het nagestreefde doel.<sup>72</sup> Het gaat er bij die beperkte toetsing volgens het Hof niet om dat de ter toetsing voorliggende maatregel ‘de enige of best mogelijke maatregel was, aangezien enkel de kennelijke ongeschiktheid daarvan ter bereiking van het door de bevoegde instellingen nagestreefde doel de rechtmatigheid van die maatregel kan aantasten’.<sup>73</sup> In veel zaken volstaat het Hof met een toetsing op kennelijke ongeschiktheid, maar dat is niet altijd zo. Soms gaat het Hof ook na of een maatregel kennelijk verder gaat dan noodzakelijk is ter bereiking van het nagestreefde doel (noodzakelijkheid) en/of de veroorzaakte gevolgen van een maatregel kennelijk buiten verhouding staan tot het nagestreefde doel (evenredigheid in strikte zin).<sup>74</sup> In plaats van de maatstaf van ‘kennelijke ongeschiktheid’ zou daarom ook gesproken kunnen worden van de maatstaf van ‘kennelijke onevenredigheid’.<sup>75</sup> De toets op ‘kennelijke onevenredigheid’ kan als een materiële (terughoudende) evenredigheidstoets worden beschouwd.<sup>76</sup>

70 Zie Nehl 2019, p. 189.

71 Zie bijvoorbeeld Craig 2018, p. 644-655; Nehl 2019, p. 188-190; Van den Brink e.a. 2017, p. 180-183; Gerards 2011b, p. 97-100; Harvey 2017, p. 100; Van den Brink 2012, p. 158-159.

72 Zie standaardzaak HvJ 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), punt 13 en 14 en recenter bijvoorbeeld HvJ 8 juli 2010, C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419 (*Afton Chemical*), punt 46; HvJ 4 mei 2016, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pillbox 38*), punt 49.

73 Zie bijvoorbeeld HvJ 12 juli 2007, C-189/01, ECLI:EU:C:2001:420 (*Jippes*), punt 83 en recenter HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*), punt 36.

74 Zie bijvoorbeeld HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*); HvJ 16 juni 2015, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 (*Gauweiler*).

75 Vergelijk Craig 2018, p. 644 e.v. die in dit kader spreekt van de ‘*manifest disproportionate*’ toets.

76 Zie bijvoorbeeld Widdershoven 2018, p. 188-189.

Hoe precies moet worden beoordeeld of er sprake is van een kennelijk onevenredige maatregel is moeilijk vast te stellen. In dat verband is in de literatuur opgemerkt dat ‘ultimately, ‘manifest’ is whatever the judge considers to be ‘manifest’ in a given case.’<sup>77</sup> De terughoudende toetsing op kennelijke onevenredigheid komt vooral tot uitdrukking in de passieve opstelling van het Hof en de bewijsstandaard.<sup>78</sup> De kern van de toets is dat het Hof van Justitie geen hoge eisen stelt aan het bewijs en de argumentatie van de regelgever ten aanzien van de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin van een maatregel.<sup>79</sup>

Illustratief is dat, voornamelijk op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, het Hof heeft overwogen dat beoordelingen achteraf over de effectiviteit van een maatregel niet kunnen afdoen aan de rechtmatigheid van die maatregel.<sup>80</sup> Moet de Unieregelgever de toekomstige gevolgen van een vast te stellen regeling beoordelen, en zijn die gevolgen niet met zekerheid te voorzien, dan kan de beoordeling van de Unieregelgever slechts worden afgekeurd als die beoordeling, gelet op de gegevens waarover de wetgever ten tijde van de vaststelling van de betrokken regeling beschikte, kennelijk onjuist is.<sup>81</sup>

Het Hof gaat er in principe van uit dat de ter toetsing voorliggende maatregel evenredig is, tenzij de benadeelde partij overtuigend aannemelijk maakt dat een maatregel als kennelijk onevenredig moet worden beschouwd.<sup>82</sup> Het komt niet vaak voor dat het Hof aan de hand van een toetsing op kennelijke onevenredigheid tot het oordeel komt dat regelgeving in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.<sup>83</sup>

#### 7.4.2.2 Ratio voor materiële terughoudendheid

De doorgaans terughoudende opstelling van het Hof bij het aan de orde zijn van politieke en/of technische discretie is ingegeven door de opvatting dat de regelgever om verschil-

77 Nehl 2019, p. 179.

78 Zie over het verband tussen de toetsingsintensiteit en de toetsingsstandaard bijvoorbeeld Gerards 2011b, p. 88-89 en (impliciet) ook Craig 2018, p. 644-653.

79 Vergelijk Gerards 2007, p. 92.

80 Zie ook Craig 2018, p. 648; Gerards 2007, p. 80-81.

81 HvJ 9 juni 2016, gevoegde zaken C-78/16 en C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428 (*Pesce*), punt 50; HvJ 17 oktober 2013, C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661 (*Schaible*), punt 50; HvJ 12 januari 2006, C-504/04, ECLI:EU:C:2006:30 (*Agrarproduktion Staebelow GmbH*), punt 38.

82 Zie de bespreking van de relevante rechtspraak op dit punt door Craig 2018, p. 644 e.v. Zie ook Krajewski 2022, p. 284 en Gerards 2011b, p. 99.

83 Van den Brink e.a. 2017, p. 182 wijzen erop dat het Hof slechts in een aantal arresten tot het oordeel komt dat de desbetreffende EU-regelgeving niet door de beugel kan omdat zij niet evenredig is. Zij wijzen onder meer op HvJ 7 september 2006, C-310/04, ECLI:EU:C:2006:521 (*Spanje/Raad*); HvJ 6 december 2005, gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, ECLI:EU:C:2005:741 (*ABNA e.a.*).

lende redenen in een betere positie verkeert om complexe beoordelingen en beleidskeuzes te maken.<sup>84</sup> De regelgever wordt geacht beter (democratisch) gelegitimeerd te zijn dan het Hof van Justitie om de verschillende van belang zijnde factoren tegen elkaar af te wegen en tot een (strategische) beleidskeuze te komen, ook al is dat, vergelijk de vorige paragraaf, volgens de rechter wellicht niet de 'best mogelijke maatregel' die genomen had kunnen worden.<sup>85</sup> Verder wordt de regelgever ook beter in staat geacht om technische, wetenschappelijke of economische beoordelingen/afwegingen te maken. Daarbij is de gedachte dat de expertise en deskundigheid die daarvoor nodig is niet aanwezig is bij of minder toegankelijk is voor de rechter in vergelijking met de regelgever.<sup>86</sup> Soms overweegt het Hof in dit verband bijvoorbeeld dat teneinde de evenredigheid van maatregelen in complexe aangelegenheden te beoordelen, het noodzakelijk is om 'zeer complexe wetenschappelijke en technische feiten' te beoordelen en dat de 'rechter van de Unie zijn beoordeling van die feiten niet in de plaats kan stellen van die van de wetgever, aan wie het VWEU die taak heeft toevertrouwd.'<sup>87</sup>

Het beoordelen van de evenredigheid is extra ingewikkeld als maatregelen worden genomen op basis van het voorzorgsbeginsel. Het gaat dan om maatregelen die worden getroffen om bijvoorbeeld de volksgezondheid of het milieu te beschermen, terwijl er wetenschappelijke onzekerheid bestaat over een risico dat de aanleiding voor de getroffen maatregel vormt en/of de effecten van die maatregel ter beheersing van dat risico.<sup>88</sup> Het is bij dit soort maatregelen vanwege de wetenschappelijke onzekerheid erg ingewikkeld om te beoordelen of de getroffen maatregel bijvoorbeeld geschikt en noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken. Die beoordeling wordt in principe aan de regelgever overgelaten vanwege het gebrek (aan toegang tot) de benodigde expertise en deskundigheid bij het Hof.

Voor de intensiteit van evenredigheidstoetsing van regelgeving die is vastgesteld op basis van politieke en/of technische discretie maakt het overigens niet uit of die regeling een

84 Zie Gerards 2011b, p. 98.

85 Zie Craig 2018, p. 653; Gerards 2007, p. 93-94. Voor de op nationaal niveau vastgestelde regelgeving moet aan het bovenstaande worden toegevoegd dat het Hof van Justitie vanwege de verticale machtsverdeling tussen de EU en haar lidstaten (meer) ruimte kan laten aan de nationale rechter om te oordelen over de Europese evenredigheid van nationale regelgeving. Zie voor dit 'dubbele constitutionele gelaagdheid'-argument Van den Brink e.a. 2017, p. 184; Gerards 2007, p. 86.

86 Door Jansen & De Jong 2022, p. 9 wordt daarbij opgemerkt dat het Hof van Justitie, hoewel daartoe bevoegd, zelden zelf deskundigen raadpleegt.

87 Zie HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*), punt 37.

88 Zie bijvoorbeeld HvJ 8 juli 2010, C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419 (*Afton Chemical*); HvJ 28 januari 2010, C-333/08, ECLI:EU:C:2010:44 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ 9 juni 2016, gevoegde zaken C-78/16 en C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428 (*Pesce*). Zie ook Nehl 2019, p. 183-187.

wetgevingshandeling of een niet-wetgevingshandeling is, ook al verschilt de mate waarin die handelingen democratisch gelegitimeerd zijn. De beslissingsruimte van de regelgever lijkt bepalend te zijn voor de vraag of het Hof van Justitie zich terughoudend opstelt bij het beoordelen van de evenredigheid van de gemaakte keuzes en niet zozeer *de mate waarin* een handeling democratisch is gelegitimeerd.<sup>89</sup> In bijvoorbeeld zowel de uitspraken *Vodafone*<sup>90</sup> als *Pesce*<sup>91</sup> overweegt het Hof van Justitie dat de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel terughoudend moet zijn vanwege de aan de orde zijnde beslissingsruimte, terwijl het Hof in de eerstgenoemde uitspraak een wetgevingshandeling (verordening) toetst en in de laatstgenoemde uitspraak een niet-wetgevingshandeling (uitvoeringsbesluit met algemene strekking van de Commissie).

#### 7.4.3 *Van materieel terughoudende naar semi-procedurele evenredigheids-toetsing: introductie en ratio*

De beoordeling door het Hof van de evenredigheid van regelgeving die is vastgesteld op basis van politieke en/of technische discretie neemt niet langer steeds de vorm aan van een toetsing op kennelijke onevenredigheid. In de literatuur is erop gewezen dat het Hof in dergelijke gevallen soms een ‘nieuwe’ toetsingsmodaliteit toepast,<sup>92</sup> waarbij het Hof niet alleen de inhoud van regelgeving toetst op evenredigheid, maar daarbij ook – en soms vooral – het totstandkomingsproces van regelgeving, de aan de regeling ten grondslag liggende gegevens, en de motivering van de gemaakte keuzes betreft.<sup>93</sup> Het gaat bij die nieuwe toetsingsmodaliteit, in de woorden van Van Heusden, om een combinatietoets die neerkomt op een materiële en procedurele toetsing, waardoor die toetsing als *substantive review* noch als uitsluitend *process review* is te beschouwen.<sup>94</sup> Vanwege het procedurele karakter van de ‘combinatietoets’ verschilt deze bijvoorbeeld van de toets op kennelijke

89 Hoewel het verschil tussen wetgevingshandelingen en niet-wetgevingshandelingen niet van invloed lijkt te zijn op de rechterlijke toetsingsintensiteit, betekent dat niet dat er geen enkele consequentie aan dat verschil is verbonden ten aanzien van de rechtsbescherming tegen deze handelingen. Zoals ik in paragraaf 4.2.3.2 heb besproken, kunnen particulieren – in elk geval in theorie – gemakkelijker een beroep tot nietigverklaring instellen tegen een niet-wetgevingshandeling (van algemene strekking) dan tegen een wetgevingshandeling. Voor een ontvankelijk beroep tegen een wetgevingshandeling is vereist dat particulieren rechtstreeks én individueel worden geraakt door die handeling. Voor de ontvankelijkheid van een beroep van een particulier tegen niet-wetgevingshandeling (van algemene strekking) geldt alleen de eis van rechtstreekse geraaktheid, mits die niet-wetgevingshandeling geen uitvoeringshandelingen met zich meebrengt.

90 HvJ 8 juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321 (*Vodafone*).

91 HvJ 9 juni 2016, gevoegde zaken C-78/16 en C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428 (*Pesce*).

92 Zie Van Heusden 2022, p. 153-156.

93 Deze toetsing wordt ook wel ‘rationaliteitstoetsing’, ‘procedurele (evenredigheids)toetsing’, procesgeoriënteerde (evenredigheids)toetsing of semi-procedurele (evenredigheids)toetsing genoemd, zie bijvoorbeeld Lenaerts 2012; Van Heusden 2022, hoofdstuk 4; Harbo 2017; Harvey 2017; Widdershoven 2019; Beijer 2017a; Van Zanten & Widdershoven 2019.

94 Van Heusden 2022, p. 125-127.

onevenredigheid; de laatstgenoemde modaliteit wordt in de regel als, in overwegende mate, materieel beschouwd.<sup>95</sup> Zoals in de volgende paragrafen duidelijk zal worden, komt deze procedureel georiënteerde evenredigheidstoetsing van het Hof van Justitie overeen met wat ik in paragraaf 1.4.6.4 een ‘semi-procedurele evenredigheidstoets’ genoemd heb: een modaliteit van evenredigheidstoetsing waarbij de rechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes. Voordat ik de inhoud en de toepassing door het Hof van Justitie van een semi-procedurele evenredigheidstoetsing bespreek in de volgende paragrafen, ga ik hieronder eerst in op een van de redenen waarom het Hof deze toetsingsmodaliteit toepast.<sup>96</sup>

In de literatuur wordt erop gewezen dat het Hof regelmatig een semi-procedurele toetsing uitvoert als het Hof de evenredigheid moet beoordelen van met name EU-regelgeving die op basis van politieke en/of technische discretie tot stand is gekomen.<sup>97</sup> In dat geval besteedt het Hof ter compensatie van de terughoudende toetsing op kennelijke onevenredigheid ook aandacht aan het totstandkomingsproces van regelgeving, inclusief het materiaal dat ten grondslag ligt aan inhoudelijk gemaakte keuzes en de motivering van de gemaakte keuzes/beoordelingen.<sup>98</sup>

Bij het vormgeven van de rechterlijke toetsing van regelgeving die is vastgesteld op basis van een discretionaire bevoegdheid moet een evenwicht worden gevonden tussen twee fundamentele uitgangspunten van het Unierechtelijke rechtssysteem. Enerzijds het respecteren van de keuzes en beoordelingen die de regelgever maakt op basis van discretie die hem toekomt (*‘institutional balance’*, machtscheiding) en anderzijds het bieden van rechtsbescherming in overeenstemming met het in het Unierecht erkende beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals neergelegd in de artikelen 19, eerste lid, tweede alinea, VEU en 47 van het Handvest.<sup>99</sup>

95 Zie bijvoorbeeld Widdershoven 2018, p. 188-189.

96 Naast de reden die ik hieronder bespreek, zijn er in de literatuur ook andere redenen genoemd waarom het Hof van Justitie een procedurele toetsing uitvoert, al dan niet in het kader van evenredigheidstoetsing. Zie voor die redenen bijvoorbeeld Van Heusden 2022, p. 131-134.

97 Zie bijvoorbeeld Lenaerts 2012; Harvey 2017; Van Heusden 2022, p. 142; Widdershoven 2019, p. 53 e.v.; Mendes 2016, p. 430-434; Krajewski 2022, p. 284. Het Hof van Justitie voert een semi-procedurele evenredigheidstoetsing echter niet alleen uit als het de uitoefening van een discretionaire regelgevende bevoegdheid op een *‘stand-alone basis’* toetst aan het evenredigheidsbeginsel, maar ook als het de evenredigheid beoordeelt van regelgeving die het vrije verkeer of een fundamenteel recht belemmert, zie de paragrafen 7.5 en 7.6.

98 Zie expliciet Lenaerts 2012, p. 3: *‘judicial deference in relation to ‘substantive outcomes’ has been counterbalanced by a strict ‘process review’*. Zie verder bijvoorbeeld Van Heusden 2022, p. 128-130.

99 Onderdeel van het beginsel van effectieve rechtsbescherming is een effectieve rechterlijke toetsing die, volgens het Hof, ‘inherent is aan het bestaan van een rechtsstaat’. Zie bijvoorbeeld HvJ 28 maart 2017, C-72/15,



Hofmann leidt zijn artikel ‘The Duty of Care in EU Public Law – A Principle Between Discretion and Proportionality’ bijvoorbeeld in met de volgende zin: ‘*One of the central problems in establishing effective judicial remedies by EU courts is to find a balance between, on the one hand, a separation of powers-inspired respect for discretion of the institutions and bodies of the EU and, on the other hand, ensuring a rule of law based effective review of the legality of acts.*’<sup>100</sup> Door Nehl wordt een vergelijkbaar spanningsveld geschetst, waar hij schrijft dat ‘*[j]udicial review of executive/regulatory measures and policy choices in complex socio-economic contexts [...] increasingly raises the question of how to define properly the scope, the degree, and the limits of such “effective” judicial scrutiny. It is argued that, with regard to the “institutional balance” – i.e. a system of optimal checks and balances of the powers divided between the EU institutions – the judge needs to strike a reasonable equilibrium between the protection of individual rights and interests and the observance of the law constraining the exercise of discretion on the one hand, and the requirement to respect the core of executive/regulatory discretion on the other.*’<sup>101</sup>

De semi-procedurele evenredigheidstoetsing van het Hof wordt gezien als een manier waarop het Hof van Justitie een balans kan bereiken tussen enerzijds het respecteren van de politieke/technische discretie van de regelgever en anderzijds het bieden van effectieve rechtsbescherming.<sup>102</sup> Zoals in de volgende paragrafen aan de orde zal komen, bewaart het Hof van Justitie bij het uitvoeren van een semi-procedurele evenredigheidstoetsing enerzijds nog steeds afstand tot de inhoudelijke keuzes en afwegingen die de regelgever op basis van politieke/technische discretie heeft gemaakt. Daarmee respecteert het Hof de machtenscheiding. Anderzijds beoordeelt het Hof wel of de regelgever zijn keuzes zorgvuldig heeft voorbereid, met name door te kijken of die keuzes zijn gebaseerd op een deugdelijk en volledig onderzoek, en deugdelijk heeft gemotiveerd. Het toetsen van die meer procedurele aspecten wordt geacht bij te dragen aan een effectief rechterlijk toezicht zonder dat aldus aan het belang van machtenscheiding wordt afgedaan.<sup>103</sup>

Wat is dan precies die semi-procedurele evenredigheidstoetsing die het Hof van Justitie kennelijk in staat stelt om zijn toetsing, ingegeven door het bieden van effectieve rechtsbescherming, te intensiveren zonder het machtsevenwicht te verstoren? Die vraag beant-

---

ECLI:EU:C:2017:236 (*Rosneft*), punt 73.

100 Hofmann 2020, p. 87.

101 Nehl 2019, p. 157-158.

102 Zie Hofmann 2020; Nehl 2019, p. 190-196; Mendes 2016, p. 430-434. Ook Van Heusden wijst hierop, zie Van Heusden 2022, p. 128 e.v.

103 Lenaerts 2012, p. 15.

woord ik in de volgende paragrafen (paragrafen 7.4.4 t/m en 7.4.5). Eerst bespreek ik wat het ‘procedurele element’ is van de semi-procedurele evenredigheidstoets (paragraaf 7.4.4). Vervolgens bespreek ik enkele kenmerken van de semi-procedurele evenredigheidstoets die het Hof van Justitie uitvoert en die deze toets *semi*-procedureel maken (paragraaf 7.4.5).

#### 7.4.4 *Het procedurele element: zorgvuldigheid en motivering*

Het procedurele element van de semi-procedurele evenredigheidstoets bestaat eruit dat het Hof enkele procedurele maatstaven toepast in het licht waarvan het Hof enkele procedurele aspecten van regelgeving beoordeelt. De procedurele maatstaven die in verband worden gebracht met semi-procedurele evenredigheidstoetsing in het Unierecht zijn het Unierechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel (*duty of care, principle of care*) en het motiveringsbeginsel.<sup>104</sup>

Het Unierechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel is voornamelijk tot ontwikkeling gekomen in de jaren 90 van de vorige eeuw in de rechtspraak van het Hof van Justitie over besluiten met een individuele strekking die zijn genomen op basis van een ruime beslissingsruimte.<sup>105</sup> In het arrest *TU München* overwoog het Hof dat wanneer EU-instellingen over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken – in dit geval van technische aard – ‘de naleving van de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen van des te groter fundamenteel belang’ zijn. Tot die waarborgen behoort ‘de verplichting voor de bevoegde instelling om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken.’<sup>106</sup> Andere waarborgen zijn ‘het recht van de belanghebbende om zijn standpunt kenbaar te maken’ en het ‘recht op een beschikking die toereikend is gemotiveerd’. In latere rechtspraak heeft het Hof het zorgvuldigheidsbeginsel aangemerkt als een algemeen beginsel van Unierecht,<sup>107</sup> dat een uitwerking vormt van het concept van goed bestuur.<sup>108</sup> Als algemeen Unierechtelijk beginsel is het zorgvuldigheidsbeginsel ook van toepassing op de totstandkoming van regelgeving.<sup>109</sup> Het zorgvuldig-

104 Zie in het bijzonder Hofmann 2020 (die overigens niet expliciet wijst op het motiveringsbeginsel); Nehl 2019, p. 190-196; Hofmann 2019, p. 233-235.

105 Zie voor de totstandkoming van het Unierechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel Nehl 1999, p. 101 e.v.; Hofmann 2020, p. 89-92; Mihaescu Evans 2015, p. 394-397.

106 HvJ 21 november 1991, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438 (*TU München*), punt 14.

107 Zie de rechtspraak genoemd in Hofmann 2020, p. 93 (noot 20), zoals bijvoorbeeld HvJ 4 april 2017, C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256 (*Europese ombudsman/Claire Staelen*), punt 34.

108 Over de precieze verhouding tussen het zorgvuldigheidsbeginsel en het concept van goed bestuur zie Mihaescu Evans 2015, p. 392 e.v.

109 Hofmann 2020, p. 90, 94-95. Voor het ontstaan van het zorgvuldigheidsbeginsel verwijst Hofmann naar HvJ 21 maart 1955, C-6/54, ECLI:EU:C:1955:5 (*Nederland/Hoge Autoriteit*). Het Unierechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel is ook relevant voor de totstandkoming en rechterlijke beoordeling van besluiten die natio-

heidsbeginsel beoogt te waarborgen dat beslissingen met de nodige ‘zorg’ worden vastgesteld.<sup>110</sup> Daarnaast heeft het zorgvuldigheidsbeginsel een instrumentele functie, in de zin dat de toetsing daaraan, zoals het Hof overweegt in het arrest *TU München*, de rechter in staat stelt om te beoordelen of er is voldaan ‘aan alle feitelijke en juridische vereisten waarvan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid afhangt.’

Welke inhoud heeft het zorgvuldigheidsbeginsel?<sup>111</sup> Uit de omschrijving in het arrest *TU München* volgt dat het zorgvuldigheidsbeginsel voorschrijft dat het vaststellende orgaan alle relevante gegevens van de betrokken situatie zorgvuldig en onpartijdig onderzoekt. Onder de eis dat ‘alle relevante gegevens van de betrokken situatie’ worden onderzocht valt ook de verplichting om alle belangen in kaart te brengen die door de beslissing mogelijk worden geraakt.<sup>112</sup> De frase ‘zorgvuldig en onpartijdig’ onderzoek stelt eisen aan het soort gegevens waarop het vaststellende orgaan de beslissing moet baseren en de wijze waarop die gegevens moeten worden verkregen.<sup>113</sup> Het Hof van Justitie heeft in dat verband bepaald dat het vaststellende orgaan zich moet baseren op de meest feitelijk juiste, betrouwbare en consistente informatie die beschikbaar is.<sup>114</sup> De feitelijke juistheid, betrouwbaarheid en consistentie van de informatie wordt volgens Hofmann beoordeeld aan de hand van de informatiebron en de procedure die is gevolgd om de informatie te verkrijgen.<sup>115</sup> In dat licht kan het Hof van Justitie verlangen dat het vaststellende orgaan zich baseert op wetenschappelijke expertise.<sup>116</sup> Verder moet de regelgever dus ook onpartijdig te werk gaan. Over het Europese ‘onpartijdigheidsvereiste’, dat bestaat uit de componenten subjectieve en objectieve onpartijdigheid, bestaat weinig rechtspraak.<sup>117</sup> De objectieve onpartijdigheid vereist dat iedere gerechtvaardigde twijfel over partijdigheid moet worden voorkomen; subjectieve onpartijdigheid vereist dat geen enkel lid van de betrokken instelling blijf mag geven van partijdigheid of persoonlijke vooringenomenheid.<sup>118</sup> Hoewel het Hof de bestuurlijke onpartijdigheid in zijn rechtspraak soms in verband brengt

---

nale autoriteiten nemen op basis van een ruime beslissingsruimte. Zie HvJ 4 april 2017, C-544/15, ECLI:EU:C:2017:255 (*Fahimian*), punt 46 en de annotatie van Widdershoven in *AB* 2018/107.

110 Zie reeds HvJ 21 maart 1955, C-6/54, ECLI:EU:C:1955:5 (*Nederland/Hoge Autoriteit*) en bijvoorbeeld HvJ 4 april 2017, C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256 (*Europese ombudsman/Claire Staelen*), punt 34.

111 Zie uitgebreid Hofmann 2020, p. 98-102.

112 Hofmann 2020, p. 99.

113 Hofmann 2020, p. 99-100; Nehl 2019, p. 182.

114 Hofmann 2020, p. 99-100. Nehl 2019, p. 182.

115 Hofmann 2020, p. 99.

116 Hofmann 2020, p. 99.

117 Zie Schlössels & Frins 2022, p. 644; Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR 2021, p. 141.

118 Zie HvJ 27 maart 2019, C-680/16 P, ECLI:EU:C:2019:257 (*Dr. August Wolff GmbH & Co. KG Arzneimittel*), punt 27, ontleend aan Schlössels & Frins 2022, p. 644.

met de rechterlijke onpartijdigheid, onderkent het Hof ook dat besturen betekent dat het handelen vanuit een beleidsmatige invalshoek vaak onvermijdelijk is.<sup>119</sup>

Het zorgvuldigheidsbeginsel is gerelateerd aan het recht om te worden gehoord. Het recht om te worden gehoord is als verdedigingsrecht opgenomen in artikel 41, tweede lid, onder a, Handvest, waarin staat dat eenieder het recht heeft om te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige *individuele* maatregel wordt genomen. Artikel 41, tweede lid, onder a, Handvest is dus niet van toepassing bij de vaststelling van regelgeving.<sup>120</sup> In meer algemene zin bestaat er geen juridisch bindend, generiek participatie- of raadplegingsrecht bij de vaststelling van regelgeving, hoewel inspraakverplichtingen wel steeds vaker worden voorgeschreven op specifieke terreinen, zoals bij milieu-besluitvormingsprocedures (Verdrag van Aarhus).<sup>121</sup> Ook als er geen bindende inspraakverplichting bestaat, staat het de regelgever natuurlijk vrij om betrokkenen te raadplegen. Voert de regelgever zo'n vrijwillige raadpleging uit, dan wordt dat ook positief meegewogen wanneer het Hof van Justitie een semi-procedurele evenredigheidstoets uitvoert (zie paragrafen 7.4.5.2 en 7.4.5.3). Kortom, hoewel er geen harde algemene eisen over de inspraak bij de vaststelling van regelgeving bestaan, kan zeker niet worden gezegd dat inspraak juridisch irrelevant is bij de vaststelling van regelgeving.

De elementen van het zorgvuldigheidsbeginsel die hiervoor zijn besproken hebben een meer feitelijke aard. Hofmann spreekt in dit verband over de kwantitatieve en kwalitatieve componenten van het zorgvuldigheidsbeginsel.<sup>122</sup> Hij onderscheidt ook een cognitieve component, die kan worden voorgesteld als de brug tussen de informatie die het vaststellende orgaan heeft verzameld en de conclusie waartoe het vaststellende orgaan op basis

119 Aldus Schlössels & Frins 2022, p. 644.

120 Zie ook Mihaescu Evans 2015, p. 175 en HvJ 17 maart 2011, C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153 (*AJD Tuna*), punt 49, waarin het Hof overweegt: '[a]rtikel 41 van het Handvest, waarvan *AJD Tuna* stelt dat het is geschonden, bevestigt met name het recht van eenieder om te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen. Hieruit volgt dat die bepaling niet ziet op het proces van totstandkoming van handelingen van algemene strekking.'

121 Mihaescu Evans 2015, p. 178 wijst erop dat het niet is uitgesloten dat een recht om te worden gehoord bij regelgeving in de toekomst tot ontwikkeling komt in de vorm van participatievoorschriften als onderdeel van de (mogelijke) regulering van *administrative rulemaking*. Zie voor voorgestelde regels voor *administrative rulemaking* hoofdstuk 4 van het rapport *Europa en het algemeen bestuursrecht* van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR (i.h.b. p. 97-99). In dat hoofdstuk wordt boek II besproken van de zogenoemde *Model Rules on EU Administrative Procedures* van het academische netwerk *ReNEUAL* (geen geldend recht). In boek II zijn modelregels opgenomen voor de totstandkomingsprocedure van EU-regelgeving, niet zijnde wetgevingshandelingen, waarin ook een consultatie- en participatieverplichting is opgelegd.

122 Hofmann 2020, p. 98-100.

van die informatie is gekomen.<sup>123</sup> Nadat het vaststellende orgaan de informatie heeft verzameld, waardeert dat orgaan die informatie en komt dan tot een conclusie, die bijvoorbeeld luidt: dit is een maatregel die geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is. Het is aan de rechter om te beoordelen of die conclusie logischerwijs kan voortvloeien uit de overlegde informatie van het vaststellende orgaan.<sup>124</sup>

De tweede procedurele maatstaf is het Unierechtelijk motiveringsbeginsel. Het motiveeringsbeginsel heeft verschillende rechtsgrondslagen.<sup>125</sup> Een van de rechtsgrondslagen is artikel 41, tweede lid, onder c, Handvest, waaruit volgt dat de verplichting voor ‘de betrokken instanties’ om hun beslissingen met redenen te omkleeden een onderdeel is van het recht op behoorlijk bestuur. Artikel 41, tweede lid, onder c, Handvest is niet van toepassing op de handelingen van nationale autoriteiten; artikel 41 is uitdrukkelijk gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie.<sup>126</sup> Toch moeten nationale autoriteiten hun handelingen motiveren wanneer die handelingen worden vastgesteld binnen de werkings sfeer van het Unierecht. Zij zijn dat niet verplicht op grond van artikel 41 Handvest, maar wel op grond van het achterliggende ongeschreven motiveringsbeginsel.<sup>127</sup> Op dit beginsel wijst het Hof bijvoorbeeld in het hiervoor genoemde arrest *TU München*.<sup>128</sup> In het arrest *Heylens* brengt het Hof het motiveringsbeginsel in verband met het beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>129</sup> Een effectieve rechterlijke controle moet zich kunnen uitstrekken tot de ‘wettigheid van de motivering’ en voor het kunnen uitoefenen van zo’n effectieve rechterlijke controle moet de rechter de overlegging van de motivering kunnen verlangen van de bevoegde instantie, aldus het Hof. Een laatste rechtsgrondslag van het motiveringsbeginsel is artikel 296, tweede alinea, VWEU, dat luidt: ‘[r]echtshandelingen worden met redenen omkleed en verwijzen naar de voorstellen, initiatieven, aanbevelingen, verzoeken of adviezen waarin de Verdragen voorzien.’

Het motiveringsbeginsel is zonder twijfel van toepassing op EU-regelgeving, zowel wetgevingshandelingen als niet-wetgevingshandelingen.<sup>130</sup> In zijn rechtspraak over artikel 296 VWEU brengt het Hof bijvoorbeeld als algemene regel tot uitdrukking dat de motiveeringsplicht geldt ‘voor iedere voor beroep tot nietigverklaring vatbare handeling’, zijnde

123 Hofmann 2020, p. 101.

124 Hofmann 2020, p. 101.

125 Zie Opdebeek & Somer 2016, p. 101-102.

126 Zie Van den Brink e.a. 2017, p. 131-132;

127 Opdebeek & Somer 2016; Hofmann & Mihaescu 2013.

128 HvJ 21 november 1991, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438 (*TU München*), punt 14.

129 HvJ 15 oktober 1987, C-222/86, ECLI:EU:C:1987:442 (*Heylens*). Ook in meer recente rechtspraak komt het belang van de motivering in het licht van effectieve rechterlijke controle aan de orde. Zie bijvoorbeeld HvJ 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665 (*IMS*).

130 Opdebeek & De Somer 2016, p. 111-112; Hofmann & Mihaescu 2013, p. 87-88.

alle handelingen die, ongeacht hun vorm, ‘tot doel hebben dwingende rechtsgevolgen tot stand te brengen.’<sup>131</sup> Dat het Unierecht een motiveringsbeginsel kent met zo’n ruim toepassingsbereik is in vergelijking met veel nationale rechtssystemen, waarin vaak niet (in algemene zin) een motivering van (secundaire) regelgeving wordt verlangd, vrij bijzonder.<sup>132</sup> Een van de meest wezenlijk functies die in het Unierecht aan het motiveringsbeginsel wordt toegeschreven is het in staat stellen van de rechter toezicht uit te oefenen op de betreffende Uniehandeling.<sup>133</sup> Het Hof van Justitie wijst in zijn rechtspraak ook steeds op het belang van de motiveringsplicht in het licht van de rechterlijke toetsing en heeft zelfs overwogen dat die plicht in het bijzonder haar rechtvaardiging vindt ‘in de rechterlijke toetsing die het Hof moet kunnen uitoefenen.’<sup>134</sup> Het motiveringsbeginsel heeft in die zin een accessoir karakter.

De inhoud van het motiveringsbeginsel heeft het Hof van Justitie vooral ontwikkeld in zijn rechtspraak over artikel 296, tweede lid, VWEU. In die rechtspraak heeft het Hof met name eisen gesteld aan de omvang en kenbaarheid van de motivering.

Met betrekking tot de *omvang* van de motivering is het vaste rechtspraak dat de motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en het de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doet komen.<sup>135</sup> Vanwege de ‘aard van de betrokken handeling’ kan de omvang van de motivering beperkter zijn wanneer het gaat om een handeling van algemene strekking. In dat geval kan in de motivering worden volstaan ‘met vermelding van het geheel der omstandigheden die tot de vaststelling van de handeling hebben geleid, en van de algemene doelstellingen van de handeling. In deze context heeft het Hof met name gepreciseerd dat het te ver zou gaan om voor elke technische keuze een specifieke motivering te verlangen indien de essentie van het door de instelling nagestreefde doel uit de omstre-

131 Zie bijvoorbeeld HvJ 1 oktober 2009, C-370/07, ECLI:EU:C:2009:590 (*Commissie/Raad*), punt 42.

132 Opdebeeck & De Somer 2016, p. 111-112; Craig 2018, p. 370.

133 Zie nader Craig 2018, p. 370.

134 HvJ 1 oktober 2009, C-370/07, ECLI:EU:C:2009:590 (*Commissie/Raad*), punt 42. Zie daarnaast bijvoorbeeld HvJ 17 maart 2011, C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153 (*AJD Tuna*); HvJ 19 september 2002, C-113/00, ECLI:EU:C:2002:507 (*Spanje/Commissie*). De motiveringsplicht heeft volgens het Hof van Justitie verder het belangrijke doel dat de betrokkenen in staat worden gesteld om kennis te nemen van de ‘rechtvaardigingsgronden’ van een Uniehandeling, zodat die betrokkenen ‘de gegrondheid’ ervan kunnen beoordelen, zie bijvoorbeeld HvJ 17 maart 2011, C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153 (*AJD Tuna*), punt 58 en HvJ 29 juni 2010, C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382 (*E en F*), punt 54. En ook voor het vaststellende orgaan heeft de motiveringsplicht een belangrijke functie. Zo’n plicht dwingt het vaststellende orgaan ertoe om na te gaan wat precies de beweegredenen zijn voor het vaststellen van de handeling, hetgeen eraan kan bijdragen dat de uiteindelijk vastgestelde handeling ook een doordachte en rationele handeling is. Zie bijvoorbeeld Craig 2018, p. 370; Hofmann & Mihaescu 2013, p. 90.

135 HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*), punt 78.

handeling blijkt.<sup>136</sup> In meer algemene zin heeft het Hof overwogen dat het niet noodzakelijk is dat alle relevante gegevens, feitelijk of rechtens, in de motivering worden gespecificeerd en dat bij de vraag of de motiveringsplicht is nagekomen niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen van de handeling, maar ook op de context ervan, en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen.<sup>137</sup>

Het Hof verlangt ten aanzien van de *kenbaarheid* dat de motivering in beginsel ‘in de handeling zelf moet zijn vervat’.<sup>138</sup> Uit rechtspraak die niet gaat over EU-regelgeving, maar over een belastend individueel besluit, blijkt bijvoorbeeld dat het Hof het niet toelaatbaar vindt dat de betrokkene pas tijdens de procedure voor het Hof kennis kan nemen van de redenen die aan het besluit ten grondslag liggen.<sup>139</sup> Het ontbreken van een motivering kan volgens het Hof niet op die manier – tijdens de procedure – worden ‘geregulariseerd’, voornamelijk omdat dat afbreuk zou doen aan de functie dat de motivering de betrokkene in staat moet stellen om te kunnen beoordelen of een besluit deugt dan wel een gebrek vertoont.<sup>140</sup> Wel is het volgens het Hof mogelijk dat een al bestaande motivering op een later moment wordt aangevuld met nadere gegevens ter verduidelijking van de redenen die aan de Uniehandeling ten grondslag liggen, hetgeen volgens het Hof nuttig kan zijn voor het uitoefenen van het rechterlijk toezicht.<sup>141</sup>

Van de omvang en kenbaarheid van de motivering moet de deugdelijkheid of, in de woorden van het Hof, ‘de gegrondheid van de motivering’ worden onderscheiden. Het Hof overweegt bijvoorbeeld regelmatig dat de motiveringsplicht van artikel 296 VWEU moet worden onderscheiden ‘van de vraag naar de gegrondheid van de motivering, die de inhoudelijke rechtmatigheid van de omstreden handeling betreft’.<sup>142</sup> Het is dus duidelijk dat het Hof een onderscheid maakt tussen een kenbare en deugdelijke motivering en dat het Hof dat onderscheid van belang vindt. Behalve de eis dat de redenering die de instelling heeft verricht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet komen in de motivering – zie hierboven – heeft het Hof echter geen duidelijke eisen gesteld aan de deugdelijkheid van de motivering.

136 HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*), punt 79.

137 Zie bijvoorbeeld HvJ 16 juni 2015, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 (*Gauweiler*), punt 70.

138 HvJ 1 oktober 2009, C-370/07, ECLI:EU:C:2009:590 (*Commissie/Raad*), punt 53.

139 HvJ 26 november 1981, C-195/80, ECLI:EU:C:1981:284 (*Michel/Parlement*), punt 22.

140 HvJ 26 november 1981, C-195/80, ECLI:EU:C:1981:284 (*Michel/Parlement*), punt 22.

141 HvJ 16 november 2000, C-291/98 P, ECLI:EU:C:2000:631 (*Sarrió/Commissie*), punt 75.

142 Zie bijvoorbeeld HvJ 17 maart 2011, C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153 (*AJD Tuna*), punt 60; HvJ 19 september 2002, C-113/00, ECLI:EU:C:2002:507 (*Spanje/Commissie*), punt 47; HvJ 14 oktober 2010, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom/Commissie*), punt 130; HvJ 2 april 1998, C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154 (*Commissie/Sytraval en Brink's France*), punt 67.



#### 7.4.5 *Kenmerken van de semi-procedurele evenredigheidstoetsing*

##### 7.4.5.1 **Drie karakteristieken**

De semi-procedurele evenredigheidstoets van het Hof van Justitie heeft drie karakteristieken, die ik bespreek in de volgende paragrafen. Ten eerste worden de eisen die het Unierechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel stellen bij een semi-procedurele toetsing afgestemd op de eisen van het evenredigheidsbeginsel (paragraaf 7.4.5.2). Ten tweede voert het Hof een ‘aannemelijkheidstoets’ uit, die inhoudt dat het Hof aan de hand van de toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel beoordeelt of het aannemelijk is dat de ter toetsing voorliggende maatregel evenredig is (paragraaf 7.4.5.3). Ten derde kan een negatief oordeel over de zorgvuldigheid en/of motivering tot de conclusie leiden dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden (paragraaf 7.4.5.4).

##### 7.4.5.2 **De inhoud van zorgvuldigheid en motivering wordt afgestemd op de evenredigheidseisen**

Een eerste karakteristiek van de semi-procedurele evenredigheidstoets van het Hof van Justitie is dat het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel niet zelfstandig worden toegepast, maar als onderdeel van de toetsing aan de maatstaf dat de gemaakte keuzes geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin moeten zijn. Dat betekent dat de meer algemene componenten van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, zoals besproken in de vorige paragraaf, specifiekere worden; zij worden namelijk afgestemd op de eisen van het evenredigheidsbeginsel.<sup>143</sup> Met andere woorden: de inhoud van (de toetsing aan) het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel wordt gekleurd door de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin.

##### *Zorgvuldigheid*

De eis van het zorgvuldigheidsbeginsel dat alle relevante gegevens van de betrokken situatie onderzocht moeten worden, vereist onder een semi-procedurele evenredigheidstoets in meer specifieke zin dat alle gegevens onderzocht moeten worden die nodig zijn voor het kunnen beoordelen van de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. ‘Relevant’ zijn aldus de gegevens die nodig zijn voor het kunnen maken van een evenredigheidsbeoordeling.

Het voorgaande betekent bijvoorbeeld dat de gevolgen van de maatregel in het licht van het nagestreefde doel moeten worden onderzocht (effectiviteit), dat de gevolgen moeten worden onderzocht van de alternatieve maatregelen die voor handen waren, en dat die

---

<sup>143</sup> Vergelijk voor de koppeling tussen het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel Hofmann 2019, p. 233-235; Hofmann 2020, p. 94-95, 101-102.



gevolgen moeten worden vergeleken met de effecten van de gekozen maatregel. Ter illustratie kan worden gewezen op de zaken *Vodafone*<sup>144</sup> en *Luxemburg/Parlement en Raad*,<sup>145</sup> waarin het Hof eerst overweegt dat de Uniewetgever zijn keuze moet baseren ‘op objectieve criteria’ – ook als het regelgeving betreft die is vastgesteld op basis van een discretionaire regelgevende bevoegdheid. Vervolgens overweegt het Hof dat de Uniewetgever de belasting moet beoordelen die verschillende mogelijke maatregelen meebrengen en daarbij moet onderzoeken of de ‘gekozen maatregel in het licht van de nagestreefde doelstellingen – zelfs aanzienlijke – negatieve economische gevolgen voor bepaalde marktdeelnemers rechtvaardigt’ (noodzakelijkheid, evenredigheid in strikte zin).<sup>146</sup> In de zaak *Vodafone* acht het Hof daarbij van belang dat de Commissie ‘een alomvattende studie heeft verricht, waarvan het resultaat is samengevat in de effectenbeoordeling [...]. Daaruit blijkt dat zij verschillende alternatieven heeft onderzocht [...] en dat zij de economische weerslag van deze verschillende typen van regulering en de gevolgen van de verschillende wijze van tariefstelling heeft beoordeeld.’<sup>147</sup> Een vergelijkbare overweging is te zien in de zaak *Luxemburg/Parlement en Raad*, waarin het Hof bij zijn evenredigheidstoetsing overweegt dat ‘de Commissie, alvorens het voorstel voor een richtlijn op te stellen, een effectbeoordeling van de overwogen mogelijkheden heeft verricht, en dat de beoordeelde mogelijkheden in dat voorstel zijn samengevat. Hieruit blijkt dat de Commissie ter zake verschillende mogelijkheden heeft onderzocht [...]’.<sup>148</sup>

Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist tegen de achtergrond van het evenredigheidsbeginsel bijvoorbeeld ook dat de betrokken belangen in kaart moet worden gebracht en dat de effecten van een maatregel op die betrokken belangen moeten worden onderzocht (evenredigheid in strikte zin, noodzakelijkheid). In bijvoorbeeld de zaak *Spanje/Raad* brengt het Hof eerst de algemene eis van het zorgvuldigheidsbeginsel in herinnering dat ‘de gemeenschapsinstellingen die de betrokken handeling hebben vastgesteld, voor het Hof [moeten] kunnen aantonen dat zij bij de vaststelling van de handeling hun beoordelingsbevoegdheid daadwerkelijk hebben uitgeoefend, wat veronderstelt dat rekening wordt gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden van de situatie welke die handeling heeft willen regelen.’<sup>149</sup> Deze algemene zorgvuldigheidseis wordt vervolgens gekleurd door de overkoepelende maatstaf waaraan de steunregeling wordt getoetst: het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. In het verloop van de zaak overweegt het Hof namelijk dat de

144 HvJ 8 juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321 (*Vodafone*).

145 HvJ 12 mei 2011, C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290 (*Luxemburg/Parlement en Raad*).

146 HvJ 8 juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321 (*Vodafone*), punt 53; HvJ 12 mei 2011, C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290 (*Luxemburg/Parlement en Raad*), punt 63.

147 HvJ 8 juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321 (*Vodafone*), punt 55.

148 HvJ 12 mei 2011, C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290 (*Luxemburg/Parlement en Raad*), punt 65.

149 HvJ 7 september 2006, C-310/04, ECLI:EU:C:2006:521 (*Spanje/Raad*), punt 122.

Unieregelgever geen onderzoek heeft verricht naar de mogelijke gevolgen van een hervorming van een steunregeling voor katoen voor bepaalde partijen, met andere woorden: de Unieregelgever heeft geen onderzoek verricht naar de gegevens die nodig zijn om de evenredigheid in strikte zin te kunnen beoordelen. Het Hof komt uiteindelijk tot de conclusie dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden.

In de uitspraak *Pillbox 38* heeft de regelgever juist wel onderzoek verricht naar de betrokken belangen en de impact die de gekozen maatregel en alternatieven hebben op die belangen, en wel door middel van onder meer een raadpleging van belanghebbende kringen en deskundigen.<sup>150</sup> Het Hof overweegt in de uitspraak *Pillbox 38* dat erop moet worden gewezen dat het Parlement, de Raad en de Commissie niet alleen rekening hebben gehouden met de beschikbare wetenschappelijke gegevens, maar ook met de mening van belanghebbende kringen. Vervolgens overweegt het Hof dat vaststaat dat ‘in een gevorderd stadium van dit proces meerdere raadplegingen en vergaderingen zijn georganiseerd om de nodige informatie in te winnen over de opties die openlagen voor de wetgever van de Unie. Zo heeft de Commissie meer bepaald op 25 november 2013 aanvullende gesprekken gevoerd met organisaties die de tabaksindustrie vertegenwoordigen, als de Tobacco Vapor Electronic Cigarette Association (TVECA) en de Electronic Cigarette Industry Trade Association (ECITA). Verder heeft de Commissie milieubeheer, volksgezondheid en voedselveiligheid van het Parlement op 19 maart 2013 een open vergadering met de vertegenwoordigers van de betrokken industrie gehouden en op 7 mei 2013 een workshop over elektronische sigaretten met deelname van deskundigen van de WHO, nationale autoriteiten, wetenschappers en consumentenorganisaties.’<sup>151</sup>

Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat het onderzoek zorgvuldig en onpartijdig geschiedt. Dat wil zeggen dat het vaststellende orgaan onpartijdig te werk gaat en zich moet baseren op de meest feitelijk juiste, betrouwbare en consistente informatie die beschikbaar is. In dat licht wordt het door het Hof bijvoorbeeld als positief gewaardeerd wanneer het vaststellende orgaan zich baseert op wetenschappelijke gegevens.<sup>152</sup>

De inhoud en toets van de cognitieve component van het zorgvuldigheidsbeginsel wordt bij het uitvoeren van een semi-procedurele evenredigheidstoets ook beïnvloed door het evenredigheidsbeginsel als overkoepelende toetsingsmaatstaf. De cognitieve component van het zorgvuldigheidsbeginsel is in paragraaf 7.4.4 omschreven als de brug tussen de informatie die het vaststellende orgaan heeft verzameld en de conclusie waartoe het vast-

150 HvJ 4 mei 2016, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pillbox 38*).

151 HvJ 4 mei 2016, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pillbox 38*), punt 66.

152 Zie nader paragraaf 7.4.5.3.

stellende orgaan op basis van die informatie is gekomen. Het is aan de rechter om te beoordelen of die conclusie logischerwijs kan voortvloeien uit de overlegde informatie van het vaststellende orgaan. Tegen de achtergrond van de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin gaat het er bij deze cognitieve component van het zorgvuldigheidsbeginsel om dat de rechter beoordeelt in hoeverre hij ervan overtuigd is dat de regelgever, gelet op het aan een maatregel ten grondslag liggende onderzoek, logischerwijs kon oordelen dat de gekozen maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is.<sup>153</sup> In bijvoorbeeld de zaak *Pesce* overweegt het Hof dat onderzocht moet worden of de Commissie zich, rekening gehouden met de ruime beslissingsruimte waarover zij beschikt, ‘rechtmatig op het standpunt kon stellen dat de [...] opgelegde verplichting om de waardplanten, ongeacht hun gezondheidstoestand, binnen een straal van 100 meter rond de besmette planten onmiddellijk te verwijderen, gelet op de op het tijdstip van vaststelling van dat besluit beschikbare wetenschappelijke gegevens en op de op dat tijdstip mogelijke alternatieve maatregelen, geschikt en noodzakelijk was om dat doel te bereiken en strikt evenredig was aan dat doel.’<sup>154</sup> Vervolgens beziet het Hof over welke gegevens de Commissie beschikte om met name de geschiktheid en noodzakelijkheid te beoordelen en gaat het Hof na in hoeverre de Commissie uit die gegevens logischerwijs kon concluderen dat het een geschikte en noodzakelijke maatregel betreft. Bij de toetsing van de evenredigheid in strikte zin bekijkt het Hof met name of de Commissie alle relevante belangen in kaart heeft gebracht en daadwerkelijk heeft afgewogen en concludeert vervolgens dat de Commissie de betreffende maatregel, gelet op ‘de ruime beoordelingsbevoegdheid waarover zij in dit opzicht beschikt, en na afweging van alle verschillende betrokken belangen, op goede gronden [kon] opleggen.’<sup>155</sup>

### *Motivering*

Niet alleen de inhoud van het zorgvuldigheidsbeginsel, maar ook de inhoud van het motiveringsbeginsel verandert onder invloed van de semi-procedurele evenredigheidstoetsing die het Hof uitvoert. Het motiveringsbeginsel heeft, zoals gezegd in paragraaf 7.4.4, een accessoir karakter, in die zin dat het de rechter in staat stelt om zijn toetsing uit te voeren. Ook in het kader van de semi-procedurele evenredigheidstoetsing heeft de (naleving van) het motiveringsbeginsel in het bijzonder een dienende functie, in de zin dat de motivering de rechter in staat stelt om de naleving van de door het evenredigheidsbeginsel gekleurde componenten van het zorgvuldigheidsbeginsel te controleren.<sup>156</sup>

153 Vergelijk Hofmann 2020, p. 101.

154 HvJ 9 juni 2016, gevoegde zaken C-78/16 en C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428 (*Pesce*), punt 56.

155 HvJ 9 juni 2016, gevoegde zaken C-78/16 en C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428 (*Pesce*), punt 81.

156 Nehl 2019, p. 193-194 wijst er in dit verband op dat het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen worden gekarakteriseerd als een ‘*tandem-concept*’ en dat het motiveringsbeginsel ‘*constitutes the*

Het accessoire karakter van het motiveringsbeginsel komt tot uitdrukking in bijvoorbeeld de zaken *Spanje/Raad* en *Polen/Parlement en Raad*, waarin het Hof het volgende overweegt:

‘Een dergelijke rechterlijke toetsing [op kennelijke ongeschiktheid, MvZ], ook al is de draagwijdte ervan beperkt, vereist evenwel dat de gemeenschapsinstellingen die de betrokken handeling hebben vastgesteld, voor het Hof kunnen aantonen dat zij bij de vaststelling van de handeling hun beoordelingsbevoegdheid daadwerkelijk hebben uitgeoefend, wat veronderstelt dat rekening wordt gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden van de situatie welke die handeling heeft willen regelen. [...] Hieruit volgt dat die instellingen ten minste de basisgegevens moeten kunnen overleggen en duidelijk en ondubbelzinnig uiteenzetten, waarmee rekening moest worden gehouden als grondslag voor de litigieuze maatregelen van die handeling en waarvan de uitoefening van hun beoordelingsbevoegdheid afhangt.<sup>157</sup>

In deze overweging is duidelijk de samenhang tussen het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel zichtbaar, in die zin dat de EU-instellingen aan de hand van het overleggen van de basisgegevens moeten aantonen dat zij rekening hebben gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden van de betrokken situatie. Het accessoire karakter van het motiveringsbeginsel betekent daarbij dat de inhoud en omvang van het motiveringsbeginsel wordt bepaald door de andere normen die regelgeving normeren en waaraan de rechter in een concreet geval toetst. In het geval van een semi-procedurele evenredigheidstoetsing zijn die andere normen de componenten van het zorgvuldigheidsbeginsel, zoals ingevuld aan de hand van de eisen van het evenredigheidsbeginsel. Het kunnen uitvoeren van een rechterlijke toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel, ingekleurd door evenredigheid, en de eisen van een deugdelijke motivering verlangen dat het vaststellende orgaan uiteenzet wat de doelen zijn die met een regeling worden nagestreefd, wat de feitelijke grondslag is van de regelgeving, waarom die feitelijke grondslag volgens dat vaststellende orgaan volledig en juist is in het licht van het evenredigheidsbeginsel, op welke wijze het vaststellende orgaan de verzamelde informatie heeft gewaardeerd in het licht van het evenredigheidsbeginsel en waarom er op basis van dat materiaal van uit moet worden gegaan dat de ter toetsing voorliggende regeling evenredig is. De conclusie van het vast-

---

*central nexus between the administrative procedure at the end of which the contested act is adopted on the one hand, and the exercise of judicial review by the Union courts on the other.*

157 HvJ 7 september 2006, C-310/04, ECLI:EU:C:2006:521 (*Spanje/Raad*), punt 122-123; HvJ 21 juni 2018, C-5/16, ECLI:EU:C:2018:483 (*Polen/Parlement en Raad*), punt 152-153.

stellende orgaan (lees: ‘dit betreft een evenredige keuze’) moet consistent, begrijpelijk en overtuigend zijn.

#### 7.4.5.3 De aannemelijkheidstoets

In de vorige paragraaf heb ik besproken dat er verschillende eisen voortvloeien uit de door het evenredigheidsbeginsel gekleurde aspecten van zorgvuldigheid en motivering. De regelgever moet onderzoek verrichten naar alle gegevens en belangen die nodig zijn voor het kunnen beoordelen van de evenredigheid van een regeling, het onderzoek moet onpartijdig en feitelijk juist, betrouwbaar en consistent zijn en de regelgever moet uitleggen hoe hij op basis van het verzamelde onderzoek tot de conclusie is gekomen dat de voorliggende maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is. De rechter moet het totstandkomingsproces van de regeling kunnen controleren en dat verlangt noodzakelijkerwijs dat de regelgever verantwoording aflegt over de feitelijke grondslag en het waarom van de daarop gebaseerde keuzes.

Bij het beoordelen of aan de bovengenoemde aspecten is voldaan, valt bijna niet te ontkomen aan het maken van materiële beoordelingen. Dat geldt bijvoorbeeld bij het beoordelen of alle *relevante* gegevens van de betrokken situatie zijn onderzocht. De beoordeling of bepaalde informatie of een bepaald belang relevant is en moet worden meegenomen om evenredige regelgeving te kunnen vaststellen vraagt op zijn minst om een inhoudelijke beoordeling van de situatie die de regelgever heeft willen reguleren.<sup>158</sup> Ook als de rechter moet beoordelen of de regelgever op basis van het verzamelde materiaal tot de conclusie kon komen dat de ter toetsing voorliggende maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is, vraagt dat om materiële beoordelingen. Dit verlangt van de rechter immers dat hij een eigen evenredigheidsbeoordeling maakt van de ter toetsing voorliggende maatregel op basis van het door de regelgever verzamelde materiaal en vervolgens beziet of zijn eigen conclusie afwijkt van de conclusie die de regelgever heeft getrokken. In feite komt dat neer op een eigen beoordeling van de evenredigheid van de inhoudelijk gemaakte keuzes en het eventueel in de plaats stellen van een eigen evenredigheidsoordeel van dat van de regelgever.<sup>159</sup>

Het Hof van Justitie probeert zoveel mogelijk te ontkomen aan het maken van dergelijke materiële beoordelingen bij het uitvoeren van zijn semi-procedurele evenredigheidstoet-

<sup>158</sup> Zie Nehl 2019, p. 192-193.

<sup>159</sup> Gelet op deze materiële beoordelingen die de rechter moet maken, is er in de literatuur met betrekking tot het zorgvuldigheidsbeginsel bijvoorbeeld op gewezen dat de stempel ‘procedureel’ of ‘formeel’ wellicht niet helemaal passend is voor het zorgvuldigheidsbeginsel en dat dit beginsel zou moeten worden geplaatst in een ‘*shadow zone*’ tussen procedurele en materiële rechtmatigheid of wordt gekenmerkt als een ‘hybride’ procedurele standaard. Zie Nehl 1999, p. 104-105, p. 107-109, p. 118-119, p. 192.

sing. Dat doet het Hof door het uitvoeren van wat een toets op ‘aannemelijkheid’ zou kunnen worden genoemd.<sup>160</sup> Het Hof geeft de regelgever een bepaalde ruimte om te bepalen wat de relevante gegevens en belangen zijn, wat de meest feitelijk juiste, betrouwbare en consistente informatie is en of de getroffen maatregel gelet op het verzamelde materiaal een evenredige maatregel is. Hierbij is het essentieel dat de regelgever aantoont dat hij van die ruimte op een juiste manier gebruik heeft gemaakt, door uit te leggen op welke gegevens de getroffen maatregel is gebaseerd en hoe de relevante gegevens en betrokken belangen zijn gewaardeerd en verwerkt in het licht van evenredigheid. Op basis daarvan moet het Hof bekijken of de betrokken situatie met voldoende zorgvuldigheid, en op basis van feitelijk juiste, betrouwbare en consistente informatie, is onderzocht en dat met de nodige zorgvuldigheid is beoordeeld of de getroffen maatregel in het licht van het verzamelde materiaal evenredig is.<sup>161</sup> Aan de hand daarvan beoordeelt het Hof of het tenminste aannemelijk/plausibel is dat die maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig is.<sup>162</sup> En hoe deugdelijker de regelgever de gemaakte keuzes voorbereidt en motiveert, hoe sneller het Hof het aannemelijk zal achten dat de ter toetsing voorliggende maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is.

Bij het beoordelen of het aannemelijk is dat de ter toetsing voorliggende maatregel evenredig is, weegt het Hof van Justitie bepaalde zaken in de voorbereiding positief mee. Welke zaken dat zijn, hangt onder meer af van het soort discretie – politiek/technisch – op basis waarvan de betreffende regeling is vastgesteld. Daarbij zij opgemerkt, vergelijk paragraaf 7.4.1, dat er niet altijd gemakkelijk een onderscheid tussen beide soorten van discreties kan worden gemaakt en dat ook het Hof dat onderscheid niet vaak (expliciet) maakt. Toch zijn er enkele nuances aan te brengen, in die zin dat het zwaartepunt van de semi-procedurele evenredigheidstoets verschilt afhankelijk van het soort discretie.

Wanneer het Hof van Justitie regelgeving toetst die tot stand is gekomen op basis van discretie die met name van technische aard is, hecht het Hof vooral veel waarde aan de kwalitatieve component van het zorgvuldigheidsbeginsel: regelgeving moet zijn gebaseerd op de meest feitelijk juiste, betrouwbare en consistente informatie die beschikbaar is. In het licht van die eis waardeert het Hof het als positief wanneer de regelgever zijn keuzes en afwegingen heeft gebaseerd op wetenschappelijke documenten en bewijsstukken of rapporten van (andere) deskundigen.<sup>163</sup>

160 Zie hierover ook Nehl 2019 en Mendes 2016, p. 434.

161 Vergelijk Nehl 2019, p. 197.

162 Hofmann 2020, p. 101 stelt meer dat aannemelijkheid is vereist: *‘a Court needs to be satisfied that the facts established by the decision-maker are actually ‘capable of substantiating the conclusions’ and thus sustain the decision taken.’*

163 Zie paragraaf 7.4.4.

In de zaak *Pillbox 38*, waarin het Hof de geldigheid beoordeelt van een richtlijnbevestiging inzake de regulering van elektronische sigaretten en navulverpakkingen, benadrukt het Hof dat ‘het Parlement, de Raad en de Commissie tijdens het wetgevingsproces rekening hebben gehouden met de beschikbare wetenschappelijke gegevens.’<sup>164</sup> In de zaak *Pesce* acht het Hof het onder meer van belang dat door de Commissie opgelegde verplichting aan lidstaten om waardplanten, ongeacht hun gezondheidstoestand, binnen een straal van 100 meter rond met *Xylella* besmette planten onmiddellijk te verwijderen, is gebaseerd op een wetenschappelijk advies van de Europese autoriteit voor voedselveiligheid.<sup>165</sup> In de zaak *Polen/Parlement en Raad* overweegt het Hof van Justitie dat het Parlement en de Raad ‘tijdens de wetgevende procedure bij de daadwerkelijke uitoefening van hun beoordelingsbevoegdheid rekening hebben gehouden met de beschikbare wetenschappelijke gegevens.’<sup>166</sup> Zo heeft de Commissie een vergadering van deskundigen georganiseerd die was gewijd aan de invloed van de voorgenomen maatregelen, heeft er een debat plaatsgevonden waarbij marktdeelnemers en nationale deskundigen betrokken waren en is er een workshop georganiseerd die eveneens openstond voor het publiek. Ook vindt het Hof van belang dat de Commissie een effectbeoordeling heeft uitgevoerd waarin ‘tot in detail’ verschillende opties zijn onderzocht waarmee het nagestreefde doel kon worden bereikt en waarin de Commissie ook ‘uitvoering onderzoek heeft gedaan naar een hele reeks economische en sociale aspecten die met de verschillende opties samenhangen.’

Een bijzondere vorm van technische discretie is, zoals gezegd, aan de orde als de regelgever maatregelen neemt op basis van het voorzorgsbeginsel. Het gaat dan om maatregelen die worden getroffen om bijvoorbeeld de volksgezondheid of het milieu te beschermen, terwijl er wetenschappelijke onzekerheid bestaat over (de ernst en realiteit van) een gezondheidsrisico dat de aanleiding voor de getroffen maatregel vormt. Het voorzorgsbeginsel rechtvaardigt dat er beperkende maatregelen worden getroffen, ook al kan het ‘bestaan of de omvang van het gestelde risico niet met zekerheid [...] worden bepaald omdat de resultaten van de verrichte onderzoeken niet concludent zijn, maar reële schade voor de volksgezondheid waarschijnlijk blijft ingeval het risico intreedt [...]’<sup>167</sup> In sommige gevallen waarin het Hof de evenredigheid toetst van een maatregel die op basis van het voorzorgsbeginsel is genomen, stelt het Hof nog hogere eisen aan de kwaliteit van de

164 HvJ 4 mei 2016, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pillbox 38*), punt 66.

165 HvJ 9 juni 2016, gevoegde zaken C-78/16 en C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428 (*Pesce*).

166 HvJ 21 juni 2018, C-5/16, ECLI:EU:C:2018:483 (*Polen/Parlement en Raad*), punt 163.

167 Zie bijvoorbeeld HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*), punt 38.

gegevens waarop die maatregel is gebaseerd.<sup>168</sup> Het Hof kan verlangen dat de regelgever niet alleen vaststelt welke negatieve gevolgen het te reguleren onderwerp heeft voor de gezondheid (of het milieu), maar ook dat ‘op basis van de meest betrouwbare wetenschappelijke gegevens en van de meest recente resultaten van internationaal onderzoek’ een complete beoordeling wordt gemaakt van het risico ter beheersing waarvan de maatregel genomen wordt.<sup>169</sup> Daarbij is ook van belang dat de regelgever periodiek nagaat of er nieuwe gegevens zijn die een ander licht werpen op een risico of aantonen dat een risico kan worden ingeperkt door minder belastende maatregelen. Tegen de achtergrond van die nieuwe gegevens zal de regelgever steeds moeten blijven bezien of de regeling moet worden aangepast.<sup>170</sup>

Bij de evenredigheidstoetsing van regelgeving die is vastgesteld op basis van discretie van meer politieke aard, ligt het zwaartepunt van de semi-procedurele evenredigheidstoets bij het beoordelen of de regelgever alle betrokken belangen in kaart heeft gebracht en of de impact op die belangen is onderzocht. Om het Hof ervan te overtuigen dat alle relevante belangen zijn betrokken en dat de impact van een maatregel op die belangen is onderzocht, doet de regelgever er gelet de rechtspraak van het Hof goed aan om een (openbare) raadpleging van belanghebbende kringen te verrichten.<sup>171</sup> Ook weegt het positief mee als de regelgever een effectenbeoordeling heeft uitgevoerd, waaruit blijkt dat de gevolgen van verschillende (alternatieve) maatregelen zijn onderzocht.<sup>172</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat de regelgever verschillende mogelijkheden heeft om het Hof ervan te overtuigen dat er een evenredige maatregel ter toetsing voorligt. Het helpt wanneer er een effectenbeoordeling is uitgevoerd waarin de gevolgen van de getroffen maatregel en alternatieve maatregelen zijn betrokken, wanneer belanghebbende kringen/deskundigen zijn gehoord, wanneer de gemaakte keuzes zijn gebaseerd op wetenschappelijke onderzoeken, enzovoort. Hoe meer van dit soort ‘wapenfeiten’ de regelgever heeft die erop wijzen dat hij een serieuze beoordeling heeft gemaakt van de evenredigheid, hoe aannemelijker het voor het Hof wordt dat de regeling daadwerkelijk evenredig is, waarbij, zoals gezegd, het zwaartepunt van de eisen kan worden verlegd afhankelijk van de vraag om

168 Zie hierover Nehl 2019, p. 183-187.

169 Zie HvJ 8 juli 2010, C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419 (*Afton Chemical*), punt 60. In de uitspraken HvJ 28 maart 2019, gevoegde zaken C-487/17 tot en met C-489/17, ECLI:EU:C:2019:270 (*Verlezza e.a.*), punt 57 en HvJ 28 januari 2010, C-333/08, ECLI:EU:C:2010:44 (*Commissie/Frankrijk*), punt 92 spreekt het Hof van een ‘globale beoordeling’.

170 Zie bijvoorbeeld HvJ 9 juni 2016, gevoegde zaken C-78/16 en C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428 (*Pesce*), punt 51 en HvJ 12 januari 2006, C-504/04, ECLI:EU:C:2006:30 (*Agrarproduktion Staebelow GmbH*), punt 40.

171 Zie bijvoorbeeld HvJ 8 juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321 (*Vodafone*).

172 Bijvoorbeeld HvJ 8 juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321 (*Vodafone*); HvJ 12 mei 2011, C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290 (*Luxemburg/Parlement en Raad*).



welke soort discretie het gaat. Dat aannemelijk kan worden geacht dat regelgeving evenredig is, hoeft overigens niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat de semi-procedurele evenredigheidstoets is doorstaan, al zal dat vaak wel het geval zijn. In vrijwel alle hierboven genoemde zaken, en ook de in de paragrafen 7.5 en 7.6 te bespreken zaken, voert het Hof ook een materieel terughoudende toetsing uit aan het evenredigheidsbeginsel.

#### 7.4.5.4 Een negatieve uitkomst leidt tot de conclusie van een materiële schending

Een derde karakteristiek van semi-procedurele evenredigheidstoetsing door het Hof van Justitie is de conclusie die het Hof verbindt aan een negatieve waardering van de zorgvuldigheid en/of motivering. Deze negatieve waardering leidt niet tot de conclusie dat het zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel is geschonden, maar tot de conclusie dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden.<sup>173</sup>

Illustratief in dit verband is de uitspraak *Spanje/Raad*.<sup>174</sup> Uit die uitspraak blijkt dat de Spaanse regering het aannemelijk heeft gemaakt dat de mogelijke gevolgen van een hervorming van een steunregeling voor katoen voor bepaalde partijen ‘een basisgegeven’ is waarmee de regelgever rekening moest houden. De Unieregelgever heeft echter geen onderzoek verricht naar de mogelijke gevolgen van de nieuwe steunregeling voor de partijen. Die constatering leidt niet de conclusie dat het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden, maar tot de conclusie dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden. Het Hof overweegt hierover het volgende:

‘In die omstandigheden zij vastgesteld dat de Raad, die verordening nr. 864/2004 heeft vastgesteld, voor het Hof niet heeft aangetoond dat hij bij de vaststelling van de bij die verordening ingestelde nieuwe steunregeling voor katoen zijn beoordelingsbevoegdheid daadwerkelijk heeft uitgeoefend, wat veronderstelde dat rekening werd gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden van de situatie, waaronder de aan de katoenteelt verbonden loonkosten en het voortbestaan van de egreneringsbedrijven, die ter beoordeling van de rentabiliteit van die teelt in aanmerking moesten worden genomen. [...] Hieruit volgt dat het Hof op basis van de door de gemeenschapsinstellingen verstrekte gegevens niet kan nagaan of de gemeenschapswetgever, zonder overschrijding van zijn ruime beoordelingsbevoegdheid ter zake, tot het

173 Vergelijk Widdershoven 2018, p. 190.

174 HvJ 7 september 2006, C-310/04, ECLI:EU:C:2006:521 (*Spanje/Raad*).

besluit kon komen [...] Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden.<sup>175</sup>

De conclusie van het Hof laat zien dat de overkoepelende maatstaf bij een semi-procedurele evenredigheidstoetsing het evenredigheidsbeginsel is en dat de toetsing aan zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten er 'slechts' toe dient om een inschatting te kunnen maken van de evenredigheid van de ter toetsing voorliggende maatregel. In dit geval heeft het Hof geconstateerd dat de Unieregelgever niet heeft aangetoond dat hij rekening heeft gehouden met alle relevante gegevens die nodig zijn voor het kunnen beoordelen van de evenredigheid. Het is geen doel op zich om dat gebrek vast te stellen, maar het moet worden gezien in samenhang met de vraag of aannemelijk is dat de Unieregelgever een evenredige maatregel heeft getroffen. In dit geval is de evenredigheid van de maatregel niet aannemelijk, omdat niet alle relevante gegevens zijn onderzocht en de regelgever daarmee dus ook geen rekening heeft gehouden bij het vaststellen van de maatregel. Dat leidt voor het Hof van Justitie tot de conclusie dat de ter toetsing voorliggende regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

#### 7.4.6 *Tussenconclusie*

Lange tijd heeft het Hof de evenredigheid van regelgeving, vastgesteld op basis van politieke en/of technische discretie,<sup>176</sup> vooral beoordeeld aan de hand van de maatstaf van 'kennelijke onevenredigheid'. Deze maatstaf houdt een materieel terughoudende evenredigheidstoets in, waarbij het Hof er in principe van uitgaat dat de ter toetsing voorliggende maatregel evenredig is, tenzij de benadeelde partij overtuigend aannemelijk maakt dat een maatregel als kennelijk onevenredig moet worden beschouwd.<sup>177</sup> Sinds enkele jaren voert het Hof, doorgaans in aanvulling op de maatstaf van 'kennelijke onevenredigheid', ten aanzien van 'discretionaire' regelgeving ook een semi-procedurele evenredigheidstoets uit.<sup>178</sup>

In de paragrafen 7.4.4 en 7.4.5 heb ik besproken wat de semi-procedurele evenredigheidstoets van het Hof van Justitie kenmerkt. Het 'procedurele element' van de semi-procedurele evenredigheidstoetsing bestaat uit de toetsing aan (aspecten van) het Unierechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Deze toetsing voert het Hof uit in het kader van zijn evenredigheidstoets – dat maakt het een semi-procedurele evenredig-

---

175 HvJ 7 september 2006, C-310/04, ECLI:EU:C:2006:521 (*Spanje/Raad*), punten 133-135.

176 Voor deze begrippen zie paragraaf 7.4.1.

177 Paragraaf 7.4.2.1.

178 Paragraaf 7.4.3.

heidstoets.<sup>179</sup> Ik heb drie karakteristieken besproken van deze semi-procedurele evenredigheidstoets.

De eerste karakteristiek is dat de inhoud van (de toets aan) de beginselen van zorgvuldigheid en motivering wordt ingekleurd door de eisen van het evenredigheidsbeginsel – geschiktheid, noodzakelijkheid, evenredigheid in strikte zin – als overkoepelende toetsingsmaatstaf.<sup>180</sup> Dat betekent dat de EU-regelgever onderzoek moet (laten) verrichten naar (of reeds bestaand onderzoek moet gebruiken over) de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin van de getroffen maatregel. Dat vergt bijvoorbeeld een onderzoek naar de effecten van de maatregel, eventuele alternatieven en de effecten daarvan, de betrokken belangen en de impact van een maatregel op die belangen. Het onderzoek moet kwalitatief deugen. Dat wil zeggen dat de regelgever onpartijdig te werk moet gaan en zich moet baseren op de meest feitelijk juiste, betrouwbare en consistente informatie die beschikbaar is.<sup>181</sup> Het motiveringsbeginsel verlangt dat de conclusie van het vaststellende orgaan dat de gemaakte keuzes evenredig zijn, consistent, begrijpelijk en overtuigend is in het licht van de feitelijke grondslag en de eisen van het evenredigheidsbeginsel.

De motivering en de feitelijke grondslag stellen het Hof in staat om te beoordelen of het aannemelijk is dat de ter toetsing voorliggende regeling evenredig is – de tweede karakteristiek van de semi-procedurele evenredigheidstoets.<sup>182</sup> Het Hof gaat op basis van het door de regelgever overlegde materiaal, en de wijze waarop de regelgever daarmee is omgegaan, na of het aannemelijk/plausibel is dat de regeling geschikt, noodzakelijk en evenredig is in strikte zin. De regelgever kan wijzen op verschillende ‘wapenfeiten’ om het Hof ervan te overtuigen dat de regeling in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Denk aan het uitvoeren van een effectenbeoordeling (ook van de alternatieven), het horen van belanghebbende kringen, het baseren van keuzes en afwegingen op wetenschappelijk onderzoek. Afhankelijk van het soort discretie, politiek of technisch, kan het Hof de aanwezigheid of juist afwezigheid daarvan relevanter vinden.

---

179 Zie paragraaf 1.4.6.4, waarin een ‘semi-procedurele evenredigheidstoets’ is omschreven als: een modaliteit van evenredigheidstoetsing waarbij de rechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes.

180 Paragraaf 7.4.5.2.

181 De lat ligt hoger als een maatregel is vastgesteld op basis van het voorzorgsbeginsel. De regelgever moet dan ook een complete beoordeling maken van het risico ter beheersing waarvan een maatregel wordt genomen op basis van ‘de meest betrouwbare wetenschappelijke gegevens en de meest recente resultaten van internationaal onderzoek’. Zie paragraaf 7.4.5.3.

182 Paragraaf 7.4.5.3.

De derde karakteristiek van de semi-procedurele evenredigheidstoets is dat een negatieve uitkomst van de aannemelijkheidstoets, gebaseerd op de beoordeling van door het evenredigheidsbeginsel gekleurde zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten, niet tot de conclusie leidt dat het zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel is geschonden, maar tot de conclusie dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden.<sup>183</sup>

Semi-procedurele evenredigheidstoetsing wordt gezien als een toetsingsmodaliteit waarmee het Hof een evenwichtige balans kan bereiken tussen enerzijds het respecteren van de politieke/technische discretie van de regelgever en anderzijds het bieden van effectieve rechtsbescherming. Gelet op de (democratische) legitimatie en expertise van de regelgever moet het Hof terughoudend zijn met eigen, inhoudelijke beoordelingen van de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin van regelgeving. Om, ingegeven door het belang van effectieve rechtsbescherming, toch de evenredigheid zo goed mogelijk te kunnen beoordelen, toetst het Hof de aannemelijkheid van de evenredigheid met behulp van een toetsing aan procedurele maatstaven. De semi-procedurele evenredigheidstoetsing van het Hof van Justitie kan in die zin worden gezien als ‘compensatie-toetsing’.<sup>184</sup>

## 7.5 EVENREDIGHEID EN FUNDAMENTELE RECHTEN

### 7.5.1 *De eis van een evenredige beperking*

In deze paragraaf gaat het om toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in het kader van de vraag of regelgeving een gerechtvaardigde inmenging betreft in een door het Handvest beschermd fundamenteel recht.

Het Handvest kent 50 fundamentele rechten: klassieke, sociale, en economische grondrechten, de politieke en burgerschapsrechten van de EU en interne markt vrijheden zoals de vrijheid van vestiging en dienstverrichting.<sup>185</sup> Uit artikel 6, eerste lid, VEU volgt dat het Handvest dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen. Het Handvest heeft daarmee de status van primair Unierecht en dat betekent onder meer dat secundair EU-recht, waaronder EU-regelgeving, in overeenstemming moet zijn met het Handvest.<sup>186</sup> Het Handvest heeft, als onderdeel van het EU-recht, ook voorrang boven het nationale recht.<sup>187</sup>

183 Paragraaf 7.4.5.4.

184 Paragraaf 7.4.3.

185 Zie Van den Brink e.a. 2017, p. 134.

186 Van den Brink e.a. 2017, p. 133-134.

187 Zie Van den Brink e.a. 2017, p. 134.

De werkingssfeer van het Handvest is bepaald in artikel 51, eerste lid, Handvest. Daaruit volgt dat het Handvest primair is gericht tot de ‘instellingen en organen van de Unie’. Zij dienen aldus de bepalingen uit het Handvest in acht te nemen, ook wanneer EU-regelgeving wordt vastgesteld. De bepalingen van het Handvest zijn ook gericht tot de lidstaten, maar dan ‘uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen’, zo bepaalt artikel 51, eerste lid, Handvest. Onder het ‘ten uitvoer brengen’ van het recht van de Unie moet de situatie worden verstaan waarin de lidstaten handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.<sup>188</sup> Voor zover nationale regelgeving wordt vastgesteld binnen de werkingssfeer van het Unierecht, moet die regelgeving aldus ook in overeenstemming zijn met het Handvest.

Het Handvest kent een algemene beperkingsclausule.<sup>189</sup> De voorwaarden waaronder de rechten en vrijheden uit het Handvest kunnen worden beperkt, zijn neergelegd in artikel 52, eerste lid, Handvest. Daaruit volgt eerst dat beperkingen op de door het Handvest erkende rechten en vrijheden bij wet moeten worden gesteld en dat die beperkingen de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden moet eerbiedigen. Verder bepaalt artikel 52, eerste lid, Handvest dat dergelijke beperkingen ook evenredig moeten zijn: ‘[m]et inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.’

In de volgende paragrafen komt aan de orde hoe het Hof van Justitie deze evenredigheidseis van artikel 52, eerste lid, Handvest toepast wanneer regelgeving door het Handvest beschermde rechten en vrijheden beperkt. Eerst bespreek ik met welke intensiteit het Hof dergelijke beperkingen toetst (paragraaf 7.5.2). Vervolgens komt de wijze van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel aan de orde (paragraaf 7.5.3). Opgemerkt moet worden dat ik me in de volgende paragrafen beperk tot de fundamentele rechten voor zover in de rechtspraak van het Hof van Justitie aan de orde gekomen. Zoals in de volgende paragrafen zal blijken, zijn het vooralsnog vooral de artikelen 7 en 8 van het Handvest (recht op bescherming van het privéleven en het recht op de bescherming van persoonsgegevens) en de artikelen 15 t/m 17 Handvest (de vrijheid van ondernemerschap, de vrijheid van beroep en het recht om te werken, en het recht op eigendom) die worden toegepast in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

188 HvJ 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*). Voor de bespreking van wanneer er sprake is van het handelen binnen het toepassingsgebied/de werkingssfeer van het Unierecht, zij verwezen naar paragraaf 2.4.4.1; Van den Brink e.a. 2017, p. 139-145; Barkhuysen & Widdershoven 2022, p. 607-610.

189 Van den Brink e.a. 2017, p. 136.

7.5.2 *De variërende toetsingsintensiteiten bij de beperking van fundamentele rechten*

In paragraaf 7.3.2 heb ik erop gewezen de aard van het aangetaste belang en de ernst van de inbreuk daarop tot gevolg kunnen hebben dat het Hof intensiever aan het evenredigheidsbeginsel toetst. De toepassing van die factor betekent onder meer dat het Hof intensiever aan het evenredigheidsbeginsel kan toetsen wanneer er een door het Handvest beschermd fundamenteel recht (ernstig) wordt aangetast.<sup>190</sup>

Hierboven komt tot uitdrukking dat het Hof een intensievere evenredigheidstoetsing *kan* uitvoeren. Het is namelijk niet zo dat het Hof per definitie intensief toetst aan het evenredigheidsbeginsel als er een fundamenteel recht in het geding is.<sup>191</sup> In de uitspraak *Digital Rights Ireland* heeft het Hof bepaald dat de vraag of er een meer of minder intensieve evenredigheidstoetsing moet plaatsvinden wanneer er een fundamenteel recht aan de orde is, afhangt van een aantal factoren. Daarbij verwijst het Hof van Justitie naar de rechtspraak van het EHRM en overweegt het verder het volgende:

[...] In deze omstandigheden moet worden nagegaan of de vastgestelde inmenging evenredig is. [...] Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het evenredigheidsbeginsel volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist dat handelingen van de instellingen van de Unie geschikt zijn om de door de betrokken regeling nagestreefde legitieme doelstellingen te verwezenlijken en niet verder gaan dan wat daarvoor geschikt en noodzakelijk is [...]. Wat het rechterlijk toezicht op de naleving van deze voorwaarden betreft, zij opgemerkt dat wanneer sprake is van een inmenging in fundamentele rechten, de omvang van de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever van de Unie beperkt kan zijn. Dit hangt af van een aantal factoren, waaronder met name het betrokken domein, de aard van het door het Handvest gewaarborgde recht dat aan de orde is, als ook de aard, de ernst en het doel van de inmenging (zie naar analogie met betrekking tot artikel 8 EVRM, arrest EHRM, S en Marper/Verenigd Koninkrijk [Grote kamer], nrs. 30562/04 en 30566/04, § 102, CEDH 2008-V).<sup>192</sup>

Het betrokken domein, de aard van het door het Handvest gewaarborgde recht én de aard, de ernst en het doel van de inmenging zijn aldus bepalend voor de omvang van de beoor-

190 Widdershoven 2019, p. 46-47.

191 Zie in die zin ook Gerards 2007, p. 95 die opmerkt: '[h]et enkele feit dat een grondrechtelijk belang is aangetast door een communautaire of nationale regeling, levert niet automatisch een strikte toets op.' Zie ook Gerards 2011b, p. 100-101.

192 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), punt 45-47.

delingsbevoegdheid en daarmee de intensiteit van de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. In de zaak *Digital Rights Ireland* gaat het volgens het Hof om een ‘bijzonder zware inmenging’ in de artikelen 7 en 8 van het Handvest (recht op bescherming van het privéleven en het recht op de bescherming van persoonsgegevens). Dat leidt ertoe dat de beoordelingsbevoegdheid van de Uniewetgever in casu beperkt is, ‘zodat een strikt toezicht moet worden uitgeoefend.’<sup>193</sup>

In meer algemene zin kan worden gezegd dat de toepassing van de factor ‘aard van het door het Handvest gewaarborgde recht’ ertoe leidt dat het Hof een intensievere toetsing aangewezen vindt als de artikelen 7 en 8 van het Handvest worden beperkt, ongeacht de vraag of het EU-regelgeving of nationale regelgeving betreft. Meer in het bijzonder betreft het zaken op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens, waarin een beperking aan de orde is van artikel 8, eerste lid, Handvest, dat nauw verband houdt met het in artikel 7 van het Handvest neergelegde recht op eerbiediging van het privéleven.<sup>194</sup> Illustratief is het arrest van 22 november 2022 inzake het UBO-register.<sup>195</sup> In dit arrest verklaart het Hof een richtlijnbeperking op grond waarvan lidstaten ervoor moeten zorgen dat informatie over de UBO’s van entiteiten toegankelijk is voor alle leden van de bevolking, ongeldig. Met betrekking tot de toetsing van deze bepaling aan het evenredigheidsbeginsel overweegt het Hof dat ‘de uitzonderingen op de bescherming van de persoonsgegevens en de beperkingen ervan binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke’ moeten blijven.<sup>196</sup> Ook in gevallen waarin het recht op vrijheid en veiligheid (artikel 6 van het Handvest) wordt beperkt, kan het Hof intensief toetsen en overweegt het Hof soms dat een beperking op dat recht ‘binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke moet blijven.’<sup>197</sup> Of het Hof van

193 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), punt 48.

194 Voor EU-regelgeving zie, naast HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), bijvoorbeeld HvJ 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker und Markus Schecke*); HvJ 17 oktober 2013, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 (*Schwarz*); HvJ 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems I*); HvJ 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*). Voor nationale regelgeving zie bijvoorbeeld HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970 (*Tele2 Sverige AB en Watson*); HvJ 6 oktober 2020, C-623/17, ECLI:EU:C:2020:790 (*Privacy International*); HvJ 6 oktober 2020, gevoegde zaken C 511/18, C 512/18 en C 520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (*La Quadrature du Net e.a.*); HvJ 3 oktober 2019, C-70/18, ECLI:EU:C:2019:823 (*A. e.a.*); HvJ 1 augustus 2022, C-184/20, ECLI:EU:C:2022:601 (*Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*); HvJ 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258 (*Commissioner of An Garda Síochána*); HvJ 20 september 2022, gevoegde zaken C-793/19 en C-794/19, ECLI:EU:C:2022:702 (*SpaceNet en Telekom Deutschland*); HvJ 20 september 2022, gevoegde zaken C 339/20 en C 397/20, ECLI:EU:C:2022:703 (*VD*); HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*).

195 HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*).

196 HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*), punt 64.

197 HvJ 15 februari 2016, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84 (*J.N.*); HvJ 14 september 2017, C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680 (*K.*).

Justitie een intensievere toetsing aangewezen acht als andere vrijheidsrechten worden beperkt, zoals de vrijheid van vergadering en vereniging (artikel 12 Handvest), kan niet met zekerheid worden gezegd, omdat deze vrijheidsrechten nog niet (vaak) aan de orde zijn gekomen in de rechtspraak van het Hof.

Anderzijds zijn er ook fundamentele rechten waarvan de ‘aard’ er in beginsel niet toe leidt dat inmengingen in die rechten intensiever moeten worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>198</sup> Daaronder vallen bijvoorbeeld de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 Handvest), de vrijheid van beroep en het recht om te werken (artikel 15 Handvest) en soms ook het recht op eigendom (artikel 17 Handvest).<sup>199</sup> In bijvoorbeeld de uitspraak *Sky Österreich* overweegt het Hof dat ‘gelet op de bewoordingen van artikel 16 van het Handvest, die zich onderscheiden van die van de andere fundamentele vrijheden in titel II daarvan, maar die wel dicht bij de bewoordingen van een aantal bepalingen van titel IV van het Handvest liggen, kan door de overheid op een groot aantal wijzen in de vrijheid van ondernemerschap worden ingegrepen. Met dit overheidsingrijpen kunnen, in het algemeen belang, beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit worden gesteld. [...] Deze omstandigheid vindt haar weerslag met name in de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel overeenkomstig artikel 52, lid 1, van het Handvest moet worden toegepast.’<sup>200</sup>

Uit het bovenstaande volgt dat het aan de orde zijn van een fundamenteel recht niet noodzakelijkerwijs leidt tot een intensievere toetsing, maar dat de intensiteit vooral afhangt van de aard van het fundamentele recht en de aard, ernst en het doel van de beperking. De toepassing van die factoren kan ertoe leiden dat regelgeving – die doorgaans terughoudend wordt getoetst omdat de regelgever nu eenmaal vaak veel discretie heeft – intensiever wordt getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Het aan de orde zijn van een fundamenteel recht is in die zin een contra-indicatie; het kan een aanwijzing zijn om indringender aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen. Of een indringender toetsing ook daadwerkelijk is aangewezen, hangt af van de hierboven genoemde factoren.

198 ‘In beginsel’, omdat het Hof niet altijd terughoudend toetst als regelgeving een inbreuk maakt op een van de hierboven genoemde rechten of vrijheden van het Handvest (artikel 15, 16 en 17 Handvest). Een voorbeeld van een intensieve toetsing aan het evenredigheidsbeginsel bij de aantasting van het eigendomsrecht biedt de zaak *Kadi*, zie HvJ 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461 (*Kadi*).

199 Zie Craig 2018, p. 659, volgens wie deze vrijheden en rechten ‘*the most common rights-based claimers*’ vormen die worden aangevoerd tegen EU-regelgeving.

200 HvJ 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*), punt 46-47. Zie bijvoorbeeld ook HvJ 2 juni 2022, C-353/20, ECLI:EU:C:2022:423 (*Skeyes*).



### 7.5.3 *De variërende toetsingsmodaliteiten bij de beperking van fundamentele rechten*

#### 7.5.3.1 **Introductie**

In de paragrafen hierna komt aan de orde op welke wijze het Hof van Justitie aan het evenredigheidsbeginsel toetst wanneer regelgeving een fundamenteel recht beperkt (toetsingsmodaliteiten). Ik bespreek materieel intensieve evenredigheidstoetsingen (paragraaf 7.5.3.2), toetsingen aan het evenredigheidsbeginsel die als semi-procedureel zijn aan te merken<sup>201</sup> (paragraaf 7.5.3.3) en een materieel terughoudende evenredigheidstoetsingen (paragraaf 7.5.3.4).

#### 7.5.3.2 **Materieel intensieve evenredigheidstoetsing**

Het Hof van Justitie voert soms een intensieve inhoudelijke toetsing uit van regelgeving. Zoals hierna zal blijken, betekent het uitvoeren van zo'n intensieve inhoudelijke toets dat het Hof in bepalende mate zelf beoordeelt of de voorliggende regeling geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is. Deze materiële intensieve evenredigheidstoetsingen zijn vooral zichtbaar in zaken waarin de artikelen 7 en 8 van het Handvest aan de orde zijn, in het bijzonder zaken waarin een (vergaande) inbreuk wordt gemaakt op het recht op de bescherming van persoonsgegevens. Het Hof toetst bij de toepassing van de artikelen 7 en 8 van het Handvest zowel EU-regelgeving als nationale regelgeving materieel intensief aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>202</sup>

Een inhoudelijk intensieve toetsing van EU-regelgeving aan het evenredigheidsbeginsel voerde het Hof uit in de zaak *Digital Rights Ireland*, waarin het Hof de 'datarentierichtlijn' ongeldig verklaarde vanwege de strijd met de artikelen 7 en 8 van het Handvest.<sup>203</sup> Deze richtlijn verplichtte aanbieders van openbare telecommunicatiediensten om ver-

201 Ik breng in herinnering dat in dit onderzoek semi-procedurele evenredigheidstoetsing beperkt is tot de evenredigheidstoetsing waarbij de evenredigheid mede wordt beoordeeld aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes (zie paragraaf 1.4.6.4). Andere vormen van procedurele toetsing blijven buiten beschouwing. Voor een bespreking van enkele andere vormen van procedurele toetsing door het Hof van Justitie in zaken waarin fundamentele rechten een rol spelen, zie Beijer 2017a. Zij bespreekt nog twee andere vormen van procedurele toetsing door het Hof. Ten eerste kan het Hof beoordelen of procedurele waarborgen zijn opgenomen in de regeling die een willekeurige inzet van een bevoegdheid beogen te voorkomen. Daarnaast betreft het Hof in sommige gevallen de (on)mogelijkheid van controle door een rechterlijke instantie bij de beoordeling van een inbreuk op een fundamenteel recht. Zie Beijer 2017a, p. 191-197.

202 Zie voor een meer materiële bespreking van onder meer de zaken die hier aan de orde komen bijvoorbeeld Oerlemans, Hagens & Royer 2021.

203 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*). Zie hierover bijvoorbeeld ook Hijmans 2014 en Oerlemans, Hagens & Royer 2021, p. 154. Zie voor andere voorbeelden van een inhoudelijke intensieve evenredigheidstoets van EU-regelgeving bijvoorbeeld HvJ 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems I*); HvJ 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*).

keersgegevens op te slaan voor een maximale periode van twee jaar ter bestrijding van ernstige criminaliteit. Deze verplichting vormt volgens het Hof een ‘zeer ruime en bijzonder zware inmenging’ in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde fundamentele rechten.<sup>204</sup> De gevoeligheid is er met name in gelegen dat de betreffende gegevens veel over personen kunnen vertellen, en dat over een langere tijd, en dat de gegevens in algemene zin en ongedifferentieerd worden opgeslagen, ook als er geen enkele aanwijzing is dat het gedrag van een persoon in verband staat met ernstige strafbare feiten.<sup>205</sup>

Bij de evenredigheidstoetsing die het Hof uitvoert stelt het voorop dat ‘strikt toezicht’ moet worden uitgeoefend vanwege ‘de belangrijke rol die de bescherming van persoonsgegevens speelt in het licht van het fundamentele recht op bescherming van het privéleven’ en vanwege de ernst van de inbreuk. Het Hof acht de bewaarplicht geschikt ter nastreving van een legitiem doel (bestrijding ernstige criminaliteit), omdat het bewaren van de gegevens de nationale strafvervolgingsautoriteiten extra mogelijkheden biedt om ernstige gevallen van criminaliteit op te helderen en het in die zin gaat om een waardevol instrument bij strafonderzoeken.<sup>206</sup> Met betrekking tot het noodzakelijkheidsvereiste wijst het Hof op zijn vaste rechtspraak, op grond waarvan ‘de uitzonderingen op de bescherming van persoonsgegevens en de beperkingen ervan binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke blijven’ teneinde het recht op eerbiediging van het privéleven te beschermen.<sup>207</sup> Dat verlangt volgens het Hof, daarbij verwijzend naar de rechtspraak van het EHRM, dat de regeling moet voldoen aan een aantal voorwaarden:

‘De betrokken Unieregeling moet dus duidelijke en precieze regels betreffende de draagwijdte en de toepassing van de betrokken maatregel bevatten die minimale vereisten opleggen, zodat de personen van wie de gegevens zijn bewaard over voldoende garanties beschikken dat hun persoonsgegevens doeltreffend worden beschermd tegen het risico van misbruik en tegen elke onrechtmatige raadpleging en elk onrechtmatig gebruik van deze gegevens.’<sup>208</sup>

Het Hof bekijkt vervolgens of de bewaarplicht aan deze eisen voldoet en komt tot de conclusie dat het de noodzakelijkheidstoets niet doorstaat. Het Hof stelt vast dat de dataretentierichtlijn (1) van toepassing op alle personen, alle communicatiemiddelen en alle verkeersgegevens, zonder enig onderscheid op basis van het doel, (2) geen regels stelt voor de

204 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), punt 37.

205 Zie Oerlemans, Hagens & Royer 2021, p. 154.

206 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), punt 49.

207 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), punt 52.

208 HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), punt 54.

toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens en het latere gebruik ervan in het licht van het doel en (3) ten aanzien van de bewaringstermijn geen onderscheid maakt tussen gegevens en dat die bewaringstermijn varieert van tenminste een half jaar tot twee jaar zonder dat daarbij objectieve criteria gelden om te waarborgen dat de termijn beperkt blijft tot wat strikt noodzakelijk is.

Het Hof voert in de zaak *Digital Rights Ireland* aldus een intensieve inhoudelijke toets uit aan met name de noodzakelijkheidseis, die eruit bestaat dat het Hof beoordeelt of de inhoud van de bewaarplicht van de dataretentierichtlijn in overeenstemming is met de voorwaarden voor noodzakelijkheid die het, met verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM, heeft geformuleerd.

In de literatuur is erop gewezen dat veel lidstaten na de uitspraak *Digital Rights Ireland* een beroep deden op de uitzondering van artikel 15, eerste lid, van de e-Privacy Richtlijn om zo via een nationale regeling toch de bewaring van communicatiegegevens verplicht te stellen.<sup>209</sup> Dat leidde tot een aantal prejudiciële verwijzingen en nieuwe uitspraken van het Hof over dit onderwerp; eerst tot de uitspraken *Tele2 Sverige AB en Watson*.<sup>210</sup> Op basis van een eveneens – en met de in de uitspraak *Digital Rights Ireland* uitgevoerde vergelijkbare – evenredigheidstoets, komt het Hof in die zaken tot de conclusie dat een nationale regeling die voorziet in een algemene en ongedifferentieerde bewaring van alle verkeer- en locatiegegevens van alle abonnees en geregistreerde gebruikers betreffende alle elektronische communicatiemiddelen niet tot het strikt noodzakelijke beperkt is. Omdat de wijze van evenredigheidstoetsing heel vergelijkbaar is met de toetsing die het Hof uitvoerde in de zaak *Digital Rights Ireland*, bespreek ik die toets verder niet. De lijn van de uitspraken *Digital Rights Ireland* en *Tele2 Sverige AB en Watson* heeft het Hof later bestendigd, eerst in 2020 in de uitspraken *Privacy International*<sup>211</sup> en *La Quadrature du Net e.a.*<sup>212</sup> en vervolgens in 2022 in de uitspraken *SpaceNet en Telekom Deutschland*,<sup>213</sup> *Commissioner of An Garda Síochána*<sup>214</sup> en *VD*,<sup>215</sup> zij het dat het Hof in die uitspraken enkele verduidelijkingen heeft aangebracht ten aanzien van de vraag onder welke omstandigheden de bewaring van communicatiegegevens wél toelaatbaar is.

209 Zie Oerlemans, Hagens & Royer 2021, p. 154.

210 HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970 (*Tele2 Sverige AB en Watson*).

211 HvJ 6 oktober 2020, C-623/17, ECLI:EU:C:2020:790 (*Privacy International*).

212 HvJ 6 oktober 2020, gevoegde zaken C 511/18, C 512/18 en C 520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (*La Quadrature du Net e.a.*).

213 HvJ 20 september 2022, gevoegde zaken C-793/19 en C-794/19, ECLI:EU:C:2022:702 (*SpaceNet en Telekom Deutschland*).

214 HvJ 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258 (*Commissioner of An Garda Síochána*).

215 HvJ 20 september 2022, C-339/20, ECLI:EU:C:2022:703 (*VD*).

### 7.5.3.3 Semi-procedurele evenredigheidstoetsing

In sommige gevallen waarin door regelgeving een inbreuk wordt gemaakt op een fundamenteel recht toetst het Hof die beperking (deels) semi-procedureel aan het evenredigheidsbeginsel, dat wil zeggen: de toets aan een of meer eisen van het evenredigheidsbeginsel (geschiktheid, noodzakelijkheid, evenredigheid in strikte zin) is semi-procedureel.

Een voorbeeld van een zaak waarin het Hof (deels) een semi-procedurele toetsing aan het evenredigheidsbeginsel uitvoert, is de zaak *Fries*, waarin EU-regelgeving een inbreuk maakt op artikel 21 van het Handvest (verbod op discriminatie).<sup>216</sup> In die zaak beoordeelt het Hof de geldigheid van een verordening op het gebied van burgerluchtvaart, waarin de regel is opgenomen dat houders van een bewijs van bevoegdheid als bestuurder die de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt geen bestuurder meer mogen zijn van een luchtvaartuig dat betrokken is bij commercieel luchtvervoer.<sup>217</sup> *Fries*, gezagvoerder bij Lufthansa, vindt dat met de leeftijdsgrens een ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt op basis van leeftijd. De evenredigheidstoets waaraan het Hof het verbod, dat een verschil in behandeling op grond van leeftijd invoert, vervolgens onderwerpt, is deels materieel en deels semi-procedureel.

De geschiktheidstoets is materieel. Het Hof overweegt dat de leeftijdsgrens is gesteld om uit te sluiten dat een afname van de fysieke capaciteiten na 65 jaar tot ongevallen leidt, waarmee wordt beoogd de veiligheid van het luchtverkeer te waarborgen. Aangezien volgens Hof 'niet kan worden ontkend dat [fysieke] capaciteiten afnemen bij het ouder worden' kan de gestelde leeftijdsgrens volgens het Hof effectief zijn om het nagestreefde doel te bereiken.<sup>218</sup>

De toetsing aan het noodzakelijkheidsvereiste, die in de kern neerkomt op de vraag of de doelstelling niet even doeltreffend kan worden bereikt met een hogere leeftijdsgrens of een op de persoon af te stemmen grens, is semi-procedureel. Hierbij merkt het Hof eerst op dat de Uniewetgever over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt als het gaat om ingewikkelde medische vragen, zoals ook de vraag 'of personen vanaf een bepaalde leeftijd nog over de bijzondere fysieke capaciteiten beschikken die vereist zijn voor de uitoefening

216 HvJ 5 juli 2017, C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513 (*Fries*). Zie ook HvJ 22 mei 2014, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350 (*Glatzel*), waarin eveneens procedurele invulling wordt gegeven aan de toetsing of een inbreuk op artikel 21 van het Handvest evenredig is. Zie Widdershoven 2019, p. 48; Beijer 2017a, p. 192 en Van Heusden 2022, hoofdstuk 4, waarin zij *Glatzel* gebruikt ter illustratie van een zaak waarin het Hof procedureel toetst.

217 HvJ 5 juli 2017, C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513 (*Fries*).

218 HvJ 5 juli 2017, C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513 (*Fries*), punt 46.

van het beroep van verkeersvlieger.’ Wel acht het Hof van belang dat de leeftijdsgrens een deugdelijke feitelijke grondslag heeft. Het Hof overweegt:

‘Vervolgens moet worden vastgesteld dat FCL.065, onder b), van bijlage I bij verordening nr. 1178/2011 de internationale regels inzake internationaal commercieel luchtvervoer weerspiegelt, die in dezelfde leeftijdsgrens voorzien en waarnaar in overweging 11 van die verordening overigens uitdrukkelijk wordt verwezen. [...] Zoals de advocaat generaal in punt 56 van zijn conclusie heeft opgemerkt, vormen die regels, aangezien zij zijn gebaseerd op uitvoerige professionele discussies en grondige kennis van zaken, als objectieve en redelijke referentiepunten voor besluitvormers een bijzonder relevante factor bij de beoordeling van de evenredigheid van de in casu aan de orde zijnde bepaling van Unierecht.’<sup>219</sup>

Mede gelet op het feit dat de leeftijdsgrens is gebaseerd op relevante internationale regels, gebaseerd op de huidige stand van de medische expertise, komt het Hof tot de conclusie dat de maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk is ter verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling en is het verschil in behandeling op grond van leeftijd in overeenstemming met artikel 21 van het Handvest.

Het Hof voert ook evenredigheidstoetsingen uit die zich bevinden op het grensvlak tussen een semi-procedurele en een materiële intensieve evenredigheidstoets. Voorbeelden daarvan zijn de toetsingen die het Hof uitvoert in de zaken *Volker und Markus Schecke en Luxembourg Business Registers*.<sup>220</sup> De evenredigheidstoetsingen in deze zaken vinden plaats in de context van de artikelen 7 en 8 van het Handvest en leiden ertoe dat EU-regelgeving in strijd wordt bevonden met het evenredigheidsbeginsel.

In de zaak *Volker und Markus Schecke* toetst het Hof de geldigheid van enkele bepalingen op grond waarvan lidstaten informatie bekend moesten maken over de begunstigden van Europese landbouwfondsen, waaronder de namen van de begunstigden, het bedrag aan steun zij ontvingen, hun woonplaats en, indien voorhanden, hun postcode. Het doel van de openbaarmaking van gegevens over de begunstigden van Europese landbouwfondsen was het vergroten van de transparantie en het bevorderen van een ‘goed financieel beheer’ van de Fondsen, met name ‘door de publieke controle op de bestede gelden te versterken.’

219 HvJ 5 juli 2017, C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513 (*Fries*), punt 62-63.

220 HvJ 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker und Markus Schecke*) en HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*). Zie bijvoorbeeld ook HvJ 17 oktober 2013, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 (*Schwarz*), punt 46-53.

Nadat het Hof heeft vastgesteld dat de publicatie van de betreffende gegevens op een website een beperking vormt van de in artikelen 7 en 8 van het Handvest neergelegde rechten, die beperking bij wet is gesteld én met de beperking een legitiem doel wordt nagestreefd, beoordeelde het Hof de evenredigheid van die beperking.

Wat betreft de geschiktheid overweegt het Hof kortweg dat het bekendmaken van de betreffende gegevens ‘de transparantie ter zake van het gebruik van de betrokken landbouwsteun kan bevorderen’ en dat het ter beschikking stellen van de informatie aan de burger de publieke controle versterkt en bijdraagt ‘tot een optimaal gebruik van overheidsmiddelen.’ Het Hof stelt aldus, overigens niet op procedurele gronden, dat het een geschikte maatregel is.

De toetsing aan de aspecten van noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin lijkt het Hof gezamenlijk te voeren. Om te kunnen vaststellen of het een noodzakelijke en evenwichtige (evenredig in strikte zin) maatregel betreft, dient volgens het Hof ‘te worden nagegaan of de Raad van de Europese Unie en de Commissie een evenwichtige afweging hebben gemaakt tussen, enerzijds, het belang van de Unie om ervoor te zorgen dat haar handelen transparant is en de overheidsmiddelen optimaal worden besteed, en anderzijds de inbreuk op het recht van de betrokken begunstigen op eerbiediging van hun privéleven in het algemeen, en op bescherming van hun persoonsgegevens in het bijzonder. In dat verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat de uitzonderingen op en beperkingen van de bescherming van persoonsgegevens, binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke moeten blijven.’<sup>221</sup>

De beoordeling door het Hof van de vraag of de regelgever een evenwichtige afweging heeft gemaakt tussen de aan de orde zijnde belangen is deels semi-procedureel en deels materieel. Een semi-procedureel element van de toets is dat het Hof overweegt dat het voor het doorstaan van de evenredigheidstoets in elk geval nodig is dat de Unieregelgever onderzoek verricht naar gegevens die nodig zijn om de evenredigheid, in het bijzonder de noodzakelijkheid, te kunnen beoordelen, zoals in dit geval onderzoek naar minder ingrijpende maar even doeltreffende maatregelen. Dat onderzoek heeft de Unieregelgever volgens het Hof niet verricht, zo overweegt het Hof:

‘Niets wijst er immers op dat de Raad en de Commissie bij de vaststelling van artikel 44 bis van verordening nr. 1290/2005 en van verordening nr. 259/2008 vormen van bekendmaking van informatie betreffende de betrokken begun-

---

221 HvJ 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker und Markus Schecke*), punt 77.

stigden in overweging hebben genomen die in overeenstemming zouden zijn met de doelstelling van een dergelijke bekendmaking maar tegelijkertijd het recht van deze begunstigten op eerbiediging van hun privéleven in het algemeen en op de bescherming van hun persoonsgegevens in het bijzonder minder zouden aantasten [...].<sup>222</sup>

Een louter semi-procedurele evenredigheidstoetsing zou betekenen dat het Hof enkel op basis van het ontbrekende onderzoek naar minder vergaande maar even doeltreffende maatregelen zou oordelen dat het niet aannemelijk is dat de openbaarmakingsverplichting evenredig is, met als consequentie dat de openbaarmakingsverplichting in strijd met het evenredigheidsbeginsel moet worden bevonden. In de zaak *Volker und Markus Schecke* maakt het Hof echter ook materiële beoordelingen, in die zin dat het Hof de gereguleerde situatie inhoudelijk beoordeelt en het daarbij denkbaar acht dat er maatregelen zijn die mogelijk even doeltreffend maar minder ingrijpend zijn. Daarbij denkt het Hof aan 'de beperking van de bekendmaking van nominatieve gegevens betreffende die begunstigten naar gelang van de tijdvakken waarin zij steun hebben ontvangen, de frequentie van de steun, of het type en de omvang van die steun.'<sup>223</sup> De Unieregelgever had die mogelijk minder beperkende maatregel in elk geval moeten onderzoeken volgens het Hof:

'De instellingen hadden in het kader van een evenwichtige afweging van de verschillende betrokken belangen dus moeten onderzoeken of de doelstellingen van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde Unieregelgeving niet hadden kunnen worden verwezenlijkt met een beperkte nominatieve publicatie als bedoeld in punt 81 van het onderhavige arrest [beperking van de bekendmaking van nominatieve gegevens betreffende die begunstigten naar gelang van de tijdvakken waarin zij steun hebben ontvangen, de frequentie van de steun, of het type en de omvang van die steun, MvZ]. In het bijzonder blijkt niet dat een dergelijke beperking, die een aantal betrokken begunstigten zou behoeden voor een inmenging in hun privéleven, de burger geen voldoende getrouw beeld zou geven van de door het ELGF en het ELFPO betaalde steun om de doelstellingen van die regelgeving te kunnen verwezenlijken.'<sup>224</sup>

222 HvJ 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker und Markus Schecke*), punt 81.

223 In bijvoorbeeld HvJ 17 oktober 2013, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 (*Schwarz*), punt 53 is het Hof terughoudender op dit punt en overweegt 'dat het Hof niet in kennis is gesteld van het bestaan van maatregelen die voldoende doeltreffend kunnen bijdragen tot het doel van bescherming van paspoorten tegen frauduleus gebruik ervan en die een minder ingrijpende aantasting meebrengen van de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest erkende rechten dan het afnemen van vingerafdrukken.'

224 HvJ 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker und Markus Schecke*), punt 83.

Omdat er, volgens de eigen beoordeling van het Hof, misschien wel minder vergaande maar even effectieve maatregelen denkbaar zijn, die de Unieregelgever niet heeft onderzocht, concludeert het Hof dat ‘de instellingen geen evenwichtige afweging lijken te hebben gemaakt’ tussen de aan de orde zijnde belangen. Het Hof komt dus tot een negatief oordeel omdat niet uitgesloten is – het is althans niet voldoende onderzocht – dat met een beperkte publicatie óók het doel effectief had kunnen worden bereikt. Het Hof van Justitie verbindt daar de conclusie aan dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden.

De evenredigheidstoets in de zaak *Luxembourg Business Registers* bevindt zich, zoals gezegd, ook op het grensvlak tussen een semi-procedurele en een intensieve materiële evenredigheidstoets. Het Hof beoordeelt of een richtlijnbevestiging op grond waarvan lidstaten ervoor moeten zorgen dat informatie over de UBO's van entiteiten toegankelijk is voor alle leden van de bevolking een evenredige inmenging vormt in de door artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde rechten.<sup>225</sup> Interessant zijn de noodzakelijkheidstoets en de toets van de evenredigheid in strikte zin.

De noodzakelijkheidstoets is als overwegend materieel te kwalificeren, maar de beoordeling van de deugdelijkheid van de motivering speelt ook een rol. In de overwegingen over de noodzakelijkheid vestigt het Hof de aandacht op de ‘oude’ richtlijnbevestiging, op grond waarvan de toegang van eenieder tot de informatie afhankelijk was van de voorwaarde dat een ‘legitiem belang’ kon worden aangetoond.<sup>226</sup> Deze voorwaarde is geschrapt, omdat een uniforme definitie van dit begrip ontbrak en dat had praktische moeilijkheden opgeleverd. Uit de overwegingen van het Hof leid ik af dat het Hof het denkbaar vindt dat het hanteren van zo'n uniforme definitie een minder ingrijpend maar even effectief middel zou kunnen zijn. De Commissie had wel overwogen om een uniforme definitie voor te stellen van het criterium ‘legitiem belang’, maar had daar toch vanaf gezien, omdat het criterium ook dan moeilijk toepasbaar zou blijven en de toepassing tot willekeurige beslissingen zou kunnen leiden.<sup>227</sup> Dit argument acht het Hof niet overtuigend genoeg om te kunnen concluderen dat de gekozen maatregel noodzakelijk is. Het Hof oordeelt dat ‘het feit dat het moeilijk kan zijn om nauwkeurig vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden publieke toegang tot informatie over de uiteindelijk begunstigten mogelijk is, niet kan rechtvaardigen dat de Uniewetgever bepaalt dat alle leden van de bevolking toegang hebben tot deze informatie [...]’. Bovendien kunnen de aangevoerde

225 HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*).

226 HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*), punten 68-72.

227 HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*), punten 70-71.



gevolgen en de verwijzing in die context naar de toelichting in overweging 30 van richtlijn 2018/843 evenmin aantonen dat de betrokken inmenging strikt noodzakelijk is.<sup>228</sup> De bepaling is aldus niet noodzakelijk, omdat de daarin gemaakte keuze niet voldoende overtuigend is gemotiveerd in het licht van, zo lijkt het, een mogelijk minder ingrijpend, maar even effectief middel (uniforme definitie).

Het Hof voert in de zaak *Luxembourg Business Registers* een vrij uitgebreide toets van de evenredigheid in strikte zin uit, in welk verband het nagaat of de richtlijnbeepaling is gebaseerd op een evenwichtige afweging tussen, enerzijds, het nagestreefde doel van algemeen belang en, anderzijds, de betrokken grondrechten, en dat er voldoende waarborgen zijn tegen de risico's van misbruik.<sup>229</sup>

Bij de toets van de evenredigheid in strikte zin legt het Hof in deze zaak de afweging van de EU-regelgever, waarvan de richtlijnbeepaling het resultaat is, langs de meetlat van zijn eigen afweging en concludeert dat aan de eis van evenredigheid in strikte zin niet is voldaan – een materieel intensieve toets dus. Het Hof overweegt dat het doel van de voorkoming van het witwassen van geld en terrorismefinanciering ‘weliswaar zelfs een ernstige inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde grondrechten kan rechtvaardigen, maar dat het een feit blijft dat de bestrijding van het witwassen van geld en van terrorismefinanciering in de eerste plaats een zaak is van de overheid en van entiteiten zoals kredietinstellingen of financiële instellingen die uit hoofde van hun activiteiten ter zake specifieke verplichtingen hebben.<sup>230</sup> Ook vindt het Hof het relevant dat de richtlijnbeepaling leidt tot een ‘een aanzienlijk zwaardere aantasting van de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde grondrechten’ in vergelijking met de oude richtlijnbeepaling, op grond waarvan het criterium ‘legitiem belang’ gold. Deze aanzienlijk zwaardere aantasting wordt volgens het Hof niet gecompenseerd door de eventuele voordelen die de nieuwe richtlijnbeepaling zou kunnen bieden op het gebied van de strijd tegen het witwassen van geld en terrorismefinanciering.<sup>231</sup> Deze overwegingen zet het Hof af tegen de voorzieningen die de EU-regelgever heeft getroffen in de regeling om de inmenging in de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde grondrechten minder vergaand te maken (mogelijkheid tot uitzonderingen bijvoorbeeld). Deze ‘matigende bepalingen’ kunnen echter niet ‘aantonen dat er sprake is van een evenwichtige afweging tussen de

228 HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*), punten 72-73.

229 HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*), punten 77-86.

230 HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*), punt 83.

231 HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*), punt 85.

nagestreefde doelstelling van algemeen belang en de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest verankerde grondrechten, en evenmin dat er voldoende waarborgen bestaan die de betrokkenen in staat stellen hun persoonsgegevens doeltreffend te beschermen tegen het risico van misbruik.<sup>232</sup>

#### 7.5.3.4 Materieel terughoudende evenredigheidstoetsing

Er bestaan ook zaken waarin het Hof de inbreuk op een fundamenteel recht materieel terughoudend toetst. Doorgaans betreft het zaken waarin (discretionaire) regelgeving een inbreuk maakt op de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 Handvest), de vrijheid van beroep en het recht om te werken (artikel 15 Handvest) of het recht op eigendom (artikel 17 Handvest), waarin het Hof, zoals gezegd in paragraaf 7.5.2, een terughoudende toetsing in beginsel aangewezen vindt.<sup>233</sup>

Wanneer het Hof evenredigheidstoetsingen uitvoert van regelgeving die de bovengenoemde rechten en vrijheden beperkt, brengt het Hof zijn terughoudendheid niet altijd tot uitdrukking door te overwegen dat zijn toetsing beperkt is tot de vraag of de regeling ‘kennelijk onevenredig’ is.<sup>234</sup> De toets die het Hof regelmatig uitvoert in zaken waarin de bovengenoemde rechten en vrijheden aan de orde zijn, wijkt inhoudelijk gezien echter vrijwel niet af van de toetsing op kennelijke onevenredigheid. Dat wil zeggen dat het Hof doorgaans geen hoge eisen stelt aan het bewijs en de argumentatie van de regelgever ten aanzien van de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin van een beperkende maatregel, en aldus vrij gemakkelijk aanneemt dat de maatregel evenredig is.<sup>235</sup>

Een voorbeeld van een zaak waarin het Hof een terughoudende evenredigheidstoetsing uitvoert, in dit geval van EU-regelgeving die de vrijheid van ondernemerschap beperkt, is de zaak *Lidl*.<sup>236</sup> Het Hof buigt zich in die zaak over de vraag of een in een verordening neergelegde etiketteringsplicht voor voorverpakt vlees van pluimvee een gerechtvaardigde inbreuk maakt op artikel 16 van het Handvest. Bij het uitvoeren van zijn evenredigheidstoetsing stelt het Hof voorop dat ‘door de overheid op een groot aantal wijzen in de vrijheid van ondernemerschap kan worden ingegrepen, waarbij in het algemeen belang

232 HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*), punt 86.

233 Vergelijk ook Craig 2018, p. 659.

234 Over deze maatstaf zie paragraaf 7.4.2.1.

235 Naast het hierna besproken voorbeeld HvJ 30 juni 2016, C-134/15, ECLI:EU:C:2016:498 (*Lidl*), zie bijvoorbeeld ook HvJ 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:24 (*Sky Österreich*) en HvJ 17 december 2015, C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823 (*Neptune Distribution*).

236 HvJ 30 juni 2016, C-134/15, ECLI:EU:C:2016:498 (*Lidl*).

beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit kunnen worden gesteld. Nadat het Hof heeft vastgesteld dat de etiketteringsplicht legitieme doelen nastreeft (verhoging van inkomsten van producenten en ondernemers in de pluimveesector, consumentenbescherming), heeft het Hof twee overwegingen nodig om te kunnen oordelen dat de plicht geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is:

38. Aangaande – in de tweede plaats – de geschiktheid van de etiketteringsplicht om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen te waarborgen, kon de wetgever oordelen dat met die plicht enerzijds kan worden gewaarborgd dat de consument betrouwbare informatie krijgt dankzij de aanduiding op de verpakking, en anderzijds de consument ertoe kan worden aangezet vlees van pluimvee te kopen, wat de verkoopverwachting van dat product verbetert en bijgevolg de inkomsten van de producenten verhoogt.

39 Inzake de noodzakelijkheid van een dergelijke regeling kon de Uniewetgever rechtmatig oordelen dat een regeling volgens welke de prijs enkel op de schappen moet worden aangeduid, het niet mogelijk maakt de nagestreefde doelstellingen even doeltreffend te verwezenlijken [...], aangezien enkel de aanduiding van de totale prijs en de prijs per gewichtseenheid, in het geval van producten waarvan de verpakkingseenheden niet allemaal hetzelfde gewicht kunnen hebben, een voor de consument toereikende informatie kan waarborgen. Een dergelijke plicht blijkt bovendien niet onevenredig aan de beoogde doelen te zijn, temeer daar de in artikel 5, lid 4, van verordening nr. 543/2008 opgelegde aanduiding van de totale prijs en de prijs per gewichtseenheid slechts een van de gegevens is die krachtens die bepaling moeten worden vermeld op de voorverpakking of op het eraan gehechte etiket. 40. Daarom is in de onderhavige zaak in de vrijheid van ondernemerschap van verzoekster in het hoofgeding ingegrepen op een wijze die evenredig is aan de nagestreefde doelstellingen.<sup>237</sup>

In sommige gevallen waarin het Hof de evenredigheid beoordeelt van een beperking van de vrijheid van ondernemerschap, de vrijheid van beroep en het recht om te werken of het recht op eigendom, focust het Hof zich op de vraag of de beperkende maatregel niet afdoet aan 'de wezenlijke inhoud' van het betreffende recht, in de zin van artikel 52, eerste lid, Handvest. Volgens Craig brengt het Hof hiermee mogelijk tot uitdrukking dat het Hof een beperking op de hierboven genoemde rechten en vrijheden in beginsel rechtmatig acht, tenzij het de kern van dat recht of die vrijheid aantast.<sup>237</sup>

<sup>237</sup> Craig 2018, p. 659, 663-664. Zie bijvoorbeeld HvJ 17 december 2015, C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823 (*Nep-tune Distribution*) en HvJ 4 mei 2016, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pillbox 38*).

7.5.4 *Tussenconclusie*

Het Hof van Justitie toetst regelgeving in de regel terughoudend aan het Europese evenredigheidsbeginsel, omdat de regelgever vaak de nodige beslissingsruimte heeft bij de vaststelling van regelgeving. Als dergelijke regelgeving een fundamenteel recht beperkt, betekent dat niet per definitie dat de evenredigheidstoetsing indringender wordt. Of een indringender evenredigheidstoetsing is aangewezen, hangt af van de door het Hof genoemde factoren in het arrest *Digital Rights Ireland*: het betrokken domein, de aard van het door het Handvest gewaarborgde recht én de aard, de ernst en het doel van de inmening. Ook als regelgeving een fundamenteel recht beperkt, varieert de toetsingsintensiteit dus.<sup>238</sup>

Gelet op de in deze paragraaf besproken rechtspraak van het Hof leidt de toepassing van de *Digital Rights Ireland*-factoren tot verschillende toetsingsintensiteiten en bijbehorende toetsingsmodaliteiten. We zien in die rechtspraak duidelijk twee uitersten terugkomen van de glijdende schaal die het Hof van Justitie hanteert op het punt van toetsingsintensiteit: terughoudend en intensief.<sup>239</sup>

Een *intensieve* evenredigheidstoetsing voert het Hof uit wanneer het gaat om ernstige beperkingen van met name de artikelen 7 en 8 Handvest op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens, en soms om een beperking van artikel 6 Handvest.<sup>240</sup> Een intensieve toetsing aan het evenredigheidsbeginsel betekent dat het Hof een eigen evenredigheidsbeoordeling maakt van de ter toetsing voorliggende maatregel (intensief materiële evenredigheidstoetsing). In bijvoorbeeld het arrest *Digital Rights Ireland* beziet het Hof of de bewaarplicht volgens hem beperkt blijft tot het 'strikt noodzakelijke'. Het valt niet uit te sluiten dat het Hof een intensieve evenredigheidstoetsing ook aangewezen vindt bij een ernstige beperking van andere fundamentele vrijheidsrechten, zoals bijvoorbeeld de vrijheid van vergadering en vereniging of de vrijheid van godsdienst. Of het Hof inderdaad vindt dat regelgeving die andere vrijheidsrechten dan de artikelen 6, 7 en 8 Handvest ernstig beperkt, onderworpen moet worden aan een intensieve evenredigheidsbeoordeling kan echter niet met zekerheid worden gezegd, omdat die andere vrijheidsrechten vooralsnog niet (voldoende) aan de orde zijn geweest in de rechtspraak van het Hof.

Het andere uiterste is een *terughoudende* evenredigheidstoetsing.<sup>241</sup> Een terughoudende evenredigheidstoetsing is met name zichtbaar wanneer regelgeving de vrijheid van beroep

238 Paragraaf 7.5.2.

239 Zie paragraaf 7.3.1.

240 Paragraaf 7.5.3.2.

241 Paragraaf 7.5.3.4.

en het recht te werken, de vrijheid van ondernemerschap of het eigendomsrecht beperkt. De aard van deze fundamentele rechten brengt mee dat een intensievere evenredigheids-toetsing in beginsel niet is aangewezen: de toetsing blijft terughoudend op basis van de beslissingsruimte die de regelgever heeft bij het vaststellen van regelgeving. De terughoudendheid van het Hof betekent dat zijn toetsing beperkt is tot de vraag of de regeling 'kennelijk onevenredig' is.<sup>242</sup> Niet uitgesloten is dat het Hof intensiever aan het evenredigheidsbeginsel toetst als regelgeving een heel *ernstige* inbreuk maakt op de zojuist genoemde vrijheden en rechten van het Handvest (artikelen 15, 16 en 17 Handvest).

In de rechtspraak waarin het Hof evenredigheidstoetsingen uitvoert van regelgeving die een fundamenteel recht beperkt, komt tot uitdrukking dat het Hof méér intensiteiten hanteert dan alleen de twee uitersten terughoudend en intensief, ook al expliciteert het Hof dat niet. In bijvoorbeeld de uitspraken *Fries*, *Volker und Markus Schecke* en *Luxembourg Business Registers* zien we dat de evenredigheidstoets niet (louter) terughoudend of inhoudelijk intensief is, maar dat het Hof (ook) procedurele elementen toepast bij zijn evenredigheidstoetsing.<sup>243</sup> Daarbij kan het zo zijn dat het Hof een evenredigheidsaspect, zoals geschiktheid, materieel toetst en een ander evenredigheidsaspect, zoals noodzakelijkheid, semi-procedureel toetst. De toetsen in de zaken *Volker und Markus Schecke* en *Luxembourg Business Registers* bevinden zich op het grensvlak van een semi-procedurele en een materieel intensieve evenredigheidstoets. In beide zaken gaat het om evenredigheidstoetsingen die het Hof heeft uitgevoerd in het kader van de beoordeling van een beperking van de artikelen 7 en 8 Handvest.

## 7.6 EVENREDIGHEID EN DE VERKEERSVRIJHEDEN

### 7.6.1 *De eis van een evenredige beperking en toetsingsintensiteit*

Zoals opgemerkt in paragraaf 7.3.2, kan de toetsing aan het Europese evenredigheidsbeginsel intensiever zijn vanwege de aard van het aangetaste belang en de ernst van de inbreuk op dat belang. De toepassing van deze factoren kan tot gevolg hebben dat belemmeringen van de vier verkeersvrijheden (personen, goederen, diensten en kapitaal)<sup>244</sup> intensiever aan het evenredigheidsbeginsel worden getoetst, omdat een beperking dan 'knaagt aan de grondvesten van de Europese Unie'.<sup>245</sup>

242 Over deze maatstaf zie paragraaf 7.4.2.1.

243 Paragraaf 7.5.3.3.

244 Zie nader over de verkeersvrijheden bijvoorbeeld Eijsbouts e.a. 2015, p. 77; Craig 2018, p. 670-675.

245 Gerards 2007, p. 93.

De vier verkeersvrijheden moeten niet alleen door lidstaten, waaronder de nationale regelgever, in acht worden genomen, maar ook door de EU-instellingen zelf, waaronder de EU-regelgever.<sup>246</sup> Een beperking van die vrijheden is geoorloofd, mits er aan een aantal voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet een beperking gerechtvaardigd zijn in het licht van een verdragsrechtelijke rechtvaardigingsgrond<sup>247</sup> of, op grond van de zogenoemde *rule of reason*-excepties, een (andere) dwingende reden van algemeen belang, zoals milieubescherming, consumentenbescherming, een mensenrecht, enzovoort.<sup>248</sup> Ten tweede is een belemmering van het vrij verkeer alleen geoorloofd als die belemmering in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Aldus dient een beperking van een verkeersvrijheid geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin te zijn.<sup>249</sup>

In de volgende paragrafen bespreek ik hoe de evenredigheidseis wordt toegepast bij regelgeving die de verkeersvrijheden belemmert. In paragraaf 7.6.2 bespreek ik de intensiteit waarmee dergelijke beperkingen aan het evenredigheidsbeginsel worden getoetst. In paragraaf 7.6.3 komt aan de orde hoe de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel plaatsvindt, waarbij in het bijzonder aandacht zal worden besteed aan de semi-procedurele evenredigheidstoetsing die het Hof van Justitie soms toepast wanneer een verkeersvrijheid wordt beperkt.

246 Zie bijvoorbeeld HvJ 17 mei 1984, C-15/83, ECLI:EU:C:1984:183 (*Denkavit/Nederland*), punt 15; HvJ 12 juli 2005, gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04, ECLI:EU:C:2004:848 (*Alliance for Natural Health*), punt 47.

247 Zie bijvoorbeeld artikel 36 VWEU (vrij verkeer van goederen): 'De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapt beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.'

248 Zie Van Ooik 2013, p. 173.

249 Zie Van den Brink e.a. 2017, p. 183 e.v.; Jans 2000. Het verdient opmerking dat de evenredigheid in strikte zin in de rechtspraak van het Hof van Justitie niet altijd een grote rol speelt bij beoordelingen van beperkingen van het vrij verkeer. Althans, voor zover het Hof zelf die beperkingen toetst (zie Van den Brink e.a. 2017, p. 187-188). Bij een eigen beoordeling is het Hof van Justitie vrij terughoudend, omdat het (indringend) uitvoeren van een toetsing op evenredigheid in strikte zin zou betekenen dat het Hof zou bepalen welk gewicht aan bepaalde belangen in de lidstaten moet worden toegekend ten opzichte van de goede werking van de interne markt. Een dergelijke beoordeling is problematisch gezien "de machtenverdeling" [...] tussen de EU als zodanig en haar lidstaten' (zie Van den Brink e.a. 2017, p. 184, Jans 2000, p. 271). Dat laatste gaat niet op dezelfde wijze op voor de nationale rechter. Die zou wel de evenredigheid in strikte zin kunnen toetsen conform het algemene evenredigheidsbeginsel zoals dat wordt toegepast in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

### 7.6.2 De toetsingsintensiteit bij een beperking van de verkeersvrijheden

Voor de intensiteit waarmee een beperking van een verkeersvrijheid wordt getoetst aan het evenredigheidsbeginsel is het nuttig om een onderscheid te maken tussen EU-regelgeving en nationale regelgeving. Nationale beperkingen worden namelijk doorgaans aan een intensievere evenredigheidstoetsing onderworpen dan beperkingen door EU-regelgeving.

Hoewel een belemmering van het vrij verkeer vanwege de ‘aard van het aangetaste belang’ een reden kan zijn voor een intensievere toetsing, is die intensievere toetsing in beginsel niet zichtbaar in het geval EU-regelgeving, vastgesteld op basis van een ruime discretionaire bevoegdheid, een van de verkeersvrijheden beperkt. Die terughoudende opstelling komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de zaak *Alliance for Natural Health*, waarin het Hof de geldigheid beoordeelt van een richtlijn op basis waarvan voedingssupplementen enkel op de Europese markt gebracht mogen worden als zij voorkomen op een positieve lijst en daarmee voldoen aan de richtlijn.<sup>250</sup> Een aantal ondernemers voerden de ongedigheid van de richtlijn aan, nadat het bij nationale regelgeving was verboden om voedingssupplementen op de markt te brengen die niet aan de richtlijn voldeden. Met betrekking tot de vraag of de maatregel ‘noodzakelijk en evenredig is uit het oogpunt van het doel van de bescherming van de menselijke gezondheid’ overweegt het Hof:

‘Wat het rechterlijk toezicht op deze voorwaarden betreft, beschikt de gemeenschapswetgever op een gebied als het onderhavige over een ruime discretionaire bevoegdheid, waarin van hem politieke, economische en sociale keuzes worden verlangd en waarin hij ingewikkelde beoordelingen moet maken. Derhalve is een op dit gebied vastgestelde maatregel slechts onrechtmatig, wanneer hij kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instellingen nagestreefde doel.’<sup>251</sup>

In de literatuur wordt opgemerkt dat nationale regelgeving die het vrij verkeer belemmert in de regel intensief aan het evenredigheidsbeginsel wordt getoetst door het Hof.<sup>252</sup> Dat beeld moet worden genuanceerd, in die zin dat het Hof in sommige gevallen waarin een nationale maatregel het vrije verkeer belemmert een ruime beoordelingsmarge kan laten aan de lidstaten, in het bijzonder aan de nationale rechter, om te bepalen of een beperking

250 HvJ 12 juli 2005, C-154/04 en C-155/04, ECLI:EU:C:2004:848 (*Alliance for Natural Health*).

251 HvJ 12 juli 2005, C-154/04 en C-155/04, ECLI:EU:C:2004:848 (*Alliance for Natural Health*), punt 52.

252 Zie bijvoorbeeld Van Ooik 2013, p. 173-174, die opmerkt dat die intensieve toetsing met name plaatsvindt in inbreukzaken (artikel 258 VWEU). Zie ook bijvoorbeeld Craig 2018, p. 682-684; Von Danwitz 2012, p. 378-379.

evenredig is in het licht van het nagestreefde doel.<sup>253</sup> Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarin er tussen de lidstaten geen consensus bestaat over de nagestreefde doelstelling of als het primair aan de lidstaten is om een bepaald belang te behartigen.<sup>254</sup> In die zin speelt ook de aard van het te beschermen rechtsgoed een rol bij de intensiteit waarmee het Hof toetst aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>255</sup>

### 7.6.3 Variërende toetsingsmodaliteiten bij belemmeringen van het vrije verkeer

#### 7.6.3.1 EU-regelgeving

Het beeld van hoe het Hof EU-regelgeving toetst die het vrije verkeer belemmert is vrij overzichtelijk. Zoals gezegd in de vorige paragraaf, toetst het Hof EU-regelgeving die een verkeersvrijheid beperkt doorgaans terughoudend vanwege de aan de EU-regelgever toekomende discretie, met als gevolg dat het Hof beziet of de maatregel 'kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instellingen nagestreefde doel'.<sup>256</sup> In een enkel geval voert het Hof een semi-procedurele evenredigheidstoets uit.

Een semi-procedurele evenredigheidstoetsing is bijvoorbeeld zichtbaar in de zaak *Swedish Match AB*,<sup>257</sup> waarin het Hof een in een richtlijn opgenomen verbod op het in de handel brengen van tabak voor oraal gebruik, zoals snus, toetst. Het verbod is vastgesteld op basis van het voorzorgsbeginsel, dat rechtvaardigt dat beschermende maatregelen worden genomen, in dit geval ter bescherming van de volksgezondheid, terwijl er wetenschappe-

253 Zie bijvoorbeeld Jans 2000, p. 272-280; Beijer 2017a, p. 187.

254 Gerards 2007, p. 94. Zie in die zin ook Jans 2000, p. 273 die opmerkt dat 'de aard van het te beschermen rechtsgoed een rol speelt bij de wijze van toetsing door het Hof aan het evenredigheidsbeginsel.'

255 Jans 2000, p. 273. Door Gerards wordt gewezen op de zaak *Omega Spielhallen* als voorbeeld van een geval waarin het te beschermen rechtsgoed relevant is voor de evenredigheidstoetsing die het Hof uitvoert. In die zaak voerde Duitsland aan dat het verbod op lasergamen gerechtvaardigd kon worden geacht vanwege de openbare orde. De rechtvaardigingsgrond 'openbare orde' werd door Duitsland zo ingevuld dat daaronder ook de bescherming van de menselijke waardigheid viel. Niet elke lidstaat vult het begrip 'openbare orde' op die manier in: de specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde kunnen rechtvaardigen, kunnen naar land en tijdstip verschillen, zegt het Hof. In dit verband komt de bevoegde nationale autoriteiten een bepaalde beoordelingsmarge toe, ook om te bepalen of zij een bepaalde beperking noodzakelijk vinden ter bescherming van het gestelde belang. Zie Gerards 2007, p. 94 en HvJ 14 oktober 2004, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 (*Omega Spielhallen*).

256 Voor de wijze waarop het Hof van Justitie die maatstaf toepast, zij verwezen naar paragraaf 7.4.2.1.

257 HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*). Opgemerkt moet worden dat de evenredigheidstoetsing plaatsvindt op een zogenoemde '*stand-alone basis*', maar dat het Hof vervolgens overweegt dat het verbod op het in de handel brengen van tabaksproducten voor oraal gebruik weliswaar een beperking van het vrije verkeer van goederen is, maar dat die beperking haar rechtvaardiging vindt in de bescherming van de volksgezondheid en dat het geen schending vormt van het evenredigheidsbeginsel, waaraan het Hof eerder in de uitspraak aldus had getoetst (zie punt 84).



lijke onzekerheid bestaat over de gezondheidsrisico's. Zoals ik heb besproken in paragraaf 7.4.5.3, stelt het Hof van Justitie in dit soort gevallen hoge eisen aan de kwaliteit van de gegevens op basis waarvan de beperkende maatregel is vastgesteld. Tegen die achtergrond besteedt het Hof van Justitie in de zaak *Swedish Match AB* de nodige aandacht aan de (kwaliteit van de) feitelijke grondslag waarop de Commissie het verbod heeft gemeend te kunnen baseren.

Het Hof wijst er onder meer op dat de Commissie zich heeft gebaseerd op wetenschappelijke onderzoeken en dat er een effectbeoordeling is uitgevoerd, waaruit voortvloeit dat 'de Commissie de verschillende politieke opties voor de verschillende tabaksproducten, met inbegrip van die voor oraal gebruik, in overweging heeft genomen. Zij heeft met name onderzocht of het mogelijk was het verbod op het in de handel brengen van tabaksproducten voor oraal gebruik in te trekken in het licht van de nieuwe wetenschappelijke onderzoeken naar de schadelijkheid ervan voor de gezondheid en van de gegevens over het consumptiepatroon van tabak in de landen die de handel in tabaksproducten voor oraal gebruik toestaan.' De Commissie heeft dus de nodige zorgvuldigheid betracht bij het voorbereiden van het verbod. Wat volgt, is een materieel terughoudende evenredigheids-toetsing, waarna het Hof vaststelt dat het verbod 'niet [kan] worden beschouwd als kennelijk ongeschikt' en dat het verbod 'niet kennelijk verder [gaat] dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken, te weten een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid garanderen.' Met betrekking tot de evenredigheid in strikte zin overweegt het Hof dat 'het doel van de bescherming van de gezondheid zwaarder [weegt] dan economische belangen [...], zodat het belang van de doelstelling de negatieve economische gevolgen kan rechtvaardigen, zelfs als deze aanzienlijk zijn,' en vervolgens dat het verbod geen 'kennelijk onevenredige nadelen' met zich brengt ten opzichte van de beoogde doelstellingen.

### 7.6.3.2 Nationale regelgeving

De dynamische toepasbaarheid van het Europese evenredigheidsbeginsel komt duidelijk tot uitdrukking in de wijze waarop nationale belemmeringen op evenredigheid worden getoetst. De evenredigheidstoetsingen die het Hof in deze context uitvoert, vertonen veel variatie. In sommige zaken voert het Hof een intensieve toetsing uit van de nationale belemmerende regelgeving, waarbij het Hof zelf met name de geschiktheid en de noodzakelijkheid van een nationale maatregel beoordeelt,<sup>258</sup> en soms ook zelf het belang van het vrije verkeer afweegt tegen het belang dat met de nationale belemmerende maatregel

<sup>258</sup> Zie Jans 2000, p. 272-273 wijzend op bijvoorbeeld HvJ 1 juni 1994, C-317/92, ECLI:EU:C:1994:212 (*Commissie/Duitsland*) en HvJ 26 juni 1997, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 (*Familiapress*).

wordt gediend.<sup>259</sup> In andere gevallen laat het Hof de evenredigheidsbeoordeling juist volledig over aan de nationale rechter.<sup>260</sup> In bijvoorbeeld de zaak *Gourmet*, waarin het Zweedse reclameverbod voor alcohol centraal staat, overweegt het Hof dat '[v]oor de beoordeling van de evenredigheid van het in het hoofdgeding bedoelde reclameverbod en inzonderheid van de vraag of het nagestreefde doel zou kunnen worden bereikt door verbodsbepalingen of beperkingen die minder ver gaan of de handel tussen de lidstaten minder beperken, dienen de juridische en feitelijke omstandigheden te worden geanalyseerd, die kenmerkend zijn voor de situatie in de betrokken lidstaat, waartoe de verwijzende rechter beter in staat is dan het Hof.'<sup>261</sup>

In het licht van de in de paragrafen 7.4 en 7.5 besproken toetsingsmodaliteit 'semi-procedurele evenredigheidstoetsing' is het van belang dat er in de literatuur op is gewezen dat het Hof zo'n semi-procedurele toets soms ook uitvoert als het de evenredigheid beoordeelt van nationale maatregelen die een verkeersvrijheid beperken.<sup>262</sup> Het Hof gaat dan na of een lidstaat op basis van een grondig onderzoek naar de evenredigheid van de betreffende maatregel heeft aangetoond dat de belemmerende maatregel inderdaad evenredig is.<sup>263</sup>

Een duidelijk voorbeeld van een semi-procedurele evenredigheidstoets in de context van nationale belemmeringen van het vrij verkeer biedt de zaak *Commissie/Oostenrijk*, waarin het gaat om een rijverbod voor de Oostenrijke Inntal Autobahn voor vrachtwagens die bepaalde goederen vervoeren.<sup>264</sup> Dit verbod belemmert het vrije verkeer van goederen, maar dient wel een legitiem doel, namelijk milieubescherming. Met betrekking tot de vraag of dat rijverbod ook evenredig is, overweegt het Hof het volgende:

'Zonder dat het Hof zich zelf behoeft uit te spreken over het bestaan van alternatieven, via het spoor of over de weg, om het vervoer van de in de litigieuze verordening bedoelde goederen onder economisch aanvaardbare voorwaarden te verzekeren, noch behoeft na te gaan of andere, al dan niet gecombi-

259 Van den Brink e.a. 2017, p. 188 wijzend op HvJ 16 december 1992, C-169/91, ECLI:EU:C:1992:519 (*Stoke-on-Trent*).

260 Zie ook Beijer 2017a, p. 187.

261 HvJ 8 maart 2001, C-405/98, ECLI:EU:C:2001:135 (*Gourmet*), punt 33.

262 Zie Van den Brink e.a. 2017, p. 189; Prechal 2008, p. 202 (noot 3).

263 Vergelijk Van den Brink e.a. 2017, p. 189, die wijzen op de relatie van het evenredigheidsbeginsel met het zorgvuldigheidsbeginsel en daarbij opmerken dat er in de rechtspraak van het Hof voorbeelden te vinden zijn waarin het Hof 'niet zozeer direct toetst aan hetzij geschiktheid, de noodzakelijkheid of de evenwichtigheid van de maatregel. In plaats daarvan vraagt het Hof zich af of de lidstaat bij het nemen van de litigieuze maatregel wel een grondig onderzoek naar bijvoorbeeld de geschiktheid en/of de noodzakelijkheid heeft uitgevoerd.'

264 HvJ 15 november 2005, C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684 (*Commissie/Oostenrijk*). Vergelijk Van den Brink e.a. 2017, p. 189.

nerde maatregelen hadden kunnen worden getroffen om het doel van vermindering van de emissies van verontreinigende stoffen in het betrokken gebied te bereiken, volstaat het dienaangaande op te merken dat de Oostenrijkse autoriteiten vóór de vaststelling van een zo verregaande maatregel als een algeheel rijverbod op een gedeelte van een snelweg die een vitale verbinding tussen bepaalde lidstaten vormt, grondig moesten onderzoeken of maatregelen konden worden getroffen die het vrije verkeer minder beperken en deze slechts van de hand mochten wijzen indien duidelijk vaststond dat zij niet geschikt waren om het nagestreefde doel te bereiken.<sup>265</sup>

De Oostenrijkse autoriteiten hadden dus moeten onderzoeken of er minder vergaande alternatieven bestonden voor het rijverbod op een snelweg ‘die een vitale verbinding tussen bepaalde lidstaten vormt’, maar hebben dat nagelaten. Gelet op dat ontbrekende onderzoek naar de noodzakelijkheid van het rijverbod is het niet erg aannemelijk dat het rijverbod een evenredige beperking is van het vrije verkeer van goederen. Althans, zonder onderzoek naar de alternatieven kan de noodzakelijkheid van het rijverbod niet worden vastgesteld en dat is voor het Hof van Justitie voldoende om te concluderen dat het rijverbod geen evenredige beperking is van het vrije verkeer van goederen.

Een semi-procedurele evenredigheidstoetsing voert het Hof ook uit in de zaak *Commissie/Nederland* – een inbreukprocedure op grond van artikel 258 VWEU.<sup>266</sup> In die zaak oordeelt het Hof de geoorloofdheid, in het licht van het vrij verkeer van werknemers, van de wettelijke eis dat degene die Nederlandse studiefinanciering wil voor een studie in het buitenland in de afgelopen zes jaar minstens drie jaar in Nederland moet hebben gewoond. De procedurele invulling van de evenredigheidstoets wordt zichtbaar als het Hof nagaat of het vereiste niet verder gaat dan noodzakelijk is om het doel te bereiken. Het Hof stelt daarbij het volgende voorop:

‘Volgens vaste rechtspraak staat het aan de bevoegde nationale autoriteiten om bij de vaststelling van een maatregel die afwijkt van een beginsel dat in het recht van de Unie is verankerd, in elk concreet geval te bewijzen dat deze maatregel geschikt is ter verzekering dat de genoemde doelstelling wordt verwezenlijkt en niet verder gaat dan daartoe nodig is. Bij de rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren moet een onderzoek zijn gevoegd van

265 HvJ 15 november 2005, C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684 (*Commissie/Oostenrijk*), punt 87.

266 HvJ 14 juni 2012, C-542/09, ECLI:EU:C:2012:346 (*Commissie/Nederland*).

de geschiktheid en de evenredigheid van de door die lidstaat genomen maatregel, alsmede specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog [...].<sup>267</sup>

Er moet dus worden aangetoond dat de beperking evenredig is en daarbij moet worden uitgelegd op welke gegevens de conclusie, dat het een evenredige maatregel betreft, is gebaseerd. Nederland heeft alleen verwezen naar twee mogelijke alternatieven die niet even doeltreffend zouden zijn, maar dat is volgens het Hof niet voldoende. Nederland had 'op zijn minst moeten aantonen waarom het voor de 3 uit 6 regel heeft gekozen, met uitsluiting van alle andere representatieve aanknopingsfactoren.' De conclusie is dat Nederland 'niet heeft bewezen dat het in artikel 2.14, lid 2, van de WSF 2000 opgenomen woonplaatsvereiste niet verder gaat dan noodzakelijk is om het door deze regeling nagestreefde doel te bereiken.'

In deze uitspraak zijn duidelijk elementen van een semi-procedurele evenredigheidstoets te zien. Het Hof verlangt een volledig onderzoek naar de geschiktheid en noodzakelijkheid aan de hand waarvan moet worden aangetoond dat de ter toetsing voorliggende maatregel evenredig is.<sup>268</sup> Aangezien in dit geval het onderzoek naar de noodzakelijkheid niet heeft plaatsgevonden, kan worden aangenomen dat de Nederlandse wettelijke eis in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.<sup>269</sup>

In de prejudiciële beslissing *Scotch Whisky Association* schrijft het Hof ook aan nationale rechters voor om een semi-procedurele evenredigheidstoets uit te voeren wanneer zij de geoorloofdheid beoordelen van een nationale regeling die het vrije verkeer van goederen belemmert.<sup>270</sup> In deze zaak stond een Schotse regeling centraal waarin een minimumprijs per eenheid alcohol was vastgesteld. De verwijzende rechter vroeg het Hof onder meer, in de woorden van het Hof, 'hoe artikel 36 VWEU moet worden uitgelegd waar het gaat om de intensiteit van de evenredigheidstoetsing die hij moet uitvoeren wanneer hij een nationale regeling beoordeelt in het licht van de op de bescherming van de gezondheid en van het leven van personen gebaseerde rechtvaardiging als bedoeld in dat artikel.' Het Hof overweegt dat de nationale autoriteiten moeten aantonen dat de regeling voldoet aan het evenredigheidsbeginsel en dat dit gepaard moet gaan met 'deugdelijk bewijs of een onderzoek van de geschiktheid en evenredigheid van de door die lidstaat genomen beperkende maatregel, alsmede specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog'. Daarbij gaat de bewijslast niet zo ver dat de autoriteiten 'positief moeten aantonen dat het legitieme doel

267 HvJ 14 juni 2012, C-542/09, ECLI:EU:C:2012:346 (*Commissie/Nederland*), punt 81.

268 Zie paragraaf 7.4.5.2 ('De inhoud van zorgvuldigheid en motivering wordt afgestemd op de evenredigheidseisen').

269 Zie paragraaf 7.4.5.4 ('Een negatieve uitkomst leidt tot de conclusie van een materiële schending').

270 HvJ 23 december 2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 (*Scotch Whisky Association*).

dat wordt nagestreefd, niet met andere denkbare maatregelen kan worden bereikt onder dezelfde omstandigheden.’ Over specifiek de rechterlijke toetsing overweegt het Hof:

‘Tegen deze achtergrond staat het aan de nationale rechterlijke instantie die moet toetsen of de betrokken nationale regeling rechtmatig is, om na te gaan of het door de bevoegde nationale autoriteiten aangedragen bewijs relevant is om te kunnen beoordelen of die regeling zich verdraagt met het evenredigheidsbeginsel. Aan de hand van dat bewijs moet die rechterlijke instantie met name objectief beoordelen of het door de betrokken lidstaat overgelegde bewijs redelijkerwijs tot het oordeel kan leiden dat de gekozen middelen geschikt zijn om de beoogde doelstellingen te bereiken, en of deze doelstellingen ook kunnen worden bereikt met maatregelen die het vrije verkeer van goederen minder beperken.’<sup>271</sup>

De verwijzende rechter had eveneens gevraagd wat het bepalende moment is voor het beoordelen van de evenredigheid van een nationale recht en derhalve of die evenredigheid *ex nunc* of *ex tunc* moet worden beoordeeld. Het Hof overweegt dat de ‘nationale rechter de verenigbaarheid van de regeling met het Unierecht dient te beoordelen op het moment waarop hij uitspraak doet. [...] Bij die beoordeling moet de verwijzende rechter rekening houden met alle relevante informatie, bewijsstukken of andere stukken waarvan hij kennis heeft genomen overeenkomstig de regels van zijn nationaal recht. Een dergelijke beoordeling is des te belangrijker in een situatie als in het hoofdgeding, waarin er wetenschappelijke onzekerheid lijkt te bestaan over de werkelijke gevolgen van de maatregelen als bedoeld in de nationale regeling waarvan de rechtmatigheid moet worden getoetst door de verwijzende rechter.’<sup>272</sup>

Wellicht nog duidelijker dan in de hierboven besproken zaak *Commissie/Nederland*, zijn in de overwegingen van het Hof in de zaak *Scotch Whisky Association* elementen te herkennen van de semi-procedurele evenredigheidstoets die het Hof zelf kan uitvoeren wanneer het Hof EU-regelgeving (of nationale regelgeving) toetst aan het evenredigheidsbeginsel. De regelgever moet een onderzoek verrichten naar de evenredigheid van de regeling of ‘deugdelijk bewijs’ hieromtrent overleggen (als dat onderzoek reeds bestaat)<sup>273</sup> en de rechter moet op basis van dat aangedragen onderzoek/bewijs objectief beoordelen of uit dat onderzoek/bewijs *redelijkerwijs* volgt dat de maatregel evenredig is.<sup>274</sup>

271 HvJ 23 december 2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 (*Scotch Whisky Association*), punt 56.

272 HvJ 23 december 2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 (*Scotch Whisky Association*), punt 63-64.

273 Zie paragraaf 7.4.5.2 (de inhoud van zorgvuldigheid en motivering wordt afgestemd op de evenredigheidseisen).

274 Zie paragraaf 7.4.5.3 (de aannemelijkheidstoets).

#### 7.6.4 *Tussenconclusie*

De toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de context van de verkeersvrijheden levert een wisselend beeld op.

Dat EU-regelgeving het vrij verkeer belemmert, is in beginsel geen reden voor het Hof om die regelgeving op een andere wijze te toetsen dan wanneer die regelgeving geen verkeersvrijheid beperkt. De aan de EU-regelgever toekomende discretie bij het vaststellen van regelgeving is bepalend voor de wijze van evenredigheidstoetsing, ertoe leidend dat het Hof ofwel een materieel terughoudende toetsing uitvoert ofwel semi-procedureel toetst aan het evenredigheidsbeginsel.

Wanneer nationale regelingen de verkeersvrijheden beperken, laat het Hof de evenredigheidsbeoordelingen soms vrijwel in het geheel over aan de nationale rechter, terwijl het in andere gevallen zelf de evenredigheid – in het bijzonder de geschiktheid en noodzakelijkheid – beoordeelt. In weer andere gevallen voert het Hof van Justitie een semi-procedurele evenredigheidstoetsing uit en schrijft het Hof die toets ook voor aan de nationale rechter voor wanneer die de evenredigheid moet beoordelen van een regeling die het vrij verkeer belemmert. Wat daarbij opvalt, is dat wat het Hof expliciet aan de nationale rechter voorschrijft, hetgeen is wat het Hof zelf impliciet doet wanneer het EU-regelgeving en (nationale regelgeving) semi-procedureel toetst aan het evenredigheidsbeginsel.

### 7.7 CONCLUSIE

Het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel is een flexibele maatstaf waaraan zowel EU-regelgeving als nationale regelgeving wordt getoetst. In dit hoofdstuk heb ik drie aspecten besproken van de Unierechtelijke evenredigheidstoets: (1) de structuur en inhoud van de evenredigheidstoets, (2) de factoren die bepalend zijn voor de intensiteit van de toetsing aan evenredigheid en hoe er in de toetsingsintensiteiten wordt gedifferentieerd en (3) de wijze waarop de evenredigheidstoets plaatsvindt en of die toets is aan te merken als procedureel, materieel of semi-procedureel, alsmede welke factoren er meespelen bij die procedurele, materiële of semi-procedurele evenredigheidstoets (toetsingsmodaliteiten).

Wat de structuur en inhoud betreft, geldt dat de Unierechtelijke evenredigheidstoets een doel-middeltoets is, waarbij bij wijze van voorvraag eerst nagegaan wordt wat het doel is van de voorliggende maatregel en of dat doel legitiem is. Vervolgens wordt beoordeeld of de maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is. De geschiktheidstoets

bestaat uit een effectiviteitstoets en soms ook een coherentietoets.<sup>275</sup> Een maatregel is effectief als die maatregel *kan* bijdragen aan de verwezenlijking van het nagestreefde doel. Een maatregel is coherent als die ertoe strekt om dat doel op samenhangende en stelselmatige wijze te verwezenlijken. De noodzakelijkheidstoets wordt ingevuld met het criterium van het ‘minst belemmerende alternatief’.<sup>276</sup> Een maatregel is noodzakelijk als er geen, voor het individu, minder beperkende maatregel voor handen is die even geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken. Een maatregel is volgens het Hof van Justitie evenredig in strikte zin als de veroorzaakte nadelen van een maatregel niet onevenredig zijn ten opzichte van het nagestreefde doel.<sup>277</sup>

In het Unierecht wordt ter differentiatie van de intensiteit, en de daarbij horende wijze van toetsing (toetsingsmodaliteit), een traploze glijdende schaal gebruikt.<sup>278</sup> De intensiteiten en modaliteiten bij de toetsing door het Hof aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel zijn fluïde, worden door het Hof niet altijd geëxpliciteerd en zijn, mede daarom, niet gemakkelijk van elkaar te onderscheiden. Desondanks kunnen drie toetsingsmodaliteiten in de rechtspraak van het Hof worden onderscheiden: een terughoudend materiële evenredigheidstoets (uiterste), een intensieve materiële evenredigheidstoets (uiterste) en daartussenin een tussenintensiteit, namelijk de semi-procedurele evenredigheidstoets. Er loopt geen harde lijn tussen deze toetsingsmodaliteiten. Zij kunnen in elkaar overlopen en bovendien kunnen meerdere toetsingsmodaliteiten voorkomen bij één toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Daarmee bedoel ik dat het Hof een evenredigheidsaspect, zoals geschiktheid, materieel (terughoudend of intensief) kan toetsen en een ander evenredigheidsaspect, zoals noodzakelijkheid, semi-procedureel.<sup>279</sup>

Het ene uiterste, een *terughoudende materiële evenredigheidstoets*, is een toets op kennelijke onevenredigheid (kennelijk ongeschikt, kennelijk niet noodzakelijk, kennelijk niet evenredig in strikte zin).<sup>280</sup> Een toets op kennelijke onevenredigheid houdt in dat het Hof er in principe van uitgaat dat de ter toetsing voorliggende maatregel evenredig is, tenzij de benadeelde partij overtuigend aannemelijk maakt dat een maatregel als kennelijk onevenredig moet worden beschouwd. De lat om het Hof bij een terughoudende materiële evenredigheidstoets ervan te overtuigen dat sprake is van kennelijke onevenredigheid ligt hoog. Het andere uiterste, een *intensieve materiële evenredigheidstoets*, houdt in dat het Hof op basis van eigen beoordelingen bepaalt of een maatregel kan bijdragen aan de ver-

275 Paragraaf 7.2.3.

276 Paragraaf 7.2.4.

277 Paragraaf 7.2.5.

278 Paragraaf 7.3.1.

279 Zie ter illustratie enkele voorbeelden die zijn gegeven in paragraaf 7.5.3.3.

280 Paragraaf 7.4.2.1.

wezenlijking van het nagestreefde legitieme doel, of er even effectieve maar minder belastende alternatieven bestaan om het nagestreefde doel te realiseren, en of met de regeling een juist evenwicht is gevonden tussen het met de regel nagestreefde doel en de aangetaste belangen.<sup>281</sup> Wijkt het evenredigheidsoordeel van het Hof af van het evenredigheidsoordeel van de regelgever (lees: het Hof vindt de regel onevenredig), dan stelt het Hof zijn eigen oordeel in de plaats van dat van de regelgever en concludeert dan dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden.

De semi-procedurele evenredigheidstoetsing kan worden gezien als een tussenmodaliteit. Bij een semi-procedurele evenredigheidstoets vindt een toetsing aan door het evenredigheidsbeginsel gekleurde eisen van het Unierechtelijk zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel plaats, om te bepalen of er aan het evenredigheidsbeginsel is voldaan. De semi-procedurele evenredigheidstoets van het Hof van Justitie heeft drie karakteristieken.<sup>282</sup>

Ten eerste worden de eisen die het Unierechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel stellen afgestemd op de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin.<sup>283</sup> Ten tweede beoordeelt het Hof op basis van een toets aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, gekleurd door de evenredigheidseisen, of het aannemelijk/plausibel is dat de ter toetsing voorliggende maatregel evenredig is.<sup>284</sup> Bepaalde zaken die het Hof tegenkomt bij zijn toetsing aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel kunnen het aannemelijker of juist onaannemelijker maken dat de regel evenredig is. Denk aan het (niet) uitvoeren van een effectenbeoordeling van de bestreden regelgeving (ook van de alternatieven), het (niet) horen van belanghebbende kringen, het (niet) baseren van keuzes en afwegingen op wetenschappelijk onderzoek. Afhankelijk van het soort discretie, politiek of technisch, kan het Hof de aanwezigheid of juist afwezigheid van deze zaken relevanter vinden. Ten derde leidt een negatieve uitkomst van de aannemelijkheidstoets, gebaseerd op de beoordeling van de door het evenredigheidsbeginsel gekleurde zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten, niet tot de conclusie dat het zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel is geschonden, maar tot de conclusie dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden.<sup>285</sup> Deze derde karakteristiek illustreert dat de overkoepelende maatstaf bij een semi-procedurele evenredigheidstoetsing het evenredigheidsbeginsel is en dat de toetsing aan zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten er 'slechts' toe dient om een inschatting te kunnen maken van de (on)evenredigheid van de ter toetsing voorliggende maatregel. Vindt het Hof het daarentegen overigens wél aan-

281 Zie ter illustratie de voorbeelden die zijn gegeven in paragraaf 7.5.3.2.

282 Paragraaf 7.4.5.

283 Paragraaf 7.4.5.2.

284 Paragraaf 7.4.5.3.

285 Paragraaf 7.4.5.4.



nemelijk dat de regeling evenredig is, dan volgt vaak een materieel terughoudende toetsing als sluitstuk.<sup>286</sup>

Er zijn enkele factoren die bepalend zijn voor de vraag hoe intensief, en daarom met welke modaliteit, het Hof de evenredigheid beoordeelt.<sup>287</sup> Deze factoren zijn de mate van beslissingsruimte die de regelgever heeft, de aard van het aangetaste belang en de ernst van de inbreuk op het aangetaste belang. De toepassing van deze factoren leidt ertoe dat doorgaans in de volgende situaties wordt gekozen voor een van de hierboven besproken toetsingsmodaliteiten. Niet is gebleken dat de *mate* van democratische legitimatie van EU-regelgeving een bepalende factor is. Wetgevingshandelingen worden niet principieel anders dan niet-wetgevingshandelingen getoetst.<sup>288</sup>

Een intensief inhoudelijke evenredigheidstoetsing voert het Hof van Justitie doorgaans uit bij een ernstige beperking op enkele door het Handvest beschermde vrijheidsrechten (artikelen 6, 7 en 8 Handvest).<sup>289</sup> Het valt niet uit te sluiten dat het Hof een intensieve evenredigheidstoetsing ook aangewezen vindt bij een ernstige beperking van andere fundamentele vrijheidsrechten, maar dat valt vooralsnog niet te zeggen, omdat die andere vrijheidsrechten nog niet (vaak) aan de orde zijn gekomen in de rechtspraak van het Hof.

Heeft de regelgever een ruime beslissingsruimte en is er gelet op het aangetaste belang en de ernst van de inbreuk daarop geen reden om een intensieve materiële evenredigheidstoets uit te voeren, dan toetst het Hof ofwel uitsluitend terughoudend materieel ofwel (ook) semi-procedureel aan het evenredigheidsbeginsel. Waarom het Hof in het ene geval kiest voor (uitsluitend) een materieel terughoudende evenredigheidstoets en in het andere geval voor (ook) een semi-procedurele evenredigheidstoets, is niet helemaal duidelijk. Het lijkt erop dat het Hof, in lijn met de compensatiegedachte van semi-procedurele toetsing,<sup>290</sup> in elk geval een semi-procedurele evenredigheidstoets uitvoert als het aan de orde zijnde belang, zoals een belemmering van het vrij verkeer, vraagt om méér dan een toetsing op kennelijke onevenredigheid, maar het Hof van Justitie vanwege beperkingen gerelateerd aan de democratische legitimatie van de regelgever/ontbrekende expertise bij het Hof niet inhoudelijk intensief kan toetsen. Het Hof zoekt de intensivering van zijn evenredigheidstoets dan in semi-procedurele elementen.<sup>291</sup> In meer algemene zin lijkt het Hof,

286 Paragraaf 7.4.5.3.

287 Paragraaf 7.3.2.

288 Paragraaf 7.4.2.2.

289 Paragraaf 7.5.2.

290 Zie paragraaf 7.4.3.

291 Zie ter illustratie de genoemde voorbeelden in paragraaf 7.5.3.3 (fundamentele rechten) en paragrafen 7.6.3.1 en 7.6.3.2 (vrij verkeer).

in het licht van het bieden van effectieve rechtsbescherming, zijn evenredigheidstoetsing vaker uit te breiden van een (uitsluitende) toets op kennelijke onevenredigheid naar een (ook) semi-procedurele evenredigheidstoets in gevallen waarin een eigen oordeel nu eenmaal niet mogelijk/wenselijk is vanwege aan legitimatie en/of expertise gerelateerde redenen én er geen reden is om intensief inhoudelijke te toetsen vanwege het aangetaste belang en de ernst van de inbreuk.<sup>292</sup>

---

<sup>292</sup> Zie ter illustratie de genoemde voorbeelden in paragraaf 7.4.5.

## 8 EVENREDIGHEIDSTOETSING DOOR HET EHRM

### 8.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk staat de evenredigheidstoetsing van wet- en regelgeving door het EHRM centraal. Dit hoofdstuk moet worden gelezen als een aanvulling op het vorige hoofdstuk over de evenredigheidstoetsing van EU-regelgeving door het Hof van Justitie. Een eerste reden voor het aanvullende karakter is dat vergelijkbare vormen van de semi-procedurele evenredigheidstoetsing die het Hof van Justitie uitvoert,<sup>1</sup> en waarop de 1 juli 2019-maatstaf via de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017 deels is gebaseerd,<sup>2</sup> ook zichtbaar zijn (en al eerder zichtbaar waren) in de rechtspraak van het EHRM. Bovendien geldt dat de Nederlandse bestuursrechter bij de invulling van zijn evenredigheidstoets van algemeen verbindende voorschriften inspiratie zoekt in de rechtspraak van het EHRM. Zo zijn de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader via de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017 en de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021 voor een deel geïnspireerd op de rechtspraak van het EHRM (en het Hof van Justitie).<sup>3</sup> Een tweede reden is dat de evenredigheidstoetsing door het EHRM in algemene zin meer inzicht biedt in de mogelijke differentiaties in de toetsingsintensiteit en toetsingsmodaliteiten wanneer wet- of regelgeving een fundamenteel recht beperkt. Omdat nog niet alle door het Handvest beschermde fundamentele rechten (vaak) aan de orde gekomen zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie heb ik me in hoofdstuk 7<sup>4</sup> beperkt tot een bespreking van door het Handvest beschermde fundamentele rechten die wel – relatief vaak – aan de orde zijn geweest in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Verder is de evenredigheidstoetsing in de rechtspraak van het EHRM, evenals de evenredigheidstoetsing in het Unierecht,<sup>5</sup> van groot belang voor de (verdere ontwikkeling van) evenredigheidstoetsing in Nederland door de bestuursrechter. De Nederlandse bestuursrechter voert een (mede) op de rechtspraak van het EHRM gebaseerde evenredigheids-

1 Zie i.h.b. paragrafen 7.4.3 t/m 7.4.5, 7.5.3.3 en 7.6.3.

2 Zie hierover paragraaf 3.4.1.3. Bedoeld wordt de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

3 Zie de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, i.h.b. punten 7.8, 7.9, 8.5, 8.7 en de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, i.h.b. punten 7 en 8.

4 Paragraaf 7.5.

5 Zie paragraaf 7.1.

toetsing uit in gevallen waarin hij toetst of inmengingen door nationale regelgeving of besluiten in EVRM-rechten in voldoende mate gerechtvaardigd worden door een legitiem doel.

De opbouw van het hoofdstuk is als volgt. Paragraaf 8.2 is inleidend; daarin komt het algemene EVRM-toetsingskader aan de orde. In paragraaf 8.3 bespreek ik de inhoud van de evenredigheidseis als onderdeel van het algemene toetsingskader. Hoe er in de rechtspraak wordt gevarieerd in toetsingsintensiteiten en welke factoren de keuze voor een bepaalde toetsingsintensiteit beïnvloeden, wordt besproken in paragraaf 8.4. De modaliteiten bij de toetsing aan evenredigheid komen aan de orde in paragraaf 8.5. In die paragraaf wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de wijze waarop het EHRM een semi-procedurele evenredigheidstoets uitvoert. Dit, gelet op de hierboven genoemde reden dat deze semi-procedurele toets al eerder zichtbaar was in de rechtspraak van het EHRM dan in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de toets door het EHRM zo bezien aanvullende inzichten over de semi-procedurele evenredigheidstoets kan opleveren. In paragraaf 8.6 wordt afgesloten met de conclusie.

## 8.2 HET EVRM-TOETSINGSKADER IN VOGELVLUCHT: NEGATIEVE EN POSITIEVE VERPLICHTINGEN

De staten die het EVRM hebben geratificeerd, zijn op grond van artikel 1 EVRM gehouden om de rechten en vrijheden die daarin zijn neergelegd te beschermen. Deze verplichting houdt enerzijds in dat de staten geen actieve inbreuk mogen maken op de EVRM-rechten; anderzijds zijn de staten gelet op de rechtspraak van het EHRM in toenemende mate verplicht om actief op te treden (positieve verplichtingen).<sup>6</sup>

Hoewel staten zich aldus in beginsel moeten onthouden van het beperken van EVRM-rechten (negatieve verplichting), zijn de meeste EVRM-rechten niet absoluut.<sup>7</sup> Dat betekent dat de meeste EVRM-rechten beperkt mogen worden, mits er aan de daarvoor geldende

<sup>6</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick 2018, p. 24; Gerards 2019, p. 108.

<sup>7</sup> Zie Gerards 2019, p. 19-30 die zes categorieën van EVRM-rechten onderscheidt aan de hand van de vraag wat de mogelijkheden voor beperking zijn. Enkele EVRM-rechten zijn volledig absoluut. Dat betekent dat zij onder geen enkele omstandigheid beperkt kunnen worden, ook niet in tijden van oorlog of een noodtoestand in de zin van artikel 15 EVRM. Volledig absolute rechten zijn artikel 3 EVRM (folterverbod), artikel 4, eerste lid, EVRM (verbod van slavernij), artikel 7, eerste lid, EVRM (strafrechtelijk legaliteitsbeginsel) en (deels) artikel 9, eerste lid, EVRM (vrijheid van gedachte en geweten). Overigens bestaat er wel discussie over het absolute karakter van deze EVRM-rechten, in het bijzonder over artikel 3 EVRM, zie Gerards 2019, p. 20 (noot 79). Andere EVRM-rechten hebben ook een absoluut karakter, maar zijn niet volledig absoluut, in die zin dat zij in vreedstijd niet maar in tijden van oorlog of een andere noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt wel beperkt mogen worden.

beperkingsvoorwaarden voldaan is. Het toezicht door het EHRM op de eerbiediging van EVRM-rechten door een staat in een concreet geval kan, in het geval van negatieve verplichtingen, worden onderverdeeld in de volgende drie fasen.<sup>8</sup> Ten eerste gaat het EHRM, door middel van interpretatie van een EVRM-bepaling, na of het voorgelegde feitencomplex valt onder de reikwijdte van die EVRM-bepaling. Daarbij zij opgemerkt dat het EHRM doorgaans kiest voor een ruime interpretatie en dat de reikwijdte van EVRM-rechten daardoor toeneemt.<sup>9</sup> Als vastgesteld is dat de voorgelegde situatie valt binnen de reikwijdte van een EVRM-recht, dan stelt het EHRM in de tweede fase vast of er in het concrete geval sprake is van een inmenging in dat EVRM-recht. Stelt het EHRM vast dat er sprake is van een inmenging in een EVRM-recht, dan wordt ten derde de vraag beantwoord of die inmenging al dan niet geoorloofd is.

De beperkingsvoorwaarden van niet-absolute EVRM-rechten verschillen, zodat het EHRM ook, afhankelijk van het aan de orde zijnde EVRM-recht, op verschillende manieren beoordeelt of het EVRM-recht al dan niet is geschonden.<sup>10</sup> Wel zijn uit de rechtspraak van het EHRM een aantal meer algemene voorwaarden afgeleid aan de hand waarvan het EHRM bepaalt of er sprake is van een geoorloofde beperking van een recht: de beperking moet zijn voorzien bij wet, de beperking moet een legitiem doel dienen en de beperking moet evenredig zijn met dat doel.<sup>11</sup> In de jurisprudentie van het EHRM over de inmengingen in EVRM-rechten die geen expliciete beperkingsclausule hebben, zoals artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces), maar soms ook bij inmengingen in EVRM-rechten die wel een expliciete beperkingsclausule hebben, komt verder tot uitdrukking dat de wezenlijke inhoud van een recht niet mag worden aangetast.<sup>12</sup>

‘Bij wet voorzien’ betekent dat de beperkingsmogelijkheid een grondslag moet hebben in het nationale recht die voldoet aan een aantal rechtsstatelijke eisen, meer in het bijzonder de eisen van toegankelijkheid (*accessible*) en voorzienbaarheid (*foreseeable*).<sup>13</sup> De

8 Zie Gerards 2019, p. 11-19.

9 Zie hierover bijvoorbeeld Leijten & Terwisga 2021, p. 168-169.

10 Er zijn bijvoorbeeld EVRM-bepalingen met een expliciete, specifieke beperkingsclausule waarin strikt omschreven voorwaarden zijn opgenomen waaronder het betreffende recht kan worden beperkt (zie artikel 2 EVRM), maar bijvoorbeeld ook de verdragsbepalingen die in het tweede lid een specifieke, algemene beperkingsclausule kennen op grond waarvan van het in het eerste lid neergelegde recht kan worden afgeweken. Tot deze categorie behoren de artikelen 8 t/m 11 EVRM, artikel 1 Eerste Protocol en artikel 2 Vierde Protocol. Zie over deze en de twee andere categorieën Gerards 2019, p. 24-30.

11 Zie bijvoorbeeld Gerards 2019, p. 198-199.

12 Gerards 2019, p. 253-255, die er wel op wijst dat de aantasting van de wezenlijke inhoud van een EVRM-recht niet per definitie hoeft te betekenen dat een EVRM-recht is geschonden. Zie verder het proefschrift van Leijten (Leijten 2015).

13 EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*), par. 49.

EVRM-bepalingen die een expliciete beperkingsclausule bevatten, zoals de artikelen 8 t/m 11 EVRM, geven elk een (verschillende) limitatieve opsomming van de doeleinden die als legitiem worden aangemerkt. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de nationale veiligheid, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, et cetera. Ook als EVRM-rechten geen expliciete beperkingsclausule hebben, maar een impliciete of inherente beperkingsmogelijkheid wel bestaat, moeten beperkingen van die EVRM-rechten een legitiem doel dienen.<sup>14</sup> Op de derde beperkingsvoorwaarde – de voorwaarde dat een beperking evenredig moet zijn met het legitieme doel – kom ik terug in paragraaf 8.3.

Zoals hierboven al is aangegeven, verlangt de bescherming van de EVRM-rechten niet alleen dat staten zich niet mengen in de EVRM-rechten (negatieve verplichtingen). In toenemende mate worden door het EHRM ook positieve verplichtingen ingelezen in EVRM-rechten; die verplichtingen verlangen een actief optreden van de staat.<sup>15</sup> Aangenomen wordt dat het EHRM positieve verplichtingen inleest in EVRM-rechten om een effectieve bescherming van die rechten te verzekeren.<sup>16</sup> Positieve verplichtingen kunnen worden onderscheiden in materiële positieve verplichtingen en procedurele positieve verplichtingen.<sup>17</sup> De materiële positieve verplichtingen gaan over het leveren van een bepaalde prestatie.<sup>18</sup> Zij variëren sterk, omdat de precieze inhoud afhankelijk is van onder andere de specifieke omstandigheden van het geval en het EVRM-recht in kwestie.<sup>19</sup> De procedurele positieve verplichtingen die het EHRM heeft geformuleerd, hebben een minder gevarieerde inhoud.<sup>20</sup> Het gaat hierbij bijvoorbeeld om procedurele zorgvuldigheidsplichten, waaronder bijvoorbeeld onderzoeksverplichtingen en de beschikbaarheid van een effectief rechtsmiddel, die aanvankelijk vooral onder de artikelen 2 en 3 EVRM zijn geformuleerd.<sup>21</sup>

14 Gerards 2019, p. 220.

15 Zie over positieve verplichtingen onder andere Gerards 2011a, hoofdstuk 4; Gerards 2019, hoofdstuk 5; Loven 2022, p. 78- 84; Beijer 2017b; Lavrysen 2016; De Jong 2017.

16 Zie Loven 2022, p. 79.

17 Zie bijvoorbeeld Gerards 2019, p. 121-129, die erop wijst dat er in de literatuur ook op andere manieren onderscheid wordt gemaakt tussen positieve verplichtingen (p. 129-132).

18 Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2014, p. 130.

19 De Jong 2017, p. 3; Gerards 2019, p. 122-123. Het EHRM formuleerde bijvoorbeeld de preventieve materiële positieve verplichting onder artikel 2 EVRM om te voorzien in een waarschuwingssysteem bij overstromingen, zie EHRM 8 februari 2012, nrs. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0228JUD001742305 (*Kolyadenko e.a./Rusland*). Eveneens is onder artikel 2 EVRM de materiële verplichting aangenomen dat schoolautoriteiten toezicht moeten houden bij de schoolgebouwen, zie EHRM 10 juli 2012, nr. 60444/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD006044408 (*Kayak/Turkije*). Hierop wijst De Jong 2017, p. 3.

20 De Jong 2017, p. 3.

21 Zie Gerards 2019, p. 126-129 en uitgebreid De Jong 2017 met betrekking tot de procedurele waarborgen van de artikelen 2, 3, 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM.

In de literatuur zijn verschillende benaderingen geschetst aan de hand waarvan het EHRM (de omvang van) positieve verplichtingen vaststelt. Gerards noemt er vier: de *fair balance*-toets, de *reasonable knowledge and means*-toets, een *effectiveness-based* definiëring van positieve verplichtingen en een *precedent-based* definiëring van een positieve verplichting.<sup>22</sup> Bij deze benaderingen kunnen evenredigheidseisen een rol spelen, in het bijzonder waar het gaat om de vaststelling van een positieve verplichting op basis van de *fair balance*-toets, die met name wordt gehanteerd in relatie tot de artikelen 8 t/m 11 EVRM.<sup>23</sup> Bij het vaststellen van een positieve verplichting op grond van de *fair balance*-toets gaat het EHRM na met welk actief optreden een redelijk evenwicht wordt bereikt tussen de aan de orde zijnde belangen van enerzijds het individu bij een bepaald actief optreden en anderzijds het belang dat wordt gediend met het niet op een bepaalde manier actief optreden.<sup>24</sup> Het actieve optreden waarmee er een redelijk evenwicht wordt gevonden tussen deze aan de orde zijnde belangen is dan de positieve verplichting die er in een bepaald geval bestaat, waaraan de staat al dan niet heeft voldaan.<sup>25</sup> De wijze waarop het EHRM de *fair balance*-toets toepast om positieve verplichtingen vast te stellen, vertoont veel overeenkomsten met de manier waarop het EHRM een negatieve beperking van een EVRM-recht toetst, met name waar het gaat om de vraag of een negatieve beperking van een EVRM-recht gerechtvaardigd is.<sup>26</sup>

### 8.3 DE EVENREDIGHEIDSEIS

#### 8.3.1 Algemeen

Zoals ik in de vorige paragraaf besproken heb, speelt de evenredigheid een rol bij zowel de toetsing van de gerechtvaardigdheid van een negatieve beperking van een EVRM-recht als bij de vaststelling van een positieve verplichting. Dat geldt met name voor het vereiste van een *fair balance*, waarvan het EHRM het omvangrijke toepassingsbereik heeft benadrukt in de zaak *Soering/Verenigd Koninkrijk* door het volgende te overwegen:

22 Gerards 2019, p. 110-121.

23 Gerards 2019, p. 110; Loven 2022, p. 81.

24 Gerards 2019, p. 111.

25 Voor een voorbeeld waarin het EHRM de *fair balance*-toets toepast en oordeelt dat de staat een redelijk evenwicht heeft gevonden tussen de aan de orde zijnde belangen, en dus heeft voldaan aan zijn positieve verplichting, zie EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297 (*Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*). Voor een voorbeeld waarin de staat niet heeft voldaan aan zijn positieve verplichting om de individuele belangen effectief te beschermen zie EHRM 16 november 2004, nr. 4143/02, ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD000414302 (*Moreno Gómez/Spanje*).

26 Gerards 2019, p. 114.

*‘[...] inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights.’<sup>27</sup>*

De eis van een *fair balance* is niet de enige eis die wordt toegepast in het kader van evenredigheidstoetsing door het EHRM. Ook het vereiste dat een beperking noodzakelijk moet zijn om het nagestreefde legitieme doel te realiseren past het EHRM toe.<sup>28</sup> Verder zijn er ook elementen van een geschiktheidstoets te herkennen in de rechtspraak van het EHRM.<sup>29</sup> De aspecten van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin (*fair balance*) hebben aldus allemaal een plaats in de rechtspraak van het EHRM, maar dat betekent niet dat het EHRM altijd een drietrapstoets op evenredigheid uitvoert, waarbij op cumulatieve wijze wordt bekeken of een beperkende maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is.<sup>30</sup> Het EHRM past het evenredigheidsvereiste verschillend toe, waarbij het soms focust op het noodzakelijkheidsvereiste en dan weer op het vereiste van een *fair balance*.<sup>31</sup> Daarbij is een aantal factoren van belang voor de precieze invulling van de evenredigheidseis in een concreet geval. Die factoren zijn het aan de orde zijnde EVRM-recht, de omstandigheden van het geval, de aard van de klacht en de positie van de partijen.<sup>32</sup>

Het EHRM past dus niet heel duidelijk een cumulatieve drietrapstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin toe, ook al zijn deze elementen wel zichtbaar in de rechtspraak van het EHRM. Hierna bespreek ik de inhoud van het evenredigheidsvereiste in de rechtspraak van het EHRM aan de hand van de structuur van de drietrapstoets. De reden voor het aanhouden van deze structuur is het belang van eenheid in het rechtsvergelijkende deel van dit onderzoek en het doel van de rechtsvergelijking.<sup>33</sup>

27 EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*), par. 89.

28 Zie uitgebreid Gerards 2019, p. 233-242.

29 Vergelijk Christoffersen 2009, p. 185; Gerards 2011a, p. 156-157; Harbo 2015, p. 72-73.

30 Harbo 2015, p. 67; Christoffersen 2009, p. 70-71; Gerards 2013, p. 467-470. Zo'n 'cumulatieve' drietraps-evenredigheidstoets wordt wel uitgevoerd in Duitsland, zie paragraaf 9.2.1.

31 Gerards 2019, p. 231 wijst op een gevarieerde toepassing van de evenredigheidseis door het EHRM.

32 Aldus Gerards, zie Gerards 2019, p. 231.

33 Vergelijk Harbo 2015, p. 72 e.v., die eveneens de evenredigheidstoetsing door het EHRM bespreekt aan de hand van de structuur van de drietrapstoets vanwege '*the comparative aim of this study*'. Verder moet worden benadrukt dat met de rechtsvergelijking in deel III van dit onderzoek onder meer beoogd wordt om een verdere invulling te geven aan de nieuwe evenredigheidstoets van de Nederlandse bestuursrechter, die sinds de *Harderwijk*-uitspraak de drietrapstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin toepast. Zie paragraaf 3.5.



8.3.2 *Geschiktheid*

Het vereiste van geschiktheid verlangt dat het middel waarmee een EVRM-recht wordt beperkt geschikt is om het met de beperking nagestreefde doel te realiseren. De geschiktheid veronderstelt een causale relatie tussen het gekozen middel en het nagestreefde doel, in de zin dat het middel effectief kan zijn ter bereiking van het nagestreefde doel.<sup>34</sup> Hoewel het geschiktheidsvereiste een ondergeschikte rol lijkt te spelen in de rechtspraak van het EHRM, kan dit aspect wel degelijk onderdeel zijn van de evenredigheidstoetsing die het EHRM uitvoert.<sup>35</sup> Soms vermeldt het EHRM ook expliciet dat de evenredigheidseis verlangt dat een middel geschikt is om het met de beperking nagestreefde doel te bereiken. In bijvoorbeeld de zaak *Soltysyak/Rusland* overweegt het EHRM het volgende:

*‘The Court reiterates that the test as to whether the impugned measure was “necessary in a democratic society” involves showing that the action taken was in pursuit of that legitimate aim, and that the interference with the rights protected was no greater than was necessary to achieve it. In other words, this requirement, commonly referred to as the test of proportionality, demands that restrictive measures should be appropriate to achieve their protective function [...]’*<sup>36</sup>

De zaken waarin het geschiktheidsvereiste verder een rol speelt, lijken vooral de gevallen te zijn waarin het overduidelijk is dat een middel ongeschikt is om het nagestreefde doel te bereiken.<sup>37</sup> Van een overduidelijk ongeschikte maatregel is bijvoorbeeld sprake wanneer de staat het verbiedt om bepaalde vertrouwelijke informatie te verspreiden, ter bescherming van de vertrouwelijkheid daarvan, terwijl die al bekend is bij het publiek.<sup>38</sup>

Een vereiste dat verder in verband wordt gebracht met het geschiktheidsvereiste, en ook het noodzakelijkheidsvereiste, is dat de aangevoerde redenen voor het rechtvaardigen van een beperking ‘relevant en voldoende’ moeten zijn.<sup>39</sup> De aangevoerde redenen zijn ‘rele-

34 Gerards 2013, p. 473.

35 Zie bijvoorbeeld ook Harbo 2015, p. 72-73.

36 EHRM 10 februari 2011, nr. 4663/05, ECLI:CE:ECHR:2011:0210JUD000466305 (*Soltysyak/Rusland*), par. 48. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 19 februari 2013, nr. 19010/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007 (*X. e.a./Oostenrijk*), par. 140, waarin het EHRM overweegt dat ‘*the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of the aim sought [...]’*

37 Zie Gerards 2011a, p. 156-157.

38 Zie bijvoorbeeld EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88, ECLI:CE:ECHR:1991:1126JUD001358588 (*Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 9 februari 1995, nr. 16616/90, ECLI:CE:ECHR:1995:0209JUD001661690 (*Vereniging Weekblad Bluf!/Nederland*); EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0518JUD005814800 (*Éditions Plon/Frankrijk*).

39 Zie Harbo 2015, p. 73 (geschiktheidsvereiste); Gerards 2019, p. 239-241.

vant' als zij in algemene zin logisch zijn en ter zake doen. Vervolgens komt het aan op de vraag of die redenen ook 'voldoende' zijn. Daarbij gaat het om de vraag of de beperking 'actually and reasonably' bijdraagt aan de verwezenlijking van het nagestreefde doel.<sup>40</sup>

### 8.3.3 Noodzakelijkheid

Een beperking van een EVRM-recht dient noodzakelijk te zijn. In het arrest *Handyside/Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat het noodzakelijkheidsvereiste geen eenduidige betekenis heeft, maar dat de betekenis ervan afhankelijk is van onder meer de formulering van het noodzakelijkheidsvereiste in de verschillende EVRM-bepalingen. Het EHRM overwoog:

*'The Court notes at this juncture that, whilst the adjective "necessary", within the meaning of Article 10 para. 2 (art. 10-2), is not synonymous with "indispensable" (cf., in Articles 2 para. 2 (art. 2-2) and 6 para. 1 (art. 6-1), the words "absolutely necessary" and "strictly necessary" and, in Article 15 para. 1 (art. 15-1), the phrase "to the extent strictly required by the exigencies of the situation"), neither has it the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary" (cf. Article 4 para. 3) (art. 4-3), "useful" (cf. the French text of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1) (P1-1), "reasonable" (cf. Articles 5 para. 3 and 6 para. 1) (art. 5-3, art. 6-1) or "desirable". Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context.'*<sup>41</sup>

Eenzijds kan het noodzakelijkheidsvereiste dus inhouden dat de beperkende maatregel 'onmisbaar' moet zijn, in die zin dat het nagestreefde doel zonder de beperking niet gerealiseerd zou kunnen worden.<sup>42</sup> Anderzijds kan noodzakelijkheid betekenen dat de beperkende maatregel 'nuttig' of 'bevorderlijk' moet zijn. Het begrip 'noodzakelijk' in de frase 'noodzakelijk in een democratische samenleving', zoals bijvoorbeeld opgenomen in de

40 Gerards 2019, p. 241. Ook Harbo wijst op het verband tussen de geschiktheidseis en de eis van 'relevante en voldoende' redenen. Volgens hem kan de beoordeling door het EHRM in de zaak *Handyside/Verenigd Koninkrijk* of de aangevoerde redenen voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting relevant en voldoende zijn, ook zo worden gelezen als het beoordelen van de geschiktheid van de beperkende maatregel. Zie Harbo 2015, p. 73.

41 EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), par. 48.

42 Gerards 2011a, p. 114.

artikelen 8 t/m 11 EVRM, neemt tussen de twee uitersten van ‘onmisbaar’ en ‘nuttig’/‘bevorderlijk’ een middenpositie in.<sup>43</sup>

Het noodzakelijkheidsvereiste komt verder in verschillende varianten voor. Uit de hierboven weergegeven overweging uit het arrest *Handyside/Verenigd Koninkrijk*, en verder uit bijvoorbeeld het arrest *Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*,<sup>44</sup> volgt dat ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ kan betekenen dat een beperkende maatregel moet beantwoorden aan een ‘*pressing social need*’: een dwingende maatschappelijke behoefte.<sup>45</sup> Bij deze variant van het noodzakelijkheidsvereiste moet de noodzakelijkheid van een beperkende maatregel worden beoordeeld door het gewicht van de nagestreefde doelstelling (het te beschermen rechtsgoed) en/of de urgentie van het ingrijpen vast te stellen.<sup>46</sup> Een *pressing social need* – en daarmee een noodzakelijke beperkende maatregel – bestaat als het te beschermen rechtsgoed minstens een bepaald gewicht heeft en/of het ingrijpen minstens een bepaalde urgentie heeft.<sup>47</sup>

Een andere variant van het noodzakelijkheidsvereiste is het subsidiariteitsvereiste. Het subsidiariteitsvereiste verlangt dat de nationale autoriteiten kiezen voor een maatregel die een EVRM-recht het minst beperkt, terwijl met die maatregel wel op effectieve wijze het nagestreefde doel kan worden bereikt (*‘least restrictive means test’*).<sup>48</sup> Bestaan er voor de gekozen maatregel minder vergaande alternatieven waarmee het nagestreefde doel effectief kan worden bereikt, dan is de ter toetsing voorliggende maatregel niet noodzakelijk. Het EHRM voert een subsidiariteitstoets overigens niet vaak uit.<sup>49</sup> Gevallen waarin de subsidiariteitstoets wordt toegepast, zijn vooral, maar niet uitsluitend, zaken waarin de verdragsstaten in principe een beperkte beoordelingsmarge toekomt, zoals zaken waarin de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) wordt beperkt.<sup>50</sup> In de meeste gevallen voert het EHRM een meer algemene toets op noodzakelijkheid uit, waarbij het EHRM nagaat of zonder het gekozen instrument de beoogde resultaten niet of minder gemakkelijk hadden kunnen worden bereikt, waarbij dan niet vereist is dat het gekozen instrument het minst beperkend is vanuit EVRM-perspectief.<sup>51</sup>

43 Gerards 2011a, p. 114.

44 EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*), par. 62.

45 Zie hierover bijvoorbeeld Nieuwenhuis 2014; Gerards 2019, p. 234-236.

46 Zie uitgebreid Nieuwenhuis 2014, p. 14-21.

47 Nieuwenhuis 2014, p. 21.

48 Zie over de subsidiariteitstoets bijvoorbeeld Gerards 2013, p. 481-484; Brems & Lavrysen 2015; Gerards 2019, p. 236-239.

49 Christoffersen 2009, p. 111-114; Gerards 2019, p. 236; Gerards 2013, p. 483; Brems & Lavrysen 2015.

50 Zie uitgebreid Brems & Lavrysen 2015; Gerards 2019, p. 236-237.

51 Voor het precieze verschil tussen een meer algemene toets op noodzakelijkheid en de subsidiariteitstoets, zie Gerards 2013, p. 482.

### 8.3.4 Evenredigheid in strikte zin

Een derde vereiste van de evenredigheidstoets is het vereiste van de evenredigheid in strikte zin (*fair balance*). Dit vereiste speelt een belangrijke rol in de rechtspraak van het EHRM.<sup>52</sup> Deze toets gaat over de vraag of er ‘een redelijk evenwicht’ bestaat ‘tussen het gewicht van het doel (en de mate waarin aan de verwezenlijking daarvan wordt bijgedragen) en het gewicht van het aangetaste recht (en de mate waarin de beperking de uitoefening van dat grondrecht beperkt).’<sup>53</sup> Om te beoordelen of er zo’n redelijk evenwicht is gevonden tussen de aan de orde zijnde belangen dient het EHRM verschillende aspecten te beoordelen, zoals het gewicht van het aangetaste individuele belang, de ernst van de aantasting, het gewicht van het met de beperking nagestreefde doel en de vraag of het voor het bereiken van het nagestreefde doel nodig was om het betreffende EVRM-recht te beperken.<sup>54</sup>

Het vereiste van evenredigheid in strikte zin kent verschillende varianten. Zo is het kenmerkend bij de beoordeling van een beperking van het eigendomsrecht (artikel 1 EP EVRM) dat het EHRM bekijkt of de beperking resulteert in een ‘*individual and excessive burden*’, zodat de beperkende maatregel als onevenredig moet worden beschouwd.<sup>55</sup>

## 8.4 DE VARIËRENDE TOETSINGSINTENSITEIT

### 8.4.1 Introductie

In de vorige paragraaf is aan de orde gekomen wat in algemene zin de inhoud is van de evenredigheidseisen die het EHRM toepast. Aan deze evenredigheidseisen toetst het EHRM niet steeds op dezelfde manier. De wijze waarop het EHRM deze evenredigheidseisen toepast, is namelijk afhankelijk van onder andere de intensiteit waarmee het toetst. Voordat ik in paragraaf 8.5 bespreek op welke wijze het EHRM de evenredigheidseisen

52 Zie Gerards 2019, p. 242.

53 Gerards 2011a, p. 158. Zie ook Harbo 2015, p. 75.

54 Gerards 2019, p. 242-243.

55 Zie EHRM 23 september 1982, nrs. 7151/75 en 7152/75, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*), par. 73. Over de toepassing van het vereiste van de evenredigheid in strikte zin bij beperkingen van het eigendomsrecht, zie bijvoorbeeld De Jong 2017, p. 218-222. Op p. 219 merkt de Jong, met verwijzing naar Tjepkema 2010, p. 638-651, op dat er vier vuistregels zijn aan de hand waarvan het EHRM de evenredigheid in strikte zin beoordeelt van een beperking van het eigendomsrecht, zijnde ‘de ernst van de aantasting van het eigendom’, ‘redelijk aanbod tot schadevergoeding’, ‘rechtsonzekerheid en gerechtvaardigde verwachtingen’ en ‘procedurele waarborgen’.

toepast, bespreek ik in paragraaf 8.4 eerst twee aspecten die gerelateerd zijn aan de toetsingsintensiteit.

Paragraaf 8.4.2 gaat over de manier waarop het EHRM varieert in toetsingsintensiteiten. Vervolgens ga ik in op de vraag welke factoren de keuze van het EHRM voor een bepaalde toetsingsintensiteit beïnvloeden. In beginsel geldt dat de toetsingsintensiteit afhankelijk is van de omvang van de *margin of appreciation* die toekomt aan de nationale autoriteiten. Gelet daarop zijn de bepalende factoren voor de toetsingsintensiteit dezelfde factoren die de omvang van de *margin of appreciation* bepalen. Vanwege de samenhang tussen de *margin of appreciation* en de toetsingsintensiteit, bespreek ik eerst kort de *margin of appreciation*-doctrine (paragraaf 8.4.3). In paragraaf 8.4.4 bespreek ik de betekenis van de doctrine voor de toetsingsintensiteit en de factoren die de omvang van de *margin of appreciation* (en daarmee de toetsingsintensiteit) bepalen.

#### 8.4.2 Een glijdende schaal

Ter categorisering van de verschillende intensiteiten waarmee kan worden getoetst, kan gebruik worden gemaakt van een traploze glijdende schaal of een in treden/delen verdeelde glijdende schaal.<sup>56</sup> Het EHRM gebruikt, net als het Hof van Justitie<sup>57</sup> en de Nederlandse bestuursrechter,<sup>58</sup> een traploze glijdende schaal, die zo moet worden voorgesteld dat de toetsing kan variëren van (heel) terughoudende tot (heel) intensieve toetsing.<sup>59</sup> Tussen de twee uitersten bevinden zich allerlei fluïde tussenintensiteiten.<sup>60</sup> Het precieze omslagpunt tussen die verschillende, fluïde toetsingsintensiteiten en de consequenties daarvan voor de wijze van toetsing, is niet altijd duidelijk. De wijze van toetsing door het EHRM aan het evenredigheidsbeginsel varieert, afhankelijk van de toetsingsintensiteit, van een terughoudende tot een intensieve evenredigheidsbeoordeling, waarbij soms vooral wordt gekeken naar de inhoud van wet- en regelgeving (materiële toetsing) en in andere gevallen in meer of mindere mate ook naar de zorgvuldigheid waarmee wet- en regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes (semi-procedurele toetsing).

56 Zie paragraaf 1.4.4.

57 Paragraaf 7.3.1.

58 Paragraaf 3.5.

59 Zie Huijbers 2019, p. 127; Gerards 2011b, p. 105; Gerards 2002, p. 217.

60 Gerards 2002, p. 217.

8.4.3 *De margin of appreciation-doctrine*

De *margin of appreciation*-doctrine is (ook) een 'toetsingsdoctrine'<sup>61</sup> op basis waarvan het EHRM met verschillende intensiteiten kan beoordelen of de verdragsstaten voldoen aan hun negatieve en positieve verplichtingen.<sup>62</sup> De *margin of appreciation*-doctrine speelt vooral een rol bij de vraag of beperkingen van de artikelen 8 t/m 11 EVRM gerechtvaardigd zijn.<sup>63</sup>

Een van de grondslagen van de *margin of appreciation*-doctrine is het zogenoemde subsidiariteitsbeginsel.<sup>64</sup> Het subsidiariteitsbeginsel wortelt in de rechtspraak van het EHRM, meer in het bijzonder in de *Belgische Taalzaak* uit 1968.<sup>65</sup> Inmiddels is een verwijzing naar zowel het subsidiariteitsbeginsel als de *margin of appreciation*-doctrine opgenomen in de preambule bij het EVRM.<sup>66</sup> Het subsidiariteitsbeginsel gaat over de relatie tussen het EHRM en de staten. Dat beginsel brengt tot uitdrukking dat het primair de verantwoordelijkheid is van de staten om de naleving van EVRM-rechten te verzekeren. De rol van het EHRM is subsidiair. In de *Belgische Taalzaak* overweegt het EHRM het volgende over die subsidiaire rol:

*'In attempting to find out in a given case, whether or not there has been an arbitrary distinction, the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed*

61 Gerards 2011a, p. 183.

62 Zie Loven 2022, p. 44.

63 Loven 2022, p. 45; Glas 2022, p. 458.

64 Zie Loven 2022, p. 44, die de *margin of appreciation*-doctrine bespreekt als een uitwerking van het subsidiariteitsbeginsel. Overigens moet dit subsidiariteitsbeginsel onderscheiden worden van het subsidiariteitsvereiste als variant van het noodzakelijkheidsvereiste (besproken in paragraaf 8.3.3). Zie over de redenen voor de *margin of appreciation* bijvoorbeeld ook Glas 2022, p. 451-456 en de daar door haar aangehaalde literatuur.

65 EHRM 23 juli 1968, nr. 1474/62, ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462 (*Belgische Taalzaak*).

66 Daarin leest men: '[a]ffirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention'.

*by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention.*<sup>67</sup>

De *margin of appreciation* wordt gezien als een ‘operational tool’ om het subsidiariteitsbeginsel te realiseren,<sup>68</sup> waarbij aan de staten een bepaalde beoordelingsmarge wordt gegeven om te bepalen wat de grenzen zijn van de uitoefening van EVRM-rechten. De doctrine is ook van belang voor de wijze waarop het EHRM daarop vervolgens toezicht moet uitoefenen.<sup>69</sup>

Een andere grondslag voor de *margin of appreciation*-doctrine is het zogenoemde ‘*better placed*’-argument.<sup>70</sup> Dit houdt in dat de nationale autoriteiten zich in beginsel in een betere positie dan het EHRM bevinden om in te schatten welke beperkingen, gelet op de nationale omstandigheden, noodzakelijk en passend kunnen worden geacht.<sup>71</sup> Zij zijn niet alleen beter gelegitimeerd om dergelijke beoordelingen te maken, maar zij hebben ook meer/betere toegang tot de expertise die nodig kan zijn om complexe technische, economische, wetenschappelijke beoordelingen te maken in de context van nationale maatregelen die EVRM-rechten beperken.<sup>72</sup> Het EHRM heeft het voorgaande tot uitdrukking gebracht in het arrest *Handyside/Verenigd Koninkrijk*, waarin het overwoog:

*‘By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the “necessity” of a “restriction” or “penalty” intended to meet them.’*<sup>73</sup>

In algemene zin kan gezegd worden dat het EHRM met de (toepassing van de) *margin of appreciation*-doctrine beoogt een balans te vinden tussen enerzijds zijn taak om erop toe te zien dat de verdragsstaten EVRM-rechten eerbiedigen en anderzijds zijn subsidiaire rol en het respecteren van de keuzes die de nationale autoriteiten, op basis van hun (democratische) legitimatie, expertise en verschillende inzichten, maken.<sup>74</sup> Binnen dit spannings-

67 EHRM 23 juli 1968, nr. 1474/62, ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462 (*Belgische Taalzaak*), par. I.B.10.

68 Zie Loven 2022, p. 44 met verwijzing naar onder meer Popelier & Van de Heyning 2017, p. 9.

69 Vergelijk Gerards 2011a, p. 183.

70 Zie Gerards 2018, p. 498; Van de Weyer 2019, p. 328. Zie over de redenen voor de *margin of appreciation* bijvoorbeeld ook Glas 2022, p. 451-456 en de daar door haar aangehaalde literatuur.

71 Zie Gerards 2019, p. 177 e.v.

72 Gerards 2019, p. 162 noemt dit een reden voor de *margin of appreciation*-doctrine die ‘*more practical or epistemic in nature*’ is.

73 EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), par. 48.

74 Zie Gerards 2011a, p. 183-184.

veld biedt de *margin of appreciation*-doctrine aan het EHRM de mogelijkheid om per geval gepaste ruimte te laten aan de verdragsstaten wanneer het beslist over de geoorlooftheid van beperkingen van EVRM-rechten.<sup>75</sup> De aan de staten toekomende beoordelingsmarge is in dit verband nooit onbeperkt en gaat altijd gepaard met toezicht door het EHRM.<sup>76</sup>

Ter afsluiting wordt opgemerkt dat de *margin of appreciation*-doctrine enkel geldt in de verticale relatie tussen het EHRM en de nationale autoriteiten.<sup>77</sup> Het EHRM heeft in die zin geoordeeld dat de doctrine niet dezelfde toepassing kan krijgen in de relatie tussen nationale organen.<sup>78</sup> Dat is ook begrijpelijk gelet op de redenen voor het bestaan van de *margin of appreciation*-doctrine, die zijn gelegen in de subsidiaire rol van het EHRM en de gedachte dat de nationale autoriteiten vaak beter toegerust zijn om de EVRM-rechten te beschermen. Deze 'tweevoudige ratio' van de *margin of appreciation*-doctrine verzet zich volgens bijvoorbeeld *Jak & Vermont* tegen 'transponering naar nationaal niveau'.<sup>79</sup>

De *margin of appreciation*-doctrine geldt dus uitsluitend 'verticaal', maar deze doctrine kan wel relevant zijn voor de intensiteit waarmee de nationale rechter – ik focus hier op de Nederlandse bestuursrechter – beperkingen van EVRM-rechten toetst. De factoren die het EHRM hanteert om de omvang van de *margin of appreciation* te bepalen, zie hierna in paragraaf 8.4.4, zijn niet identiek aan, maar wel vergelijkbaar met de factoren die de Nederlandse bestuursrechter gebruikt ter bepaling van de toetsingsintensiteit.<sup>80</sup> Vanwege die vergelijkbaarheid zal de Nederlandse bestuursrechter beperkingen van EVRM-rechten vaak terughoudender of intensiever toetsen, op basis van de eigen factoren, in gevallen waarin het EHRM beperkingen van EVRM-rechten óók terughoudender of intensiever toetst, maar dan met toepassing van de *margin of appreciation*-doctrine. Kortom, de *margin of appreciation*-doctrine geldt weliswaar uitsluitend 'verticaal', maar de Nederlandse

75 Gerards 2011a, p. 183.

76 Vergelijk EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), par. 49; Van de Weyer 2019, p. 328.

77 Vergelijk Van de Weyer 2019, p. 330; Glas 2022, p. 456; EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505 (*A. e.a./Verenigd Koninkrijk*).

78 In EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505 (*A. e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 184 overweegt het EHRM: '[t]he doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level.'

79 *Jak & Vermont* 2007, p. 132. Vergelijk Glas 2022, p. 465.

80 In de context van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen gaat het om: (1) de mate van beslissingsruimte vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie en vereiste politiek-bestuurlijke afwegingen, (2) de mate waarin een algemeen verbindend voorschrift ingrijpt in het leven van belanghebbende(n) en (3) het aan de orde zijn van fundamentele rechten. Zie i.h.b. paragrafen 3.6.3 en 3.7.3.



bestuursrechter kan die doctrine wel analoog toepassen als hij beperkingen van EVRM-rechten toetst, zij het dat de factoren die de omvang van de *margin of appreciation* bepalen aanpassing kunnen behoeven aan de nationale context.

#### 8.4.4 De margin of appreciation-doctrine en toetsingsintensiteit

Een belangrijke functie van de *margin of appreciation*-doctrine is dat de doctrine het EHRM in staat stelt om met wisselende intensiteiten te beoordelen of een staat voldoet aan zijn negatieve en positieve verplichtingen.<sup>81</sup> Daarbij geldt dat de omvang van de *margin of appreciation*, de mate van beoordelingsmarge, in beginsel bepalend is voor de intensiteit waarmee het EHRM toetst.<sup>82</sup> De mate van beoordelingsmarge die het EHRM aan de nationale autoriteiten laat, varieert van een ruime beoordelingsmarge ('*wide margin*') tot een beperkte beoordelingsmarge ('*narrow margin*'). Het is niet zo dat aan de mate van beoordelingsmarge een precieze toetsingsmodaliteit is gekoppeld, maar de mate van beoordelingsmarge is wel richtinggevend voor de intensiteit waarmee het EHRM toetst en een wijze van toetsing die bij die intensiteit past.<sup>83</sup> Wanneer er aan de nationale autoriteiten bijvoorbeeld een ruime beoordelingsmarge toekomt, toetst het EHRM terughoudend, terwijl het juist intensief toetst wanneer er aan de nationale autoriteiten een beperkte beoordelingsmarge toekomt.<sup>84</sup>

Gelet op het bovenstaande moet, ter beantwoording van de vraag welke factoren de intensiteit van toetsing door het EHRM bepalen, worden bekeken welke factoren de omvang van de *margin of appreciation* bepalen. Welke factoren hierbij meespelen, heeft het EHRM benoemd in de zaak *S en Marper/Verenigd Koninkrijk*. Het EHRM overweegt in *S en Marper/Verenigd Koninkrijk* het volgende:

*'A margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the Convention right in issue, its importance for*

81 Zie Gerards 2019, p. 165.

82 Verschillende auteurs hebben gewezen op de relatie tussen de omvang van de *margin of appreciation* en de intensiteit van toetsing. Zie bijvoorbeeld Arai-Takahashi 2002, p. 204; Kratochvíl 2011; Gerards 2019, p. 165-167; Gerards 2011b, p. 105-107; Gerards 2018, p. 498-500. Tegelijkertijd moet worden gezegd dat er in de literatuur op gewezen is dat het EHRM de *margin of appreciation*-doctrine niet consistent toepast (zie Gerards 2018; Gerards 2019, p. 168; Kratochvíl 2011; Gerards 2011b). In zijn rechtspraak stelt het EHRM bijvoorbeeld soms eerst vast dat er sprake is van een ruime beoordelingsmarge, terwijl het vervolgens een indringende toetsing uitvoert. Andersom geldt dat bij beperkte beoordelingsmarge soms terughoudend wordt getoetst.

83 Zie Gerards 2019, p. 165.

84 De verschillende toetsingsmodaliteiten die daarbij horen komen uitgebreider aan de orde in paragraaf 8.5.

*the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights [...]. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted [...]. Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider [...].*<sup>85</sup>

Gerards heeft aan de hand van de bovenstaande overweging en andere rechtspraak van het EHRM factoren geïdentificeerd die het EHRM in het bijzonder van belang acht om de omvang van de beoordelingsmarge te bepalen.<sup>86</sup> Deze factoren zijn de *common ground-factor*, de *better placed-factor* en de aard en het gewicht van het aangetaste recht.<sup>87</sup>

De *common ground-factor* heeft betrekking op de vraag in hoeverre er consensus bestaat tussen de staten over de kwestie die speelt in de voorliggende zaak. Bestaat er daaromtrent geen consensus tussen de staten, dan komt hen een ruimere beoordelingsmarge toe en is de toetsing door het EHRM terughoudend. Bestaat er, andersom, wel Europese consensus, dan kan dat voor het EHRM aanleiding zijn om een intensievere toets uit te voeren.<sup>88</sup> Bij de *common ground-factor* kan het bijvoorbeeld gaan over het al dan niet bestaan van consensus over de manier waarop bepaalde materie gereguleerd moet worden.<sup>89</sup> Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de regulering en procedures voor de vaststelling of aantasting van het vaderschap, waarover geen gemeenschappelijke rechtsopvatting bestaat in de staten.<sup>90</sup>

85 EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (*S & Marper/Verenigd Koninkrijk*), par. 102.

86 Zie Gerards 2019, p. 172 e.v. Volgens Glas geeft Gerards 'waarschijnlijk het meest uitgebreide overzicht van de factoren die de reikwijdte van de *margin of appreciation*' kunnen beïnvloeden. Zie Glas 2022, p. 456.

87 Niet alleen de aard en het gewicht van het aangetaste recht, maar ook de aard en de ernst van de beperking van een EVRM-recht kunnen een rol spelen bij de vraag hoe intensief er moet worden getoetst. De aard en ernst van de beperking zijn echter vaker relevant bij het daadwerkelijk uitvoeren van de evenredigheids-toets, in het bijzonder de toetsing op evenredigheid in strikte zin. Zie Gerards 2019, p. 194.

88 Zie ook Popelier & Van de Heyning 2013, p. 243.

89 Gerards 2019, p. 175.

90 Zie bijvoorbeeld EHRM 22 maart 2012, nr. 45071/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD004507109 (*Ahrens/Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD002333809 (*Kautzor/Duitsland*); EHRM 8 december 2016, nrs. 7949/11 en 45522/13, ECLI:CE:ECHR:2016:1208JUD000794911 (*L.D. en P.K./Bulgarije*); EHRM 13 oktober 2020, nr. 32495/15, ECLI:CE:ECHR:2020:1013JUD003249515 (*Koychev/Bulgarije*).

De toepassing van de *better placed*-factor betekent dat het EHRM terughoudend toetst wanneer de staten in een betere positie dan het EHRM verkeren om ‘*the necessity, suitability or overall reasonableness*’ van een inmenging in een EVRM-recht te kunnen beoordelen.<sup>91</sup> Het *better placed*-argument speelt in verschillende soorten zaken een rol. Een eerste categorie van zaken betreft situaties in onder meer de sociaaleconomische sfeer, het gezondheidsrecht, belastingen en ruimtelijke ordening.<sup>92</sup> Bij het nemen van maatregelen op de bovengenoemde terreinen moeten de nationale autoriteiten complexe economische en sociale afwegingen en (strategische) beleidskeuzes maken. Aangenomen wordt dat de nationale autoriteiten beter dan het EHRM gelegitimeerd en geëquipeerd zijn om die afwegingen en keuzes te maken; het EHRM stelt zich bijgevolg doorgaans terughoudend op.<sup>93</sup> Een tweede categorie van zaken waarin de nationale autoriteiten in een betere positie verkeren, betreft zaken waarin morele en ethische kwesties aan de orde zijn.<sup>94</sup> Ook in die zaken worden de nationale autoriteiten, gelet op een betere kennis ‘*of their society and its needs*’, beter in staat geacht om de noodzaak en evenredigheid van beperkende maatregelen in te schatten en komt hun in beginsel een ruime beoordelingsmarge toe.<sup>95</sup>

Dan de factor *de aard en het gewicht van het aangetaste recht*. De intensiteit waarmee het EHRM toetst, kan afhangen van het EVRM-recht dat aan de orde is en het gewicht van dat recht voor het individu. Gerards maakt in dit verband een onderscheid tussen ‘kernrechten’ en ‘perifere rechten’.<sup>96</sup> Kernrechten zijn nauw verbonden met de fundamentele beginselen die ten grondslag liggen aan het EVRM, zijnde: democratie, pluralisme, menselijke waardigheid en persoonlijke autonomie.<sup>97</sup> Naarmate een EVRM-recht meer samenhangt met de waarden en beginselen die ten grondslag liggen aan het EVRM, is er, mede gelet op de subsidiaire rol van het EHRM, meer reden voor de uitoefening van (strikt) ‘Europees toezicht’.<sup>98</sup> Ten aanzien van het fundamentele beginsel van democratie moet dan bijvoorbeeld worden gedacht aan de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vergadering en vereniging, in het bijzonder de persvrijheid en de vrijheid om een politieke partij te vormen.<sup>99</sup> Het fundamentele beginsel ‘pluralisme’ brengt mee dat het EHRM bepaalde inmengingen in de vrijheid van godsdienst uiterst strikt kan beoordelen.<sup>100</sup> Hetzelfde

91 Gerards 2019, p. 177.

92 Gerards 2019, p. 178-181. Zie ook Popelier & Van de Heyning 2013, p. 242-243. Doorgaans gaat het in dit soort zaken niet over de evenredigheid van een negatieve beperking, maar over de vraag of een staat zijn positieve verplichtingen nakomt.

93 Gerards 2019, p. 178, zie ook Popelier & Van de Heyning 2013, p. 242-243.

94 Gerards 2019, p. 177-178; Popelier & Van de Heyning 2013, p. 243.

95 Popelier & Van de Heyning 2013, p. 243.

96 Gerards 2019, p. 188-193.

97 Gerards 2019, p. 188.

98 Zie ook Popelier & Van de Heyning 2013, p. 243.

99 Gerards 2019, p. 189-190.

100 Gerards 2019, p. 190.

strikte toezicht moet worden uitgeoefend in gevallen waarin beperkingen de persoonlijke en intieme levenssfeer van het individu raken, omdat deze aspecten van groot belang zijn voor de persoonlijke autonomie (identiteit, seksualiteit, afkomst, et cetera).<sup>101</sup> Raakt een EVRM-recht juist *minder indringend* aan de fundamentele beginselen die ten grondslag liggen aan het EVRM, dan is het EHRM minder snel geneigd om strikt toezicht uit te oefenen op de evenredigheid van beperkingen van dergelijke rechten.<sup>102</sup>

## 8.5 VARIËRENDE TOETSINGSMODALITEITEN: MATERIËLE EN SEMI-PROCEDURELE EVENREDIGHEIDSTOETSING

### 8.5.1 *Materiële evenredigheidstoetsing als uitgangspunt*

In paragraaf 8.4.2 heb ik besproken dat het EHRM ter categorisering van de verschillende intensiteiten waarmee kan worden getoetst een traploze glijdende schaal hanteert. Afhankelijk van de omvang van de *margin of appreciation* vindt toetsing met een bepaalde intensiteit op die schaal plaats. Daarbij verschilt de wijze waarop het EHRM aan het evenredigheidsbeginsel toetst. In sommige gevallen is die toetsing materieel terughoudend, in andere gevallen materieel intensief en in weer andere gevallen wordt in bepalende mate gekeken naar de zorgvuldigheid waarmee de regelgeving tot stand is gekomen (semi-procedureel).

Hoewel het EHRM zowel materieel als semi-procedureel kan toetsen, wordt er in de literatuur op gewezen dat het uitgangspunt is dat het EHRM een materiële evenredigheidstoets uitvoert.<sup>103</sup> Dat de standaard (evenredigheids)toetsing van het EHRM materieel is en dat ook moet zijn, wordt afgeleid uit artikel 32 EVRM, waarin staat dat de rechtsmacht van het EHRM zich uitstrekt ‘tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het Verdrag en de Protocollen daarbij’.<sup>104</sup> Door Arnardóttir wordt er daarbij op gewezen dat het EHRM weliswaar vaak overweegt dat het niet zijn taak is om zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de bevoegde nationale autoriteiten, maar dat het EHRM ook vaak benadrukt dat dit niet betekent dat het EHRM zich moet beperken tot de vraag of een staat van zijn beoordelingsmarge ‘*reasonably, carefully and in good faith*’ gebruik heeft gemaakt.<sup>105</sup> Bovendien is het de taak van het EHRM om een eindoordeel te

101 Gerards 2019, p. 190-191.

102 Denk hierbij in de context van de vrijheid van meningsuiting bijvoorbeeld aan commerciële uitingen, zoals televisie- of radioreclame, zie Gerards 2019, p. 191-192.

103 Gerards 2017, p. 127; Brems & Gerards 2017, p. 1; Loven 2022, p. 48; Arnardóttir 2017, p. 20.

104 Loven 2022, p. 48.

105 Arnardóttir 2017, p. 20.

geven over de redelijkheid van een bepaalde maatregel, ook al zijn de nationale autoriteiten in beginsel in een betere positie om die beoordeling te maken.<sup>106</sup> Voor het evenredigheidsvereiste betekent de inhoudelijke toets van het EHRM dat het Hof nagaat welk doel er met een maatregel wordt nagestreefd, of die maatregel effectief is om dat doel te bereiken, of de maatregel noodzakelijk is en of er met de maatregel een *fair balance* is gevonden tussen de aan de orde zijnde belangen.<sup>107</sup> Deze materiële evenredigheidstoetsing van het EHRM kan terughoudend zijn, maar ook intensief.

Een terughoudende materiële evenredigheidstoetsing is zichtbaar in de zaken waarin er, gelet op de factoren besproken in paragraaf 8.4.4, een ruime beoordelingsmarge toekomt aan de nationale autoriteiten. Voert het EHRM een materieel terughoudende evenredigheidstoets uit, dan betekent dit dat het EHRM nagaat of de door nationale autoriteiten gemaakte keuzes overduidelijk onredelijk/onevenredig zijn.<sup>108</sup> Deze toets op ‘overduidelijke’ onredelijkheid/onevenredigheid komt overeen met de terughoudende materiële evenredigheidstoetsing die het Hof van Justitie uitvoert, waarbij het Hof van Justitie nagaat of er sprake is van een ‘kennelijk onevenredige’ maatregel.<sup>109</sup> Ik breng in herinnering dat het Hof van Justitie over de toets op kennelijke onevenredigheid heeft overwogen dat het er bij die beperkte toetsing niet om gaat dat de voorliggende maatregel ‘de enige of best mogelijke maatregel was, aangezien enkel de kennelijke ongeschiktheid [lees: kennelijke onevenredigheid, MvZ] daarvan ter bereiking van het door de bevoegde instellingen nagestreefde doel de rechtmatigheid van die maatregel kan aantasten.’<sup>110</sup>

Het EHRM toetst op een vergelijkbare wijze terughoudend op evenredigheid als het Hof van Justitie. In de zaak *James e.a./Verenigd Koninkrijk*, waarin het EHRM de nationale autoriteiten een ruime beoordelingsmarge toekent in de context van de regulering van eigendom vanwege hun ‘*direct knowlegde of their society and its need*’, overweegt het EHRM dat ‘*it is not for the Court to say whether the legislation represented the best solution for dealing with the problem or whether the legislative discretion should have been exercised in another way [...]*’.<sup>111</sup> Kortom, het EHRM stelt zich afstandelijk op en de nationale autoriteiten hebben de nodige ruimte om te beoordelen wat een redelijke (evenredige) maatregel is om een bepaald doel te bereiken.<sup>112</sup> Het maakt daarbij niet uit dat de gekozen

106 Arnardóttir 2017, p. 20.

107 Zie Loven 2022, p. 48 met verwijzing naar Gerards & Brems 2017, p. 1.

108 Zie Gerards 2011b, p. 105; Gerards 2019, p. 166.

109 Zie paragraaf 7.4.2.1.

110 Zie paragraaf 7.4.2.1, met verwijzing naar HvJ 12 juli 2007, C-189/01, ECLI:EU:C:2001:420 (*Jippes*), punt 83 en recenter HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*), punt 36.

111 EHRM 21 februari 1986, nr. 8793/79, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 51.

112 Zie nader Gerards 2019, p. 165-166, 243-244; Gerards 2011b, p. 105.

maatregel wellicht niet de best mogelijke maatregel is die genomen had kunnen worden, zolang die maatregel maar niet overduidelijk onevenredig is. Dit uitgangspunt geldt in meer algemene zin voor zaken waarin de staten een ruime beoordelingsmarge hebben vanwege hun 'betere positie'.<sup>113</sup> Verder is het kenmerkend voor een terughoudende toets dat het doorgaans de klager is die aannemelijk moet maken dat er sprake is van een maatregel die niet door de beugel kan.<sup>114</sup>

Een intensieve materiële evenredigheidsbeoordeling vindt plaats in gevallen waarin de beoordelingsmarge, gelet op de factoren die zijn besproken in paragraaf 8.4.4, beperkt is. Een intensieve evenredigheidsbeoordeling komt er volgens Gerards op neer dat het EHRM nauwkeurig de feiten bekijkt, zorgvuldig nagaat welke belangen er aan de orde zijn en een eigen oordeel vormt over de vraag waarmee een juist evenwicht wordt gevonden tussen het met de regel nagestreefde doel en het aangetaste belang.<sup>115</sup> Ook kenmerkend voor een intensieve evenredigheidstoets is dat het EHRM de noodzakelijkheidseis dan vaak invult met het subsidiariteitsvereiste dat, zoals gezegd in paragraaf 8.3.3, verlangt dat de nationale autoriteiten kiezen voor een maatregel die een EVRM-recht het minst beperkt, terwijl met die maatregel wel op effectieve wijze het nagestreefde doel kan worden bereikt.<sup>116</sup> Daarbij wijst het EHRM in sommige gevallen op alternatieven die minder beperkend zijn, om daarmee te motiveren dat de door de nationale autoriteiten gemaakte keuze niet noodzakelijk en dus niet evenredig, is.<sup>117</sup>

Een voorbeeld van een intensieve evenredigheidstoetsing biedt de toetsing in de zaak *S & Marper/Verenigd Koninkrijk*, waarin het EHRM oordeelt dat de algemene en ongedifferentieerde opslag van vingerafdrukken, celmateriaal en DNA-profielen van personen die niet zijn veroordeeld voor een strafbaar feit, mogelijk gemaakt door Britse wetgeving, in strijd is met artikel 8 EVRM.<sup>118</sup> Het opslaan van deze gegevens dient een legitiem doel (opsporen en de preventie van strafbare feiten), maar doorstaat niet de evenredigheidstoets. Daarbij stelt het EHRM voorop dat de bescherming van persoonlijke gegevens van fundamenteel belang is voor het respecteren van iemands privéleven en dat het '*intrinsically private character of this information calls for the Court to exercise careful scrutiny of any State measure authorising its retention and use by the authorities without the consent of the person concerned*'. De langdurige opslag van de gegevens kan alleen worden gerecht-

113 Gerards 2019, p. 243.

114 Gerards 2019, p. 166.

115 Gerards 2011b, p. 106; Gerards 2019, p. 167.

116 Gerards 2019, p. 167.

117 Gerards 2019, p. 167.

118 EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (*S & Marper/Verenigd Koninkrijk*).

vaardigd door wetgeving die voldoende waarborgen biedt tegen misbruik. Van dergelijke wetgeving is in dit geval geen sprake. Het EHRM wijst op het algemene en ongedifferentieerde karakter van de opslag, waaruit volgt dat meer genuanceerde en minder vergaande wetgeving, als alternatief voor de Britse wetgeving, absoluut nodig is. Het EHRM overweegt:

*‘The Court is struck by the blanket and indiscriminate nature of the power of retention in England and Wales. The material may be retained irrespective of the nature or gravity of the offence with which the individual was originally suspected or of the age of the suspected offender; fingerprints and samples may be taken – and retained – from a person of any age, arrested in connection with a recordable offence, which includes minor or non-imprisonable offences. The retention is not time-limited; the material is retained indefinitely whatever the nature or seriousness of the offence of which the person was suspected. Moreover, there exist only limited possibilities for an acquitted individual to have the data removed from the national database or the materials destroyed [...]; in particular, there is no provision for independent review of the justification for the retention according to defined criteria, including such factors as the seriousness of the offence, previous arrests, the strength of the suspicion against the person and any other special circumstances.’<sup>119</sup>*

In het vervolg van de uitspraak concludeert het EHRM dat met de algemene en ongedifferentieerde aard van de bewaring geen juist evenwicht is gevonden tussen de aan de orde zijnde belangen en dat de nationale autoriteiten hun beoordelingsmarge hebben overschreden: artikel 8 EVRM is geschonden.

Een ander kenmerk van intensieve toetsing is dat het niet, zoals bij een terughoudende toetsing, aan de klager is om aannemelijk te maken dat de gemaakte keuzes onevenredig is, maar dat het in eerste instantie aan de nationale autoriteiten is om aannemelijk te maken dat zij een evenredige maatregel hebben getroffen.<sup>120</sup> Daaruit blijkt dat er een dunne grens is tussen een materieel intensieve toetsing en een semi-procedurele evenredigheidstoetsing, die in de volgende paragrafen wordt besproken.

119 EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (*S & Marper/Verenigd Koninkrijk*), par. 119.

120 Gerards 2019, p. 167.

## 8.5.2 De ‘procedural turn’ van het EHRM

Sinds enige jaren is er in de rechtspraak van het EHRM een trend zichtbaar naar een meer procedurele toetsing, onder meer in de context van evenredigheidstoetsing.<sup>121</sup> Een procedurele invulling van de evenredigheidstoets houdt, heel kort gezegd en in de context van regelgeving, in dat het EHRM in plaats van of in aanvulling op een inhoudelijke evenredigheidsbeoordeling van de ter toetsing voorliggende nationale regeling ook focust op het totstandkomingsproces van regelgeving, inclusief de aan de regeling ten grondslag liggende gegevens en de motivering van de gemaakte keuzes.<sup>122</sup> Deze procedureel georiënteerde evenredigheidstoets van het EHRM komt overeen met wat ik in paragraaf 1.4.6.4 een semi-procedurele evenredigheidstoets genoemd heb. Dat wil zeggen: een modaliteit van evenredigheidstoetsing waarbij de rechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes.

Het met regelmaat uitvoeren van een semi-procedurele (evenredigheids)toetsing door het EHRM maakt deel uit van wat in de literatuur de ‘*procedural turn*’ van het EHRM wordt genoemd.<sup>123</sup> Onder die ‘*procedural turn*’ valt naast semi-procedurele evenredigheidstoetsing nog een andere ontwikkeling. Die ontwikkeling houdt in dat het EHRM steeds vaker procedurele positieve verplichtingen inleest in materiële EVRM-rechten.<sup>124</sup> Het EHRM zou het meest frequent procedurele positieve verplichtingen inlezen in het recht op leven (artikel 2 EVRM), het folterverbod (artikel 3 EVRM), het recht op de bescherming van het privé- en familieleven (artikel 8 EVRM) en recht op bescherming van eigendom (artikel 1 EP EVRM). Als gevolg van de ‘proceduralisering’ van materiële EVRM-rechten is een scala aan procedurele eisen ontstaan die verplichtingen opleggen aan de nationale autoriteiten boven op de procedurele verplichtingen die met name de artikelen 6 en 13 EVRM met zich brengen.<sup>125</sup>

121 Over deze trend, inhoudende dat het EHRM steeds vaker een procedurele toetsing uitvoert, zie onder meer Popelier 2013; Popelier & Van de Heyning 2013; Popelier & Van de Heyning 2017; Arnardóttir 2017; Gerards 2017; Huijbers 2017a; Huijbers & Gerards 2016; Nussberger 2017; Brems 2017; Spano 2014; Spano 2018; Kleinlein 2019; Gerards 2023.

122 Procedurele toetsing door het EHRM is overigens niet alleen zichtbaar wanneer het EHRM regelgeving toetst, maar ook wanneer het gaat om besluiten van het bestuur of rechterlijke beslissingen. Zie bijvoorbeeld Huijbers 2017a, p. 178-179; Huijbers 2019, p. 100; Loven 2022, p. 49.

123 Zie bijvoorbeeld Gerards & Brems 2017, p. 3; Gerards 2017, p. 127-128; Arnardóttir 2017, p. 13-15.

124 De Jong 2017; Brems 2013; Gerards & Brems 2017, p. 3; Gerards 2017, p. 127-128; Arnardóttir 2017, p. 13-15; Kleinlein 2019, p. 92-93.

125 Zie uitgebreid De Jong 2017 en Brems 2013, p. 137-161.



Hoewel beide poten van de ‘*procedural turn*’ van het EHRM niet geheel los van elkaar kunnen worden gezien,<sup>126</sup> ga ik in de volgende paragrafen niet in op de formulering van positieve procedurele verplichtingen door het EHRM, maar bespreek ik enkele karakteristieken van de semi-procedurele evenredigheidstoets die het EHRM uitvoert.<sup>127</sup> In paragraaf 8.5.3 ga ik in op de redenen die het EHRM heeft of zou kunnen hebben voor het uitvoeren van een semi-procedurele evenredigheidstoets. In paragraaf 8.5.4 wordt aandacht besteed aan het soort gevallen waarin het EHRM lijkt over te gaan tot het uitvoeren van een semi-procedurele evenredigheidstoetsing. Vervolgens, in paragraaf 8.5.5, wordt besproken wat het inhoudt als het EHRM een semi-procedurele evenredigheidstoets uitvoert.

### 8.5.3 *Ratio semi-procedurele evenredigheidstoetsing*

Er zijn verschillende redenen die ten grondslag (zouden kunnen) liggen aan de semi-procedurele evenredigheidstoetsing die het EHRM uitvoert.<sup>128</sup> Een van die redenen zou zijn dat deze wijze van toetsing voor het EHRM een manier biedt om een evenwicht te vinden tussen enerzijds verschillende legitimitieitskritieken en anderzijds het verzekeren van de bescherming van EVRM-rechten door staten.<sup>129</sup>

Zoals gezegd in paragraaf 8.4.3, moet het EHRM opereren binnen een spanningsveld, waarin het EHRM erop moet toezien dat de verdragsstaten de EVRM-rechten eerbiedigen, maar moet het EHRM dat toezicht wel uitoefenen met in achtname van zijn subsidiaire rol als supranationale rechter, waarbij het in beginsel de keuzes respecteert die de nationale autoriteiten (bestuur, (lagere) wetgever) op basis van hun (democratische) legitimatie, expertise en inzichten maken.<sup>130</sup> Zoals ook is gezegd in paragraaf 8.4.3, is de *mar-*

126 Zie bijvoorbeeld Gerards 2017, p. 129.

127 Ter volledigheid zij opgemerkt dat ik, zoals uitgelegd in paragraaf 1.4.6.4, onder een semi-procedurele evenredigheidstoets versta dat de rechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes. Procedurele standaarden waaraan de rechter dan toetst zijn dus gerelateerd aan zorgvuldigheid en motivering. De toetsing van regelgeving aan andere procedurele standaarden blijft in dit hoofdstuk buiten beschouwing. Zie voor andere procedurele standaarden waaraan regeling getoetst kan worden door het EHRM bijvoorbeeld Huijbers 2017a, p. 189, p. 190-191.

128 Brems 2017, p. 18-34. Naast de reden die ik hier noem, wijst Brems op drie andere redenen. Ten eerste heeft een behoorlijk besluitvormingsprocedure (*good process*) een intrinsieke waarde. Daarnaast kan een kwalitatief goed totstandkomingsproces bijdragen aan *process efficiency*, hetgeen inhoudt dat een behoorlijke procedure leidt tot betere uitkomsten. In deze context betekent een ‘betere uitkomst’ minder schendingen van EVRM-bepalingen. Een andere instrumentele reden die Brems noemt, is dat een behoorlijke procedure kan bijdragen aan procedurele rechtvaardigheid. Zie ook Van Heusden 2022, p. 128-134.

129 Brems 2017, p. 22. Zie verder bijvoorbeeld Popelier & Van de Heyning 2017, p. 5-13; Spano 2014; Popelier 2013, p. 251-252; Huijbers 2017a, p. 180 e.v.

130 Zie bijvoorbeeld Gerards 2011a, p. 183; Popelier 2013, p. 252.

*gin of appreciation*-doctrine door het EHRM ontwikkeld om binnen het genoemde spanningsveld te opereren. De *margin of appreciation*-doctrine heeft kritiek op het EHRM echter niet kunnen voorkomen.<sup>131</sup> Het EHRM zou zich als internationale rechter te veel bemoeien met democratisch gelegitimeerde beslissingen van nationale autoriteiten. Te veel bemoeienis zou bijvoorbeeld tot uitdrukking komen in het (steeds vaker) opleggen van vergaande positieve verplichtingen aan staten, het uitvoeren van een (zeer) indringende evenredigheidstoetsing en de ruime interpretatie van EVRM-rechten.<sup>132</sup>

Een van de reacties van het EHRM op deze kritiek is het geven van een meer procedurele invulling aan de (evenredigheids)toetsing.<sup>133</sup> Zoals ik nader zal uitleggen in paragraaf 8.5.5 betekent het uitvoeren van een semi-procedurele evenredigheidstoetsing namelijk dat het EHRM zich minder bemoeit met de manier waarop de nationale autoriteiten de EVRM-rechten willen garanderen, terwijl het EHRM tegelijkertijd (mede) aan de hand van de toetsing aan procedurele standaarden, zoals een zorgvuldige voorbereiding, kan beoordelen of een beperking evenredig kan worden geacht.<sup>134</sup> Daarmee kan worden gezegd dat met procedurele toetsing een middenweg wordt gevonden ‘tussen eerbieding van de besluiten van staten (‘deference’) en het garanderen van individuele mensenrechtenbescherming.’<sup>135</sup> In lijn daarmee wordt procedurele toetsing door het EHRM ook wel gezien als een manier waarop het subsidiariteitsbeginsel in de praktijk wordt geïmplementeerd.<sup>136</sup>

#### 8.5.4 *Situaties waarin het EHRM een semi-procedurele evenredigheidstoetsing uitvoert*

De in de vorige paragraaf genoemde gedachte achter het uitvoeren van een semi-procedurele evenredigheidstoetsing hangt sterk samen met de vraag in welk soort zaken het EHRM een semi-procedurele evenredigheidstoetsing uitvoert. Gelet op die gedachte ligt het voor de hand dat het EHRM een procedurele invulling geeft aan de evenredigheidstoetsing als er reden is om een afstand te bewaren tot de inhoudelijke keuzes en afwegingen die de nationale autoriteiten hebben gemaakt. In die zin zou het logisch zijn als het al dan niet uitvoeren van semi-procedurele evenredigheidstoetsing samenhangt met de omvang van de aan de staten toekomende beoordelingsmarge (*margin of appreciation*): is die

131 Vergelijk Popelier & Van de Heyning 2017, p. 5-13; Spano 2014; Popelier 2013, p. 251-252; Huijbers 2017a, p. 180 e.v.; Huijbers 2017b, p. 6-7; Spano 2018, p. 478-479.

132 Zie bijvoorbeeld Huijbers 2017b, p. 6; Popelier & Van de Heyning 2017, p. 5-6.

133 Zie onder meer Popelier 2013, p. 251-254; Popelier & Van de Heyning 2017; Huijbers 2017a, p. 187.

134 Vergelijk Popelier & Van de Heyning 2017, p. 9-11.

135 Huijbers & Gerards 2016, p. 201.

136 Zie Loven 2022, p. 49, met verwijzing naar Spano 2018, p. 481.

beoordelingsmarge ruim, dan is er reden voor inhoudelijke afstand, maar kan een semi-procedurele evenredigheidstoetsing worden uitgevoerd ten behoeve van de rechtsbescherming.

Het antwoord op de vraag wanneer het EHRM semi-procedureel toetst, is door verschillende auteurs inderdaad gekoppeld aan de omvang van de *margin of appreciation*.<sup>137</sup> Dat wil zeggen dat het EHRM geneigd zou zijn om een semi-procedurele toetsing uit te voeren als er, om wat voor een reden dan ook, bijvoorbeeld omdat nationale autoriteiten *better placed* zijn, een ruime beoordelingsmarge toekomt aan de staat.

Tegelijkertijd is de precieze relatie tussen de *margin of appreciation* en semi-procedurele toetsing niet duidelijk.<sup>138</sup> Zo zijn er voorbeelden van zaken waarin het EHRM een semi-procedurele toetsing heeft uitgevoerd, terwijl aan de staten juist een beperkte beoordelingsmarge was toegekend.<sup>139</sup> Verder blijkt uit de rechtspraak van het EHRM dat de uitkomst van semi-procedurele toetsing, en daarmee de kwaliteit van de totstandkomingsprocedure, bepalend kan zijn voor de mate van beoordelingsmarge die aan de staten wordt gegeven en niet, andersom, dat de mate van beoordelingsmarge bepalend is voor de vraag of het EHRM al dan niet een semi-procedurele toetsing uitvoert.<sup>140</sup>

De meeste zaken waarin het EHRM een semi-procedurele evenredigheidstoetsing uitvoert, zijn inderdaad het type zaken waarin in beginsel een ruime *margin of appreciation* toekomt aan de nationale autoriteiten. Het gaat daarbij om zogenoemde ‘*hard cases*’ met een bepaalde mate van gevoeligheid, waarin de nationale autoriteiten beter in staat zijn om in te schatten welke maatregelen gerechtvaardigd kunnen worden geacht.<sup>141</sup>

‘*Hard cases*’ zijn onder meer zaken in de sociaaleconomische sfeer waarin complexe afwegingen en (beleids)keuzes moeten worden gemaakt, die, zie ook paragraaf 8.4.4, nationale autoriteiten geacht worden beter te kunnen maken.<sup>142</sup> De inhoudelijke toetsing die het

137 Onder meer Popelier & Van de Heyning 2013, p. 252 en Gerards 2017, p. 146 wijzen op dit verband.

138 Zie bijvoorbeeld Popelier & Van de Heyning 2017, p. 12.

139 Zie bijvoorbeeld EHRM 22 april 2013, nr. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*).

140 Zie hierover ook Huijbers 2019, p. 147 en de daar aangehaalde literatuur. In het eerste geval kan semi-procedurele toetsing worden gezien als een *justification strategy*, omdat de uitkomst ervan een meer of minder intensieve (materiële) toetsing rechtvaardigt (Huijbers 2019, p. 157). In het tweede geval, semi-procedurele toetsing vindt plaats wanneer de nationale autoriteiten een ruime beoordelingsmarge hebben, kan semi-procedurele toetsing worden gezien als een *avoidance, compensation of intensification strategy* (Huijbers 2019, p. 148-150).

141 Zie Gerards 2017, p. 168 e.v.

142 Gerards 2017, p. 146-147.

EHRM in dit soort gevallen uitvoert, is vaak beperkt, maar tegelijkertijd is het van belang dat het EHRM toeziet op de naleving van het EVRM. Dat kan onder meer door te beoordelen of de nationale autoriteiten daadwerkelijk, zoals het *better placed*-argument dat veronderstelt, alle relevante belangen hebben betrokken en afgewogen.<sup>143</sup> Volgens Gerards is het gelet op het bovenstaande niet verrassend dat het EHRM ervoor heeft gekozen om een terughoudende inhoudelijke toetsing in deze gevallen aan te vullen met een semi-procedurele toetsing: ‘[a]fter all, if the legislation itself is not to be looked at too closely, it is all the more important to ensure that such legislation is adopted through a fair decision-making process’, aldus Gerards.<sup>144</sup>

Andere ‘*hard cases*’ zijn wat Gerards noemt ‘*dilemma-cases*’: zaken waarin het gaat om moreel of ethisch beladen kwesties en waarin de nationale autoriteiten dus, zie paragraaf 8.4.4, in beginsel een ruime beoordelingsmarge toekomt omdat zij in betere positie verkeren om te bepalen hoe met een bepaalde kwestie moet worden omgegaan.<sup>145</sup> De inhoudelijke toetsing in dit soort zaken is terughoudend, maar die materiële terughoudendheid wordt in bepaalde mate gecompenseerd met een vorm van semi-procedurele toetsing, waarover Gerards onder meer opmerkt:

*‘[...] probably because of the importance of what is at stake in these cases, the Court may pay special attention to the care taken at the national level to arrive at certain choices. Especially in dilemma-cases, it is apparent that the Court places great value on the existence of societal and legislative debates, which preferably involve a large number of stakeholders and are very open in nature, and only after due deliberation in Parliament lead to the adoption of legislation.’*<sup>146</sup>

Kortom, de zaken waarin het EHRM kiest voor een semi-procedurele evenredigheidstoets zijn met name ‘*hard cases*’, waarin de nationale autoriteiten beter in staat zijn om in te schatten welke maatregelen gerechtvaardigd kunnen worden geacht. Er zijn dan redenen voor het EHRM om zich afstandelijk op te stellen ten aanzien van de inhoud van de gemaakte keuzes, maar in aanvulling daarop wordt een semi-procedurele evenredigheidstoets uitgevoerd.

143 Gerards 2017, p. 147.

144 Gerards 2017, p. 147.

145 Gerards 2017, p. 147-148.

146 Gerards 2017, p. 148.

### 8.5.5 *De inhoud van semi-procedurele evenredigheidstoetsing*

#### 8.5.5.1 **Indicatoren voor (on)evenredigheid**

De wijze waarop Popelier & Van de Heyning de semi-procedurele evenredigheidstoetsing omschrijven – zij spreken van *procedural rationality review* – brengt tot uitdrukking dat deze toets zich bevindt tussen enerzijds een zuiver procedurele toetsing en anderzijds een materiële toetsing. Eerst omschrijven zij waarin een semi-procedurele evenredigheidstoetsing verschilt van een zuiver procedurele toetsing:

*‘Procedural rationality review implies that the Court takes the quality of the decision-making procedure at the legislative, the administrative as well as the judicial stage, as a decisive factor for assessing whether government interference in human rights was proportional, thereby avoiding intense substantive review. This type of review is also known as ‘semi-procedural review’ [...]. It differs from pure procedural review in that it does not merely examine whether a decision was taken in compliance with specific procedural requirements laid down in some statute or regulation. Instead, when conducting substantive review of an act, the court refers to procedural elements.’<sup>147</sup>*

Bij semi-procedurele evenredigheidstoetsing gaat het er dus niet om dat het EHRM simpelweg checkt of regelgeving in stand is gekomen met inachtneming van procedurele vereisten, maar worden procedurele aspecten van regelgeving, in het bijzonder het totstandkomingsproces, beoordeeld als onderdeel van de evenredigheidstoets. Vervolgens leggen Popelier & Van de Heyning uit waarin de semi-procedurele evenredigheidstoets verschilt van een materiële evenredigheidstoets:

*‘Procedural rationality review is thus part of the substantive proportionality test, where scrutiny of the legislative or administrative record and the judicial reasoning process serves to underpin the conclusion of whether or not a measure is the result of an informed balancing exercise. If national authorities assess the proportionality of a measure on the basis of a careful and informed weighing of interests, the ECtHR will more easily be convinced that the measure is, indeed, proportional. In contrast to a strong substantive proportionality review, the Court will thus not weigh the interests or rights itself, but rely on the balancing in so far as it is shown that the outcome follows from a duly informed and deliberated procedure. [...] [T]he Court, overruling a variety of legal orders, merely looks*

147 Popelier & Van de Heyning 2017, p. 9-10 met verwijzing naar Popelier & Van de Heyning 2013, p. 252; Spano 2014, p. 487-502; Bar-Siman-Tov 2012, p. 272-82; Bar-Siman-Tov 2012, p. 280.

*for evidence in parliamentary debates, consultation papers and scientific reports that the government's interference is based on evidence and informed debate.*<sup>148</sup>

Anders dan bij het uitvoeren van een materiële evenredigheidstoetsing, waarbij het EHRM zelf beoordeelt of de ter toetsing voorliggende regeling evenredig is, gaat het er bij een semi-procedurele evenredigheidstoetsing om dat het EHRM aan de hand van een beoordeling van het totstandkomingsproces bekijkt of de nationale autoriteiten op basis van een ‘*duly informed and deliberated procedure*’ een behoorlijke (evenredige) maatregel hebben getroffen.<sup>149</sup> Hoe meer die procedure er blijk van geeft, *casu quo* bewijs oplevert, dat de nationale autoriteiten een maatregel geïnformeerd en met de nodige zorgvuldigheid hebben voorbereid, waarbij alle relevante belangen zijn onderzocht en afgewogen, des te sneller zal het EHRM het aannemelijk achten dat aan de evenredigheidseisen is voldaan.<sup>150</sup> Het voorgaande heeft het EHRM bijvoorbeeld tot uitdrukking gebracht door te overwegen dat ‘*where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts.*’<sup>151</sup>

Als het EHRM aan de hand van het totstandkomingsproces beoordeelt in hoeverre het aannemelijk is dat aan de evenredigheidseisen is voldaan, weegt het EHRM de aanwezigheid van bepaalde zaken positief of de afwezigheid van bepaalde zaken negatief mee. Dit zouden ‘indicatoren voor (on)evenredigheid’ genoemd kunnen worden of, zoals ik in hoofdstuk 7 heb gezegd: ‘wapenfeiten’ het aannemelijk maken dat de in regelgeving gemaakte keuzes evenredig zijn.<sup>152</sup> Enkele voorbeelden van zaken die het EHRM van belang acht, en daarmee een indicatie zijn voor evenredigheid of juist onevenredigheid, bespreek ik hierna.<sup>153</sup>

Een van de indicatoren voor evenredigheid bij de semi-procedurele evenredigheidstoets, met name in zaken waarin nationale autoriteiten complexe afwegingen en keuzes moeten maken, is als aan de ter toetsing voorliggende maatregel deugdelijke onderzoeken (*‘appro-*

148 Popelier & Van de Heyning 2017, p. 10. Hierbij wordt door hen verwezen naar Alemanno 201; Weiss 2015; Spielmann 2011, p. 381; Saul 2015, p. 760; Popelier 2013.

149 Zie ook Popelier & Van de Heyning 2013, p. 252.

150 Vergelijk Popelier & Van de Heyning 2017, p. 11; Gerards 2017, p. 128.

151 EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 (*Von Hannover (Nr. 2)/Duitsland*), par. 107. Zie ook Gerards 2023, p. 372 en de daar aangehaalde rechtspraak van het EHRM.

152 Zie paragraaf 7.4.5.3.

153 Voor een uitgebreidere bespreking van de verschillende indicatoren voor (on)evenredigheid, zie bijvoorbeeld Popelier 2013, p. 257-264; Popelier & Van de Heyning 2013, p. 252-255; 13-20; Gerards 2017, p. 140-146.

private studies') ten grondslag liggen op basis waarvan de noodzakelijkheid, geschiktheid en/of evenredigheid in strikte zin van de maatregel kon worden vastgesteld.<sup>154</sup> Ter illustratie wordt gewezen op de zaak *Hatton/Verenigd Koninkrijk*, waarin het gaat om een klacht die betrekking heeft op het schema van nachtvluchten op Heathrow Airport, neergelegd in regelgeving, waarmee volgens Hatton en anderen, vanwege een verstoorde nachtrust door de vele opstijgende en landende vliegtuigen, hun recht op eerbieding van het privéleven (artikel 8 EVRM) wordt geschonden.<sup>155</sup> Bij de beoordeling van de klacht overweegt het EHRM onder meer dat het in zaken op het gebied van milieu niet alleen de inhoud van beslissingen kan beoordelen, maar ook dat het EHRM 'may scrutinise the decision-making process to ensure that due weight has been accorded to the interests of the individual'.<sup>156</sup> Bij het uitvoeren van zijn evenredigheidstoets besteedt het EHRM vervolgens onder meer aandacht aan de wijze waarop het vluchtschema tot stand is gekomen, waarbij het in het bijzonder kijkt naar het onderzoek dat daaraan ten grondslag ligt. Het EHRM overweegt:

*'On the procedural aspect of the case, the Court notes that a governmental decision-making process concerning complex issues of environmental and economic policy such as in the present case must necessarily involve appropriate investigations and studies in order to allow them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake. However, this does not mean that decisions can only be taken if comprehensive and measurable data are available in relation to each and every aspect of the matter to be decided. In this respect it is relevant that the authorities have consistently monitored the situation, and that the 1993 Scheme was the latest in a series of restrictions on night flights which stretched back to 1962. The position concerning research into sleep disturbance and night flights is far from static, and it was the government's policy to announce restrictions on night flights for a maximum of five years at a time, each new scheme taking into account the research and other developments of the previous period. The 1993 Scheme had thus been preceded by a series of investigations and studies carried out over a long period of time. [...]'*<sup>157</sup>

154 Popelier 2013, p. 259-262 spreekt in dit verband van 'evidence based law making'.

155 EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297 (*Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*). Zie ook EHRM 14 februari 2012, nr. 31965/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0214JUD003196507 (*Hardy en Maile/Verenigd Koninkrijk*).

156 EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297 (*Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 99. Zie verder De Jong 2017, p. 150 e.v. die erop wijst dat het vereiste van een zorgvuldige nationale besluitvormingsprocedure de 'overkoepelende procedurele kernverplichting' is onder artikel 8 EVRM. Over hoe dat uitwerkt in milieuzaken, zie De Jong 2017, p. 160 e.v.

157 EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297 (*Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 128.



In complexe zaken op het gebied van het milieu en economie moeten beslissingen aldus worden gebaseerd op ‘*appropriate investigations and studies*’ (volledige en meetbare gegevens met betrekking tot elk aspect van de materie waarover moet worden beslist is niet nodig) die de autoriteiten in staat stellen een maatregel te nemen waarmee een redelijk evenwicht wordt gevonden tussen de aan de orde zijnde belangen. In dat licht waardeert het EHRM positief dat de Britse regelgever het schema heeft gebaseerd op verschillende onderzoeken, verspreid over een langere periode. In gelijke zin waardeert het EHRM deugdelijk onderzoek positief in de context van maatregelen waarbij ook complexe afwegingen moeten worden gemaakt, maar dan omdat het moreel en ethische beladen kwesties betreft.<sup>158</sup> Dat is te zien in bijvoorbeeld de zaak *Evans/Verenigd Koninkrijk*, waarin het gaat om de vraag of (toepassing van) Britse IVF-wetgeving op grond waarvan embryo’s moesten worden vernietigd zodra één van de donoren de toestemming voor het gebruik van ingevroren embryo’s introk in strijd is met artikel 8 EVRM. Het EHRM overweegt dat het relevant is dat ‘*the 1990 Act was the culmination of an exceptionally detailed examination of the social, ethical and legal implications of developments in the field of human fertilisation and embryology, and the fruit of much reflection, consultation and debate.*’<sup>159</sup>

Is een maatregel daarentegen niet gebaseerd op deugdelijk onderzoek, dan waardeert het EHRM dat juist negatief.<sup>160</sup> Dat blijkt bijvoorbeeld uit de zaak *X. e.a./Oostenrijk*, waarin het EHRM oordeelt dat een wettelijke regeling die het koppels van met hetzelfde geslacht verbiedt om te adopteren, ter bescherming van het belang van het kind (‘*protect the “traditional family”*’), artikel 14 juncto 8 EVRM schendt. In die zaak overweegt het EHRM, onder veel meer, dat de Oostenrijkse overheid ‘*did not adduce any specific argument, any scientific studies or any other item of evidence to show that a family with two parents of the same sex could in no circumstances adequately provide for a child’s needs.*’<sup>161</sup> Aldus is geen enkel bewijs aangedragen voor de stelling dat een gezin met twee ouders van hetzelfde geslacht in geen geval in voldoende mate kunnen voorzien in de behoefte van een kind.

Een andere indicator voor evenredigheid, waarop het EHRM al wees in de zojuist genoemde zaak *Evans/Verenigd Koninkrijk*, is dat regelgeving tot stand is gekomen in een open en transparante procedure waarin er ruimte was voor het publiek en belanghebbende partijen om hun zienswijzen naar voren te brengen. Het raadplegen van het publiek en belanghebbende partijen, zeker als daarbij de mogelijkheid van debat wordt geboden,

158 Zie ook Popelier & Van de Heyning 2013, p. 253.

159 Zie EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*), par. 86.

160 Zie ook Popelier 2013, p. 260-261.

161 EHRM 19 februari 2013, nr. 19010/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007 (*X. e.a./Oostenrijk*), par. 142.



is met name van belang omdat het een indicatie is dat alle relevante belangen in het totstandkomingsproces in beeld waren en dat het voor de vaststellende autoriteit duidelijk was welke impact de regeling heeft op die belangen.<sup>162</sup> Dat geeft de regelgever de mogelijkheid om een zorgvuldige afweging te maken, en dat maakt het voor het EHRM dan weer aannemelijker dat de betreffende regeling evenredig (in strikte zin) is. Het belang van raadpleging benadrukt het EHRM bijvoorbeeld in de hierboven genoemde zaak *Hatton/Verenigd Koninkrijk*:

*[...] The particular new measures introduced by that scheme were announced to the public by way of a Consultation Paper which referred to the results of a study carried out for the Department of Transport, and which included a study of aircraft noise and sleep disturbance. [...] This paper was published in January 1993 and sent to bodies representing the aviation industry and people living near airports. The applicants and persons in a similar situation thus had access to the Consultation Paper, and it would have been open to them to make any representations they felt appropriate. Had any representations not been taken into account, they could have challenged subsequent decisions, or the scheme itself, in the courts.*<sup>163</sup>

In lijn met het voorgaande is het een positief te waarden aspect als de (formele) wetgeving die een EHRM-recht beperkt, tot stand is gekomen na een uitvoering (parlementair) debat, weer omdat dat een aanwijzing is dat alle relevante gezichtspunten en zienswijzen door de regelgever zijn betrokken bij de voorbereiding van regelgeving.<sup>164</sup> De positieve waardering door het EHRM van een uitvoerig debat komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de zaak *Maurice/Frankrijk*, over een gewijzigde compensatieregeling bij ‘*wrongful birth*’.<sup>165</sup> Het EHRM wijst erop dat er een ‘*stormy nation-wide debate*’ heeft plaatsgevonden ‘*reflecting the major differences of opinion on the question within French society*’. Bovendien zijn er belanghebbende personen en partijen geraadpleegd voorafgaand aan de wijziging van de

162 Zie Popelier 2013, p. 258.

163 EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297 (*Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 128.

164 Zie Gerards 2017, p. 141-144. Voor een negatieve waardering in deze context zie EHRM 6 oktober 2005, nr. 74025/01, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD007402501 (*Hirst/Verenigd Koninkrijk*). Door Gerards 2023, p. 378 wordt ook gewezen op EHRM 15 maart 2022, nr. 21881/20, ECLI:ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD002188120 (*Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*), par. 88.

165 EHRM 6 oktober 2005, nr. 11810/03, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003 (*Maurice/Frankrijk*). Vergelijk EHRM 22 april 2013, nr. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 15 maart 2021, nrs. 25802/18 en 27338/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002580218 (*Strøbye en Rosenlind/Denemarken*).

compensatieregeling.<sup>166</sup> Ook in de zaak *Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk* wordt door het EHRM positief gewaardeerd dat uitgebreid is gedebatteerd over het in de *Communications Act* neergelegde verbod op politieke reclame op televisie en radio, waarbij ook aandacht is besteed aan de verenigbaarheid van de regeling met het EVRM.<sup>167</sup>

Uit wat hierboven en in hoofdstuk 7 is besproken, blijkt dat de indicatoren voor (on)evenredigheid in de rechtspraak het EHRM vergelijkbaar zijn met de indicatoren voor (on)evenredigheid in de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>168</sup> Beide rechters wegen het bijvoorbeeld positief mee als de gemaakte keuzes gebaseerd zijn op deugdelijk onderzoek en als de regelgever het publiek en belanghebbende partijen heeft geraadpleegd. Deze aspecten vallen onder de algemene noemer ‘zorgvuldigheid’ en de toetsing daaraan fungeert als vehikel om te beoordelen of een gemaakte keuze in regelgeving evenredig is. In hoofdstuk 7 heb ik besproken dat ook de toetsing aan het motiveringsbeginsel relevant is wanneer het Hof van Justitie beoordeelt in hoeverre het aannemelijk is dat de regelgever evenredige regelgeving heeft vastgesteld.<sup>169</sup> Motivering speelt in de rechtspraak van het EHRM een minder expliciete rol, maar daarmee is allerminst gezegd dat de motivering irrelevant is. De motivering van regelgeving speelt uiteraard wel een rol, want als de regelgever geen verantwoording aflegt over de feitelijke grondslag en het waarom van de daarop gebaseerde keuzes, kan de rechter ook niet beoordelen of de evenredigheidsbeoordeling van de regelgever plausibel is. Met andere woorden: de motivering van de regelgever is essentieel voor het kunnen uitvoeren van een semi-procedurele evenredigheidstoetsing.

#### 8.5.5.2 Consequenties van de uitkomst van een semi-procedurele toetsing

Een van de karakteristieken van de semi-procedurele evenredigheidstoets (van het EHRM) is dat de beoordeling van procedurele aspecten vrijwel steeds samengaat met een toetsing van de inhoud van een maatregel.

De wisselwerking tussen procedurele en inhoudelijke toetsing bij evenredigheidsbeoordelingen kan verschillend zijn in de rechtspraak van het EHRM. Het komt voor dat de uitkomst van de toetsing van procedurele aspecten van regelgeving consequenties heeft voor de intensiteit waarmee het EHRM een inhoudelijke (aanvullende) evenredigheidsbeoordeling uitvoert. Het EHRM heeft daarop ook gewezen, door te overwegen dat ‘*the extent*

166 EHRM 6 oktober 2005, nr. 11810/03, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003 (*Maurice/Frankrijk*), par. 121.

167 EHRM 22 april 2013, nr. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook de annotatie van Gerards in *EHRC* 2013/149 en Popelier 2019.

168 Zie met name paragraaf 7.4.5.

169 Zie paragrafen 7.4.4.3 t/m 7.4.5.

*of the State's margin of appreciation depends on the quality of the decision-making process*'.<sup>170</sup> Dat de uitkomst van de toetsing van procedurele aspecten van regelgeving bepalend kan zijn voor de intensiteit van de inhoudelijke evenredigheidstoets, is met name zichtbaar in de gevallen waarin het EHRM negatief heeft geoordeeld over die procedurele aspecten.<sup>171</sup> Negatief, in de zin dat uit de beoordeling van de procedurele aspecten van regelgeving volgt dat er onvoldoende indicatoren voor evenredigheid aanwezig zijn. Voor het EHRM lijkt dat negatieve oordeel een reden te zijn om een inhoudelijk intensieve beoordeling uit te voeren.<sup>172</sup> Ook mogelijk is dat het EHRM juist positief oordeelt over de procedurele aspecten van regelgeving; het is dan aannemelijk dat de betreffende regeling evenredig is. In dat geval kan het EHRM ter aanvulling een inhoudelijke toetsing uitvoeren, maar die toetsing is terughoudend en beperkt zich tot de vraag of er sprake is van een '*manifest error of appreciation*'.<sup>173</sup> Zoals het EHRM in de zaak *Von Hannover (Nr. 2)/Duitsland* heeft overwogen heeft het EHRM in dergelijke gevallen '*strong reasons*' nodig om zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de nationale autoriteiten.<sup>174</sup>

Het is niet altijd zo dat de uitkomst van de toetsing van procedurele aspecten de intensiteit bepaalt van de inhoudelijke toetsing die het EHRM uitvoert. Soms bepaalt de uitkomst van de toetsing van procedurele aspecten het eindoordeel van het EHRM.<sup>175</sup> Gevallen waarin het EHRM zijn eindoordeel uitsluitend baseert op de uitkomst van de toetsing van procedurele aspecten zijn met name de gevallen waarin de uitkomst van die procedurele toetsing negatief was.<sup>176</sup> In weer andere gevallen heeft de uitkomst van de toetsing van procedurele aspecten geen duidelijke consequentie. Het gaat dan om situaties waarin het EHRM een soort 'net van argumenten' uitgooit, wat erin tot uitdrukking komt dat de toetsing van procedurele en inhoudelijke aspecten van regelgeving elkaar min of meer afwisselen en gezamenlijk bepalend zijn voor de vraag of evenredigheidseisen (of, breder, de betreffende EVRM-rechten) zijn geschonden.<sup>177</sup>

170 Zie Popelier & Van de Heyning 2017, p. 12. Zie hierover ook Huijbers 2019, p. 147, die erop wijst dat *process-based review* in dit geval een 'rechtvaardiging' kan zijn voor het uitvoeren van een intensievere of juist terughoudendere toetsing.

171 Zie Huijbers & Gerards 2016, p. 204-205.

172 Zie Huijbers & Gerards 2016, p. 204-205.

173 Huijbers & Gerards 2016, p. 205-206; Huijbers 2019, p. 147.

174 EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 (*Von Hannover (Nr. 2)/Duitsland*, par. 107. Zie ook EHRM 14 februari 2012, nr. 31965/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0214JUD003196507 (*Hardy en Maile/Verenigd Koninkrijk*), par. 231.

175 Huijbers 2019, p. 162 spreekt in dit verband van '*exclusively process-based review*'.

176 Zie Gerards 2017, p. 144-146; Huijbers & Gerards 2016, p. 204.

177 Zie Huijbers & Gerards 2016, p. 206. Huijbers 2019, p. 163 spreekt in dit verband van '*supportive process-based review*'.

8.5.6 *Tussenconclusie*

De beoordeling of een inmenging van een EVRM-recht al dan niet evenredig is, kan door zowel de inhoud als procedurele aspecten van die regelgeving te toetsen. In het EVRM-systeem is het uitgangspunt dat het EHRM materieel toetst, waarbij die materiële toetsing terughoudend of intensief kan zijn.<sup>178</sup> Hoewel materiële toetsing het uitgangspunt blijft, wordt ook gesproken van een ‘*procedural turn*’ die het EHRM heeft gemaakt.<sup>179</sup> Belangrijk voor dit onderzoek is dat die *procedural turn* ook inhoudt dat het EHRM steeds vaker procedurele aspecten toepast in de evenredigheidstoetsing. Die evenredigheidstoetsing, waarin aandacht is voor procedurele aspecten, is besproken als de semi-procedurele evenredigheidstoets door het EHRM.

De semi-procedurele evenredigheidstoets houdt in dat het EHRM aan de hand van de toetsing van de totstandkomingsprocedure beoordeelt in hoeverre het aannemelijk is dat aan de evenredigheidseisen is voldaan.<sup>180</sup> De maatstaf voor het toetsen van die totstandkomingsprocedure is zorgvuldigheid, die uiteenvalt in verschillende aspecten, zoals deugdelijk onderzoek (door deskundigen), een open en transparante procedure waarin er ruimte was voor het publiek en belanghebbende partijen om hun zienswijzen naar voren te brengen en (uitvoering) parlementair debat.

De aanwezigheid van deze aspecten wijst erop dat de nationale autoriteiten een maatregel geïnformeerd en met de nodige zorgvuldigheid hebben voorbereid, waarbij alle relevante belangen zijn onderzocht en afgewogen. Bij zo’n positief oordeel voert het EHRM vaak nog als sluitstuk een beperkte materiële toets uit, waarbij het EHRM nagaat of er sprake is van een ‘*manifest error or appreciation*’.<sup>181</sup> Is het zorgvuldigheidsoordeel over het totstandkomingsproces negatief, en valt daarom te betwijfelen of er aan de evenredigheidseisen is voldaan, dan kan dat verschillende consequenties hebben. Het EHRM kan ervoor kiezen om dan een inhoudelijke intensieve beoordeling uit te voeren, maar ook mogelijk is dat het EHRM concludeert dat er geen sprake is van een evenredige maatregel en dat het EVRM-recht is geschonden.<sup>182</sup>

Een gedachte achter het uitvoeren van een semi-procedurele evenredigheidstoetsing is dat het een uitkomst kan bieden in gevallen waarin het niet wenselijk is dat de rechter een eigen (indringende) evenredigheidsbeoordeling verricht, terwijl er wel een zodanig belang

---

178 Paragraaf 8.5.1.

179 Paragraaf 8.5.2.

180 Paragraaf 8.5.5.1.

181 Paragraaf 8.5.5.2.

182 Paragraaf 8.5.5.2.

op het spel staat dat vraagt om een rechterlijke controle die voldoende bescherming biedt bij de toetsing van een inmenging in een fundamenteel recht.<sup>183</sup> Deze gedachte is terug te zien in het soort situaties waarin het EHRM semi-procedureel toetst aan de evenredigheidseisen.<sup>184</sup> Deze toets wordt namelijk toegepast in zogenoemde ‘*hard cases*’, die met name ‘*hard*’ zijn omdat zij een bepaalde mate van gevoeligheid en/of complexiteit hebben die maakt dat nationale autoriteiten in principe beter in staat worden geacht om in te schatten welke maatregelen gerechtvaardigd kunnen worden geacht. Het EHRM geeft de nationale autoriteiten die ruimte om zelf keuzes te maken, maar bekijkt wel of die keuzes tot stand zijn gekomen in een zorgvuldig totstandkomingsproces.

## 8.6 CONCLUSIE

Een van de redenen waarom de evenredigheidstoetsing door het EHRM is besproken, is vanwege de (mogelijke) aanvulling op hetgeen is besproken in hoofdstuk 7 over evenredigheidstoetsing in het Unierecht. De semi-procedurele evenredigheidstoets is al langer zichtbaar in de rechtspraak van het EHRM. Het Hof van Justitie heeft deze afslag later gemaakt. Bovendien biedt de evenredigheidstoets door het EHRM meer inzicht in de mogelijke differentiaties in de toetsingsintensiteit en toetsingsmodaliteiten wanneer wet- of regelgeving een fundamenteel recht beperkt. Op veel punten vertonen de evenredigheidstoetsingen van het Hof van Justitie en het EHRM overeenkomsten, hoewel de inhoud van de evenredigheidseisen in de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie op onderdelen wel van elkaar verschillen. Op andere punten biedt de evenredigheidstoetsing van het EHRM aanvullende informatie.

Een overeenkomst is dat beide rechters op het punt van de toetsingsintensiteit een traploze glijdende schaal hanteren.<sup>185</sup> Het toetsen met een bepaalde intensiteit heeft consequenties voor de wijze waarop de toetsing plaatsvindt (toetsingsmodaliteit). Als een terughoudende toets is aangewezen, komt die toets door zowel het EHRM als het Hof van Justitie neer op een beoordeling op ‘overduidelijke’/‘kennelijke’ onevenredigheid – een materieel terughoudende evenredigheidstoets.<sup>186</sup> Een intensieve evenredigheidstoets heeft eveneens een materieel karakter. Daarbij gaan beide rechters min of meer zelfstandig na of de ter toetsing voorliggende maatregel evenredig is.<sup>187</sup> Een andere overeenkomst is dat het

183 Paragraaf 8.5.3.

184 Paragraaf 8.5.4.

185 Zie paragraaf 8.4.2 voor de glijdende schaal in de EHRM-rechtspraak en paragraaf 7.3.1 voor de glijdende schaal in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

186 Paragraaf 8.5.1 (EHRM) en paragraaf 7.4.2.1 (Unierecht).

187 Paragraaf 8.5.1 (EHRM) en i.h.b. paragraaf 7.5.3.2 (Unierecht).

EHRM en Hof van Justitie allebei een tussenintensiteit hanteren, ook al expliciteren zij dat niet in hun rechtspraak. Beide rechters voeren een semi-procedurele evenredigheidstoets uit, waarmee wordt beoogd om (extra) rechtsbescherming te bieden in de gevallen waarin zij dat nodig achten en dat vanwege hun positie als (supranationale) rechter niet kunnen doen door middel van een inhoudelijke evenredigheidstoetsing.<sup>188</sup> De inhoud van de semi-procedurele evenredigheidstoets die het Hof van Justitie en het EHRM toepassen is heel vergelijkbaar. Wel wordt het procedurele element in het Unierecht opgehangen aan de beginselen van zorgvuldigheid en motivering, waardoor de inhoud van de toets in het Unierecht wat preciezer is. Voor de bevindingen van de inhoud van de semi-procedurele evenredigheidstoets van het EHRM zij verwezen naar de tussenconclusie hierboven, in paragraaf 8.5.6.

Een punt waarop de evenredigheidstoetsing door het EHRM de conclusies van het vorige hoofdstuk kan aanvullen, betreft de factoren voor toetsingsintensiteit, omdat sommige van die factoren in de rechtspraak van het EHRM in de context van fundamentele rechten meer zijn uitgewerkt. Het EHRM hanteert drie factoren: de *common ground*-factor, de *better placed*-factor en de aard en het gewicht van het aangetaste recht.<sup>189</sup> In vergelijking met de toepassing van de factoren in het Unierecht werkt met name verhelderend dat het EHRM uitdrukkelijker differentieert in fundamentele rechten waarvan de beperking intensiever of juist terughoudender moet worden getoetst. In dit verband geldt als uitgangspunt dat beperkingen van EVRM-rechten die nauw zijn verbonden met de fundamentele beginselen die ten grondslag liggen aan het EVRM (democratie, pluralisme, menselijke waardigheid en persoonlijke autonomie) indringender worden getoetst dan EVRM-rechten die minder raken aan die fundamentele beginselen.<sup>190</sup>

---

188 Voor deze ratio van semi-procedurele evenredigheidstoetsing zie paragrafen 8.5.3 (EHRM) en 7.4.3 (Unierecht).

189 Paragraaf 8.4.4.

190 Paragraaf 8.4.4.

## 9 EVENREDIGHEIDSTOETSING IN DUITSLAND

### 9.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk bekijk ik hoe (intensief) de Duitse bestuursrechters lagere regelgeving en het Duitse constitutionele hof wet- en regelgeving toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Bij de toetsing aan dat beginsel bezien die rechters doorgaans of de betreffende regeling een legitiem doel dient, waarna zij een drietrapsstoets uitvoeren op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. Deze evenredigheidstoets zou aan de basis hebben gelegen van de Unierechtelijke evenredigheidstoets.<sup>1</sup> De drietrapsstoets op evenredigheid is vervolgens, mede via het Unierecht, in de Nederlandse bestuursrechtspraak omarmd in de *Harderwijk*-uitspraak, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde dat bij de toetsing aan het Nederlandse evenredigheidsbeginsel – ook buiten de werkings sfeer van het Unierecht – voortaan moet worden nagegaan of een besluit geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is.<sup>2</sup> Mede vanwege deze indirecte invloed – via het Unierecht – van de Duitse evenredigheidstoets op de Nederlandse evenredigheidstoets is het zinvol om in dit hoofdstuk te bekijken hoe wet- en regelgeving aan het Duitse evenredigheidsbeginsel wordt getoetst.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Paragraaf 9.2 heeft een inleidend karakter. Ik maak daarin een aantal algemene opmerkingen over het Duitse evenredigheidsbeginsel en ik bespreek de inhoud en structuur van dat beginsel en de rechterlijke toets daaraan. Omdat de evenredigheidstoetsing in Duitsland voornamelijk plaatsvindt in de grondrechtenjurisprudentie, bespreek ik in paragraaf 9.3 de positie van het evenredigheidsbeginsel bij de toetsing van wet- en regelgeving die een inmenging vormt in de grondrechten. In paragraaf 9.4 bespreek ik algemene uitgangspunten die gelden voor de intensiteit en modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel; in paragraaf 9.5 bespreek ik ter illustratie enkele toepassingen in de rechtspraak van het evenredigheidsbeginsel. In paragraaf 9.6 volgt de conclusie.

---

1 Zie bijvoorbeeld Marsch & Tünsmeier 2016, p. 34-35; Barak 2012, p. 181 e.v.; Sauter 2013, p. 442; Van den Brink e.a. 2017, p. 179; Craig 2018, p. 643.

2 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*). Zie paragraaf 3.5.

## 9.2 HET DUITSE EVENREDIGHEIDSBEGINSEL: ALGEMENE OPMERKINGEN EN INHOUD

### 9.2.1 Algemene opmerkingen

Het Duitse evenredigheidsbeginsel, het *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, is een algemeen rechtsbeginsel dat ziet op de verhouding tussen het doel van overheidshandelen en de middelen die worden gebruikt om dat doel te bereiken.<sup>3</sup> De eerste toepassingen van het beginsel waren zichtbaar aan het einde van de negentiende eeuw in het *Polizeirecht* – toen nog in beperktere vorm in vergelijking met nu – maar het beginsel is vooral in de tweede helft van de vorige eeuw tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van het constitutionele hof, met als startpunt het *Apothekenurteil* van 1958.<sup>4</sup> Volgens de rechtspraak van het BVerfG vloeit het evenredigheidsbeginsel voort uit het *Rechtsstaatsprinzip* en de grondrechten.<sup>5</sup> Het beginsel heeft *Verfassungsrang* en de werking ervan strekt zich uit over alle overheidshandelingen, of het nou gaat om individuele besluiten, formele wetten of rechtspraak,<sup>6</sup> en ongeacht de vraag of de overheid ordenende of presterende taken vervult.<sup>7</sup>

De verhouding tussen het doel van overheidshandelen en het middel dat wordt gebruikt om dat doel te bereiken wordt op grond van het evenredigheidsbeginsel gewaardeerd aan de hand van een aantal criteria die, zoals gezegd, met name tot ontwikkeling zijn gekomen in de rechtspraak van het BVerfG. Het beoordelen van de verhouding tussen het doel en middel veronderstelt dat de overheid handelt om een bepaald doel te bereiken. Dat doel moet legitiem zijn. Voorafgaand aan de vraag of er een evenredige verhouding bestaat

3 Over het Duitse evenredigheidsbeginsel zijn talloze werken verschenen. Zie bijvoorbeeld Hirschberg 1981; Jakobs 1985; Klatt/Meister 2014; Camilo de Oliveira 2013; Marsch & Tümsmeyer 2016; Petersen 2015a; Petersen 2015b; Dumbs 2015; Grimm 2007; Lang 2020; De Lange 1991, p. 133-153; De Moor-van Vugt 1995, p. 19-39.

4 BVerfGE 11 juni 1958, 7, 377 (*Apotheken-Urteil*), waarin de vrijheid van beroep aan de orde was en het BVerfG de zogenoemde *Stufentheorie* introduceerde. Zie ook de uitspraak *Lüth* (BVerfGE 15 januari 1958, 7, 198 (*Lüth*)), waarin het BVerfG onder meer oordeelde dat grondrechten moeten worden gezien als de uitdrukking van een 'objectieve waardenorde', waarvan de realisatie en implementatie noodzakelijkerwijs een of andere vorm van afweging vereist. De veralgemenisering van het evenredigheidsbeginsel vindt later plaats. In 1963 overweegt het BVerfG dat de rechter '*den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Mittel und Zweck*' moet toepassen bij alle '*staatlichen Eingriffen in die Freiheitssphäre*'. (BVerfGE 10 juni 1963, 16, 94 (*Liquorentnahme*)). Over de ontwikkeling van het beginsel zie bijvoorbeeld Dumbs 2015, p. 29 e.v.; Hirschberg 1981, p. 2-19; Marsch & Tümsmeyer 2016, p. 22-30; Petersen 2015b, p. 57-67; De Lange 1991, p. 136-141; Grimm 2007, p. 384-387.

5 BVerfGE 15 december 1965, 19, 342 (*Wencker*).

6 Hirschberg 1981, p. 1; Jakobs 1985, p. 133-136.

7 De Moor-van Vugt 1995, p. 33-35, 38.



tussen het doel en middel wordt dan ook bekeken of het nagestreefde doel legitiem is.<sup>8</sup> Vervolgens wordt de evenredigheid beoordeeld, waarbij in de rechtspraak consistent drie elementen worden onderscheiden: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin.

### 9.2.2 *Legitiem doel*

Het vaststellen of een maatregel een legitiem doel dient, moet voorafgaan aan de evenredigheidsbeoordeling en fungeert in die zin als startpunt.<sup>9</sup> Zonder helder voor ogen te hebben wat precies het doel is, kan de doel-middeltoets niet worden uitgevoerd. Wanneer regelgeving wordt beoordeeld, kan het doel bijvoorbeeld worden afgeleid uit de tekst van die regeling, de toelichting daarbij of de totstandkomingsgeschiedenis.<sup>10</sup> Als het duidelijk is welk doel wordt nagestreefd, wordt vervolgens nagegaan of dat doel ook *legitiem* is. Uit de rechtspraak van het BVerfG blijkt dat vrij snel kan worden aangenomen dat een doelstelling legitiem is.<sup>11</sup> Vooral de formele wetgever heeft veel ruimte om te kiezen welk doel hij wil nastreven.<sup>12</sup> Het is bijvoorbeeld niet vereist dat het doel ‘voldoende gewicht’ heeft of dat sprake is van een ‘dwingende noodzaak’.<sup>13</sup> Wat gewichtig genoeg is om voorwerp van wetgeving te worden, moet de democratisch gelegitimeerde wetgever zelf bepalen.<sup>14</sup> Het BVerfG heeft in de jaren een veelheid aan doelstellingen aangemerkt als legitiem: van heel abstracte doelstellingen, zoals de bescherming van de volksgezondheid, tot meer specifieke doelstellingen, zoals de bescherming van personen tegen de gezondheidsrisico’s van passief roken. Voor een uitgebreide, niet-limitatieve, opsomming van doelstellingen die volgens het BVerfG legitiem zijn, zij verwezen naar de literatuur.<sup>15</sup>

De lagere regelgever is minder vrij om te kiezen welk doel hij wil nastreven met een bepaalde regeling. Dat geldt met name in de context van *Rechtsverordnungen* – gedelegeerde regelgeving die is vastgesteld op basis van een formele wet. Artikel 80, eerste lid,

8 Zie bijvoorbeeld Klatt/Meister 2014, p. 194-195; Marsch & Tümsmeyer 2016, p. 32; Grimm 2007, p. 387-388; Lang 2020, p. 60-77. Overigens wordt het criterium dat een legitiem doel moet worden nagestreefd niet altijd afzonderlijk besproken in de literatuur, maar duidelijk is dat dit aspect wordt beoordeeld, ofwel als voorvraag ofwel als onderdeel van evenredigheidstoetsing.

9 Zie Grimm 2007, p. 388.

10 Grimm 2007, p. 389; Lang 2020, p. 62.

11 Lang 2020, p. 60-61; Grimm 2007, p. 388; Klatt/Meister 2014, p. 194-195.

12 Grimm 2007, p. 388.

13 Grimm 2007, p. 388.

14 Daarmee is niet gezegd dat het gewicht van de doelstelling geen rol speelt bij de evenredigheidstoetsing. Dat doet het wel, maar pas bij de vraag naar de evenredigheid in strikte zin van een maatregel. Zie Grimm 2007, p. 388.

15 Zie Lang 2020, p. 68-70.

GG schrijft voor dat de formeelwettelijke grondslag zoveel mogelijk de inhoud, het doel en de omvang van een *Rechtsverordnung* moet bepalen (*Bestimmtheitsgebot*). In lijn daarmee moeten de organen die *Rechtsverordnungen* vaststellen dat doen ter nastreving van het doel dat is omschreven in de delegatiegrondslag.<sup>16</sup>

### 9.2.3 *Geschiktheid*

Het eerste element van de Duitse drietrapsevenredigheidstoets is geschiktheid (*Geeignetheit*). Het gaat dan om de volgende vraag: is de ter toetsing voorliggende maatregel geschikt om het doel te bereiken? Vaste rechtspraak van het BVerfG is dat een maatregel geschikt is wanneer die maatregel kan bijdragen aan de verwezenlijking van het nagestreefde doel ('[f]ür die Eignung reicht es aus, wenn [...] der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es genügt mithin bereits die Möglichkeit einer Zweckerreichung').<sup>17</sup> Het is voor het doorstaan van de geschiktheidstoets dus niet nodig dat komt vast te staan dat het met de maatregel nagestreefde doel ook daadwerkelijk (volledig) wordt bereikt.<sup>18</sup>

Een in de literatuur genoemd voorbeeld uit de rechtspraak van het BVerfG dat illustreert dat het voor het doorstaan van de geschiktheidstoets voldoende is dat de maatregel eraan kan bijdragen dat het nagestreefde doel (deels) wordt verwezenlijkt, is de zaak *Sonntagsbackverbot*. Bij het uitvoeren van de geschiktheidstoets in die zaak overweegt het BVerfG dat een wettelijk verbod op 'nachtbakken' in bakkerijen weliswaar geen volledige nachtrust garandeert, werken mocht wel vanaf 4 uur 's nachts, maar dat het verbod in elk geval wel kan bijdragen aan de bescherming van de gezondheid.<sup>19</sup>

Het komt bijna niet voor dat de ter toetsing voorliggende maatregel de geschiktheidstoets *niet* doorstaat.<sup>20</sup> Het oordeel dat een maatregel wel *ongeschikt* is, is in elk geval aangewezen als er geen enkele rationele connectie bestaat tussen de maatregel en het doel. Zo achtte het BVerfG een wettelijk voorschrift ongeschikt op basis waarvan wapenkennis werd vereist voor de uitoefening van de valkerij.<sup>21</sup> Omdat wapenkennis irrelevant is voor de valkerij – er worden daarbij immers geen wapens gebruikt, de roofvogel zelf wordt getraind tot 'het wapen' – was die maatregel ongeschikt om het doel van een goede jachtbeoefening te bevorderen.

16 Vergelijk Marsch & Tümsmeyer 2016, p. 32.

17 Zie bijvoorbeeld BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot*).

18 Zie bijvoorbeeld ook Klatt/Meister 2014, p. 195; Marsch & Tümsmeyer 2016, p. 32-33.

19 BVerfGE 17 november 1992, 87, 363 (*Sonntagsbackverbot*).

20 Zie bijvoorbeeld Marsch & Tümsmeyer 2016, p. 32-33; Klatt/Meister 2014, p. 195; Grimm 2007, p. 389.

21 BVerfGE 5 november 1980, 55, 159 (*Falknerjagdschein*).

#### 9.2.4 *Noodzakelijkheid*

Het noodzakelijkheidsvereiste als onderdeel van het Duitse evenredigheidsbeginsel (*Erforderlichkeit*) wordt ingevuld met het criterium van het ‘minst belemmerende alternatief’.<sup>22</sup> Dat criterium staat ook wel bekend als het subsidiariteitsvereiste of de subsidiariteitstoets, die ook het Hof van Justitie, het EHRM en de Nederlandse bestuursrechter hanteren in hun rechtspraak.<sup>23</sup> Het criterium van het ‘minst belemmerende alternatief’ houdt in dat de ter toetsing voorliggende maatregel alleen noodzakelijk kan worden geacht als er geen alternatieve maatregelen bestaan die even geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken, maar minder ingrijpend zijn dan het gekozen middel. Bij de beoordeling van de ingrijpendheid gaat het dan veelal om de impact die een maatregel heeft op de fundamentele rechten van de burger.<sup>24</sup>

Het noodzakelijkheidsvereiste komt er dus op neer dat er bij een keuze tussen meerdere maatregelen die even effectief zijn, gekozen moet worden voor de maatregel die het minst ingrijpend is voor de burger. Bij het beoordelen of de gekozen maatregel noodzakelijk is, moeten dan twee stappen worden gezet.<sup>25</sup> In de eerste plaats moet worden onderzocht of de alternatieven het behalen van het nagestreefde doel op even effectieve wijze bevorderen als het gekozen middel. Ten tweede moet worden bekeken of het gekozen middel, gelet op de even effectief bevonden middelen, het minst ingrijpend is. Het uitvoeren van de noodzakelijkheidstoets verlangt aldus een onderzoek naar de gevolgen van de verschillende middelen in het licht van hun effectiviteit om het nagestreefde doel te verwezenlijken en hun impact op de aan de orde zijnde (fundamentele) rechten.

#### 9.2.5 *Evenredigheid in strikte zin*

Het vereiste van de evenredigheid in strikte zin vormt de kern van de evenredigheidstoets in Duitsland.<sup>26</sup> Zo blijkt uit de rechtspraak van het BVerfG bijvoorbeeld dat wanneer een wet in strijd wordt bevonden met het evenredigheidsbeginsel, dat meestal is omdat de wet niet evenredig in strikte zin is.<sup>27</sup>

22 Zie bijvoorbeeld Klatt/Meister 2014, p. 195; Camilo de Oliveira 2013, p. 130-131; Marsch & Tümsmeyer 2016, p. 33.

23 Zie paragraaf 3.5 (Nederland), paragraaf 7.2.4 (Hof van Justitie) en paragraaf 8.3.3 (EHRM).

24 Zie bijvoorbeeld Klatt/Meister 2014, p. 195; Camilo de Oliveira 2013, p. 130-131.

25 Zie Klatt/Meister 2014, p. 195.

26 Grimm 2007, p. 393; Lang 2020, p. 103-104; Petersen 2015b, i.h.b. p. 65 e.v.

27 Zie Lang 2020, p. 103.

Het vereiste van de evenredigheid in strikte zin (*‘Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne’*, ook wel *‘Angemessenheit’* of *‘Zumutbarkeit’* genoemd) gaat over de vraag of er een redelijk evenwicht is gevonden tussen enerzijds het gewicht van het belang van het nagestreefde doel en anderzijds het gewicht van de aangetaste belangen en de mate waarin die belangen worden aangetast.<sup>28</sup> Niet toegestaan is dat de burger buitensporig wordt belast door de getroffen maatregel in verhouding tot het nagestreefde doel. De aantasting van het aan de orde zijnde belang moet in een redelijke verhouding staan tot het belang van het nagestreefde doel. Om deze redelijke verhouding vast te stellen, zullen er verschillende beoordelingen gemaakt moeten worden.<sup>29</sup> Zo is het enerzijds nodig om vast te stellen wat het gewicht is van het aangetaste belang en hoe ernstig de aantasting van dat belang is. Anderzijds moet worden nagegaan welk gewicht het nagestreefde doel heeft, hoe waarschijnlijk het is dat het te beschermen belang wordt aangetast en de mate waarin een maatregel bijdraagt aan de bescherming van dat belang. Na al deze beoordelingen moet de balans worden opgemaakt: rechtvaardigt het doel van het middel de daardoor veroorzaakte nadelen?

#### 9.2.6 *Opmaat: de toepassing van evenredigheid bij wet- en regelgeving*

Dit hoofdstuk gaat over de evenredigheidstoetsing van wet- en regelgeving in Duitsland. Het komt niet heel vaak voor dat lagere regelgeving in Duitsland wordt getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Een reden daarvoor is dat de regulering in Duitsland veelal plaatsvindt op het niveau van de formele wet en minder in lagere regelgeving. Mogelijk is dat het gevolg van de zogenoemde *‘Wesentlichkeitstheorie’* die is ontwikkeld door het BVerfG.<sup>30</sup> Deze theorie vloeit voort uit het legaliteitsbeginsel (*Vorbehalt des Gesetzes*) en houdt in dat de formele wetgever de meest *‘wezenlijke’* beslissingen zelf moet nemen. *‘Wezenlijk’* moet in dit verband vooral worden opgevat als beslissingen die (diep) ingrijpen in de (fundamentele) rechten en vrijheden van burgers, ongeacht het onderwerp waarop de regels zien.<sup>31</sup> Omdat de in het GG neergelegde grondrechten een ruim toepassingsbereik hebben, betekent dit dat veel regulering raakt aan grondrechten en derhalve plaatsvindt in de formele wet.<sup>32</sup> Evenredigheidstoetsing komt gelet daarop met name voor in de grondrechtenjurisprudentie van het BVerfG, waarin wordt beoordeeld of formele

28 Zie bijvoorbeeld Camilo de Oliveira 2013, p. 132-135; Grimm 2007, p. 393.

29 Camilo de Oliveira 2013, p. 134-135; Klatt/Meister 2014, p. 196-197; Grimm 2007, p. 394; Michaelis 2021, p. 577-578.

30 BVerfGE 6 december 1972, 34, 165 (*Förderstufe*); Maurer & Waldhoff 2020, p. 125-126.

31 Maurer & Waldhoff 2020, p. 127.

32 Wel moet gezegd worden dat lagere regelgeving in Duitsland een steeds belangrijker rol lijkt te spelen bij normstelling. Er is in Duitsland namelijk, net als in Nederland, een ontwikkeling zichtbaar waarbij normstelling steeds vaker niet plaatsvindt op het niveau van de formele wet, maar in lagere regelgeving, met name *Rechtsverordnungen*. Zie Rose-Ackerman, Egidy & Fowkes 2015, p. 189; Schnelle 2007, p. 1; Pünder 2009.

wetgeving in overeenstemming is met de in het GG neergelegde grondrechten. De drietrapsevenredigheidstoets is, zoals gezegd in paragraaf 9.2.1, in die jurisprudentie ook tot ontwikkeling gekomen.

Het voorgaande betekent niet dat lagere regelgeving nooit aan het evenredigheidsbeginsel wordt getoetst. Dat gebeurt wel, onder meer door het BVerfG, maar ook door de bestuursrechter wanneer lagere regelgeving een inbreuk maakt op een in het GG neergelegd grondrecht en de rechter moet beoordelen of die inbreuk evenredig is. De evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter van lagere regelgeving in de context van grondrechten heeft bijvoorbeeld de afgelopen jaren veelvuldig plaatsgevonden op het terrein van de coronamaatregelen, zowel in voorlopige voorzieningen als in bodemzaken. Uit die rechtspraak blijkt dat de inhoud van de evenredigheidstoetsing van lagere regelgeving die een grondrecht beperkt nauwelijks afwijkt van de evenredigheidstoetsing van formele wetten die grondrechten beperken.<sup>33</sup>

Een ander terrein waarop evenredigheidstoetsing van lagere regelgeving voorkomt, is het terrein van de ruimtelijke ordening. Met name het Duitse equivalent van het Nederlandse bestemmingsplan wordt regelmatig getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Wel is het zo dat de evenredigheidstoetsing op het gebied van de ruimtelijke ordening een andere inhoud heeft. Dat wil zeggen: de evenredigheidstoetsing bestaat op dat terrein niet uit een drietrapstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. Toepassing van het evenredigheidsbeginsel gebeurt op het terrein van de ruimtelijke ordening in de vorm van de toetsing aan het zogenoemde *Abwägungsgebot*,<sup>34</sup> dat overigens wel voortvloeit uit de constitutionele drietrapsevenredigheidstoets. Omdat de evenredigheidstoetsing op het terrein van de ruimtelijke ordening een andere inhoud heeft, laat ik die toetsing buiten beschouwing.

In het vervolg van dit hoofdstuk bespreek ik de toepassingen van de Duitse evenredigheidstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. Zoals zojuist is gezegd, wordt deze drietrapstoets vooral toegepast door het BVerfG bij het toetsen van formele wetten (en soms lagere regelgeving) aan de grondrechten van het GG, maar past ook de bestuursrechter de drietrapstoets toe bij lagere regelgeving die een inbreuk maakt op een grondrecht. Omdat de evenredigheidstoetsingen in de grondrechtenjurisprudentie

33 Zo oriënteren de bestuursrechters zich op de rechtspraak van het BVerfG over de toetsing van formele wetten en lagere regelgeving als zij zich voor de vraag gesteld zien hoe (intensief) een voorliggend voorschrijf getoetst moet worden aan het evenredigheidsbeginsel. Zie bijvoorbeeld VGH München 4 oktober 2021, 20 N 20.767.

34 Zie artikel 1, zevende lid, van het BauGB.

van het BVerfG en de bestuursrechters qua inhoud nauwelijks van elkaar verschillen, bespreek ik deze toetsingen gezamenlijk in de volgende paragrafen.

### 9.3 HET EVENREDIGHEIDSBEGINSEL EN DE GRONDRECHTEN

Veel van de grondrechten in het GG zijn niet absoluut, maar kunnen worden beperkt, mits er is voldaan aan de daarvoor geldende beperkingsvoorwaarden. Bij de uitoefening van het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de grondrechten worden doorgaans drie stappen doorlopen.<sup>35</sup> In de eerste stap wordt de reikwijdte van het betreffende grondrecht bepaald en wordt nagegaan of het voorliggende feitencomplex onder die reikwijdte valt. Door de interpretatie van het BVerfG is de reikwijdte van de meeste in het GG neergelegde grondrechten ruim.<sup>36</sup>

De uitspraak *Elfes* uit 1957 is een van de uitspraken die aan de basis ligt van de grondrechtenjurisprudentie van het BVerfG en die de ruime reikwijdte van grondrechten illustreert.<sup>37</sup> Het Duitse constitutionele hof bepaalde in die zaak namelijk dat artikel 2, eerste lid, GG ('eenieder heeft recht op de vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid') ruim moet worden geïnterpreteerd. Met dat recht wordt de 'vrijheid van handelen in ruime zin' bedoeld: het betreft een zelfstandig grondrecht '*das die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit gewährleistet*'. Door deze ruime interpretatie van het BVerfG beschermt artikel 2 lid 1 GG dus vrijwel al het menselijk handelen.<sup>38</sup> Volgens Marsch & Tümsmeyer betekent de ruime interpretatie van het BVerfG in de uitspraak *Elfes* ook dat regelgeving die een grondslag biedt voor het nemen van (individuele) besluiten waarmee in het leven van burgers wordt ingegrepen, valt onder de reikwijdte van artikel 2, eerste lid, GG.<sup>39</sup>

De tweede stap in de uitoefening van het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de grondrechten is het nagaan of er in het voorliggende geval sprake is van een inmenging in een grondrecht. Ook hiervoor geldt dat snel wordt aangenomen dat daarvan sprake is.<sup>40</sup> Omdat ook het toepassingsbereik van de grondrechten ruim is, betekent het voorgaande dat de meeste activiteiten van burgers vallen onder de reikwijdte van een grondrecht, en

35 Zie bijvoorbeeld Camilo de Oliveira 2013, p. 122 e.v.

36 Lang 2020, p. 48-53.

37 BVerfGE 16 januari 1957, 6, 32 (*Elfes*).

38 Zie over de uitspraak *Elfes* verder bijvoorbeeld Cremer 2014.

39 Marsch & Tümsmeyer 2016, p. 17-18.

40 Bijvoorbeeld Lang 2020, p. 53-54.

dat overheidshandelen dat die activiteiten op de een of andere manier reguleert het betreffende grondrecht snel beperkt.<sup>41</sup> Stelt de rechter vast dat er sprake is van een inmenging in een grondrecht, dan moet, als derde stap, de vraag worden beantwoord of die inmenging al dan niet gerechtvaardigd is, in de zin of voldaan is aan de beperkingsvoorwaarden.

Artikel 19 GG noemt enkele algemene beperkingsvoorwaarden.<sup>42</sup> Artikel 19, eerste lid, GG noemt de voorwaarde dat voor zover grondrechten bij of krachtens de wet beperkt kunnen worden, die ‘wet’ algemeen van toepassing moet zijn en niet alleen op een individueel geval. Verder is bepaald in artikel 19, tweede lid, GG dat het *Wesengehalt* (wezenlijke inhoud) van een grondrecht in geen enkel geval beperkt mag worden. Verder hebben de meeste grondrechtenbepalingen een eigen beperkingsclausule. In sommige van die beperkingsclausules is de enkele beperkingsvoorwaarde opgenomen dat een beperking op het betreffende grondrecht alleen mogelijk is bij of krachtens de wet (bijvoorbeeld artikel 12, eerste lid, GG (vrijheid van beroep)).<sup>43</sup> Andere beperkingsclausules voorzien in extra beperkingsvoorwaarden, zoals bijvoorbeeld doelcriteria (bijvoorbeeld artikel 5, tweede lid, GG (vrijheid van meningsuiting)).<sup>44</sup> Sommige grondrechtenbepalingen hebben helemaal geen beperkingsclausule, zoals bijvoorbeeld artikel 5, derde lid, GG (vrijheid van kunst en wetenschap), maar kunnen volgens de rechtspraak van het BVerfG toch beperkt worden.<sup>45</sup>

De beperkingsvoorwaarden die zijn neergelegd in het GG houden niet of nauwelijks een inhoudelijke begrenzing in van de mogelijkheid om een grondrecht te beperken. Die inhoudelijke begrenzing vindt plaats door het evenredigheidsbeginsel. Een evenredigheidseis staat niet in het GG, maar is, zoals gezegd in paragraaf 9.2.1, langzaam maar zeker tot ontwikkeling gekomen in de grondrechtenjurisprudentie van het BVerfG en heeft *Verfassungsrang*. Zoals ook opgemerkt in paragraaf 9.2.1, heeft het BVerfG het evenredigheidsbeginsel afgeleid uit het *Rechtsstaatsprinzip* en de grondrechten. Inmiddels is het evenredigheidsbeginsel veruit de belangrijkste (inhoudelijke) norm die de beperking van grondrechten beperkt.<sup>46</sup>

41 Lang 2020, p. 51.

42 Zie ook Camilo de Oliveira 2013, p. 126.

43 Camilo de Oliveira 2013, p. 124.

44 Camilo de Oliveira 2013, p. 124.

45 Camilo de Oliveira 2013, p. 125-126.

46 Zie bijvoorbeeld Camilo de Oliveira 2013, p. 127; Lang 2020, p. 59.

## 9.4 ALGEMENE UITGANGSPUNTEN VOOR EVENREDIGHEIDSTOETSING

### 9.4.1 Factoren voor toetsingsintensiteit

Evenredigheidstoetsing van regelgeving vindt in de grondrechtenjurisprudentie niet steeds met dezelfde intensiteit ('*Kontrolldichte*') plaats. Met welke intensiteit de rechter toetst aan de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin hangt af van de beoordelingsmarge (*Einschätzungsspielraum* of *Beurteilungsspielraum*) die de wet- of regelgever in een bepaald geval toekomt.<sup>47</sup> De beoordelingsmarge is, in deze context, de ruimte die de wet- of regelgever heeft ten opzichte van de rechter om te beoordelen of de ter toetsing voorliggende maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredigheid in strikte zin is.<sup>48</sup> Is de beoordelingsmarge ruim, dan toetst de rechter terughoudend: aan de wet- of regelgever komt dan het 'prerogatief' toe om te beslissen over de evenredigheidseisen. Dit wordt *Einschätzungsprärogative* genoemd.<sup>49</sup> Heeft de wet- of regelgever weinig beoordelingsmarge dan toetst de rechter juist intensiever.<sup>50</sup>

Wat een 'terughoudende' en 'intensievere' toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in Duitsland precies betekent, komt aan de orde in de volgende paragrafen. Hier, in deze paragraaf, gaat het om de factoren die de mate van beoordelingsruimte van de wet- en regelgever en daarmee de toetsingsintensiteit door de rechter bepalen. Uit de rechtspraak van het BVerfG blijkt dat een aantal factoren bepalend is voor de mate van beoordelingsruimte, namelijk:

- de aard van de betrokken materie;
- de mate van (wetenschappelijke) feitelijke onzekerheid, discussie en complexiteit;
- het gewicht van de aan de orde zijnde rechtsbelangen, waarbij ook het betreffende specifieke recht en de ernst van de inmenging in dat recht van belang zijn.<sup>51</sup>

Bij de 'aard van de betrokken materie' kan het bijvoorbeeld gaan om de politieke keuze-ruimte, op grond waarvan de beoordelingsruimte ruim kan zijn. Meßerschmidt noemt enkele voorbeelden en wijst onder andere op maatregelen in de sociaaleconomische

47 Zie reeds BVerfGE 1 maart 1979, 50, 290. Zie verder bijvoorbeeld Bickenbach 2016, p. 247-249; Meßerschmidt 2016a, p. 224-225.

48 Zie bijvoorbeeld BVerfGE 19 november 2021, 159, 223-355.

49 Zie bijvoorbeeld Bickenbach 2014; Bickenbach 2016.

50 Zie over de variërende toetsingsintensiteit bijvoorbeeld Meßerschmidt 2016a, p. 223-226.

51 In de woorden van het BVerfG: '[d]ieser Spielraum reicht nicht stets gleich weit. Insoweit hängt sein Umfang vielmehr einzelfallbezogen etwa von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter ab [...]. Für Letzteres können auch das vom Eingriff betroffene Recht [...] und das Eingriffsgewicht eine Rolle spielen [...]'. Zie bijvoorbeeld BVerfGE 19 november 2021, 159, 223-355.



sfeer.<sup>52</sup> De factor ‘aard van de betrokken materie’ kan ook gaan over de complexiteit van de materie. Wat dat betreft is deze factor soms moeilijk te onderscheiden van de tweede factor, hierboven omschreven als ‘de mate van (wetenschappelijke) feitelijke onzekerheid, discussie en complexiteit’. Door het BVerfG wordt deze factor omschreven als ‘de mogelijkheden om een voldoende zeker oordeel te vormen.’<sup>53</sup> Deze factor lijkt, in tegenstelling tot de eerste factor, vooral te gaan over een bijzondere vorm van complexiteit, namelijk de complexiteit die te maken heeft met wetenschappelijke onzekerheid/discussie over de risico’s naar aanleiding waarvan maatregelen worden getroffen en de effecten van die maatregelen ter beheersing van dat risico. Bij dergelijke onzekerheden/discussies komt de wet- of regelgever ruimte toe in de beoordeling van met name de geschiktheid en noodzakelijkheid van maatregelen.<sup>54</sup>

De derde bepalende factor is het gewicht van de aan de orde zijnde rechtsbelangen, waarbij ook het betreffende specifieke recht en de ernst van de inmenging in dat recht van belang zijn. Afhankelijk van het aan de orde zijnde recht en de ernst van de inbreuk op een recht kan de beoordelingsruimte van de wet- of regelgever beperkter zijn.<sup>55</sup> In de literatuur wordt erop gewezen dat met name ernstige inbreuken op persoonlijke vrijheden of politieke rechten ervoor kunnen zorgen dat de beoordelingsruimte van de wet- of regelgever beperkt is, met als gevolg dat de rechter een intensievere evenredigheidstoets uitvoert. Meßerschmidt stelt: ‘[...] (i) *the most intense supervision must be exercised where personal and political rights of the individual are affected, whereas (ii) economic and social regulation enjoy the largest amount of freedom of discretion.*’<sup>56</sup> Anderzijds kan de beoordelingsruimte van de wet- of regelgever juist ruimer zijn vanwege de ernst van de risico’s ter beheersing waarvan maatregelen worden genomen en het gewicht van het betrokken rechtsbelang dat wordt beschermd.<sup>57</sup>

De beoordelingsruimte, en daarmee de toetsingsintensiteit, moet aan de hand van de bovenstaande factoren van geval tot geval worden bepaald.<sup>58</sup> Het vaststellen van de omvang van de beoordelingsruimte, en daarmee de toetsingsintensiteit, per geval is al lastig, maar het wordt nog ingewikkelder als er verschillende factoren aanwezig zijn die in een tegengestelde richting wijzen. Denk aan het aan de orde zijn van complexe materie en/

52 Meßerschmidt 2016a, p. 224. Zie ook bijvoorbeeld Bickenbach 2016, p. 248.

53 Zie bijvoorbeeld BVerfGE 19 november 2021, 159, 223-355.

54 Zie ter illustratie ook voorbeelden besproken in paragraaf 9.5.

55 Zie bijvoorbeeld BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot*).

56 Meßerschmidt 2012, p. 366.

57 Zie bijvoorbeeld BVerfG 21 juli 2022, 1 BvR 469/20 – 1 BvR 470/20 – 1 BvR 471/21 – 1 BvR 472/20, par. 104.

58 Bickenbach 2016, p. 247-248. Soms stelt het BVerfG zelf per afzonderlijke evenredigheidseis vast wat de beoordelingsmarge is, zie bijvoorbeeld BVerfGE 19 november 2021, 159, 223-355.

of wetenschappelijke onzekerheid/discussie (ruime beoordelingsruimte), terwijl de genomen maatregelen ook een ernstige inbreuk maken op een fundamenteel recht (beperkttere beoordelingsruimte). De vraag is hoe in dat geval bepaald moet worden wat de omvang is van de beoordelingsruimte en hoe intensief de toetsing moet zijn.

Als er verschillende factoren aanwezig zijn die wijzen op een tegengestelde toetsingsintensiteit, dan kent het BVerfG ter vaststelling van de toetsingsintensiteit veel gewicht toe aan het aan de orde zijnde fundamentele recht en de ernst van de inmenging in dat recht. Als er aan de wet- of regelgever bijvoorbeeld in principe een ruime beoordelingsruimte toekomt vanwege de aard van de materie, dan kan die ruimte toch beperkter worden door het aan de orde zijnde fundamentele recht, zoals artikel 1, eerste lid, GG (het absolute recht op menselijke waardigheid) en/of de ernst van de inmenging in een fundamenteel recht.<sup>59</sup> Wanneer een maatregel een ernstige inmenging vormt in een fundamenteel recht, maar de materie ook complex is en er feitelijke onzekerheden bestaan, probeert het BVerfG een middenweg te vinden. De redenering van het BVerfG komt dan op de volgende neer. Als er maatregelen ter toetsing voorliggen die een ernstige inmenging inhouden, dan mogen feitelijke onzekerheden in beginsel niet zonder meer ten nadele van de burger worden uitgelegd (lees: niet zonder meer terughoudend toetsen). Maar, als de inmenging plaatsvindt ter bescherming van belangrijke grondwettelijke belangen (*'gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter'*) en de mogelijkheden voor de wet- of regelgever om een voldoende zeker oordeel te vormen wegens feitelijke onzekerheden beperkt zijn, is de toetsing door het BVerfG toch beperkter, namelijk tot de vraag of de evenredigheidsbeoordelingen die de wetgever heeft gemaakt 'houdbaar' zijn.<sup>60</sup>

#### 9.4.2 Variëren in toetsingsintensiteiten

De evenredigheidstoetsing in de grondrechtenjurisprudentie vindt, afhankelijk van de hierboven bestaande factoren, met een verschillende intensiteit plaats. Een volgende vraag is hoe er dan in die verschillende toetsingsintensiteiten wordt gevarieerd. Wordt ter diffe-

59 Zie bijvoorbeeld BVerfGE 5 november 2019, 1521 68 (*Sanktionen im Sozialrecht*); BVerfGE 1 december 2020, 156-63-182 (*Elektronischen Aufenthaltsüberwachung*); BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot*).

60 In de woorden van het BVerfG: *'Auch hier gilt, dass bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen tatsächliche Unsicherheiten grundsätzlich nicht ohne Weiteres zulasten der Grundrechtsträger gehen dürfen. Dient der Eingriff dem Schutz gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter und ist es dem Gesetzgeber angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten nur begrenzt möglich, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, ist die verfassungsgerichtliche Prüfung auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eignungsprognose beschränkt'*, zie BVerfGE 19 november 2021, 159, 223-355.

renatie van de toetsingsintensiteit gebruik gemaakt van een glijdende schaal die traploos is of van een glijdende schaal die verdeeld is in verschillende treden?

Over de manier van variatie in toetsingsintensiteiten door het Hof van Justitie en het EHRM heb ik in hoofdstuk 7 respectievelijk hoofdstuk 8 geschreven dat evenredigheidstoetsing in hun rechtspraak moet worden voorgesteld als een traploze glijdende schaal, waarbij de toetsingsintensiteit varieert van een (heel) terughoudende toetsing tot een (heel) indringende toetsing met daartussenin een grijs middengebied met fluïde tussenintensiteiten.<sup>61</sup> Tussenintensiteiten expliciteren zij niet, maar de bespreking van hun evenredigheidstoetsingen heeft duidelijk gemaakt dat zij allebei wel een tussenintensiteit hantieren. Beide rechters voeren namelijk een semi-procedurele evenredigheidstoets uit, waarmee onder meer wordt beoogd om (extra) rechtsbescherming te bieden in de gevallen waarin zij dat nodig achten en dat vanwege hun positie als (supranationale) rechter niet kunnen doen door middel van een intensieve inhoudelijke evenredigheidstoets.<sup>62</sup>

De glijdende schaal is ook in de Duitse rechtspraak bekend, in de zin dat de evenredigheidstoetsing varieert van terughoudend tot intensief.<sup>63</sup> Het ene uiterste van de schaal – terughoudende toetsing – is de zogenoemde *Evidenzkontrolle*. Het andere uiterste van de schaal – intensieve toetsing – is een *intensivierte inhaltliche Kontrolle*. Een verschil met de rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM is dat in de Duitse jurisprudentie (expliciet) een tussenvariant wordt onderscheiden: de zogenoemde *Vertretbarkeitskontrolle*. ‘*Vertretbar*’ kan worden vertaald als ‘houdbaar’, ‘verdedigbaar’ of in het Engels ‘*tenable*’. Hierna gebruik ik de term onvertaald, dus ‘*vertretbar*’.

De drie intensiteiten heeft het BVerfG eind jaren 70 geïntroduceerd;<sup>64</sup> het BVerwG verwees naar de intensiteiten in een uitspraak uit 1985.<sup>65</sup> Het is overigens niet zo dat op deze drie intensiteiten in elk zaak expliciet wordt gewezen. Ook loopt er geen harde lijn tussen de intensiteiten en de daarbij behorende wijze van toetsing (toetsingsmodaliteiten). Zij kunnen in elkaar overlopen en ook kunnen er meerdere toetsingsintensiteiten, en bijbehorende toetsingsmodaliteiten, voorkomen bij één toepassing van het evenredigheidsbeginsel, omdat de beoordelingsmarge per evenredigheidseis kan verschillen.<sup>66</sup>

61 Zie paragraaf 7.3.1 (Hof van Justitie) en paragraaf 8.4.2 (EHRM).

62 Zie de conclusies van beide hoofdstukken (paragraaf 7.7 en paragraaf 8.6).

63 Zie over de differentiatie in toetsingsintensiteit bijvoorbeeld Meßerschmidt 2016a, p. 224-225; Meßerschmidt 2012, p. 366; Meßerschmidt 2016b, p. 395; Klatt/Meiser 2014, p. 199.

64 Zie BVerfG 1 maart 1979, 50, 290 (*Mitbestimmung*).

65 Zie BVerwG 20 september 1985 – 1 C 22.82. Volgens Von Danwitz was dat voor het eerst, zie Von Danwitz 1989, p. 203.

66 Zie bijvoorbeeld BVerfGE 19 november 2021, 159, 223-355, waarin het BVerfG per afzonderlijke evenredigheidseis vaststelt wat de beoordelingsmarge is.

9.4.3 *Materiële evenredigheidstoetsing*

In de literatuur wordt opgemerkt dat in Duitsland het uitgangspunt is dat de rechterlijke (evenredigheids)toetsing van wet- en regelgeving materieel is.<sup>67</sup> Bij een (zuiver) materiële evenredigheidstoetsing doet het er niet toe hoe wet- of regelgeving tot stand is gekomen, maar wordt, meer of minder intensief, aan de hand van de inhoud van wet- en regelgeving bekeken of er is voldaan aan de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin.<sup>68</sup> Gezegd kan worden dat (overwegend) materiële evenredigheidstoetsing in Duitsland plaatsvindt aan de hand van de toetsingsmodaliteiten *Evidenzkontrolle* en, zoals de naam al zegt, de *intensivierte inhaltliche Kontrolle*.

Hoewel de *Evidenzkontrolle* niet duidelijk is gedefinieerd in de rechtspraak, is het wel duidelijk dat de rechter bij het uitvoeren van een *Evidenzkontrolle* bekijkt of de gemaakte keuzes evident onredelijk/onevenredig zijn.<sup>69</sup> Von Danwitz, die de *Evidenzkontrolle* bespreekt buiten het specifieke terrein van de evenredigheidstoetsing in zijn dissertatie over ‘*Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers*’, merkt op dat de rechter bij deze toetsingsmodaliteit bekijkt of de beoordelingen van de regelgever ‘overduidelijk foutief’ of ‘duidelijk weerlegbaar’ zijn.<sup>70</sup> De rechterlijke controle beperkt zich hier, zo zegt Von Danwitz, tot ‘*Fundamentalverstöße*’.<sup>71</sup> De *Evidenzkontrolle* is daarmee vergelijkbaar met de materieel terughoudende evenredigheidstoetsingen die het Hof van Justitie en het EHRM uitvoeren, waarbij wordt nagaan of er sprake is van een ‘kennelijk/evident onevenredige’ maatregel.<sup>72</sup>

De *Evidenzkontrolle* staat aan het ene uiterste van de glijdende schaal. Aan het andere uiterste staat de *intensivierte inhaltliche Kontrolle* – een intensieve inhoudelijke toets.<sup>73</sup> Ook deze toetsingsmodaliteit is niet helder gedefinieerd in de rechtspraak. Uit de voorbeelden waarin het BVerfG zegt intensief te toetsen – zie hierna in paragraaf 9.5 – blijkt dat deze toetsingsmodaliteit overeenkomt met de intensieve evenredigheidsbeoordeling die het EHRM en het Hof van Justitie uitvoeren. Kenmerkend voor hun intensieve toetsingen aan het evenredigheidsbeginsel is dat zij nauwkeurig de feiten bekijken, zorgvuldig vaststellen welke belangen er aan de orde zijn en een eigen oordeel gegeven over de vraag of de voorliggende maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is.<sup>74</sup>

67 Meßerschmidt 2016b, p. 375.

68 Zie paragraaf 1.4.6.2.

69 Zie bijvoorbeeld Meßerschmidt 2016a, p. 244.

70 Von Danwitz 1989, p. 203.

71 Von Danwitz 1989, p. 204.

72 Zie paragraaf 7.4.2.1 (Hof van Justitie) en paragraaf 8.5.1 (EHRM).

73 Zie hierover ook Von Danwitz 1989, p. 205.

74 Zie paragraaf 7.5.3.2 (Hof van Justitie) en paragraaf 8.5.1 (EHRM).

#### 9.4.4 De opkomst van de semi-procedurele evenredigheidstoetsing

Zoals ook hierboven is gezegd, doet het er bij (zuiver) materiële (evenredigheids)toetsing niet toe hoe regelgeving tot stand is gekomen. Bij (semi-)procedurele evenredigheidstoetsing is het totstandkomingsproces juist wel (ook) belangrijk.<sup>75</sup> In de Duitse grondrechtenjurisprudentie is niet alleen materiële (evenredigheids)toetsing zichtbaar, maar ook een vorm van semi-procedurele (evenredigheids)toetsing. In dat verband is het interessant dat er sinds enige jaren in de literatuur wordt gesproken over een ‘nieuwe’ vorm van procedurele toetsing in met name de rechtspraak van het BVerfG, overigens ook buiten het specifieke terrein van het evenredigheidsbeginsel.<sup>76</sup> Vooral Meßerschmidt heeft hier regelmatig op gewezen.<sup>77</sup>

‘Nieuwe’ procedurele toetsing plaatst Meßerschmidt tegenover ‘traditionele’ procedurele toetsing.<sup>78</sup> Met traditionele procedurele toetsing bedoelt hij dat de rechter nagaat of wet- of regelgeving is vastgesteld in overeenstemming met expliciete procedurele eisen, neergelegd in de grondwet, een wet in formele zin of lagere regelgeving, voor de totstandkoming van regelgeving. Het gaat daarbij om ‘formaliteiten’ voor de totstandkoming van wet- en regelgeving. Wat betreft de formele wetgevingsprocedure wijst hij bijvoorbeeld op het initiatiefrecht, eerste en tweede lezingen, quorumregels, et cetera.<sup>79</sup> ‘Nieuwe’ procedurele toetsing vervangt traditionele procedurele toetsing niet, maar is een aanvulling.<sup>80</sup> Nieuwe procedurele toetsing omvat dus ook traditionele procedurele toetsing, maar gaat verder dan een check op formaliteiten. Kernelementen van nieuwe procedurele toetsing zijn ‘*transparency and inclusiveness of the legislative process, on the one hand, and the use of state-of-the art data and the consistency and coherence of legislative texts, on the other hand* [...]’. Deze kernelementen raken volgens Meßerschmidt aan rationaliteitstoetsing of ‘*due process review*’.<sup>81</sup>

Zoals hierna verder zal blijken, komt de nieuwe vorm van procedurele toetsing, die volgens Meßerschmidt aldus aan terrein heeft gewonnen door het steeds belangrijker worden van het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van het BVerfG, overeen met wat ik in paragraaf 1.4.6.4 een semi-procedurele evenredigheidstoets heb genoemd. In die para-

75 Zie paragrafen 1.4.6.3 en 1.4.6.4.

76 Zie Petersen 2015a, p. 101 e.v. en in het bijzonder BVerfG 9 februari 2010, 1 BvL 1/09 (*Hartz IV*).

77 Zie Meßerschmidt 2012; Meßerschmidt 2013; Meßerschmidt 2016a; Meßerschmidt 2016b.

78 Meßerschmidt 2016b, p. 376-377.

79 Meßerschmidt 2016b, p. 376. Zie voor de formele eisen voor de totstandkoming van formele wetgeving bijvoorbeeld Rose-Ackerman, Egidy & Fowkes 2015, p. 171 e.v. en voor lagere regelgeving Rose-Ackerman, Egidy & Fowkes 2015, p. 191 e.v.

80 Meßerschmidt 2016b, p. 377.

81 Meßerschmidt 2016b, p. 377.

graaf heb ik deze toetsingsmodaliteit gedefinieerd als een modaliteit van evenredigheids-toetsing waarbij de rechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes. De vraag is hoe deze semi-procedurele evenredigheidstoets in Duitsland wordt uitgevoerd. Voordat in paragraaf 9.5 enkele voorbeelden aan de orde komen van toepassingen van deze toets, bespreek ik in de volgende paragraaf eerst een aantal algemene karakteristieken: de globale inhoud en ratio van de semi-procedurele evenredigheidstoets.

#### 9.4.5 *Inhoud en ratio semi-procedurele evenredigheidstoets*

Met reden zijn hierboven, in paragraaf 9.4.3 over materiële evenredigheidstoetsing, wel de globale inhoud van de *Evidenzkontrolle* en de *intensivierte inhaltliche Kontrolle* besproken, maar nog niet de inhoud van de *Vertretbarkeitskontrolle*. De *Vertretbarkeitskontrolle* dient hier te worden besproken, omdat deze toetsingsmodaliteit door het BVerfG in verband is gebracht met (semi-)procedurele toetsing.<sup>82</sup> In de uitspraak waarin het BVerfG de modaliteiten *Evidenzkontrolle*, *Vertretbarkeitskontrolle*, en *intensivierte inhaltliche Kontrolle* heeft geïntroduceerd, omschrijft het BVerfG de *Vertretbarkeitskontrolle* als volgt:

*‘Dieser Maßstab verlangt, daß der Gesetzgeber sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert hat. Er muß die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können und einen Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden. Es handelt sich also eher um Anforderungen des Verfahrens. Wird diesen Genüge getan, so erfüllen sie jedoch die Voraussetzung inhaltlicher Vertretbarkeit; sie konstituieren insoweit die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, die das Bundesverfassungsgericht bei seiner Prüfung zu beachten hat.’<sup>83</sup>*

Het citaat is om twee redenen relevant. Ten eerste omdat het BVerfG aangeeft dat bij de *Vertretbarkeitskontrolle* het (niet) naleven van procedurele eisen wordt beoordeeld en daarbij ook formuleert welke eisen dat zoal zijn. De wetgever moet zich volgens het constitutionele hof zorgvuldig oriënteren op het beschikbare materiaal. Hij moet alle voor hem toegankelijke kennisbronnen hebben benut om de waarschijnlijke gevolgen van zijn regeling zo betrouwbaar mogelijk te kunnen inschatten. Ten tweede maakt het citaat duidelijk dat de *Vertretbarkeitskontrolle* zich bevindt tussen enerzijds zuiver procedurele toet-

82 Meßerschmidt 2016b, p. 395.

83 BVerfG I maart 1979, 50, 290 (*Mitbestimmung*).

sing en anderzijds zuiver materiële toetsing. De genoemde eisen zijn weliswaar procedureel, maar als de wetgever zich aan die eisen heeft gehouden, dan levert dat ook op dat de inhoud ‘*vertretbar*’ is. De procedurele eisen vullen het *Einschätzungsprärogative* van de wetgever – het ‘prerogatief’ om beoordelingen en afwegingen te maken – in en begrenzen die ruimte.<sup>84</sup> Kortom, de *Vertretbarkeitskontrolle* houdt niet in dat simpelweg wordt bekeken of wet- of regelgeving tot stand is gekomen met inachtneming van procedurele eisen. Het al dan niet voldoen aan die procedurele eisen is volgens het BVerfG richtinggevend voor de inhoudelijke rechtmatigheid van regelgeving.

Een van de procedurele standaarden voor de wet- of regelgever is dus dat hij zich zorgvuldig moet oriënteren op het beschikbare materiaal en alle voor hem toegankelijke kennisbronnen moet hebben benut om de waarschijnlijke gevolgen van zijn regeling zo betrouwbaar mogelijk te kunnen inschatten. De vraag is of er ook andere procedurele standaarden zijn waarvan de (niet) naleving bepalend is voor de inhoudelijke rechtmatigheid. In de hoofdstukken 7 en 8 heb ik zulke procedurele standaarden ‘indicatoren voor (on)evenredigheid’ genoemd. In de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn die indicatoren opgehangen aan de beginselen van zorgvuldigheid en motivering. Dat wil zeggen: de eisen waarvan de (niet) naleving een vermoeden van (on)evenredigheid oplevert, zijn ontleend aan de beginselen van zorgvuldigheid en motivering.

In het Duitse recht bestaan in algemene zin nauwelijks formele beginselen of algemeen voorgeschreven wettelijke procedurele eisen voor de wet- en regelgever die zorgvuldigheds- of motiveringsaspecten bevatten. Het BVerfG heeft bijvoorbeeld geen motiveringsplicht uit het GG afgeleid voor de formele wetgever en de lagere regelgever.<sup>85</sup> Enkel op specifieke terreinen heeft de formele wetgever voorzien in zorgvuldigheds- en motiveringseisen die in acht moeten worden genomen bij de vaststelling van *lagere regelgeving*. Het voorschrijven van die eisen door de wetgever lijkt vooral te gebeuren op gebieden waarop het vanwege de complexiteit van de materie niet goed mogelijk is om regelgevende bevoegdheden inhoudelijk voldoende te begrenzen.<sup>86</sup> Ter compensatie stelt de wetgever dan in sommige gevallen eisen aan de vaststelling van lagere regelgeving, die vooral proberen te bewerkstelligen dat expertise wordt ingebracht en dat alle betrokken belangen bij de vaststelling van een algemene regel in acht worden genomen.<sup>87</sup> Is consultatie en participatie niet voorgeschreven door de wetgever, dan is het aan de lagere regelgever zelf om te beoordelen of en welke groepen worden betrokken bij de vaststelling van algemene

84 Zie ook Petersen 2015a, p. 102.

85 Zie hierover bijvoorbeeld Waldhoff 2016; Pünder 2013.

86 Rose-Ackerman, Egidy & Fowkes 2015, p. 196.

87 Rose-Ackerman, Egidy & Fowkes 2015, p. 196. Voor voorbeelden van bijzondere wetten waarin procedurele verplichtingen zijn opgenomen zie bijvoorbeeld Rose-Ackerman, Egidy & Fowkes 2015, p. 200.

regels.<sup>88</sup> Het VwVfG, waarin wel algemene zorgvuldigheids- en motiveringseisen zijn opgenomen,<sup>89</sup> is op lagere regelgeving niet van toepassing.<sup>90</sup>

Hoewel er weinig algemene zorgvuldigheids- en motiveringseisen gelden voor de wet- en regelgever, wordt (lagere) regelgeving in de rechtspraak wel beoordeeld op aspecten die raken aan zorgvuldigheid en motivering in het kader van een semi-procedurele toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Ter verklaring daarvan is het goed om erop te wijzen dat de introductie en verdere ontwikkeling van het evenredigheidsbeginsel in de tweede helft van de vorige eeuw hand in hand ging met de ontwikkeling van semi-procedurele toetsing.<sup>91</sup>

Het beoordelen van de evenredigheid van maatregelen, met name van de geschiktheid en noodzakelijkheid, kan, afhankelijk van de complexiteit van de materie, complexe feitelijke beoordelingen en prognoses verlangen die de rechter vaak niet zelf kan maken.<sup>92</sup> Dat werkt procedurele toetsing in de hand.<sup>93</sup> Als de rechter namelijk zelf de beoordelingen niet kan maken, kan hij nog wel aan de wet- of regelgever de verplichting opleggen (en de naleving daarvan controleren) om in elk geval bewijs te leveren van de evenredigheid van een maatregel in de vorm van bijvoorbeeld empirische data, impact assessments en het zorgvuldig hebben afgewogen van alle betrokken belangen.<sup>94</sup> Deze procedurele standaarden waaraan wordt getoetst zijn niet zozeer harde ‘*Verfahrenspflichten*’, zoals consultatieverplichtingen, die de rechter afvinkt, maar eisen die de beoordelingsruimte van de regelgever om evenredigheidsbeoordelingen te maken procedureel begrenzen.<sup>95</sup> Als de wet- of regelgever binnen die procedurele grenzen is gebleven, levert dat het vermoeden van evenredige regelgeving op. Denk bijvoorbeeld aan de eis dat de wet- of regelgever zich

88 Pünder 2013, p. 946.

89 Zie artikel 24 VwVfG en artikel 39 VwVfG.

90 Zie artikel 9 VwVfG. Volgens artikel 9 VwVfG moet onder ‘*Verwaltungsverfahren*’ worden verstaan ‘de naar buiten gerichte activiteiten van bestuursorganen die zijn gericht op het beoordelen van de toepassingscondities, het voorbereiden en het geven van een beschikking of op het afsluiten van een publiekrechtelijke overeenkomst.’ Vertaling is ontleend aan Schlössels 2010, p. 876. Lagere regelgeving, maar ook beleidsregels en feitelijke bestuurshandelingen, vallen niet onder het toepassingsbereik van het VwVfG. Overigens is het toepassingsbereik van het VwVfG sowieso redelijk beperkt, omdat deze strikt genomen alleen geldt voor het handelen van bestuursorganen van de bond, dan wel voor bestuursorganen van de landen en gemeenten indien en voor zover zij gehouden zijn om het recht van de bond uit te voeren (§ 1 VwVfG). De met het VwVfG vergelijkbare wetten van de landen stemmen echter inhoudelijk in grote mate overeen met het VwVfG.

91 Rose-Ackerman, Egidy & Fowkes 2015, p. 175-176; Meßerschmidt 2016a, p. 218; Meßerschmidt 2012, p. 362-364.

92 Meßerschmidt 2012, p. 362-363.

93 Zie Meßerschmidt 2012, p. 363 die schrijft: ‘[t]hus, the proportionality principle has emerged as the Trojan horse of due deliberation and impact review’.

94 Meßerschmidt 2013, p. 239; Meßerschmidt 2016a, p. 218.

95 Vergelijk Petersen 2015a, p. 101-102.



zorgvuldig moet oriënteren op het beschikbare materiaal en dat hij alle voor hem toegankelijke kennisbronnen moet hebben benut om de waarschijnlijke gevolgen van zijn regeling zo betrouwbaar mogelijk te kunnen inschatten. Het naleven van deze eis draagt bij aan het vermoeden dat de gemaakte keuzes evenredig zijn, zonder dat de rechter een eigen inhoudelijke beoordeling hoeft te maken. In die zin zijn de procedurele standaarden waaraan de rechter toetst voortgevloeid uit de rechterlijke evenredigheidstoets, die soms niet inhoudelijk kan worden ingevuld vanwege de aan de orde zijnde beslissingsruimte, zonder dat die standaarden zijn afgeleid uit de beginselen van zorgvuldigheid en motivering.

Het voorgaande raakt ook aan de ratio van semi-procedurele toetsing. Het waarom van het uitvoeren van een semi-procedurele toetsing wordt in Duitsland in verband gebracht met de ‘*compensation strategy*’ van procedurele toetsing, hoewel gezegd moet worden dat volledige consistentie in de rechtspraak ontbreekt over wanneer en hoe procedurele toetsing wordt uitgevoerd.<sup>96</sup> Procedurele toetsing als ‘*compensation strategy*’ houdt in dat procedurele toetsing fungeert als compensatie in de situatie waarin de rechter vanwege een ruime beoordelingsmarge – vanwege politieke keuze ruimte of complexiteit – geen inhoudelijke evenredigheidsbeoordeling kan uitvoeren.<sup>97</sup> Om dan niet te vervallen in een (louter) terughoudende toets op ‘kennelijke onevenredigheid’ (in Duitsland: *Evidenzkontrolle*), beoordeelt de rechter in aanvulling op die materieel terughoudende toetsing ook procedurele aspecten, zoals de zorgvuldigheid van het totstandkomingsproces en de feitelijke grondslag van regelgeving.<sup>98</sup>

#### 9.4.6 *Tussenconclusie*

Het evenredigheidsbeginsel is sinds de ontwikkeling ervan in de rechtspraak van het BVerfG de belangrijkste inhoudelijke norm die grenzen stelt aan de mogelijkheid om grondrechten te beperken.<sup>99</sup> En omdat de reikwijdte van de grondrechten erg ruim is, speelt evenredigheidstoetsing, ook van (lagere) regelgeving, een belangrijke rol in de Duitse rechtspraak. In deze paragraaf heb ik een aantal algemene uitgangspunten besproken van die evenredigheidstoetsing, in het bijzonder de factoren die bepalen hoe intensief de toetsing is, de wijze waarop er in toetsingsintensiteiten wordt gedifferentieerd, en de wijze waarop evenredigheidstoetsing kan plaatsvinden (toetsingsmodaliteiten).

96 Rose-Ackerman, Egidy & Fowkes 2015, p. 175; Meßerschmidt 2012, p. 363; Meßerschmidt 2016b, p. 385 e.v.; Petersen 2015a, p. 102.

97 Deze ‘*compensation strategy*’ van procedurele toetsing is ook aan de orde gekomen in paragraaf 7.4.3 en paragrafen 8.5.3 en 8.5.4.

98 Zie nader Meßerschmidt 2016b, p. 385 e.v.; Rose-Ackerman, Egidy & Fowkes 2015, p. 175-176; Petersen 2015a, p. 102.

99 Zie hierover paragrafen 9.2.1 en 9.3.

De factoren voor de toetsingsintensiteit zijn heel vergelijkbaar met de factoren die een rol spelen in de rechtspraak van het Hof van Justitie, het EHRM, maar ook in de Nederlandse rechtspraak. Bepalend voor de intensiteit van de rechterlijke toetsing is de beoordelingsmarge die, afhankelijk van drie factoren, meer of minder ruim kan zijn.<sup>100</sup> Die factoren zijn de aard van de betrokken materie, de mate van (wetenschappelijke) feitelijke onzekerheid, discussie en complexiteit en het gewicht van de aan de orde zijnde rechtsbelangen, waarbij ook het betreffende aan de orde zijnde recht en de ernst van de inmenging in dat recht van belang zijn. Hoe ruimer de beoordelingsmarge is op grond van deze factoren, hoe groter het 'prerogatief' van de wet- of regelgever om te beslissen over de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin, en hoe terughoudender de rechter toetst. Het tegenovergestelde geldt voor een beperkte beoordelingsmarge. De beoordelingsmarge is in algemene zin ruim als er politieke keuzeruimte bestaat, bijvoorbeeld in de sociaaleconomische sfeer en/of er sprake is van complexiteit, die al dan niet te maken heeft met wetenschappelijke onzekerheid. Afhankelijk van het aan de orde zijnde rechtsbelang en de aantasting daarvan, kan de beoordelingsmarge beperkter zijn. Dat geldt met name bij (ernstige) inbreuken op persoonlijke vrijheden of politieke rechten.

Wat opvalt, is dat men in Duitsland een glijdende schaal gebruikt die verdeeld is in drie intensiteiten met een daarbij behorende toetsingsmodaliteit: *Evidenzkontrolle*, *Vertretbarkeitskontrolle*, *intensivierte inhaltliche Kontrolle*.<sup>101</sup> Wat het Hof van Justitie en het EHRM impliciet doen, gebeurt in Duitsland expliciet: het onderscheiden van een tussenintensiteit die in verband wordt gebracht met een semi-procedurele evenredigheidstoets, voor gevallen waarin de rechter een inhoudelijke evenredigheidstoets niet kan uitvoeren.<sup>102</sup> Toetsing met deze tussenintensiteit betekent dat de rechter nagaat of de evenredigheidsbeoordelingen 'vertretbar' (houdbaar, *tenable*) zijn.<sup>103</sup> Voor het oordeel dat de evenredigheidsbeoordelingen 'vertretbar' zijn, is het in elk geval nodig dat de wet- of regelgever zich zorgvuldig oriënteert op het beschikbare materiaal. Hij moet alle voor hem toegankelijke kennisbronnen hebben benut om de waarschijnlijke gevolgen van zijn regeling zo betrouwbaar mogelijk te kunnen inschatten.<sup>104</sup> Deze procedurele eisen zijn geen harde 'Verfahrenspflichten', maar door de rechter geformuleerde eisen die de beoordelingsruimte van de wet- of regelgever procedureel begrenzen en waarvan het naleven bijdraagt aan het vermoeden van evenredige wet- of regelgeving.<sup>105</sup>

100 Paragraaf 9.4.1.

101 Paragraaf 9.4.2.

102 Paragrafen 9.4.4 en 9.4.5.

103 Paragraaf 9.4.5.

104 Paragraaf 9.4.5.

105 Paragraaf 9.4.5.

De andere, ‘uiterste’ intensiteiten zijn (ook) bekend uit de hoofdstukken over de evenredigheidstoetsing in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM. Globaal gezegd is de rechterlijke toetsing bij een *Evidenzkontrolle* beperkt tot de vraag of de gemaakte keuzes evident onredelijk/onevenredig zijn, terwijl de rechter bij een *intensivierte inhaltliche Kontrolle* op basis van de inhoud van wet- of regelgeving een eigen oordeel geeft over de geschiktheid, noodzakelijkheid en/of evenredigheid in strikte zin.<sup>106</sup>

## 9.5 ENKELE TOEPASSINGEN IN DE RECHTSPRAAK

### 9.5.1 *Introductie*

Om inzicht te geven in de manier waarop de evenredigheidseisen worden toegepast, bespreek ik hierna enkele toepassingen in de rechtspraak per afzonderlijke evenredigheidseis (geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin).

### 9.5.2 *Geschiktheid*

In paragraaf 9.2.3 heb ik er op gewezen dat het vaste rechtspraak is dat reeds aan het geschiktheidsvereiste is voldaan als een maatregel *kan* bijdragen aan de verwezenlijking van het nagestreefde doel. Het is met andere woorden voor het doorstaan van de geschiktheidstoets niet nodig dat vast komt te staan dat met de maatregel het nagestreefde doel ook daadwerkelijke (volledig) wordt bereikt. Of een maatregel kan bijdragen aan de verwezenlijking van het doel wordt op verschillende manieren en met verschillende intensiteiten getoetst door de rechter.

#### 9.5.2.1 *Terughoudend*

In veel gevallen komt de wet- of regelgever een ruime beoordelingsmarge toe als het gaat om het bepalen of de gekozen maatregel geschikt is ter bereiking van het nagestreefde doel.<sup>107</sup> Als gevolg daarvan is de rechterlijke toetsing aan het geschiktheidsvereiste veelal terughoudend en beperkt de toets zich tot de vraag of de voorliggende maatregel ‘*objektiv untauglich*’, ‘*objektiv ungeeignet*’ of ‘*schlechthin ungeeignet*’ is.<sup>108</sup> Omdat een maatregel bijna nooit evident *niet* (deels) zou *kunnen* bijdragen aan de verwezenlijking van een nagestreefd doel, komt het bijna niet voor dat de geschiktheidstoets niet wordt doorstaan.<sup>109</sup>

106 Paragraaf 9.4.3.

107 Zie ook Lang 2020, p. 78 e.v.

108 Zie BVerfGE 9 maart 1971, 30, 250.

109 Zie ook Grimm 2007, p. 389.

Het BVerfG heeft in oudere rechtspraak wel eens overwogen dat de 'objectieve ongeschiktheid' van een maatregel zelden en alleen in bijzondere gevallen kan worden vastgesteld.<sup>110</sup> Lang wijst erop dat de voorgaande terughoudendheid tot uitdrukking komt in de bewijslast.<sup>111</sup> Hoewel er volgens hem geen 'vermoeden van grondwettigheid' bestaat, kan wel worden gezegd dat de bewijslast in elk geval '*legislation friendly*' is. In veel gevallen wordt vrij gemakkelijk aangenomen dat de ter toetsing voorliggende maatregel geschikt is – er worden geen hoge eisen gesteld aan het bewijs en de argumentatie – tenzij de wederpartij aannemelijk maakt dat de maatregel als ongeschikt moet worden bestempeld.<sup>112</sup>

Een voorbeeld van zo'n terughoudende toetsing op geschiktheid biedt een uitspraak uit 2022, waarin het BVerfG oordeelt dat een verplichte vaccinatie tegen mazelen voor kinderen die naar kinderdagverblijven en scholen gaan niet in strijd is met de grondwet.<sup>113</sup> Het legitieme doel ervan is het beschermen van personen die kwetsbaar zijn voor gezondheidsimplicaties als gevolg van een mazeleninfectie tegen het oplopen van de ziekte. In twee overwegingen stelt het constitutionele hof vast dat de maatregelen geschikt zijn om dat legitieme doel te bereiken, met name omdat zij de vaccinatiegraad helpen te verhogen en zo het risico om mazelen op te lopen helpen te verminderen.

Een ander voorbeeld biedt een zaak waarin het BVerfG toetst of de regelgeving van de deelstaten Baden-Württemberg en Berlijn, betreffende een rookverbod in eet- en drinkgelegenheden, een gerechtvaardigde inbreuk maakt op artikel 12, eerste lid, GG (vrijheid van beroep).<sup>114</sup> De geschiktheidstoets wordt gemakkelijk doorstaan. Het legitieme doel van de maatregel is de bescherming van de bevolking tegen gezondheidsrisico's die passief roken met zich brengt. Het BVerfG herhaalt dat het voor het doorstaan van de geschiktheidstoets voldoende is dat de maatregel de verwezenlijking van het doel kan bevorderen en stelt simpelweg vast dat het rookverbod leidt tot een verminderde blootstelling aan tabaksrook en dat daarmee het passief roken en de daaraan verbonden gezondheidsrisico's verminderen.

### 9.5.2.2 Tussenvariant

Het beoordelen van de geschiktheid in een voorbeeld als hierboven over het rookverbod is (inmiddels) bijna een gezond verstand-aangelegenheid voor zowel de wet- of regelgever

110 BVerfGE 9 maart 1971, 30, 250.

111 Lang 2020, p. 80-81.

112 Lang 2020, p. 80-81.

113 BVerfG 21 juli 2022, 1 BvR 469/20 – 1 BvR 470/20 – 1 BvR 471/21 – 1 BvR 472/20.

114 BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot*).

als de rechter. In meer gevallen is het uitvoeren van een geschiktheidsbeoordeling niet erg ingewikkeld. Eenvoudige geschiktheidsbeoordelingen zijn met name te maken als er geen ingewikkelde feitelijke beoordelingen en/of prognoses hoeven te worden gemaakt over de effecten van een maatregel om de geschiktheid te kunnen beoordelen.<sup>115</sup> In complexe zaken, waarin bijvoorbeeld feitelijke onzekerheden bestaan, is het vaak wel nodig om prognoses te maken en empirische informatie te verzamelen, te verwerken en te beoordelen over de effecten van een maatregel. De vraag is wat die complexiteit betekent voor de rechterlijke toetsing van de geschiktheid. Enerzijds zou gezegd kunnen worden dat het maken van dergelijke beoordelingen thuishoort bij de wet- of regelgever, die geacht wordt over meer expertise of toegang daartoe te beschikken dan de rechter. De rechter zou zich dan moeten beperken tot de vraag of de door de wet- of regelgever gemaakte geschiktheidsbeoordeling evident onjuist is. Anderzijds zou gezegd kunnen worden dat de complexiteit van de materie, zeker als regelgeving een ernstige inmenging vormt in een fundamenteel recht, geen reden kan zijn voor een terughoudende rechter.

Voorbeelden van zaken die illustreren hoe geschiktheidstoetsing wordt uitgevoerd in zaken die (feitelijk) complex zijn, bieden enkele uitspraken (in bodemprocedures) over de coronamaatregelen die het BVerfG de afgelopen jaren heeft gedaan.<sup>116</sup> Een van die zaken gaat over een verplicht vaccinatiebewijs voor zorgpersoneel, dat een inmenging vormt in artikel 2, tweede lid, GG (recht op lichamelijke integriteit) en, deels, artikel 12, eerste lid, GG (vrijheid van beroep).<sup>117</sup> Het volgens het BVerfG legitieme doel van de maatregel is de bescherming van kwetsbare groepen tegen een coronabesmetting. De geschiktheidstoets die het BVerfG uitvoert, komt op de volgende neer.

Het BVerfG beoordeelt de geschiktheid van het vaccinatiebewijs aan de hand van de *Ver tretbarkeitskontrolle*. Hoe komt het BVerfG tot die keuze? Vooropgesteld staat dat de wetgever een marge toekomt om te oordelen over de geschiktheid van een maatregel, maar de omvang van die marge hangt af van de factoren die ik hierboven in paragraaf 9.4.1 heb genoemd: de aard van de betrokken materie, de mate van (wetenschappelijke) feitelijke onzekerheid, discussie en complexiteit, en het gewicht van de aan de orde zijnde rechtsbelangen. De toepassing van deze factoren leidt ertoe dat de beoordelingsmarge van de wet-

115 Vergelijk Meßerschmidt 2012, p. 363.

116 Zie bijvoorbeeld BVerfG 27 april 2022, 1 BvR 2649/21; BVerfG 19 november 2021, 1 BvR 971/21 en 1 BvR 1069/21; BVerfG 19 november 2021, 1 BvR 781/21 – 1 BvR 798/21 – 1 BvR 805/21 – 1 BvR 820/21 – 1 BvR 854/21 – 1 BvR 860/21 – 1 BvR 889/21. Inmiddels heeft ook het BVerwG de eerste twee uitspraken in bodemprocedures gedaan over de coronamaatregelen. In een van de twee zaken heeft het BVerwG bepaald dat een verbod in een Beierse verordening om de eigen woning te verlaten in strijd was met het evenredigheidsbeginsel (BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21). Zie voor de andere uitspraak, waarin geen strijd met het evenredigheidsbeginsel werd geconstateerd, BVerwG 22 november 2022, CN 1.21.

117 BVerfG 27 april 2022, 1 BvR 2649/21.

gever niet ruim is, maar ook niet beperkt. Enerzijds is er sprake van een ernstige inmening in het recht op lichamelijke integriteit en wordt ook de vrijheid van beroep beperkt – hetgeen pleit voor beperkte beoordelingsmarge en een intensieve toetsing. Anderzijds, zo overweegt het BVerfG, wordt er met het vaccinatiebewijs een gewichtig belang beschermd en ontbrak het ten tijde van het nemen van de maatregel aan voldoende betrouwbare data over de verdere verspreiding van het coronavirus en de doeltreffendheid van individuele vaccins – hetgeen pleit voor een ruime beoordelingsmarge en een terughoudende toetsing. Het resultaat is dat het BVerfG een *Vertretbarkeitskontrolle* uitvoert en dat ‘er geen reden is om een intensievere geschiktheidstoetsing uit te voeren.’<sup>118</sup>

Het uitvoeren van de *Vertretbarkeitskontrolle* betekent volgens het BVerfG dat wordt beoordeeld of de prognoses van de wetgever over de geschiktheid van het vaccinatiebewijs *vertretbar* zijn. De conclusie van het BVerfG is dat die beoordelingen inderdaad *vertretbar* zijn en dus dat de maatregel geschikt is. Of de toetsing die tot die conclusie leidt semi-procedureel van aard is – een modaliteit waarmee *Vertretbarkeitskontrolle* in verband wordt gebracht –<sup>119</sup> valt overigens te betwijfelen. Het BVerfG bekijkt niet zozeer of de wetgever zich zorgvuldig heeft georiënteerd op al het beschikbare materiaal, maar beoordeelt met verwijzing naar met name (eigen aangehaalde) wetenschappelijke bronnen of de wetgever tot zijn beoordelingen heeft kunnen komen. Dat lijkt meer op een eigen beoordeling van de inhoud van de regeling dan op een ‘check’ of de wetgever alle relevante kennisbronnen heeft geraadpleegd en zorgvuldig heeft bestudeerd. De invulling van de *Vertretbarkeitskontrolle* in deze zaak laat zien dat de drie verschillende toetsingsmodaliteiten geen waterdichte schotten hebben; zij lopen op de glijdende schaal in elkaar over.<sup>120</sup> In dit geval neigt de *Vertretbarkeitskontrolle* naar de *intensivierte inhaltliche Kontrolle*.

### 9.5.2.3 Intensief

Een laatste hier te bespreken voorbeeld van een geschiktheidstoetsing is er een waarvan het BVerfG zelf aangeeft die intensief uit te voeren. Deze geschiktheidstoetsing is zichtbaar in de zaak *Sanktionen im Sozialrecht* uit 2019.<sup>121</sup> Het gaat in deze zaak om wetgeving die voorziet in sancties voor de situatie waarin bijstandsgerechtigden niet voldoen aan hun verplichtingen, zoals het accepteren van passend werk. Het niet naleven van de verplichtingen wordt gesanctioneerd met een verlaging van de uitkering: 30% de eerste keer en 60% of 100% in geval van recidive. Alle sancties worden opgelegd voor een periode van drie maanden. De vraag is of deze verlaging van bijstandsuitkeringen in overeenstemming

118 BVerfG 27 april 2022, 1 BvR 2649/21, par. 168.

119 Paragraaf 9.4.5.

120 Zie paragraaf 9.4.2.

121 BVerfGE 5 november 2019, 152, 68-151 (*Sanktionen im Sozialrecht*).

is met het recht op een bestaansminimum, dat afgeleid is uit artikel 1, eerste lid, GG (onaantastbaarheid menselijke waardigheid) en artikel 20, eerste lid, GG (beginsel van de verzorgingsstaat). Voorafgaand aan het uitvoeren van zijn evenredigheidstoetsing overweegt het BVerfG dat de beoordelingsmarge van de wetgever (die normaal gesproken ruim is in de sociaaleconomische sfeer) in situaties als deze, waarin maatregelen het bestaansminimum raken, beperkt is. Er gelden dan ook 'strikte evenredigheidseisen'. Deze beperkte beoordelingsmarge geldt ook voor de geschiktheidsbeoordeling, waarbij nagegaan moet worden of de sancties bijdragen aan het naleven van de verplichtingen die gelden voor bijstandsgerechtigden en uiteindelijk het vinden van werk.

Het BVerfG zet grote vraagtekens bij de geschiktheid van de korting van 30%, maar oordeelt uiteindelijk dat deze keuze valt binnen de beoordelingsmarge van de wetgever. Wel acht het BVerfG het problematisch dat de sanctie dwingend is voorgeschreven en dat de bevoegde autoriteit dus geen ruimte heeft om van de verlaging af te zien als het duidelijk is dat die verlaging in een individueel geval niet gaat bijdragen aan het naleven van de verplichtingen. Het BVerfG wijst erop dat de huidige regeling het onmogelijk maakt om bij het opleggen van de sancties rekening te houden met individuele en verschillende (levens)omstandigheden en dat de verlaging dus ook moet plaatsvinden wanneer bij voorbaat al blijkt dat de verlaging niet de gewenste handavings- en integratie-effecten zal hebben. Ook de rigide termijn van drie maanden vindt het BVerfG problematisch. Die verplichte termijn verhindert de bevoegde autoriteit om alleen sancties op te leggen die in een concreet geval passend zijn. Van de driemaandentermijn kan niet worden afgeweken, ook niet als iemand binnen die termijn toch (heel waarschijnlijk) meewerkt en zijn verplichtingen nakomt. In dat geval heeft de verlaging het doel al bereikt en dienen zij niet meer om naleving af te dwingen. De korting van 60% acht het BVerfG ongeschikt. Deze sanctie is enkel gebaseerd op de algemene veronderstelling dat de reducering naleving bevordert, maar daarvoor is geen deugdelijk bewijs. Zeker vanwege de ernstige aantasting van de belangen van betrokkenen is zo'n algemene veronderstelling onvoldoende om te concluderen dat de sanctie geschikt is. En ook bij de verlaging van 60% heeft het BVerfG moeite met het dwingende karakter van de sanctie. Over de korting van 100% overweegt het BVerfG dat er meer aanleiding is om aan te nemen dat die sanctie contraproductief werkt dan dat er bewijs is dat de sanctie geschikt zou zijn om het doel te bereiken.

#### 9.5.2.4 Geschiktheid *ex tunc* of *ex nunc*?

Een relevante vraag bij geschiktheidstoetsing die hierboven nog niet aan de orde is geweest, maar wel in de literatuur en rechtspraak aandacht krijgt, is of een maatregel door de rechter als ongeschikt kan worden aangemerkt als met de kennis van nu blijkt dat een maatregel toch niet kan bijdragen aan de verwezenlijking van het nagestreefde doel. De rechter heeft hier twee opties: hij kan zich verplaatsen in de schoenen van de wetgever en

een beoordeling uitvoeren gebaseerd op de informatie die beschikbaar was ten tijde van het wetgeven óf hij kan nieuwe informatie gebruiken die een ander licht werpt op de geschiktheid.<sup>122</sup>

Het BVerfG koos aanvankelijk voor de eerste optie en die voorkeur is nog steeds zichtbaar in de rechtspraak.<sup>123</sup> In de hierboven besproken uitspraak over het vaccinatiebewijs van zorgpersoneel overweegt het BVerfG dat indien de wettelijke bepaling is gebaseerd op prognostische beslissingen, de geschiktheid niet kan worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke latere ontwikkeling. Dat kan alleen aan de hand van de vraag of de wetgever vanuit zijn standpunt mocht aannemen dat de maatregel geschikt was om het gestelde doel te bereiken, dat wil zeggen of zijn prognose feitelijk juist en houdbaar was. Indien een prognose achteraf onjuist blijkt te zijn, doet dit niets af aan de oorspronkelijke geschiktheid van de wet. Voor de geschiktheid is dus niet vereist dat er onomstotelijk empirisch bewijs is voor het effect of de doeltreffendheid van de maatregelen.<sup>124</sup> Meteen daarna zegt het BVerfG wel dat een regeling die aanvankelijk in overeenstemming is met het GG, later *met werking voor de toekomst* ongrondwettig kan worden, indien de oorspronkelijke veronderstellingen van de wetgever niet meer houdbaar zijn. In de *Sanktionen im Sozialrecht*-uitspraak uit 2019 overweegt het BVerfG iets vergelijkbaars. Daarin stelt het BVerfG dat hoe langer de bepalingen inzake de kortingen van de uitkeringen van kracht zijn en hoe beter de wetgever dus in staat is om de effecten ervan te beoordelen, hoe minder het zal volstaan om uit te gaan van ‘plausibele veronderstellingen’. Op een gegeven moment, als maatregelen al enige tijd in kracht zijn, is steeds duurzamer en overtuigender bewijs nodig om de geschiktheid (en noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin) aan te tonen.<sup>125</sup>

### 9.5.3 Noodzakelijkheid

#### 9.5.3.1 Ingewikkeldheden bij de noodzakelijkheidstoets

Het is vaste rechtspraak dat regelgeving niet noodzakelijk is wanneer de wet- of regelgever voor het bereiken van het nagestreefde doel over een andere, even geschikte maatregel beschikt, die minder ingrijpend is.<sup>126</sup> Uit deze omschrijving blijkt dat er bij het beoordelen van de noodzakelijkheid twee verschillende vergelijkingen moeten worden gemaakt tussen het gekozen middel en de alternatieven: enerzijds een vergelijking van de intensiteit

122 Lang 2020, p. 81-82.

123 Zie Lang 2020, p. 82; Meßerschmidt 2012, p. 368.

124 BVerfG 27 april 2022, 1 BvR 2649/21, par. 167.

125 BVerfGE 5 november 2019, 152, 68-151 (*Sanktionen im Sozialrecht*), par. 134.

126 Zie bijvoorbeeld BVerwG 22 november 2022, 3 CN 2.21; BVerfG 19 november 2021, 1 BvR 781/21 – 1 BvR 798/21 – 1 BvR 805/21 – 1 BvR 820/21 – 1 BvR 854/21 – 1 BvR 860/21 – 1 BvR 889/21.



waarmee de middelen een inbreuk maken op een (fundamenteel) recht dat aan de orde is (minder ingrijpend?) en anderzijds een vergelijking van de geschiktheid van de middelen (even geschikt?).

Voordat de rechter deze twee stappen kan zetten, moet hij eerst weten of er alternatieven zijn voor het gekozen middel en welke dan. In de literatuur wordt opgemerkt dat het BVerfG doorgaans geen vergaand zelfstandig onderzoek verricht naar de mogelijke alternatieven voor het gekozen middel.<sup>127</sup> Wel doet het BVerfG soms aan rechtsvergelijking, waarbij wordt gekeken of er in andere landen of de Duitse deelstaten alternatieve middelen worden ingezet ter regulering van de kwestie die aan de orde is en welke dan.<sup>128</sup> Soms is gezond verstand voldoende om erachter te komen welke alternatieven er bestaan, maar meestal baseert het BVerfG zich op informatie van de wederpartij, die vaak alternatieven zal aandragen voor het door de overheid gekozen middel, of op alternatieven die zijn besproken in ‘professionele kringen’.<sup>129</sup>

Zijn er een of meerdere alternatieven, dan moet, zoals zojuist gezegd, worden nagegaan of daar een alternatief bij zit dat even geschikt (doeltreffend) is om het nagestreefde doel te bereiken, maar minder ingrijpend dan het gekozen, ter toetsing voorliggende, middel. Dat klinkt makkelijker dan dat het is.

Een alternatief vinden dat minder ingrijpend is vanuit het perspectief van de betrokken burger(s) zal doorgaans op zichzelf niet zo heel moeilijk zijn; er is bijna altijd wel een alternatief denkbaar dat minder ingrijpend is vanuit het perspectief van het individu en diens (fundamentele) rechten. De ingrijpendheid van een middel moet tegelijkertijd niet alleen worden beoordeeld vanuit het perspectief van de betrokken burger(s). Het gaat er niet om dat het middel wordt gekozen dat in een individuele zaak het minst ingrijpend is, maar dat de wet- of regelgever kiest voor een middel dat ‘in het algemeen’ het minst ingrijpend is.<sup>130</sup> In die zin blijkt uit de rechtspraak van zowel het BVerfG als het BVerwG dat een middel alleen dan minder ingrijpend is als dat middel het individu minder belast maar ook geen grotere belasting betekent voor derden of het algemeen publiek.<sup>131</sup> Dat betekent bijvoorbeeld dat een middel niet als minder ingrijpend kan worden aangemerkt als dat middel minder ingrijpend is voor het individu, maar dat middel ook een aanzienlijke

127 Zie Lang 2020, p. 90.

128 Lang 2020, p. 91-92.

129 Lang 2020, p. 90 en zie bijvoorbeeld BVerfGE 6 juni 1989, 80, 137 (*Reiten im Walde*).

130 Vergelijk Lang 2020, p. 90.

131 Zie bijvoorbeeld BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21 en BVerfG 19 november 2021, 1 BvR 781/21 – 1 BvR 798/21 – 1 BvR 805/21 – 1 BvR 820/21 – 1 BvR 854/21 – 1 BvR 860/21 – 1 BvR 889/21.

(extra) financiële last oplevert voor de overheid.<sup>132</sup> Tegen deze achtergrond kan het vaststellen of een middel minder ingrijpend is, ingewikkeld zijn. Wanneer is bijvoorbeeld een (extra) financiële last voor de overheid of extra belasting voor derden zo groot dat een alternatief middel niet minder ingrijpend is, ook al is dat middel vanuit het perspectief van de individuele burger minder vergaand? Minstens even ingewikkeld kan het voor de rechter zijn om de doeltreffendheid te bepalen van alternatieve middelen. Dat kan veel tijd kosten, ook omdat ieder middel andere effecten heeft die bovendien niet altijd makkelijk te voorspellen zijn. Bij de noodzakelijkheidsbeoordeling kan zich een extra moeilijkheid voordoen als de rechter zich geconfronteerd ziet met een middel dat weliswaar niet zo doeltreffend lijkt te zijn als het gekozen middelen, maar wel (overduidelijk) minder ingrijpend is. Kan de rechter dan oordelen dat het door de regelgever gekozen middel niet noodzakelijk is?

Het moge duidelijk zijn dat het uitvoeren van de noodzakelijkheidstoets gecompliceerd kan zijn voor de rechter. De vraag is hoe de rechter die toets dan uitvoert. In overeenstemming met de factoren voor toetsingsintensiteit die ik heb besproken in paragraaf 9.4.1, vindt die toetsing plaats met een verschillende intensiteit, afhankelijk van de vraag hoeveel beslissingsruimte de wet- of regelgever heeft gelet op de factoren.

### 9.5.3.2 Terughoudend

Doorgaans heeft de wet- of regelgever een ruime beoordelingsmarge bij het bepalen of de gekozen maatregel noodzakelijk is.<sup>133</sup> De wet- of regelgever komt dan het prerogatief toe om te beslissen over de noodzakelijkheid en de rechterlijke beoordeling is terughoudend. Wat zo'n terughoudende toetsing inhoudt, blijkt bijvoorbeeld uit een zaak waarin het BVerfG beoordeelt of regelgeving waarin paardrijden in het bos wordt gereguleerd in overeenstemming is met artikel 2, eerste lid, GG, dat de vrijheid van handelen in ruime zin beschermt.<sup>134</sup> In die zaak overweegt het BVerfG dat de toets op noodzakelijkheid beperkt kan blijven tot de vraag of de door de wederpartij aangedragen en in professionele kringen besproken alternatieven de nagestreefde doelen (bescherming van wandelaars, behoud van degelijke wandelpaden) op even effectieve wijze bereiken maar minder ingrijpend zijn. Volgens het BVerfG is zo'n alternatief middel door de wederpartij niet aangedragen en is het bestaan van zo'n middel ook niet anderszins evident.

Vermoedelijk toetst het BVerfG in de bovengenoemde zaak zo terughoudend, omdat het niet een heel complexe zaak betreft en de inmenging in artikel 2, eerste lid, GG gering is.

132 Zie Lang 2020, p. 91 en daar aangehaalde rechtspraak.

133 Zie Lang 2020, p. 89-90.

134 BVerfGE 6 juni 1989, 80, 137 (*Reiten im Walde*).

Het illustreert wel de *'legislation friendly'* houding bij het uitvoeren van een terughoudende noodzakelijkheidstoets. Daarbij is het uitgangspunt dat een middel noodzakelijk is, zonder dat hoge eisen worden gesteld aan het bewijs daarvoor door de wet- of regelgever.<sup>135</sup> Alleen wanneer er een alternatief aanwezig is dat overduidelijk minder ingrijpend maar even effectief is, is de noodzakelijkheidseis geschonden.<sup>136</sup> In lijn daarmee wordt er in de rechtspraak ook op gewezen dat de gelijke effectiviteit van een alternatief middel ter bereiking van het nagestreefde doel buiten twijfel moet staan.<sup>137</sup>

### 9.5.3.3 Tussenvariant

Een ruime beoordelingsmarge voor de wet- of regelgever en rechterlijke terughoudendheid is ook aan de orde in complexe zaken, voornamelijk wanneer die complexiteit is gelegen in (wetenschappelijke) feitelijke onzekerheid en de wet- of regelgever veel politieke keuzeruimte heeft. Tegelijkertijd laat de rechtspraak zien dat in complexe zaken wel iets meer van de wet- of regelgever wordt verwacht om de noodzakelijkheidstoets te doorstaan, zeker als er ook (bepaalde) fundamentele rechten aan de orde zijn waarop de regelgever een vergaande inbreuk maakt.

Een voorbeeld van een noodzakelijkheidstoets onder deze omstandigheden biedt (wederom) een uitspraak over de coronamaatregelen. Dit keer een uitspraak van het BVerwG van 22 november 2022, waarin de hoogste federale bestuursrechter oordeelt dat het verbod om de woning zonder goede reden te verlaten, neergelegd in een Beierse verordening, geen evenredige beperking was van artikel 2, tweede lid, tweede zin, in samenhang met artikel 104, eerste lid, GG (vrijheid van de persoon) en artikel 2, eerste lid, GG (recht op de vrije ontplooiing van de persoonlijkheid).<sup>138</sup> Het BVerwG acht de beperking in navolging van het *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof* geschikt om de overdracht van het coronavirus af te remmen, maar niet noodzakelijk. Interessant zijn de uitgangspunten die het BVerwG formuleert voor het uitvoeren van de noodzakelijkheidstoets in dit soort complexe zaken.

In navolging van het BVerfG stelt het BVerwG dat feitelijke onzekerheden in beginsel niet zonder meer ten nadele van de burger mogen worden uitgelegd als er maatregelen ter toetsing voorliggen die een ernstige inmenging vormen in de fundamentele rechten. Maar, als de inmenging plaatsvindt ter bescherming van belangrijke grondwettelijke belangen (*'gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter'*) en de mogelijkheden voor de regelgever om

135 Zie bijvoorbeeld ook BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot*).

136 Vergelijk Lang 2020, p. 90. Zie ter illustratie BVerfGE 16 januari 1980, 53, 135 (*Schokoladenosterhase*).

137 Zie bijvoorbeeld BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21.

138 BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21.

een voldoende zeker oordeel te vormen wegens feitelijke onzekerheden beperkt zijn, is de toetsing door de rechter beperkt, namelijk tot de vraag of de beoordelingen van de regelgever *vertretbar* zijn. Ten aanzien van de noodzakelijkheid betekent dat in dit geval dat de rechter vooral zal moeten nagaan of de beoordeling van de regelgever, dat een minder ingrijpend alternatief niet zo effectief is als het gekozen middel, *vertretbar* is. Relevante gezichtspunten voor die beoordeling zijn volgens het BVerwG de volgende:

*‘Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit von Maßnahmen zum Schutz vor COVID-19 hatte der Verordnungsgeber angesichts der fehlenden Erfahrungen mit dem SARS-CoV-2-Virus und den Wirkungen von Schutzmaßnahmen einen tatsächlichen Einschätzungsspielraum, der sich darauf bezog, die Wirkung der von ihm gewählten Maßnahmen im Vergleich zu anderen, weniger belastenden Maßnahmen zu prognostizieren [...]. Ein solcher Spielraum hat jedoch Grenzen. Die Einschätzung des Verordnungsgebers muss auf ausreichend tragfähigen Grundlagen beruhen. Das Ergebnis der Prognose muss einleuchtend begründet und damit plausibel sein [...] Das unterliegt der gerichtlichen Überprüfung. Maßgebend ist die Erkenntnislage bei Erlass der Verordnung (ex-ante-Sicht). Im gerichtlichen Verfahren obliegt es dem Verordnungsgeber, Tatsachen und Erwägungen vorzutragen, die das Ergebnis seiner Prognose plausibel machen. Das Gericht hat nicht eigene prognostische Erwägungen anzustellen, sondern die Rechtmäßigkeit der Prognose des Verordnungsgebers zu überprüfen. Wird die Annahme, die gewählte Maßnahme erreiche den Zweck der Schutzverordnung wirksamer als eine in Betracht kommende weniger belastende Alternative, im gerichtlichen Verfahren nicht plausibel gemacht, kann das Gericht nicht zur Feststellung gelangen, dass die verordnete Schutzmaßnahme erforderlich und damit verhältnismäßig ist. Das geht zu Lasten des Verordnungsgebers.’<sup>139</sup>*

Kortom, de regelgever heeft een ruime beoordelingsmarge, maar de rechter beoordeelt wel of de regelgever binnen de grenzen van die beoordelingsmarge is gebleven. Daartoe moet de regelgever voor de rechter aannemelijk maken dat de gekozen maatregel op het moment van de vaststelling van de regeling doeltreffender kon worden geacht dan het minder ingrijpende alternatief dat beschikbaar is. De beoordelingen van de regelgever moeten berusten op voldoende deugdelijke gronden en het resultaat van de prognose van de regelgever moet duidelijk gemotiveerd en daarmee plausibel zijn. Vindt de rechter dat de regelgever een en ander niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt, dan kan de rechter niet concluderen dat het gekozen middel noodzakelijk en dus evenredig is.

---

139 BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21, r.o. 17.

#### 9.5.3.4 Intensief

Een intensieve inhoudelijke noodzakelijkheidstoets komt niet vaak voor. Soms stelt de rechter wel op basis van een eigen beoordeling vast dat een alternatieve maatregel minder ingrijpend is. In bijvoorbeeld de uitspraak van het BVerwG over het verbod om de eigen woning te verlaten die ik hierboven heb besproken, neemt het BVerwG, vrij gemakkelijk, aan dat de alternatieve maatregel van contactbeperkingen in de openbare en privéruimten een maatregel is die een minder vergaande inbreuk maakt op de vrijheid van de persoon en het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid.<sup>140</sup> In vergelijkbare zin gaat het BVerfG er in de uitspraak over het rookverbod in eet- en drinkgelegenheden, zie hierboven in paragraaf 9.5.2.1, gemakkelijk van uit dat een minder ingrijpend alternatief zou zijn om inrichtingen de keuze te geven om een ‘*Raucher- oder Nichtraucher-gaststätte*’ te zijn.<sup>141</sup>

De rechter kan dus wel vrij snel zelf aannemen dat een alternatief minder vergaand is, maar in de beoordelingen of een alternatieve maatregel even doeltreffend is als de gekozen maatregel, is de rechter vaak terughoudender. Een voorbeeld van een uitspraak waarin de rechter op dit punt een verdergaande beoordeling maakt, is de hierboven (paragraaf 9.5.2.3) besproken uitspraak *Sanktionen im Sozialrecht* uit 2019 over de sancties voor bijstandsgerechtigden die niet voldoen aan hun verplichtingen, zoals het accepteren van passend werk.<sup>142</sup> Het BVerfG overweegt in deze uitspraak dat de beoordelingsmarge van de wetgever beperkt is en dat er ‘strikte evenredigheidseisen’ gelden. Ook voor de noodzakelijkheidsbeoordeling is de beoordelingsruimte van de regelgever beperkt. Ten aanzien van de noodzakelijkheid van bijvoorbeeld de 60% korting overweegt het BVerfG dat het op zijn minst ‘zeer twijfelachtig is of herhaalde schendingen van verplichtingen niet doeltreffend kunnen worden tegengegaan met minder beperkende maatregelen’. Een minder vergaande maatregel zou een sanctie kunnen zijn met een lager verlagingspercentage, zo nodig voor langere duur, omdat volgens het BVerfG uit onderzoek zou blijken dat een korting van 60% de sanctie niet doeltreffender maakt. Heel grondig is het onderzoek van het BVerfG naar de effecten van de alternatieven en het gekozen middel niet, maar dat is misschien ook niet nodig, omdat het BVerfG de sanctiebepalingen vervolgens ook in strijd acht met de eis van de evenredigheid in strikte zin. Meer in algemene zin lijkt een intensieve evenredigheidsbeoordeling, indien die door de rechter aangewezen wordt gevonden, tot uitdrukking te komen in de laatste stap: de beoordeling van de evenredigheid in strikte zin.

140 BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21, r.o. 16.

141 BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot*).

142 BVerfGE 5 november 2019, 152, 68-151 (*Sanktionen im Sozialrecht*).

#### 9.5.4 Evenredigheid in strikte zin

Het beoordelen van de evenredigheid in strikte zin is het zwaartepunt van de evenredigheidstoetsing in Duitsland.<sup>143</sup> Een veel voorkomende omschrijving in de rechtspraak is dat de evenredigheid in strikte zin verlangt ‘*dass bei der Gesamtabwägung zwischen der Schwere der Belastung, dem Gewicht und der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt wird.*’<sup>144</sup> Aldus mag de grens van de redelijkheid door de wet- of regelgever niet worden overschreden bij de afweging tussen de zwaarte van de inmenging enerzijds en anderzijds het gewicht en de dringendheid van het doel van de maatregel. Deze standaard impliceert dat een maatregel aan het vereiste van de evenredigheid in strikte zin voldoet als die maatregel de burger niet buitensporig belast in verhouding tot het nagestreefde doel.<sup>145</sup> Daarbij geldt dat hoe ernstiger de aantasting van het belang is, hoe zwaarwegender het belang moet zijn ten behoeve waarvan de maatregel is getroffen.<sup>146</sup> In sommige gevallen wordt de eis van de evenredigheid in strikte zin wat positiever geformuleerd, in die zin dat het vereiste van de evenredigheid in strikte zin verlangt dat een passend evenwicht moet worden gevonden tussen ‘*dem Eingriffsgewicht der Regelung und dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel, zwischen Individual- und Allgemeininteresse.*’<sup>147</sup> Hoewel de structuur van de toets op evenredigheid in strikte zin kan verschillen in de rechtspraak, worden in een ideale situatie drie stappen gezet.<sup>148</sup>

##### 9.5.4.1 Intensiteit van de inmenging

In de eerste stap wordt in abstracte zin vastgesteld hoe ernstig de inbreuk is die het middel veroorzaakt. Dit gebeurt vrijwel altijd in de rechtspraak, onafhankelijk van de vraag of de regelgever beslissingsruimte heeft. Bij het vaststellen van de ernst van de inbreuk spelen verschillende factoren een rol, met name het gewicht van het specifieke recht dat aan de orde is, hoe vergaand de inmenging in dat recht is en de vraag of een recht in de kern is aangetast.

In de uitspraak van het BVerwG over de beperking om de eigen woning te verlaten, stelt het BVerwG vast dat de beperking een ernstige inbreuk was op de grondrechten van de betrokkenen.<sup>149</sup> Het verbod beperkte de daadwerkelijke fysieke bewegingsvrijheid aanzienlijk; afhankelijk van de grootte van de

143 Klatt/Meister 2014, p. 196; Lang 2020, p. 111.

144 Zie bijvoorbeeld BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot*); BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21; BVerfGE 5 november 2019, 152, 68-151 (*Sanktionen im Sozialrecht*).

145 Vergelijk Lang 2020, p. 112.

146 Klatt/Meister 2014, p. 196.

147 Zie bijvoorbeeld BVerfGE 24 april 2013, 133, 277 (*Antiterrordateigesetz*).

148 Zie Klatt/Meister 2014, p. 196; Lang 2020, p. 113.

149 BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21, r.o. 31.

flat kon de bewegingsruimte worden beperkt tot enkele vierkante meters. Ook de vrije ontplooiing van de persoonlijkheid werd aanzienlijk beperkt. Tijd buitenshuis doorbrengen is van wezenlijk belang voor het welzijn van veel mensen; als contact met mensen vanwege de pandemie moet worden vermeden, kan contact met de natuur des te belangrijker worden.

In de uitspraak over het rookverbod in eet- en drinkgelegenheden overweegt het BVerfG dat het rookverbod een ernstige inmenging vormt in de vrije beroepsuitoefening van de exploitanten van zulke gelegenheden.<sup>150</sup> Aangezien de exploitant het roken niet meer mag toestaan, kan hij de rokers onder zijn potentiële gasten slechts met moeite bereiken. Veel rokers zullen – althans tijdelijk – deze gelegenheden minder vaak bezoeken of de duur van hun bezoek verkorten omdat het rookverbod hun verblijf aanzienlijk minder aantrekkelijk heeft gemaakt. Dat kan leiden tot een aanzienlijke omzetsdaling, aldus het BVerfG. In vergelijkbare zin overweegt het BVerfG in een uitspraak over een vergunningvereiste voor het onverdoofd ritueel slachten van dieren, dat de inmenging in de vrije beroepsuitoefening van moslimslagers ernstig is, daarbij overwegend dat zij bij een algeheel verbod hun beroep niet meer zouden kunnen uitoefenen en dat zo'n verbod ook de klanten van die slagers ernstig zou treffen.<sup>151</sup>

In de uitspraak van het BVerfG over de verlaging van bijstandsuitkeringen als sanctie overweegt het BVerfG dat er 'strikte evenredigheidseisen' gelden, omdat die verlaging conflicteert met de plicht van de overheid om een bestaansminimum te garanderen.<sup>152</sup> Als de uitkeringen worden verlaagd, krijgen de begunstigden daarvan niet wat zij nodig hebben om in hun levensbehoeften te voorzien en zijn zij evenmin in staat om zichzelf te onderhouden. Hiermee wordt deze personen het minimum ontzegd waarop zij krachtens artikel 1, eerste lid, GG (onaantastbaarheid menselijke waardigheid) en artikel 20, eerste lid, GG (beginsel van de verzorgingsstaat) recht hebben.

#### 9.5.4.2 De gewichtigheid en urgentie van het doel

De tweede stap bij het uitvoeren van een toets op evenredigheid in strikte zin houdt in dat de rechter in abstracte zin het gewicht en de urgentie vaststelt van het doel dat met de gekozen maatregel wordt nagestreefd. Ook dit wordt vrijwel altijd door de rechter gedaan,

150 BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot*).

151 BVerfGE 15 januari 2002, 104, 337 (*Schächten*).

152 BVerfGE 5 november 2019, 152, 68-151 (*Sanktionen im Sozialrecht*).

onafhankelijk van de vraag of de wet- of regelgever (veel) beslissingsruimte heeft. Wat het gewicht van het doel is en hoe urgent de redenen zijn waarom de maatregel is getroffen, zal steeds per geval moeten worden vastgesteld. Daarbij geldt als uitgangspunt dat aan een belang meer gewicht toekomt als dat belang constitutionele rang heeft (bijvoorbeeld de democratische basisorde, milieubescherming) of als een belang tot uitdrukking komt en wordt beschermd door een wet in formele zin. Ook relevant is de mate waarin het risico/gevaar waarvoor maatregelen worden genomen zich daadwerkelijk zal voordoen, omdat dit het doel ten behoeve waarvan die maatregelen worden getroffen urgenter kan maken.<sup>153</sup>

Een algemeen belang dat tot uitdrukking komt in een wet in formele zin en door het BVerfG als gewichtig wordt aangemerkt, is bijvoorbeeld het welzijn van dieren. Dat blijkt uit de hierboven al genoemde zaak over het onverdoofd ritueel slachten van dieren.<sup>154</sup> Het BVerfG overweegt dat tegenover de vergaande gevolgen voor de moslimslagers het welzijn van dieren staat, dat een algemeen belang is waaraan het algemene publiek volgens het BVerfG veel waarde hecht. De bescherming van dat belang is verankerd in de het *Tierschutzgesetz*.

Eveneens een gewichtig belang, dat bovendien constitutionele rang heeft, is bijvoorbeeld de bescherming van het leven en de fysieke integriteit van personen. In de uitspraak van het BVerfG over het verplichte vaccinatiebewijs voor zorgpersoneel merkt het BVerfG deze belangen aan als '*Verfassungsgüter mit überragendem Stellenwert*', temeer omdat het hier gaat om de bescherming van kwetsbare groepen.<sup>155</sup> In vergelijkbare zin overweegt het BVerfG in de zaak over het verbod om de eigen woning te verlaten dat aan de belangen leven en gezondheid een bijzonder groot gewicht toekomt, daarbij verwijzend naar artikel 2, tweede lid, eerste zin, GG ('*Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit*').<sup>156</sup>

#### 9.5.4.3 De afweging

In de derde stap bij de toetsing van de evenredigheid in strikte zin dient de rechter, gelet op de twee voorgaande stappen, de zwaarte van de inmenging af te wegen tegen het gewicht en de urgentie van het doel dat met de maatregel wordt nagestreefd. Zoals hierbo-

153 Zie bijvoorbeeld BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21 en BVerfG 27 april 2022, 1 BvR 2649/21.

154 BVerfGE 15 januari 2002, 104, 337 (*Schächten*).

155 BVerfG 27 april 2022, 1 BvR 2649/21.

156 BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21.



ven gezegd, is een maatregel niet evenredig in strikte zin als de wet- of regelgever de grens van het redelijke bij die afweging heeft overschreden.

De toets van de evenredigheid in strikte zin wordt in Duitsland, en daarbuiten, regelmatig bekritiseerd, omdat de rechter met het uitvoeren van de toets te veel zou treden in de democratisch gelegitimeerde afweging die de wet- of regelgever heeft gemaakt en er nauwelijks objectieve criteria zijn om die afweging te beoordelen.<sup>157</sup> Met deze zorg lijkt in de Duitse jurisprudentie rekening te worden gehouden. Doorgaans komt de regelgever namelijk een bepaalde mate van beslissingsruimte toe als het gaat om de beoordeling of met een bepaalde maatregel de grens van de redelijkheid in acht wordt genomen gelet op de zwaarte van de inmenging die de maatregel veroorzaakt en het gewicht en de urgentie van het doel.

In bijvoorbeeld de zaak over de korting van uitkeringen als sanctie overweegt het BVerfG dat de wetgever beslissingsruimte toekomt ten aanzien van de evenredigheid in strikte zin.<sup>158</sup> *‘Es ist jedenfalls auch bei der Ausgestaltung des Sozialrechts nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, von zahlreichen Faktoren abhängige Wertungen selbst vorzunehmen, sondern dem Gesetzgeber überantwortet, eine solche Entscheidung zu treffen’*, zo overweegt het BVerfG. Tegelijkertijd is die beslissingsruimte niet onbeperkt, merkt het BVerfG op. In vergelijkbare zin wijst het BVerfG er in de zaak over het rookverbod voor eet- en drinkgelegenheden op dat het in beginsel (als er geen concrete beschermingsplicht bestaat) aan de wetgever is om te beslissen of, met welk beschermingsniveau en op welke wijze situaties moeten worden beheerst die naar zijn inschatting tot schade kunnen leiden. In dit verband moet aan de wetgever beoordelingsmarge worden toegekend, die als daarvoor ‘verantwoordelijk overheidsorgaan’ de tegenover elkaar staande belangen tegen elkaar moet afwegen.<sup>159</sup> Ook in de zaken van het constitutionele hof over de coronamaatregelen, zoals de avondklok en contactbeperkingen, wordt gewezen op de beslissingsruimte die aan de wet- en regelgever toekomt op het punt van de belangenafweging, zij het dat die beslissingsruimte niet onbeperkt is.<sup>160</sup>

Wat betekent die beslissingsruimte voor de rechterlijke beoordeling van de afweging die de wet- of regelgever heeft gemaakt? Vanwege die beslissingsruimte zal de rechter niet snel

157 Zie over die kritiek in Duitsland bijvoorbeeld Petersen 2015, p. 50-52 en de daar aangehaalde literatuur.

158 BVerfGE 5 november 2019, 152, 68-151 (*Sanktionen im Sozialrecht*).

159 BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot*).

160 BVerfG 19 november 2021, 1 BvR 781/21 – 1 BvR 798/21 – 1 BvR 805/21 – 1 BvR 820/21 – 1 BvR 854/21 – 1 BvR 860/21 – 1 BvR 889/21.

een eigen afweging maken tussen de aan de orde zijnde belangen (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*).<sup>161</sup> Het lijkt echter evenmin vaak voor te komen dat de rechterlijke toetsing beperkt is tot de vraag of de maatregel leidt tot overduidelijke onevenwichtigheid (*Evidenzkontrolle*).<sup>162</sup> In plaats daarvan lijkt de rechter bij het beoordelen van de afweging bepaalde uitgangspunten en factoren in acht te nemen, die hem handvatten geven om te beoordelen of de wet- of regelgever de grens van het redelijke al dan niet heeft overschreden.

Een van de uitgangspunten om de afweging te beoordelen is bijvoorbeeld de regel dat hoe ernstiger de vrijheid van het individu wordt beperkt, des te zwaarwegender het gewicht moet zijn van het doel dat met een maatregel wordt nagestreefd. Omgekeerd wordt de noodzaak om regels te stellen dringender naarmate de potentiële gevaren en nadelige gevolgen die zich zouden kunnen voordoen toenemen indien rechten van het individu vrij en zonder enige beperking zouden worden genoten.<sup>163</sup> Overige factoren die relevant zijn en houvast bieden, zijn bijvoorbeeld de volgende. Een relevante factor is de mate waarin de bestreden maatregel daadwerkelijk bijdraagt aan de verwezenlijking van het doel.<sup>164</sup> Hier wordt teruggegrepen op de mate van doeltreffendheid van een maatregel, zoals die ook wordt beoordeeld bij de geschiktheidstoets. De doeltreffendheid van een maatregel is ook voor de evenredigheid in strikte zin van belang, omdat een maatregel die nauwelijks bijdraagt aan de verwezenlijking van het doel, niet een (ernstige) inmenging in een recht kan rechtvaardigen. Het doel van de maatregel, en het abstracte gewicht daarvan, weegt dan niet op tegen de nadelen die een maatregel veroorzaakt voor het individu. Een andere relevante factor is de mate waarin de regelgever zich heeft ingespannen om de inmenging in een recht zo beperkt mogelijk te houden.<sup>165</sup> Dat kan zien op de duur en de frequentie van de inbreuk, maar bijvoorbeeld ook of de regelgever heeft voorzien in materiële en procedurele voorwaarden die de uitoefening van in regelgeving neergelegde bevoegdheden begrenzen.<sup>166</sup> Ook relevant kan zijn of de regelgever zich heeft ingespannen

161 In de buurt van zo'n intensieve toetsing komt de toetsing in een uitspraak waarin het BVerfG de strafbaarstelling van hulp bij zelfdoding in strijd acht met het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder de evenredigheid in strikte zin. Zie BVerfG 26 februari 2020, 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16.

162 Een terughoudende toetsing van de evenredigheid in strikte zin is wel zichtbaar in bijvoorbeeld BVerfGE 6 juni 1989, 80, 137 (*Reiten im Walde*).

163 Zie bijvoorbeeld BVerfG 19 november 2021, 1 BvR 781/21 – 1 BvR 798/21 – 1 BvR 805/21 – 1 BvR 820/21 – 1 BvR 854/21 – 1 BvR 860/21 – 1 BvR 889/21.

164 Grimm 2007, p. 394 en voor een voorbeeld waarin onder meer de toepassing van deze factor leidt tot de conclusie dat een maatregel niet evenredig in strikte zin is, zie BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21.

165 Lang 2020, p. 116 omschrijft het zo dat de rechter van de regelgever verlangt '*to narrowly tailor rights-infringing measures*'.

166 Zie bijvoorbeeld BVerfG 16 februari 2023, 1 BvR 1547/19 en 1 BvR 2634/20, waarin het BVerfG deelstaatwetgeving over geautomatiseerde data-analyse ter voorkoming van strafbare feiten in strijd acht met de evenredigheid in strikte zin, onder meer omdat de wetgeving te ruim is geformuleerd en in die zin te weinig waarborgen biedt.

om hardheden voor bepaalde individuen of groepen te voorkomen, bijvoorbeeld door het geven van beslissingsruimte aan het bestuur, het opnemen van hardheidsclausules, het voorzien in overgangsregelingen, et cetera.<sup>167</sup>

In de hierboven vaker genoemde uitspraak van het BVerfG over de verlaging van uitkeringen met een bepaald percentage als sanctie is goed zichtbaar hoe een aantal van de bovenstaande factoren in de rechtspraak wordt toegepast.<sup>168</sup> In deze uitspraak komt het BVerfG tot de conclusie dat de regels over de kortingen van 30%, 60% en 100% niet voldoen aan het vereiste van evenredigheid in strikte zin. Ik leg de focus op de beoordeling door het BVerfG van de korting van 60%. De (vormgeving van de) regels in het *Zweiten Buch Sozialgesetzbuch* waarin deze sanctie wordt voorgeschreven acht het BVerfG om verschillende redenen in strijd met het vereiste van evenredigheid in strikte zin. Het BVerfG stelt voorop dat de huidige vormgeving van de sanctie (60% verlaging voor drie maanden) niet kan worden gerechtvaardigd gelet op de algemene afweging tussen de zware lasten die de sanctie meebrengt enerzijds en het (niet voldoende effectief bijdragen aan de verwezenlijking van het) doel om de medewerkingsverplichtingen en de potentiële integratie op de arbeidsmarkt af te dwingen anderzijds, met name vanwege het ontbreken van overtuigend en duurzaam bewijs voor de geschiktheid en noodzakelijkheid van de sanctie. Een sanctieregime waarvan de geschiktheid en noodzakelijkheid twijfelachtig is maar dat wel vergaande gevolgen heeft voor uitkeringsgerechtigden blijft niet binnen de grenzen van het redelijke.

Een bijkomend argument voor de conclusie dat het sanctieregime onevenredig in strikte zin is, is het dwingende karakter van dat regime. Op grond van de regeling kan een korting niet achterwege blijven indien zo'n korting leidt tot uitzonderlijke hardheid. Dat acht het BVerfG problematisch: *'[z]war ist dem Gesetzgeber unbenommen, mit einer klaren Sanktionsregelung auch die klare Botschaft zu verbinden, dass Mitwirkungspflichten auch durchgesetzt werden. Er muss jedoch erkennbaren Ausnahmekonstellationen Rechnung tragen.'* Met name moet de wetgever rekening houden met de uitzonderlijke situatie waarin het voor mensen wel mogelijk was om aan een medewerkingsplicht te voldoen, maar het desondanks in een specifiek individueel geval wegens bijzondere omstandigheden onredelijk lijkt om niet-nakoming te sanctioneren met kortingen op uitkeringen. Het BVerfG geeft aan dat de wetgever op verschillende manieren de redelijkheid van een sanctie in een individueel geval kan waarborgen. De wetgever kan beleidsruimte toekennen aan de bevoegde autoriteit (*'[s]o kann er die Sanktion in das Ermessen der zuständigen Behörde stellen, die dann von ihr absehen kann, wenn die Sanktion erkennbar ungeeignet ist'*), maar

167 Zie ook Lang 2020, p. 118-119 met verwijzing naar Petersen 2015a, p. 155-157.

168 BVerfGE 5 november 2019, 152, 68-151 (*Sanktionen im Sozialrecht*).

ook mogelijk is om te voorzien in een hardheidsclausule (*Härtefallregelung*), aldus het BVerfG. In lijn met het bovenstaande vindt het BVerfG het onredelijk dat de sancties steeds voor een strikte duur van drie maanden moeten worden opgelegd, ook als die sancties het doel (medewerking) vóór het verstrijken van die termijn al hebben behaald. Als uitkeringsgerechtigden meewerken, is het ‘*insgesamt unzumutbar*’ om uitkeringen te verlagen waarvan mensen afhankelijk zijn om een menswaardig bestaan te kunnen leiden, aldus het BVerfG. Is medewerking objectief gezien niet mogelijk, maar wordt de bereidheid daartoe wel serieus en duurzaam uitgesproken, dan moet de volledige uitkering ten minste binnen een redelijke termijn weer worden toegekend.

Een ander en laatste hier te bespreken voorbeeld waarin regelgeving in strijd wordt bevonden met het vereiste van de evenredigheid in strikte zin is de hierboven vaker genoemde uitspraak over het rookverbod in eet- en drinkgelegenheden, neergelegd in regelgeving van de deelstaten Baden-Württemberg en Berlijn.<sup>169</sup> De regelingen in beide deelstaten voorzien in een rookverbod voor eet- en drinkgelegenheden, maar voorzien ook in een uitzondering: de exploitant heeft de mogelijkheid om een aparte ruimte in te richten waarin roken wel is toegestaan. Onder andere twee uitbaters van twee kleine cafés, bestaande uit één ruimte en voornamelijk bezocht door stamgasten waarvan ongeveer 70% zou roken, stellen een *Verfassungsbeschwerde* in.<sup>170</sup> Zij voeren aan dat de regelgeving voor hen in de praktijk leidt tot het toepassen van een algeheel rookverbod, omdat zij geen afzonderlijke rookruimte kunnen inrichten. Een en ander zal leiden tot een flinke omzetting en misschien wel de sluiting van hun cafés. Het praktisch volledige rookverbod achten zij dan ook onevenredig (in strikte zin) en derhalve in strijd met artikel 12, eerste lid, GG (vrijheid van beroep) en artikel 14, eerste lid, GG, waarin het eigendomsrecht is neergelegd.

Bij de beoordeling van de evenredigheid in strikte zin overweegt het BVerfG dat het aan de wetgever is om te bepalen of en in hoeverre een antirookbeleid wordt gevoerd. In zoverre kan dit beleid, neergelegd in de regelingen, als zodanig de evenredigheidstoets doorstaan. Tegelijkertijd overweegt het BVerfG dat als de regelgever er dan voor kiest om uitzonderingen te maken, die uitzonderingen wel consequent doorgevoerd moeten worden. Daar is hier geen sprake van. Voor veel kleinere cafés geldt op grond van dit beleid in feite een algeheel rookverbod, omdat daarin geen plek is om een afzonderlijke rookruimte in te richten. Vanwege de ongelijke uitwerking, heeft het antirookbeleid aanzienlijk negatievere financiële consequenties voor kleine cafés en kan het zelfs hun einde betekenen. Dit, terwijl de regelgever de bescherming van de gezondheid, gelet op de geldende uitzon-

169 BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot*).

170 Over de *Verfassungsbeschwerde* zie paragraaf 5.2.3.

deringen, niet volledig heeft willen nastreven en dit belang heeft willen afwegen tegen de belangen van de betrokken ondernemers. Een en ander leidt ertoe dat het BVerfG concludeert dat de gemaakte keuzes niet evenredig in strikte zin zijn, waarna het constitutionele hof de regeling ‘*unvereinbar*’ verklaart en een overgangsregeling formuleert.<sup>171</sup>

#### 9.5.5 *Tussenconclusie*

Hoe worden de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin toegepast bij verschillende toetsingsintensiteiten? In deze paragraaf heb ik ter beantwoording van die vraag een aantal toepassingen van deze eisen in de rechtspraak besproken.

##### *Geschiktheid en noodzakelijkheid*

De toepassingen van de geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets zijn onderscheiden in terughoudende toepassingen, tussenvarianten en intensieve toepassingen. Zij komen overeen met de toetsingsmodaliteiten *Evidenzkontrolle* (terughoudend), *Vertretbarkeitskontrolle* (tussenvariant) en *intensivierte inhaltliche Kontrolle* (intensief). Vooropgesteld staat dat deze drie toetsingsmodaliteiten geen waterdichte schotten hebben; zij lopen op een glijdende schaal in elkaar over en zijn soms moeilijk van elkaar te onderscheiden. Worden zij, ten behoeve van de begrijpelijkheid en inzichtelijkheid, wel van elkaar gescheiden, dan levert dat het volgende beeld op.

Kenmerkend voor de terughoudende toepassingen van de geschiktheids- en noodzakelijkheidseisen is dat zij ‘*legislation friendly*’ zijn. De wet- of regelgever komt het prerogatief toe om te oordelen over de geschiktheid en noodzakelijkheid en de rechter gaat in principe uit van de geschiktheid en noodzakelijkheid van de maatregel, tenzij de wederpartij het tegendeel aannemelijk maakt of de maatregel overduidelijk ongeschikt dan wel niet noodzakelijk moet worden geacht.<sup>172</sup>

Verdergaande geschiktheids- en noodzakelijkheidstoetsen vinden plaats als er getoetst wordt met een tussenintensiteit. Het gaat hier om de *Vertretbarkeitskontrolle*, die aangemerkt kan worden als een semi-procedurele toets.<sup>173</sup> Aanleiding om met deze tussenintensiteit te toetsen bestaat er als de wet- of regelgever enerzijds een ruime beslissingsruimte toekomt, bijvoorbeeld vanwege de aan de orde zijnde (technische) complexiteit en (wetenschappelijke) onzekerheid, maar de maatregel anderzijds een (ernstige) aantasting van een gewichtig belang meebrengt. Er spelen dan dus factoren die in de richting van een tegen-

171 Zie hierover Uzman 2013, p. 449-451.

172 Zie paragrafen 9.5.2.1 en 9.5.3.2.

173 Zie paragraaf 9.4.5.

gestelde toetsingsintensiteit wijzen en men kiest dan voor een tussenweg.<sup>174</sup> De tussenvariant is de afgelopen jaren bijvoorbeeld toegepast bij geschiktheids- en noodzakelijkheidsbeoordelingen van coronamaatregelen. Het toepassen van de *Vertretbarkeitskontrolle* houdt in dat de rechter nagaat of de geschiktheids- en noodzakelijkheidsbeoordelingen van de regelgever ‘*verterbar*’ zijn – te vertalen als ‘houdbaar’ of in het Engels ‘*tenable*’.<sup>175</sup> Om die toets te doorstaan, moet de wet- of regelgever voor de rechter aannemelijk maken dat de gekozen maatregel kan bijdragen aan de verwezenlijking van het doel (geschiktheid) en dat de maatregel tijdens het nemen daarvan doeltreffender kon worden geacht dan het minder ingrijpende alternatief dat beschikbaar was (noodzakelijkheid). De beoordelingen van de wet- of regelgever moeten berusten op voldoende deugdelijke gronden en het resultaat van de prognose van de regelgever moet duidelijk gemotiveerd en daarmee plausibel zijn.<sup>176</sup>

Dan de intensieve toepassingen van de geschiktheids- en noodzakelijkheidseisen. In het besproken voorbeeld waarin het BVerfG zelf zegt een intensieve geschiktheidstoets uit te voeren, komt die toets erop neer dat hoge eisen worden gesteld aan het bewijs van de geschiktheid. Algemene veronderstellingen zijn onvoldoende.<sup>177</sup> Met betrekking tot de noodzakelijkheidstoets komt het regelmatig voor dat de rechter wijst op het bestaan van minder ingrijpende alternatieven.<sup>178</sup> Een eigen beoordeling van de doeltreffendheid van alternatieven in vergelijking met de doeltreffendheid van de gekozen maatregel komt zelden voor, ook niet als de noodzakelijkheidstoets als intensief wordt bestempeld. Wel ligt de lat bij een intensieve noodzakelijkheidstoets hoger, in die zin dat hogere eisen worden gesteld aan het bewijs van de noodzakelijkheid. In het besproken voorbeeld van een intensieve noodzakelijkheidstoets oordeelt het BVerfG in dit verband dat het op zijn minst zeer twijfelachtig is dat er geen minder ingrijpende maar even doeltreffende maatregelen denkbaar zijn en dat de noodzakelijkheidstoets daarom niet wordt doorstaan.<sup>179</sup>

Bij zowel de toets op geschiktheid als op noodzakelijkheid moet de doeltreffendheid van maatregelen worden beoordeeld. In beginsel geldt dat de rechter zich verplaatst in de schoenen van de regelgever en bekijkt of de maatregel op het moment van de vaststelling doeltreffend was (*ex tunc*-beoordeling). In het kader van de *Vertretbarkeitskontrolle* heeft het BVerfG echter geoordeeld dat een maatregel met werking voor de toekomst toch als niet doeltreffend kan worden aangemerkt als blijkt dat de veronderstellingen van de wet-

174 Zie de voorbeelden die zijn besproken in de paragrafen 9.5.2.2 en 9.5.3.3. Zie ook reeds paragraaf 9.4.1.

175 In dit hoofdstuk heb ik de term vrijwel steeds onvertaald gebruikt, zie paragraaf 9.4.2.

176 Zie i.h.b. paragraaf 9.5.3.3 en het daarin besproken voorbeeld uit de rechtspraak van het BVerwG.

177 Paragraaf 9.5.2.3.

178 Paragraaf 9.5.3.4.

179 Paragraaf 9.5.3.4.

of regelgever niet juist blijken te zijn. Het BVerfG heeft eveneens bepaald, in het kader van een intensieve evenredigheidstoets, dat hoe langer een bepaling van kracht is, des te duurzamer en overtuigender het bewijs moet zijn dat een maatregel evenredig is.

#### *Evenredigheid in strikte zin*

De beoordelingen van de evenredigheid in strikte zin later zich minder goed onderscheiden in terughoudende toepassingen, tussenvarianten en intensieve toepassingen. In een ideale situatie worden er door de rechter drie stappen gezet om de evenredigheid in strikte zin te beoordelen. In de meeste zaken worden die stappen ook gezet.

Bij de eerste stap wordt in abstracte zin vastgesteld hoe ernstig de aantasting van het aan de orde zijnde recht of belang is – ongeacht de mate van beslissingsruimte die de wet- of regelgever toekomt.<sup>180</sup> Hierbij spelen verschillende factoren een rol, met name het gewicht van het specifieke recht dat aan de orde is, hoe vergaand de inmenging in dat recht is en de vraag of een recht in de kern is aangetast. De tweede stap houdt in dat de rechter de gewichtigheid en urgentie vaststelt van het doel dat met een maatregel wordt nagestreefd.<sup>181</sup> Ook dit doet de rechter onafhankelijk van de mate van beslissingsruimte die de wet- of regelgever toekomt. Ook hier zijn weer diverse factoren van belang. Zo geldt dat een doelstelling meer gewicht heeft als het een constitutionele rang heeft of als een doel tot uitdrukking komt en/of wordt beschermd door een wet in formele zin. Een andere relevante factor is de mate waarin het risico/gevaar waarvoor de maatregel is genomen zich daadwerkelijk zal voordoen. Hoe aannemelijker het is dat dit risico zich voordoet, hoe urgenter de reden is waarom de maatregel is getroffen.

De derde stap betreft de afweging: is de regelgever met de gekozen maatregel binnen de grenzen van het redelijke gebleven?<sup>182</sup> Ten aanzien van de beoordeling van deze afweging past rechterlijke terughoudendheid. De ruime beslissingsruimte die de regelgever op dit punt doorgaans heeft, is echter niet onbegrensd en beperkt de rechterlijke toets niet per definitie tot bijvoorbeeld een *Evidenzkontrolle*. Bij de rechterlijke beoordeling van de afweging geldt in algemene zin dat hoe ernstiger de aantasting is, hoe zwaarwegender en/of urgenter de doelstelling moet zijn. Is die aantasting (zeer) vergaand, dan moet daar dus een (zeer) zwaarwegend en dringend belang tegenover staan. Verder geldt dat het steeds dringender wordt om (beperkende) regels vast te stellen naarmate de potentiële gevaren en nadelige gevolgen die zich zouden kunnen voordoen, toenemen indien rechten van het individu vrij en zonder enige beperking zouden worden genoten. Verder zijn ook bij deze

180 Paragraaf 9.5.4.1.

181 Paragraaf 9.5.4.2.

182 Paragraaf 9.5.4.3.

derde stap weer verschillende factoren relevant. Een factor is de mate waarin de gekozen maatregel daadwerkelijk bijdraagt aan de verwezenlijking van het doel. Als een maatregel niet of weinig doeltreffend is, dan is het voornaamste effect van de maatregel de aantasting van belangen. Zo'n maatregel overschrijdt de grens van het redelijke en is niet evenredig in strikte zin. Andere relevante factoren zijn de mate waarin de regelgever zich heeft ingespannen om de aantasting zo beperkt mogelijk te houden (frequentie, duur, materiële en procedure voorwaarden) en de mate waarin de regelgever zich heeft ingespannen om hardheden voor bepaalde individuen of groepen te voorkomen (toekennen van beslissingsruimte, voorzien in hardheidsclausules, voorzien in overgangsregelingen, et cetera). Deze 'matigingen' kunnen een maatregel eerder evenredig in strikte zin maken, hoewel dat wel ook afhankelijk blijft van het gewicht en de urgentie van het nagestreefde doel.

## 9.6 CONCLUSIE

Het Duitse evenredigheidsbeginsel is tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van het Duitse constitutionele hof. Het beginsel heeft *Verfassungsrang* en de werking ervan strekt zich uit over alle overheidshandelingen, of het nou gaat om individuele besluiten, formele wetten of rechtspraak, en ongeacht de vraag of de overheid ordenende of presterende taken vervult.<sup>183</sup> Het wordt voornamelijk toegepast in de grondrechtenjurisprudentie en is, hoewel het niet in de Duitse grondwet staat, de belangrijkste (inhoudelijke) norm die de beperking van grondrechten (onder andere door wet- en regelgeving) beperkt.<sup>184</sup> Omdat de reikwijdte van de grondrechten heel ruim is en er vrij snel wordt aangenomen dat overheidshandelen, waaronder wet- en regelgeving, een grondrecht beperkt, is bijna elke zaak een 'grondrechten-zaak' waarin ook evenredigheidstoetsing plaatsvindt. In dit hoofdstuk heb ik drie aspecten van deze evenredigheidstoetsing van wet- en regelgeving besproken. Het gaat om (1) de structuur en inhoud van de evenredigheidstoets, (2) de factoren die bepalend zijn voor de intensiteit van de toetsing aan evenredigheid en hoe er in de toetsingsintensiteiten wordt gedifferentieerd en (3) de wijze waarop de evenredigheidstoets plaatsvindt en of die toets is aan te merken als procedureel, materieel of semi-procedureel, alsmede welke factoren er meespelen bij die procedurele, materiële of semi-procedurele evenredigheidstoets (toetsingsmodaliteiten).

De toets aan het Duitse evenredigheidsbeginsel betreft een doel-middeltoets. Daarbij geldt dat het doel legitiem moet zijn en dat het middel wordt getoetst op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. Op grond van de geschiktheidstoets gaat

<sup>183</sup> Paragraaf 9.2.1.

<sup>184</sup> Paragraaf 9.2.6.



de rechter na of een maatregel *kan* bijdragen aan de verwezenlijking van het nagestreefde doel.<sup>185</sup> Het is voor het doorstaan van de geschiktheidstoets niet nodig dat komt vast te staan dat het nagestreefde doel ook daadwerkelijk (volledig) wordt bereikt. Het noodzakelijkheidsvereiste wordt ingevuld met het criterium van het ‘minst belemmerende alternatief’.<sup>186</sup> Het criterium van het ‘minst belemmerende alternatief’ houdt in dat de ter toetsing voorliggende maatregel alleen noodzakelijk kan worden geacht als er geen alternatieve maatregelen bestaan die even geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken, maar minder ingrijpend zijn dan het gekozen middel. Bij de beoordeling van de ingrijpendheid gaat het veelal om de impact die een maatregel heeft op de fundamentele rechten van de burger. Een middel is alleen dan minder ingrijpend als dat het individu minder belast maar ook geen grotere belasting betekent voor derden of het algemeen publiek.<sup>187</sup> De evenredigheid in strikte zin vereist dat de wet- of regelgever een redelijk evenwicht vindt tussen enerzijds het gewicht van het belang van het nagestreefde doel en anderzijds het gewicht van de aangetaste belangen en de mate waarin die belangen worden aangetast.<sup>188</sup>

De Duitse constitutionele rechter en de bestuursrechter toetsen wet- en regelgeving niet steeds met dezelfde intensiteit en op dezelfde wijze aan de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin.<sup>189</sup> Het BVerfG heeft in zijn rechtspraak een in treden verdeelde glijdende schaal geïntroduceerd, waarop drie intensiteiten worden onderscheiden: de *Evidenzkontrolle*, de *Vertretbarkeitskontrolle* en de *intensivierte inhaltliche Kontrolle*.<sup>190</sup> Deze drie toetsingsintensiteiten en bijbehorende toetsingsmodaliteiten hebben geen waterdichte schotten; zij lopen op de glijdende schaal in elkaar over. Verder kunnen meerdere toetsingsmodaliteiten voorkomen bij één toepassing van het evenredigheidsbeginsel, omdat de beoordelingsmarge per evenredigheidseis kan verschillen.

In de tussenconclusie hierboven, paragraaf 9.5.5, heb ik uitgebreid de bevindingen besproken over de toepassing van de drie toetsingsintensiteiten, en bijbehorende toetsingsmodaliteiten, bij het toetsen aan de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. Die bevindingen zal ik hier niet herhalen. Ik wijs er alleen op dat de *Vertretbarkeitskontrolle* in verband wordt gebracht met een semi-procedurele toets.<sup>191</sup> De opkomst van deze semi-procedurele toets hangt samen met de beperkingen voor de rechter om zelf de evenredigheid te beoordelen, bijvoorbeeld omdat er voor die evenredig-

185 Paragraaf 9.2.3.

186 Paragraaf 9.2.4.

187 Paragraaf 9.5.3.1.

188 Paragraaf 9.2.5.

189 Zie hierover paragraaf 9.4.

190 Paragraaf 9.4.2.

191 Zie paragraaf 9.4.5.

heidsbeoordelingen complexe (feitelijke) beoordelingen moeten worden gemaakt.<sup>192</sup> Hij kan dan wel procedurele standaarden formuleren die de beoordelingsruimte van de wet- of regelgever procedureel begrenzen en waarvan het (niet) naleven bijdraagt aan het vermoeden van (on)evenredigheid.<sup>193</sup> Wat het Hof van Justitie en het EHRM impliciet doen, gebeurt in Duitsland dus expliciet: het onderscheiden van een tussenintensiteit die in verband wordt gebracht met een semi-procedurele evenredigheidstoets, voor gevallen waarin de rechter een inhoudelijke evenredigheidstoets niet kan uitvoeren.<sup>194</sup>

Het BVerfG heeft drie factoren geformuleerd die bepalend zijn voor de mate van beslissingsruimte van de wet- of regelgever en daarmee de intensiteit van de rechterlijke toetsing en de keuze voor een bepaalde toetsingsmodaliteit.<sup>195</sup> Die factoren zijn de aard van de betrokken materie, de mate van (wetenschappelijke) feitelijke onzekerheid, discussie en complexiteit en het gewicht van de aan de orde zijnde rechtsbelangen, waarbij ook het betreffende aan de orde zijnde recht en de ernst van de inmenging in dat recht van belang zijn. Hoe ruimer de beoordelingsmarge is op grond van deze factoren, hoe groter het 'prerogatief' van de wet- of regelgever om te beslissen over de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin, en hoe terughoudender de rechter toetst. In dit verband geldt dat de beoordelingsmarge in algemene zin ruim is als er politieke keuzeruimte bestaat, bijvoorbeeld in de sociaaleconomische sfeer, en/of er sprake is van complexiteit, die al dan niet te maken heeft met wetenschappelijke onzekerheid/discussie. De toepassing van deze factor leidt ertoe dat de wet- of regelgever doorgaans een ruime beslissingsruimte toekomt om de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin te beoordelen en de rechterlijke toetsing aan deze eisen in de regel terughoudend is.<sup>196</sup> Afhankelijk van het aan de orde zijnde rechtsbelang en de aantasting daarvan kan de beoordelingsruimte echter ook beperkter zijn en de rechterlijke toetsing intensiever. Dat geldt met name bij (ernstige) inbreuken op persoonlijke vrijheden of politieke rechten. Als er verschillende factoren aanwezig zijn die wijzen op een tegengestelde toetsingsintensiteit, dan kent het BVerfG veel gewicht toe aan het aan de orde zijnde rechtsbelang en de aantasting daarvan – waardoor de toets intensief kan zijn – of kiest het voor een tussenvariant: de *Vertretbarkeitskontrolle*.

192 Paragraaf 9.4.4.

193 Paragrafen 9.4.4 en 9.4.5.

194 Over het waarom van de semi-procedurele evenredigheidstoets van het Hof van Justitie en het EHRM zie paragraaf 7.4.3 respectievelijk paragraaf 8.5.3.

195 Paragraaf 9.4.1.

196 Zie ook de besproken toepassingen in paragraaf 9.5.

## SAMENVATTING DEEL III

In deel III zijn enkele aspecten van evenredigheidstoetsing van wet- en regelgeving in het Unierecht (hoofdstuk 7), door het EHRM (hoofdstuk 8) en in Duitsland (hoofdstuk 9) bekeken. Hieronder geef ik een overzicht van de bevindingen. Als ik daarbij spreek van elk van de bestudeerde/besproken rechtssystemen dan bedoel ik de in dit deel van het onderzoek bestudeerde/besproken rechtssystemen (Unierecht, EVRM, Duitsland).

### III.1 STRUCTUUR EN INHOUD VAN DE EVENREDIGHEIDSTOETS

Elk van de besproken rechtssystemen kent een doel-middeltoets op evenredigheid, waarbij het doel legitiem moet zijn en het middel beoordeeld wordt op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. Het is niet zo dat in elk besproken rechtstelsysteem in elke zaak consistent een drietrapstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin wordt uitgevoerd. Zo'n consistente drietrapstoets wordt alleen als regel toegepast in de rechtspraak van de Duitse constitutionele rechter en bestuursrechter.

Het vaststellen van het doel en de *legitimiteit van dat doel* is geen groot struikelblok in de besproken rechtssystemen.<sup>1</sup> Een veelheid aan doelstellingen wordt als legitiem aangemerkt (soms zijn ze wel limitatief opgesomd)<sup>2</sup> en de toets wordt vrij gemakkelijk doorstaan.

De eis van *geschiktheid* wordt vaak getoetst in de Duitse rechtspraak en in de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>3</sup> De geschiktheidseis is soms ook onderdeel van de evenredigheidstoets die het EHRM uitvoert, maar zij speelt een ondergeschikte rol in vergelijking met andere onderdelen van de evenredigheidstoets.<sup>4</sup> In Duitsland en in het Unierecht bestaat de geschiktheidstoets voornamelijk uit een effectiviteitstoets.<sup>5</sup> Deze effectiviteitstoets houdt in dat de rechter nagaat of de gekozen maatregel effectief kan zijn om het nagestreefde legitieme doel te bereiken. In beide rechtssystemen geldt dat de geschiktheidstoets doorstaan wordt als een maatregel *kan* bijdragen aan de verwezenlijking van het

---

1 De beoordeling van de legitimiteit van doelstellingen is het meest uitgebreid aan de orde gekomen in het hoofdstuk over de evenredigheidstoetsing in Duitsland, zie paragraaf 9.2.2.

2 Denk bijvoorbeeld aan de doelcriteria die genoemd zijn in steeds het tweede lid van de artikelen 8 t/m 11 EVRM.

3 Zie paragrafen 7.2.3 (Unierecht) en 9.2.3 en 9.5.2 (Duitsland).

4 Paragraaf 8.3.2.

5 Het Hof van Justitie voert soms ook een coherentietoets uit, zie paragraaf 7.2.4.

doel. Het is *niet* vereist dat onomstotelijk vaststaat dat een maatregel het doel daadwerkelijk (volledig) bereikt.

In elk besproken rechtssysteem komt de *noodzakelijkheidstoets* neer op de toets van het minst belemmerende alternatief. In het Unierecht en in het Duitse recht is dit de standaard variant van de noodzakelijkheidstoets.<sup>6</sup> In de jurisprudentie van het EHRM komen ook andere varianten voor, zoals dat een beperking moet beantwoorden aan een ‘*pressing social need*’.<sup>7</sup> In Nederland is door de bestuursrechter in de *Harderwijk*-uitspraak gekozen voor de toets van het minst belemmerende alternatief.<sup>8</sup> Ik focus daarom op deze toepassing van de noodzakelijkheidstoets.

De toets van het minst belemmerende alternatief houdt in dat een maatregel alleen noodzakelijk is als er geen alternatief bestaat dat minder belastend is voor betrokken(en) en (even) geschikt is om het nagestreefde legitieme doel te bereiken. Ervan uitgaande dat er alternatieven bestaan, gaat de rechter na of de alternatieven (even) effectief bijdragen aan de verwezenlijking van het doel en of die alternatieven minder ingrijpend zijn. Dit verlangt een beoordeling en vergelijking van de gevolgen van de verschillende maatregelen en hun impact. In elk geval in het Duitse recht en in het Unierecht wordt de eis gesteld dat het alternatief *even effectief* moet bijdragen aan de verwezenlijking van het doel als de gekozen maatregel.<sup>9</sup> Op basis van de door mij bestudeerde jurisprudentie is het beeld dat met deze eis pragmatisch wordt omgegaan. Relevant is of het alternatief in min of meer vergelijkbare mate zou kunnen bijdragen aan de verwezenlijking van het doel. Verder blijkt uit de jurisprudentie van de Duitse rechter dat een alternatief ‘in het algemeen’ het minst ingrijpend moet zijn. Dit betekent dat een alternatief alleen dan minder ingrijpend is als dat alternatief het individu minder belast maar ook geen grotere belasting betekent voor derden of het algemeen publiek.<sup>10</sup>

De precieze formuleringen van de toets van de *evenredigheid in strikte zin* verschillen in de besproken rechtssystemen, maar het gaat steeds om een vergelijkbare toets: de regelgever mag de grens van het redelijke met de gekozen maatregel niet hebben overschreden gelet op enerzijds het gewicht van het doel van die maatregel en anderzijds de zwaarte van het door de maatregel aangetaste recht of belang.<sup>11</sup> De structuur en inhoud van de toets van de

6 Paragrafen 7.2.4 (Unierecht) en 9.2.4 en 9.5.3 (Duitsland).

7 Paragraaf 8.3.3.

8 Zie paragraaf 3.5.

9 Paragrafen 7.2.4 (Unierecht) en 9.2.4 en 9.5.3 (Duitsland).

10 Zie paragraaf 9.5.3.1.

11 Paragrafen 7.2.5 (Unierecht), 8.3.4 (EHRM), 9.2.5 en 9.5.4 (Duitsland).

evenredigheid in strikte zin is het meest (expliciet) uitgewerkt in het Duitse rechtssysteem. De Duitse rechter zet meestal en in elk geval in een ideale situatie drie stappen.<sup>12</sup>

Bij de eerste stap stelt de rechter vast hoe ernstig de aantasting van het aan de orde zijnde recht of belang is. Hierbij speelt het gewicht van het aangetaste recht of belang een rol en ook hoe verregaand die aantasting is. Als die zijde is beoordeeld, stelt de rechter het gewicht en de urgentie van het nagestreefde doel vast. Wat volgt is de derde stap – de (beoordeling van de) afweging: is de regelgever met de gekozen maatregel binnen de grenzen van het redelijke gebleven? Ter beoordeling daarvan geldt in algemene zin dat hoe ernstiger de aantasting is, hoe zwaarwegender en urgenter de doelstelling moet zijn. Ook geldt dat de urgentie om beperkende regels vast te stellen toeneemt, naarmate potentiële gevaren en nadelige gevolgen groter worden indien geen beperkende regels worden vastgesteld. Verder zijn verschillende factoren relevant bij het beoordelen van de afweging, zoals de mate waarin de gekozen maatregel daadwerkelijk bijdraagt aan de verwezenlijking van het doel, de mate waarin de regelgever zich heeft ingespannen om de aantasting zo beperkt mogelijk te houden (frequentie, duur, materiële en procedure voorwaarden), en de mate waarin de regelgever zich heeft ingespannen om hardheden voor bepaalde individuen of groepen te voorkomen (toekennen van beslissingsruimte, voorzien in hardheidsclausules, voorzien in overgangsregelingen, et cetera).

In elk van de besproken rechtssystemen zijn bij de toepassing van de drietrapstoets variaties mogelijk, ook al is de inhoud van de eisen steeds hetzelfde. Dat komt vooral omdat de drietrapstoets met verschillende intensiteiten kan worden toegepast. De toetsingsintensiteit kan zelfs per eis verschillen.<sup>13</sup> Het toetsen met verschillende intensiteiten heeft ook gevolgen voor de wijze van toetsing (toetsingsmodaliteiten). De toetsingsintensiteit wordt besproken in paragraaf III.2; de toetsingsmodaliteiten komen in paragraaf III.3 aan de orde.

### III.2 TOETSINGSINTENSITEIT

Er zijn twee aspecten besproken die gerelateerd zijn aan de toetsingsintensiteit: de wijze waarop er in toetsingsintensiteiten wordt gedifferentieerd en de factoren die bepalend zijn voor de toetsingsintensiteit.

<sup>12</sup> Het onderstaande is gebaseerd op paragraaf 9.5.4.

<sup>13</sup> Zie paragraaf 9.4.2 met betrekking tot de evenredigheidstoets in Duitsland.

### III.2.A *Differentiatie in toetsingsintensiteiten*

Het Hof van Justitie en het EHRM hanteren een traploze glijdende schaal, die zo moet worden voorgesteld dat de toetsing kan variëren van een (heel) terughoudende tot een (heel) intensieve toetsing met in het middengebied allerlei fluïde tussenintensiteiten.<sup>14</sup> Hoewel de glijdende schaal van de Europese rechters qua formulering traploos is, kan in hun rechtspraak tussen een intensieve en terughoudende evenredigheidstoetsing een tussenintensiteit worden onderscheiden, de semi-procedurele evenredigheidstoets.<sup>15</sup> In Duitsland wordt ook gebruik gemaakt van een glijdende schaal, maar dat betreft een in treden verdeelde glijdende schaal.<sup>16</sup> Het ene uiterste van de schaal – terughoudende toetsing – is de *Evidenzkontrolle*, het andere uiterste van de schaal – intensieve toetsing – is de *intensivierte inhaltliche Kontrolle*. Tussen deze twee uitersten wordt een tussenintensiteit onderscheiden, die aangemerkt kan worden als semi-procedureel (*Vertretbarkeitskontrolle*).<sup>17</sup> Er loopt overigens geen harde lijn tussen deze drie verschillende intensiteiten; zij kunnen in elkaar overlopen en zijn soms moeilijk van elkaar te onderscheiden.

### III.2.B *Factoren voor de toetsingsintensiteit*

Het BVerfG heeft drie factoren geformuleerd die bepalend zijn voor de toetsingsintensiteit. Dit zijn de aard van de betrokken materie, de mate van (wetenschappelijke) feitelijke onzekerheid, discussie en complexiteit en het gewicht van de aan de orde zijnde rechtsbelangen, waarbij ook het betreffende specifieke recht en de ernst van de inmenging in dat recht van belang zijn.<sup>18</sup> Het Hof van Justitie acht relevant de aard van de bevoegdheid, de aard van het aangetaste belang en de ernst van de inbreuk daarop.<sup>19</sup> In de literatuur zijn drie (categorieën van) factoren afgeleid op basis waarvan het EHRM de omvang van de *margin of appreciation* en daarmee de toetsingsintensiteit bepaalt. Het gaat om de *common ground*-factor, de *better placed*-factor en de aard en het gewicht van het aangetaste EVRM-recht.<sup>20</sup> De factoren zijn in de besproken rechtssystemen allemaal net iets anders geformuleerd, maar ze hebben veel overeenkomsten en de toepassing ervan is vergelijkbaar, zoals ik hierna zal uitleggen.

14 Paragrafen 7.3.1 (Unierecht) en 8.4.2 (EHRM).

15 Zie paragraaf III.3.

16 Paragraaf 9.4.2.

17 Zie paragraaf III.3.

18 Paragraaf 9.4.1.

19 Paragraaf 7.3.2.

20 Paragraaf 8.4.4. Deze factoren zijn door Gerards onderscheiden.

In elk besproken rechtssystemen zijn er gevallen waarin de rechterlijke toetsing terughoudend is, omdat de wet- of regelgever om bepaalde redenen in een betere positie verkeert dan de rechter om (evenredigheids)beoordelingen te verrichten en de wet- of regelgever daarom een ruime beslissingsruimte heeft.<sup>21</sup> Een ruime beslissingsruimte kan gerelateerd zijn aan de politieke, sociale, en/of economische afwegingen en beoordelingen die gemaakt moeten worden en/of de regulering van morele en ethische kwesties. De wet- of regelgever wordt beter (democratisch) gelegitimeerd en geëquipeerd geacht om dergelijke afwegingen te maken en de rechterlijke (evenredigheids)toetsing van de gemaakte beoordelingen en afwegingen is daarom doorgaans terughoudend. Een ruime beslissingsruimte van de wet- of regelgever kan ook gelegen zijn in de complexiteit van de aan de orde zijn materie, denk bijvoorbeeld aan feitelijke, technische of economische complexiteit. Voor het maken van complexe beoordelingen en afwegingen is een bepaalde mate van expertise en deskundigheid nodig, die doorgaans minder aanwezig/voor handen is bij de rechter en meer bij de wet- of regelgever. Dergelijke complexe beoordelingen en afwegingen worden in de regel overgelaten aan de wet- en regelgever; de rechter stelt zich dus terughoudend op. Een bijzondere vorm van complexiteit bestaat als er wetenschappelijke onzekerheid is over een bepaalde kwestie. Zo kan er discussie bestaan over de risico's naar aanleiding waarvan maatregelen worden getroffen en ook over de effecten van die maatregelen ter beheersing van dat risico. Ook in dit soort gevallen komt de wet- of regelgever een ruime beslissingsruimte toe en is de rechterlijke toetsing in de regel terughoudend.

In elk van de besproken rechtssystemen is de aard van het aangetaste belang en de ernst van de aantasting daarvan relevant voor de rechterlijke toetsingsintensiteit. Als het aangetaste belang een fundamenteel recht is, dan is ook relevant de aard van het aangetaste recht en de ernst van de inbreuk daarop. Het Hof van Justitie en het EHRM noemen enkele specifiekere factoren die relevant zijn voor de toetsingsintensiteit bij beperkingen van fundamentele rechten, zijnde: het betrokken domein, de aard van het fundamentele recht dat aan de orde is, als ook de aard, de ernst en het doel van de inmenging.<sup>22</sup> Hieruit volgt dat de enkele aanwezigheid van een fundamenteel recht niet noodzakelijkerwijs hoeft te leiden tot een intensievere toetsing. De rechtspraak van het EHRM illustreert dat het meest duidelijk,<sup>23</sup> maar differentiatie in de toetsingsintensiteit bij het aan de orde zijn van fundamentele rechten komt ook in het Unierecht<sup>24</sup> en in het Duitse recht<sup>25</sup> duidelijk tot uitdruk-

21 Zie paragrafen 7.3.2 en 7.4.1 (Unierecht), 8.4.4 (EVRM) en 9.4.1 (Duitsland).

22 Paragrafen 7.5.2 (Unierecht), met verwijzing naar HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), en 8.4.4, met verwijzing naar EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (*S & Marper/Verenigd Koninkrijk*).

23 Zie paragraaf 8.4.4.

24 Zie paragrafen 7.5.2 en 7.5.3 of de tussenconclusie in paragraaf 7.5.4.

25 Zie paragraaf 9.4.1 en de besproken toepassingen van de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin in paragraaf 9.5.

king. In algemene zin kan over die differentiatie gezegd worden dat inmengingen in sociaal-economische rechten, bijvoorbeeld eigendom, vaak terughoudend worden getoetst, terwijl bij inmengingen in rechten die de persoonlijke of politieke vrijheid beschermen, zoals de vrijheid van meningsuiting, veelal een indringender rechterlijke toetsing aangewezen wordt gevonden.

Soms zijn er in dezelfde zaak verschillende factoren aanwezig die wijzen op een tegengestelde toetsingsintensiteit. Het BVerfG kent in dergelijke gevallen ter bepaling van de toetsingsintensiteit veel gewicht toe aan het aan de orde zijnde fundamentele recht en de ernst van de inbreuk daarop.<sup>26</sup> Heeft de wet- of regelgever bijvoorbeeld een ruime beslissingsruimte, dan kan de toets toch intensiever zijn vanwege het aan de orde zijnde fundamentele recht en/of de ernst van de inbreuk daarop. Het BVerfG kiest in dit soort gevallen soms ook voor een middenweg; de toetsing volgens de tussenintensiteit in de vorm van de *Vertretbarkeitskontrolle*.<sup>27</sup>

### III.3 TOETSINGSMODALITEITEN

In deel III zijn ook modaliteiten bij de toetsing aan evenredigheid bestudeerd. Daarmee wordt bedoeld de wijze waarop de evenredigheidstoets plaatsvindt, of die toets is aan te merken als procedureel, materieel of semi-procedureel en welke factoren meespelen bij die procedurele, materiële of semi-procedurele evenredigheidstoets.<sup>28</sup> Grofweg zijn de modaliteiten in de besproken rechtssystemen te verdelen in evenredigheidstoetsen die overwegend materieel zijn, terughoudend of intensief, en een semi-procedurele evenredigheidstoetsing. Deze toetsingsmodaliteiten hebben geen waterdichte schotten. Sommige evenredigheidstoetsen bevinden zich bijvoorbeeld op het grensvlak van een semi-procedurele en materiële intensieve evenredigheidstoets.<sup>29</sup> Ten behoeve van de overzichtelijkheid maak ik hierna wel een ‘hard’ onderscheid tussen de verschillende toetsingsmodaliteiten.

De materieel terughoudende evenredigheidstoetsen zijn heel vergelijkbaar in de besproken rechtssystemen en komen neer op een toets op ‘overduidelijke onevenredigheid’.<sup>30</sup> Kenmerkend voor deze toets is dat er geen hoge eisen worden gesteld aan het bewijs voor de evenredigheid. De rechter gaat in principe uit van de evenredigheid van de gemaakte

26 Paragraaf 9.4.1.

27 Paragraaf 9.4.1 en zie de voorbeelden genoemd in paragrafen 9.5.2.2 en 9.5.3.3.

28 Vergelijk paragraaf 1.4.6 voor het begrip ‘toetsingsmodaliteit’.

29 Zie ter illustratie de genoemde voorbeelden in paragraaf 7.5.3.3 en paragraaf 9.5.2.2.

30 Zie paragrafen 7.4.2.1 (Unierecht), 8.5.1 (EHRM), 9.4.3 (Duitsland).



keuzes, tenzij blijkt, bijvoorbeeld uit wat de tegenpartij heeft aangedragen, dat de maatregel overduidelijk onevenredig is. Vergelijkbaar in de verschillende rechtssystemen zijn ook de materieel intensieve evenredigheidstoetsen. In de kern komt deze modaliteit erop neer dat de rechter een eigen, inhoudelijk oordeel geeft over de vraag of de voorliggende maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig in strikte zin is.<sup>31</sup>

De semi-procedurele evenredigheidstoets is aan te merken als een modaliteit die zich bevindt tussen een materieel terughoudende en een intensieve evenredigheidstoets in. Deze ‘tussenmodaliteit’ – corresponderend met een tussenintensiteit – wordt door de Duitse (constitutionele) rechter expliciet gehanteerd, in de vorm van de *Vertretbarkeitskontrolle*,<sup>32</sup> en impliciet door het Hof van Justitie en het EHRM.<sup>33</sup> Ik licht een aantal aspecten uit van de semi-procedurele evenredigheidstoets die deze rechters uitvoeren: het waarom van de semi-procedurele evenredigheidstoets en de inhoud ervan. Met het ‘waarom’ hangt samen in wat voor soort situaties de semi-procedurele evenredigheidstoets wordt uitgevoerd.

Een van de redenen voor het toepassen van een semi-procedurele evenredigheidstoets is gelegen in enerzijds ingewikkeldheden waarmee de rechter zich geconfronteerd kan zien bij het toetsen op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin en anderzijds het belang van effectieve rechtsbescherming.<sup>34</sup> Ingewikkeldheden, zoals (feitelijke of technische) complexiteit, (wetenschappelijke) onzekerheid, politieke afwegingsruimte of ontbrekende consensus, zijn redenen waarom de rechter geen eigen, materiële evenredigheidsbeoordelingen kan maken van de gemaakte keuzes. De wet- of regelgever is voor het maken van die beoordelingen beter toegerust – zie ook hiervoor in paragraaf III.2.B. In dit soort ‘ingewikkelde’ gevallen volstaat een terughoudende toets echter niet altijd vanuit het perspectief van effectieve rechtsbescherming. Dat geldt temeer als er een gewichtig belang op het spel staat, zoals in het Unierecht het vrij verkeer of, in alle besproken rechtssystemen, een fundamenteel recht. De rechter bevindt zich dan in een lastig parket: hij moet een evenredigheidstoets uitvoeren, maar heeft goede reden om de gemaakte keuzes niet zelf te beoordelen op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. Soms doet hij dat laatste wel, en voert hij een materieel intensieve evenredigheidstoets uit. In andere gevallen kiest hij voor een semi-procedurele evenredigheidstoets, die hem in staat stelt afstand te houden tot de inhoud van de gemaakte keuzes, maar waarbij de gemaakte

31 Zie paragrafen 7.5.3.2 (Unierecht), 8.5.1 (EHRM) en 9.4.3 (Duitsland).

32 Zie i.h.b. paragrafen 9.4.5, 9.5.2.2 en 9.5.3.3.

33 Zie i.h.b. paragrafen 7.4.3 t/m 7.4.5 (Unierecht) en 8.5.2 t/m 8.5.5 (EHRM).

34 Deze alinea is gebaseerd op paragrafen 7.4.3 (Unierecht), 8.5.3 (EHRM) en 9.4.4 (Duitsland).

beoordelingen en afwegingen van de wet- of regelgever wel op geobjectiveerde wijze kunnen worden beoordeeld.

Bij de semi-procedurele evenredigheidstoets is evenredigheid de overkoepelende maatstaf en wordt die evenredigheid (mede) beoordeeld door na te gaan of bepaalde procedurele vereisten zijn nageleefd door de wet- of regelgever.<sup>35</sup> Dit zijn veelal geen 'harde' procedurele vereisten, voorgeschreven in wet- en regelgeving, waaraan de wet- of regelgever zich moet houden.<sup>36</sup> Het gaat om vereisten die vaak door de rechter zelf zijn geformuleerd of ingekleurd en waarvan de (niet) naleving de rechter informatie oplevert over de aannemelijkheid van de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin van de gemaakte keuzes. De evenredigheid hoeft daarbij niet 'onomstotelijk' vast te staan, maar de beoordelingen en afwegingen die de wet- of regelgever in dat licht heeft gemaakt moeten, in de woorden van de Duitse rechter, 'vertretbar' (houdbaar, *tenable*) zijn.<sup>37</sup>

De procedurele vereisten zijn in de besproken rechtssystemen gerelateerd aan zorgvuldigheds- en motiveringsaspecten. Denk aan het gebruik van 'kwalitatief deugdelijke' informatie (in de woorden van het Hof van Justitie: feitelijk juist, betrouwbaar, consistent) ter beoordeling van de effecten van maatregelen, impact assessments, het raadplegen/consulteren van belanghebbende kringen, het publiek of experts, (uitvoerig) parlementair debat en een consistente, begrijpelijke en overtuigende motivering in het licht van de feitelijke grondslag en de eisen van het evenredigheidsbeginsel.<sup>38</sup> Hoe meer dit soort procedurele vereisten (niet) zijn nageleefd, hoe (on)aannemelijker het is dat de gemaakte keuzes evenredig zijn. Deze procedurele vereisten kunnen ook wel 'indicatoren voor (on)evenredigheid' worden genoemd. Vooral de rechtspraak van het Hof van Justitie leert daarbij dat de 'aard' van de beslissingsruimte de aan- of afwezigheid van bepaalde indicatoren relevanter kan maken voor het oordeel over de evenredigheid.<sup>39</sup> Is de beslissingsruimte gelegen in de complexiteit van de materie, dan acht het Hof het vooral relevant of regelgeving is gebaseerd op de meest feitelijk juiste, betrouwbare en consistente informatie die beschikbaar is (denk aan wetenschappelijke documenten en bewijsstukken of rapporten van (andere) deskundigen). Is de beslissingsruimte meer politiek van aard, dan ligt het zwaartepunt van de toets bij het beoordelen of alle betrokken belangen in kaart zijn gebracht en of de impact op die belangen is onderzocht. Dan is bijvoorbeeld zwaarwegend (positief) dat er een (openbare) raadpleging van belanghebbenden is verricht en dat de regelgever een effectenbeoordeling heeft uitgevoerd.

35 Zie paragrafen 7.4.4 en 7.4.5 (Unierecht), 8.5.5 (EHRM) en 9.4.5 (Duitsland).

36 Zie i.h.b. paragrafen 8.5.5.1 en 9.4.4 t/m 9.4.5.

37 Zie ter illustratie van zo'n beoordeling door de Duitse rechter paragraaf 9.5.3.3.

38 Zie paragrafen 7.4.4, 7.4.5, 7.5.3.3, 7.6.3.2 (Unierecht), 8.5.5.1 (EHRM) en 9.4.5, 9.5.2.2, 9.5.3.3 (Duitsland).

39 Paragraaf 7.4.5.3.

De aan- of afwezigheid van (procedurele) indicatoren voor evenredigheid kan verschillende consequenties hebben. Als veel van die indicatoren afwezig zijn, dan kan dat aanleiding geven om een materiële intensieve evenredigheidstoets uit te voeren. Dit zijn vaak de gevallen waarin de evenredigheidstoets zich in de besproken rechtssystemen bevindt op het grensvlak van een semi-procedurele evenredigheidstoets en een materiële intensieve evenredigheidstoets.<sup>40</sup> Ook mogelijk is dat de rechter louter op basis van een semi-procedurele toets constateert dat de gemaakte keuzes onevenredig zijn.<sup>41</sup> Zijn er juist wel veel indicatoren voor evenredigheid aanwezig, dan kan dat leiden tot de conclusie dat de gemaakte keuzes evenredig zijn. Het Hof van Justitie en het EHRM voeren soms als sluitstuk echter ook nog een materiële terughoudende toets uit.<sup>42</sup>

---

40 Zie paragrafen 7.5.3.3 (Unierecht), 8.5.5.2 (EHRM) en 9.5.2.2 (Duitsland).

41 Zie paragrafen 7.4.5.4 (Unierecht) en 8.5.5.2 (EHRM).

42 Zie paragrafen 7.4.5.3 (Unierecht) en 8.5.5.2 (EHRM).



# DEEL IV

## SYNTHESE EN CONCLUSIE

Het laatste deel van dit onderzoek bestaat uit twee hoofdstukken. Hoofdstuk 10 is de synthese. In dit hoofdstuk wordt het verloop van de intensivering van de indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen tegen het licht gehouden. Daarbij wordt bekeken of er aanleiding is om deze toets aan te passen en, zo ja, welke aanpassingen de Nederlandse bestuursrechters dan zouden kunnen doen. Ook betrek ik daarbij de gevolgen van de verdere stappen voor de procedurele complicaties die in dit onderzoek centraal staan. In hoofdstuk 11, de conclusie, wordt de onderzoeksvraag beantwoord en worden de aanbevelingen uit hoofdstuk 10 samengevat.



## 10 SYNTHESE EN AANBEVELINGEN NEDERLAND

### 10.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk komen de lijnen uit dit onderzoek samen. Ik bekijk of de intensivering van de indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen, ingezet met de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader,<sup>1</sup> aanpassing behoeft en, zo ja, welke aanpassingen de Nederlandse bestuursrechters dan zouden kunnen doen. Daarbij betrek ik ook de gevolgen van die voorgestelde aanpassingen voor de procedurele complicaties, gerelateerd aan de consequenties van succesvolle indirecte toetsing en de verhouding tussen directe en indirecte toetsing, die in dit proefschrift centraal staan. Belangrijke toetsingskaders voor het formuleren van de verdere stappen zijn het constitutionele vertrekpunt dat is geformuleerd in hoofdstuk 2 en de aard van indirecte toetsing.<sup>2</sup>

Deze synthese is gestructureerd rondom de vijf thema's die in de vorige hoofdstukken centraal stonden. Dit zijn: de structuur en inhoud van de evenredigheidstoets (paragraaf 10.3), de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel (paragraaf 10.4), modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel (paragraaf 10.5), de consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften (paragraaf 10.6) en de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften (paragraaf 10.7). Steeds komt in iedere paragraaf eerst aan de orde wat voor het specifieke thema van de betreffende paragraaf de stand van zaken is in Nederland; het vertrekpunt. Vervolgens worden per thema aanbevelingen geformuleerd, mede aan de hand van de bevindingen van het rechtsvergelijkend onderzoek dat de basis heeft gevormd voor de delen II en III van dit onderzoek. In dit hoofdstuk komen alleen de bevindingen aan de orde die relevant zijn voor de aanbevelingen.<sup>3</sup> Voordat de vijf thema's worden besproken, schets ik hierna in paragraaf 10.2 eerst een algemeen beeld van de stand van zaken anno 2023 op het gebied van de indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.

---

1 Zie hierover paragrafen 3.4 t/m 3.7. De 1 juli 2019-maatstaf is voor het eerst geformuleerd door de CRvB in CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2016 t/m 2019. Het *Harderwijk*-beoordelingskader is voor het eerst geformuleerd door de Afdeling in ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*).

2 Vergelijk paragraaf 1.5.3.

3 Opgemerkt zij dat de bevindingen van de rechtsvergelijking uitgebreid zijn besproken in de samenvattingen na de delen II en III (paragrafen II.1 t/m II.4 en III.1 t/m III.3).

## 10.2 ALGEMEEN BEELD ANNO 2023

### 10.2.1 *Passend constitutioneel vertrekpunt: perspectiefverschuiving*

In de jaren na het *Landbouwwliegers*-arrest zijn traditionele machtenscheidingsargumenten in combinatie met het democratieprincipe lange tijd primair bepalend geweest voor hoe de bestuursrechter zich heeft opgesteld ten opzichte van de lagere regelgever bij het beoordelen van lagere regelgeving in het licht van nationale algemene rechtsbeginselen.<sup>4</sup> Dit heeft geleid tot een principieel, dat wil zeggen: vrijwel standaard, terughoudende rechterlijke opstelling, waarbij de bestuursrechter door de volksvertegenwoordigende organen gemaakte en/of gecontroleerde keuzes in lagere regelgeving in de regel respecteerde, tenzij er sprake was van klaarblijkelijk onrechtmatige regelgeving in het licht van het willekeurverbod.<sup>5</sup>

De houdbaarheid van dit constitutionele vertrekpunt werd de afgelopen jaren steeds meer ter discussie gesteld vanwege ontwikkelingen binnen de nationale democratische rechtsstaat, maar ook vanwege supranationale ontwikkelingen.<sup>6</sup> Hierop voortbouwend heb ik in hoofdstuk 2 een ander constitutioneel vertrekpunt geformuleerd, dat ook beter past bij de door de Nederlandse bestuursrechter ingezette intensiveringstendens bij het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.<sup>7</sup> De kern is dat het ‘ongebalanceerde’ vertrekpunt van principiële terughoudendheid al verschuift, en verder zou moeten verschuiven, naar een gebalanceerde rechterlijke opstelling, waarbij die rechterlijke opstelling afhankelijk van de omstandigheden varieert van terughoudend tot intensief. Dit komt in wezen neer op (het doorzetten van) een perspectiefverschuiving. Deze perspectiefverschuiving houdt in dat niet langer vooral traditionele machtenscheidingsargumenten en het democratieprincipe, maar evenzeer de eisen van effectieve rechtsbescherming en het beschermen van de fundamentele rechten bepalend zouden moeten zijn voor hoe de bestuursrechter zich opstelt bij het beoordelen van lagere regelgeving in het licht van de algemene rechtsbeginselen. De hiervoor in hoofdstuk 2 gegeven redenen worden hierna samenvattend weergegeven.<sup>8</sup>

4 Zie paragraaf 2.2.1.

5 Paragraaf 2.2.2, i.h.b. paragraaf 2.2.2.2.

6 Zie paragraaf 1.2.

7 Deze intensiveringstendens is ingezet met de introductie van een nieuw beoordelingskader, bestaande uit de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader. Zie hierna in paragraaf 10.2.2.

8 Zie voor een samenvattende weergave van deze argumenten ook de conclusie van hoofdstuk 2 (paragraaf 2.6).



De veronderstellingen die ten grondslag liggen aan een principieel terughoudende rechterlijke opstelling, ingegeven door traditionele machtenscheidingsargumenten en het democratieprincipe, gaan niet langer steeds op.<sup>9</sup> Veel algemeen verbindende voorschriften hebben niet de veronderstelde democratische legitimatie die de rechterlijke terughoudendheid moet dragen en rechtvaardigen.<sup>10</sup> Stelt de bestuursrechter zich vanwege traditionele machtenscheidingsargumenten en het democratieprincipe principieel terughoudend op, dan geldt voor veel algemeen verbindende voorschriften dat zij door geen enkele staatsmacht ‘echt’ worden gecontroleerd. Dat is problematisch, ook omdat de rechtspositie van burgers steeds vaker bepaald wordt door algemeen verbindende voorschriften, onder het niveau van de formele wet, als onderdeel van de ontwikkeling naar een ‘*administrative state*’.<sup>11</sup> De (dreigende) leemte in de controle op deze regelgeving kan door de bestuursrechter deels worden opgevuld door een principieel terughoudende toets te vervangen door een toets aan het recht die afhankelijk van de omstandigheden terughoudender of intensiever is.<sup>12</sup> Meer ten algemene (en dus ook voor zover algemeen verbindende voorschriften wel ‘voldoende’ democratisch zijn gelegitimeerd) geldt dat deze rechterlijke toets belangrijke waarborgen biedt in aanvulling op de politieke controle op algemeen verbindende voorschriften.<sup>13</sup>

Een gedifferentieerde rechterlijke toets aan het recht past ook beter bij de eisen van effectieve rechtsbescherming en het bestaan en de bescherming van fundamentele rechten. Deze eisen worden onder invloed van zowel het nationale als het supranationale recht steeds bepalender voor de rechterlijke opstelling,<sup>14</sup> en zouden de rechterlijke opstelling mijns inziens voortaan evenzeer moeten bepalen. Dat geldt in het bijzonder voor de eis van effectieve rechtsbescherming, die kan worden gelezen in artikel 17, eerste lid, van de Grondwet en daarom inmiddels een grondwettelijk recht is.<sup>15</sup> Artikel 17, eerste lid, van de Grondwet biedt een sterke nationale basis om de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen verder te ontwikkelen.<sup>16</sup> Het recht op effectieve rechtsbescherming, maar ook de bescherming van de fundamentele rechten, biedt ruimte voor zowel een terughoudende(r) als een intensie-

9 Paragraaf 2.3.

10 Vanwege de terugtrek van de wetgever in combinatie met een gebrekkige politieke controle door de volksvertegenwoordiging, zie paragrafen 2.3.2 en 2.3.3.

11 Paragraaf 2.3.2.

12 Paragraaf 2.3.4.1.

13 Paragraaf 2.3.4.2.

14 Zie paragraaf 2.4 over effectieve rechtsbescherming en paragraaf 2.5 over fundamentele rechten.

15 Zie paragraaf 2.4.2.

16 Zie ook paragraaf 2.4.5.

ve(re) toets (en dus een gedifferentieerde toetsing).<sup>17</sup> De eisen van effectieve rechtsbescherming en de bescherming van fundamentele rechten ‘incorporeren’ daarbij de aan de machtscheiding en het democratieprincipe gerelateerde redenen voor rechterlijke terughoudendheid. Zo kan de rechterlijke toetsing in het kader van effectieve rechtsbescherming en de bescherming van fundamentele rechten nog steeds terughoudend zijn vanwege politieke afwegingsruimte en/of (technische of feitelijke) complexiteit.<sup>18</sup> Maar, de rechterlijke toetsing kan ook intensiever zijn vanwege de inbreuk in het leven van de burger en/of de ernst van de inmenging in een fundamenteel recht.<sup>19</sup> Deze differentiatie past goed bij en kan verder vorm krijgen met toepassing van de factoren die de bestuursrechters sinds enkele jaren toepassen ter bepaling van de intensiteit van hun indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen.<sup>20</sup>

### 10.2.2 *Verwachte operationalisering nieuw beoordelingskader*

Het geformuleerde constitutionele vertrekpunt kan richtinggevend zijn voor het verdere verloop van de intensivering van het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. Deze intensivering is ingezet met de introductie van een nieuw beoordelingskader, bestaande uit twee lijnen.<sup>21</sup> De eerste lijn is de 1 juli 2019-maatstaf, voor het eerst geformuleerd door de CRvB in vier uitspraken van 1 juli 2019.<sup>22</sup> Aan de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf is een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017 voorafgegaan.<sup>23</sup> De tweede lijn is het *Harderwijk*-beoordelingskader, voor het eerst door de Afdeling geformuleerd op 2 februari 2022.<sup>24</sup> Aan de *Harderwijk*-uitspraak ging een conclusie vooraf van staatsraden

17 Wat het recht op effectieve rechtsbescherming betreft, kan dat worden afgeleid uit de eisen die de artikelen 6 en 13 EVRM en artikel 47 Handvest stellen en die tenminste ook door artikel 17, eerste lid, van de Grondwet worden gesteld. Zie paragrafen 2.4.2 t/m 2.4.4. Wat de bescherming van de fundamentele rechten betreft, volgt de mogelijkheid tot differentiatie uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM, zie paragraaf 2.5.3 en ook hierna in paragraaf 10.4.3.

18 Zie paragrafen 2.4.3.2 (artikel 6 EVRM), 2.4.3.4 (artikel 13 EVRM) en 2.4.4.2 (artikel 47 Handvest).

19 Zie paragraaf 2.5, i.h.b. paragraaf 2.5.3.

20 Over deze factoren en de verdere verfijning daarvan, zie i.h.b. paragraaf 10.4.4.

21 Zie paragrafen 3.3 t/m 3.5.

22 CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 t/m 2019. De andere hoogste bestuursrechters sloten zich hierbij aan, zie ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452; CbB 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240; HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1988. Zie paragraaf 3.4 over de 1 juli 2019-maatstaf.

23 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557. Voor de bespreking van de conclusie zie paragraaf 3.4.1.

24 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*). De CRvB en het CbB hanteren ook het *Harderwijk*-beoordelingskader, zie CbB 23 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:557; CRvB 24 oktober 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2207. Hetzelfde geldt vermoedelijk voor de belastingkamer van de Hoge Raad, zie HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1124. Zie over het *Harderwijk*-beoordelingskader paragraaf 3.5.

advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021.<sup>25</sup> Het nieuwe beoordelingskader en de daaraan voorafgegane conclusies geven gezamenlijk een richting aan voor, en wekken verwachtingen over, het verloop van de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.<sup>26</sup>

Het nieuwe beoordelingskader en de twee conclusies wekken de verwachting dat het evenredigheidsbeginsel een sleutelpositie zal innemen bij deze intensivering. In zijn conclusie van 22 december 2017 adviseerde staatsraad advocaat-generaal Widdershoven de hoogste bestuursrechters al om zich te oriënteren op de evenredigheidstoets die in het Unierecht wordt toegepast, bestaande uit een toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin. In de formulering van de 1 juli 2019-maatstaf zat nog geen verwijzing naar deze drietrappstoets, maar deze toets (die voor alle besluiten geldt, ook voor algemeen verbindende voorschriften) werd enkele jaren later, in 2022, in de *Harderwijk*-uitspraak omarmd.

De drieslag geeft structuur aan de evenredigheidstoets, maar de toepassing ervan betekent niet zonder meer dat de rechterlijke evenredigheidstoetsing ook indringender is.<sup>27</sup> Met welke intensiteit deze drietrappstoets wordt toegepast, hangt af van drie factoren: (1) de mate van beslissingsruimte vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie en vereiste politiek-bestuurlijke afwegingen, (2) de mate waarin een algemeen verbindend voorschrift ingrijpt in het leven van belanghebbende(n) en (3) het aan de orde zijn van fundamentele rechten.<sup>28</sup> Op grond van deze factoren zou de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel naar verwachting kunnen variëren van een terughoudende toetsing, vergelijkbaar met een toetsing aan het willekeurverbod, tot een intensievere beoordeling van de weging van de bij het voorschrift betrokken belangen. Dit zijn twee uitersten die wellicht niet in elke zaak uitkomst bieden. Verder is het de verwachting dat de bestuursrechters niet snel zullen overgaan tot een intensievere evenredigheidstoets. In een artikel dat na zijn conclusie van 22 december 2017 verscheen, schrijft Widdershoven daarover het volgende:

‘Tegelijkertijd zal ook een meer gestructureerde inhoudelijke toets aan evenredigheid slechts in een beperkt aantal extra gevallen tot onrechtmatigheid leiden, omdat de Nederlandse bestuursrechter, net zoals het Hof van Justitie,

25 Conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

26 Voor die richting en verwachtingen zie paragraaf 3.6.

27 Zie ook Widdershoven 2018, p. 189.

28 Zie paragrafen 3.4.2, 3.5 en 3.6.3, met verwijzing naar de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader.

huiverig zal zijn om te zeer op de stoel van de bestuurswetgever en de politiek te gaan zitten. [...] Daarom zullen ze alleen ingrijpen in tamelijk ernstige situaties. [...] Daarmee is van het door mij gewenste herstel van het evenwicht binnen de Trias onvoldoende sprake.<sup>29</sup>

Om de stap naar een intensievere toetsing aan het evenredigheidsbeginsel te verkleinen, stelde staatsraad advocaat-generaal Widdershoven een ‘tussenweg’ voor in zijn conclusie van 22 december 2017.<sup>30</sup> Deze tussenweg betreft een vorm van evenredigheidstoetsing waarbij de nadruk ligt op de toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Dat werkt volgens de staatsraad advocaat-generaal zo dat de bestuursrechters ter compensatie van een terughoudende materiële toetsing aan evenredigheid, deze toetsing aanvullen met een formele toetsing van algemeen verbindende voorschriften op zorgvuldigheid en motivering. De gedachte lijkt daarbij te zijn dat de bestuursrechter in de regel sneller zal overgaan tot een toetsing aan formele algemene rechtsbeginselen dan tot een intensieve inhoudelijke evenredigheidstoets.<sup>31</sup>

Het idee van de tussenweg is later ter hand genomen in de literatuur<sup>32</sup> en in de formuleringen van de 1 juli 2019-maatstaf zijn elementen ervan duidelijk te herkennen.<sup>33</sup> Met de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf is dan ook de verwachting ontstaan dat de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften vooral zou verlopen via een evenredigheidstoets in het kader waarvan de toets aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering een rol kan spelen. In meer ingrijpende gevallen zouden de bestuursrechters over kunnen gaan tot een intensievere inhoudelijke evenredigheidstoets.<sup>34</sup>

Ook gelet op andere onderdelen van de 1 juli 2019-maatstaf zijn de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering naar verwachting belangrijk bij de intensivering. Volgens de 1 juli 2019-maatstaf kan de schending van het formele zorgvuldigheids- en/of

29 Widdershoven 2018, p. 189.

30 Zie paragraaf 3.4.1.3. Naast de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, zie ook Widdershoven 2018, waarin hij eveneens zijn ‘tussenweg’ bespreekt.

31 De bestuursrechter kent immers een lange traditie om andere (individuele) besluiten te toetsen aan formele algemene rechtsbeginselen. Bovendien worden algemeen verbindende voorschriften die direct kunnen worden getoetst in een daartegen ingesteld vernietigingsberoep ook regelmatig door de bestuursrechter getoetst aan formele algemene rechtsbeginselen en vanwege strijd daarmee vernietigd. Het laatste blijkt uit de in de conclusie van 22 december 2017 vermelde rechtspraak, zie de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6.12.

32 Zie bijvoorbeeld Aarts & Van Heusden 2020; Evers & De Poorter 2021; Van Zanten 2020.

33 Zie paragrafen 3.4.2 en 3.6.4.

34 Over deze verwachtingen zie paragraaf 3.6.4.

motiveringsbeginsel voortaan leiden tot het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift als de bestuursrechter vanwege een onzorgvuldige voorbereiding en/of een gebrekkige motivering niet kan beoordelen of het voorschrift in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel of hoger geschreven recht.<sup>35</sup> Dat is een vernieuwing ten opzichte van de *Landbouwwliegers*-maatstaf, op grond waarvan een voorschrift alleen buiten toepassing kon worden gelaten (of onverbindend worden verklaard) als de schending van het formele zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel tevens leidde tot strijd met het willekeurverbod (willekeursluis).<sup>36</sup> Deze willekeursluis is met de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf losgelaten.<sup>37</sup> Het onverbindend verklaren vanwege de schending van het formele zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel kan op grond van de 1 juli 2019-maatstaf overigens nog steeds niet.<sup>38</sup>

De hierboven besproken verwachtingen en uitgangspunten gelden voor de intensivering van de indirecte rechterlijke toetsing van voorschriften die *niet* appellabel zijn. Of deze uitgangspunten ook toegepast kunnen worden bij het indirect toetsen door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften die *wel* appellabel zijn, maar waartegen niet (tijdig) of zonder succes direct beroep bij de bestuursrechter is ingesteld, is nog onduidelijk.<sup>39</sup> De vraag met welke intensiteit en in welke omvang die indirecte toetsing moet plaatsvinden, wordt al naar gelang het type algemeen verbindende voorschrift verschillend beantwoord.<sup>40</sup>

### 10.2.3 De door de bestuursrechters ingeslagen koers

De intensivering verloopt deels zoals werd verwacht. Zo speelt het evenredigheidsbeginsel een prominente rol in de rechtspraak<sup>41</sup> en neemt deze toets steeds vaker de vorm aan van een drietrapstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin.<sup>42</sup> In het kader van hun evenredigheidstoets besteden de bestuursrechters regelmatig ook aandacht aan de zorgvuldigheid waarmee een voorschrift is vastgesteld en de deugdelijkheid van de motivering ervan.<sup>43</sup> Met andere woorden: de door staatsraad advocaat-generaal Widdershoven voorgestelde ‘tussenweg’ is van de grond gekomen. Deze ‘tussenweg’ is aan

35 Zie paragrafen 3.4.2 en 3.6.6.

36 Zie paragraaf 3.2.1.

37 Voor een deel was de willekeursluis al losgelaten, namelijk bij de toetsing aan materiële algemene rechtsbeginselen als het rechtszekerheidsbeginsel. Zie paragraaf 3.2.2.

38 Paragrafen 3.4.2 en 3.6.6.

39 Zie paragraaf 10.7.

40 Zie hierover paragraaf 3.9, i.h.b. paragraaf 3.9.3.

41 Zie paragraaf 3.7.4.

42 Al zijn er op dit punt nog wel stappen te zetten, zie paragraaf 10.3.

43 Zie paragraaf 3.7.4.2.

te merken als een semi-procedurele evenredigheidstoets.<sup>44</sup> In dat verband zijn algemeen verbindende voorschriften de afgelopen jaren soms ook buiten toepassing gelaten door de bestuursrechter als hij vanwege een formeel gebrek niet kon beoordelen of het voorschrift evenredig was.<sup>45</sup>

De intensivering van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften verloopt deels ook via de toetsing in het specifieke geval aan evenredigheid, hetgeen niet werd verwacht. Wat opvalt aan de evenredigheidstoetsing van algemeen verbindende voorschriften is dat voor zover er een intensievere toets plaatsvindt, deze toets vaak als specifiek of, iets minder vaak, als groepsspecifiek kan worden aangemerkt.<sup>46</sup> Generieke evenredigheidsbeoordelingen zijn vrijwel altijd terughoudend. De focus op vooral het specifieke geval valt ook op bij de consequenties die de bestuursrechter verbindt aan een succesvolle indirecte toets.<sup>47</sup> Een voorschrift wordt vaak alleen buiten toepassing gelaten in het specifieke geval. Dat geldt bij strijd met het evenredigheidsbeginsel, maar ook bij een gebrekkige motivering. Generiek buiten toepassing laten of onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift komt nauwelijks nog voor. Ook het groepsspecifiek buiten toepassing laten ziet men slechts incidenteel. Kennelijk bestaat er dus de voorkeur om een algemeen verbindend voorschrift in een specifiek geval buiten toepassing te laten.

#### 10.2.4 Kanttekeningen bij de ingeslagen koers

Het nieuwe beoordelingskader en de toepassingen daarvan zijn mijns inziens in algemene zin toe te juichen. Ze brengen tot uitdrukking dat de bestuursrechters hun indirecte toetsing aan algemene rechtsbeginselen al niet meer (uitsluitend) laten dicteren door de eis van machtscheiding in combinatie met het democratieprincipe, maar ook en vooral vanuit hun eigen uit de rechtsstaat voortvloeiende taak om effectieve rechtsbescherming te bieden. In die zin kunnen de ontwikkelingen van de afgelopen jaren vanuit een rechtsbeschermingsperspectief positief worden gewaardeerd; een mooi resultaat.<sup>48</sup>

Er zijn ook kanttekeningen te plaatsen bij de door de bestuursrechters ingeslagen koers. Dat geldt vooral voor de toespitsing van de toetsing op het *specifieke* geval. Deze specifieke aanpak dreigt te dominant te worden bij de intensivering van de rechterlijke toetsing,

44 Zie paragraaf 3.7.4.2.

45 Paragraaf 3.8.3.

46 Zie paragraaf 3.7.3, i.h.b. 3.7.3.2.

47 Zie paragrafen 3.8.2 t/m 3.8.4.

48 Voor een uitgebreidere beschouwing zie paragraaf 11.3.2. Daarin betrek ik ook hetgeen hierna wordt besproken in de paragrafen 10.3 t/m 10.7.

terwijl de ontwikkeling van generieke beoordelingen van algemeen verbindende voorschriften juist dreigt achter te blijven. Dat moet, zoals ik hierna nader onderbouw, worden voorkomen. Een specifieke en generieke aanpak hebben beide voordelen en risico's/nadelen en zouden, daarmee rekening houdend, allebei en in aanvulling op elkaar een rol moeten spelen in de intensiveringstendens.

Een specifieke aanpak heeft voordelen en is om verschillende redenen passend.<sup>49</sup> De focus op het specifieke geval past goed bij de aard van *indirecte* toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter<sup>50</sup> en bij het Nederlandse bestuursrechtelijke systeem dat sinds 1994 is gericht op individuele rechtsbescherming. Verder wordt er met een specifieke aanpak niet meer dan nodig is, getreden in het domein van de lagere regelgever. De bestuursrechter diskwalificeert het ter toetsing voorliggende democratisch gelegitimeerde product niet meer dan nodig is om individuele rechtsbescherming te bieden en bij een negatieve uitkomst van de toets wordt er aan dat voorschrift ook niet méér afgedaan dan nodig. Tegelijkertijd zijn er risico's gelegen in op het specifieke geval toegesneden rechterlijke oordelen en consequenties. In paragraaf 3.8.4 heb ik besproken dat de bestuursrechter soms kiest voor een specifieke consequentie na onrechtmatigheidsoverwegingen die gaan over de onrechtmatigheid van (een deel van) het voorschrift als zodanig.<sup>51</sup> De specifieke aanpak pakt in dat geval onvoldoende door en dat is een punt van aandacht.<sup>52</sup>

Tegelijkertijd bestaan er redenen om (nog) meer werk te maken van de generieke toetsing van algemeen verbindende voorschriften dan nu al gebeurt.<sup>53</sup> Generieke beoordelingen kunnen discussies over de gemaakte keuzes in lagere regelgeving als zodanig bevorderen. Met een generieker oordeel helpt de bestuursrechter niet alleen een individuele burger, maar kan hij ook, in de woorden van Esser & Becker, op 'stelselmatig en institutioneel niveau verantwoordelijkheid en bijsturing borgen'.<sup>54</sup> Een meer generieke aanpak past verder ook bij de lijn dat de rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften vooral plaatsvindt door middel van indirecte toetsing door de bestuursrechter, in plaats van bij de civiele rechter en de direct toetsende bestuursrechter.<sup>55</sup> Daarbij past het goed dat de bestuursrechter generiek indirect toetst en een generiek oordeel uitsprekt als daar

49 Zie paragraaf 3.8.4.

50 Over de aard van *indirecte* toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de Nederlandse bestuursrechter, zie paragraaf 1.4.3.

51 Ter illustratie is gewezen op Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652 en ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336.

52 Zie nader paragraaf 10.6.2.1.

53 Zie paragraaf 3.7.6.

54 Esser & Becker 2023, p. 7.

55 Zie paragraaf 1.4.3.

aanleiding voor is. Maar een generieke aanpak kent ook grenzen. Met name loopt de bestuursrechter het risico (meer dan bij een specifieke aanpak) te veel terecht te komen in politiek vaarwater. En waar een specifieke aanpak juist goed past bij de aard van indirecte toetsing en een bestuursrechtelijk systeem dat is gericht op individuele rechtsbescherming, geldt dat minder voor een generieke aanpak.

Tegen de achtergrond van het bovenstaande wordt hierna per thema bekeken welke verdere stappen de Nederlandse bestuursrechters kunnen zetten bij de ontwikkeling van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel en, in het kader daarvan, de toetsing aan de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering. Daarbij houd ik rekening met de voordelen, nadelen/risico's en grenzen van specifieke en generieke toetsingen in het licht van de aard van indirecte toetsing, de machtscheiding en het democratieprincipe, effectieve rechtsbescherming en fundamentele rechten.

### 10.3 STRUCTUUR EN INHOUD EVENREDIGHEIDSTOETS

#### 10.3.1 *Vertrekpunt*

In de *Harderwijk*-uitspraak is een verdere invulling gegeven aan de inhoud van de rechterlijke toetsing van veel besluiten, ook algemeen verbindende voorschriften, aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb; daarbij kunnen voortaan de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin van een besluit een rol spelen.<sup>56</sup> De drietrapstoets op evenredigheid, die in Nederland al bekend was uit vooral het Unierecht, heeft daarmee definitief zijn intrede gedaan in het Nederlandse bestuursrecht. Daarmee is duidelijk dat de toets aan artikel 3:4, tweede lid, Awb een doel-middeltoets inhoudt, waarbij het doel legitiem moet zijn en het middel getoetst wordt op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin.

In hoofdstuk 3 is gebleken dat het evenredigheidsbeginsel prominent aanwezig is in de rechtspraak waarin de bestuursrechters algemeen verbindende voorschriften indirect toetsen.<sup>57</sup> De drieslag geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin wordt in die rechtspraak vaker, maar vooralsnog niet structureel toegepast.<sup>58</sup> Dat geldt in het bijzonder voor de eisen van geschiktheid en noodzakelijkheid. Er zijn wel zaken

56 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.8. Zie paragraaf 3.5.

57 Zie i.h.b. paragraaf 3.7.4.

58 Zie paragraaf 3.7.2.



waarin de eisen van geschiktheid en noodzakelijkheid een rol spelen, maar meestal is de evenredigheidstoets beperkt tot de vraag of de nadelige gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, in de zin van artikel 3:4, tweede lid, Awb.<sup>59</sup> Soms beoordeelt de bestuursrechter ook de geschiktheid en noodzakelijkheid van een algemeen verbindend voorschrift. Voor zover deze eisen wel worden toegepast, houden die toepassingen echter vaak niet meer in dan de constatering dat een regeling geschikt en/of noodzakelijk is.<sup>60</sup>

Hoewel de drietrapstoets op evenredigheid dus wel van de grond is gekomen, is van een echt consistente toepassing nog geen sprake en bieden de toepassingen die er wel zijn geweest weinig informatie over de inhoud van de toets. Het is aan te bevelen om de drietrapstoets consistent toe te passen bij het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel (paragraaf 10.3.2). Verder zijn er enkele richtsnoeren te geven voor de inhoud van de toets van algemeen verbindende voorschriften aan de drieslag (paragraaf 10.3.3).

### 10.3.2 Naar een consistente toepassing van de drietrapstoets

Een consistente toepassing van de drieslag is aan te bevelen om redenen van rechtseenheid. Wordt de evenredigheidstoetsing van algemeen verbindende voorschriften vergeleken met de evenredigheidstoetsing van andere besluiten na de *Harderwijk*-uitspraak, dan valt het op dat de drieslag bij die andere besluiten consistentier lijkt te worden toegepast.<sup>61</sup> Daarnaast is de drieslag de afgelopen jaren ook structureel toegepast op algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld op terreinen waar wordt getoetst aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. Daarbij gaat het vooral om de toepassing van de evenredigheidsnorm van artikel 15, derde lid, onder b en c, van de Dienstenrichtlijn in de rechtspraak van de Afdeling betreffende beroepen tegen bestemmingsplannen die de toe-

59 Deze toets is qua inhoud heel vergelijkbaar met de toetsing op evenredigheid in strikte zin (de Afdeling gebruikt ook de term 'evenwichtigheid' in de *Harderwijk*-uitspraak), die de Afdeling in de *Harderwijk*-uitspraak als volgt omschrijft: is de op zichzelf geschikte en noodzakelijke maatregel in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend voor de belanghebbende? Zie ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.7.

60 Paragraaf 3.7.2.

61 Zie bijvoorbeeld *Damen* 2022, p. 634-635. Hij wijst op ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335; CBB 7 december 2021, ECLI: NL:CBB:2021:1048; Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972; ABRvS 22 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1765; ABRvS 22 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1741. Zie verder bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1235; ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:564; Rb. Midden-Nederland 11 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:477 t/m 479; Rb. Midden-Nederland 2 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2023:2046; Rb. Midden-Nederland 17 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2764.

gang tot of uitoefening van bepaalde diensten beperken.<sup>62</sup> Het consistent uitvoeren van de drietrapstoets in zaken waarin algemeen verbindende voorschriften aan het nationale evenredigheidsbeginsel worden getoetst, zou er dus voor zorgen dat deze rechtspraak meer in de pas loopt met andere rechtspraak waarin de bestuursrechters een evenredigheidstoets uitvoeren.

Een consistente toepassing van de drieslag hoeft overigens niet te betekenen dat er in iedere zaak aan elke eis evenveel aandacht zou moeten worden besteed en dat de toetsing aan iedere eis steeds intensief zou moeten zijn. De bevindingen van het rechtsvergelijkend onderzoek uit deel III van het proefschrift leveren het inzicht op dat de drietrapstoets geen uniforme toetsingsmaatstaf is, maar dat deze toets, vooral afhankelijk van de toetsingsintensiteit, op verschillende manieren kan worden toegepast en dat zelfs de toetsingsintensiteit per evenredigheidseis (geschiktheid, noodzakelijkheid, evenredigheid in strikte zin) kan verschillen in dezelfde zaak.<sup>63</sup> Daarmee zij ook benadrukt dat een consistente toepassing van de drietrapstoets niet gelijk staat aan een intensieve evenredigheidstoets en er ruimte blijft voor differentiatie.

### 10.3.3 *Richtsnoeren voor de inhoud*

De inhoud van de drietrapstoets zal de komende jaren nader worden ingevuld, waarbij de Nederlandse bestuursrechter eigen accenten zal leggen bij de toepassing van de drietrapstoets in de context van algemeen verbindende voorschriften. Voor de nadere invulling van de inhoud ervan kunnen op basis van de bevindingen van het rechtsvergelijkend onderzoek uit deel III van dit proefschrift enkele richtsnoeren worden gegeven.

Dat geldt met name voor de inhoud van de toets van de evenredigheid in strikte zin. De toets op evenredigheid in strikte zin is in de *Harderwijk*-uitspraak geformuleerd als de vraag of de op zichzelf geschikte en noodzakelijke maatregel in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend is voor de belanghebbende.<sup>64</sup> Bij de verdere invulling van deze toets zou nog meer tot uitdrukking kunnen komen dat het hierbij gaat om de vraag of een maatregel niet onredelijk bezwarend is gelet op enerzijds de (nadelige) gevolgen van een maatregel en anderzijds het doel van die maatregel. Bij de huidige formulering ligt de focus op één zijde: de (nadelige) gevolgen voor de belanghebbende. In andere overwegingen van de *Harderwijk*-uitspraak heeft de Afdeling niettemin duidelijk gemaakt dat artikel 3:4, tweede lid, Awb, waarvan de formulering grotendeels overeenkomt met de eis

62 Zie Widdershoven & Van Zanten 2021, p. 251-252; Van Heusden 2022, p. 176-178.

63 Zie de samenvatting van deel III, paragraaf III.1.

64 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.7.

van de evenredigheid in strikte zin, twee ijkpunten heeft: aan de ene kant het beoogde doel van een besluit en aan de andere kant de (nadelige) gevolgen van een besluit.<sup>65</sup> Verder overweegt zij dat de ratio van het evenredigheidsbeginsel niet is 'het tegengaan van nadelige gevolgen van besluitvorming, maar het voorkomen van onnodig nadelige gevolgen.'<sup>66</sup> Daarom is een besluit met 'harde' gevolgen niet per definitie een onevenredig besluit en kan omgekeerd een besluit met 'zachte' gevolgen toch onevenredig zijn als het doel niet zwaar weegt.<sup>67</sup>

Om beter tot uitdrukking te laten komen dat de toets op evenredigheid in strikte zin 'twee ijkpunten' heeft, zou de toets naar Duits voorbeeld<sup>68</sup> kunnen worden ingevuld en zouden er door de bestuursrechters drie stappen moeten worden gezet.

Bij de eerste stap staat het eerste ijkpunt centraal en gaat de bestuursrechter na hoe nadelig de gevolgen van een maatregel zijn, in algemene zin of voor een specifiek geval of een specifieke groep (zie hierna). Daarbij is relevant wat het gewicht is van het aangetaste belang of recht en hoe vergaand die aantasting is. De tweede stap gaat over het tweede ijkpunt: het beoogde doel van de maatregel. Hierbij kan de bestuursrechter vaststellen hoe zwaarwegend en/of urgent het doel is. Ter vaststelling daarvan zijn er in het Duitse recht verschillende factoren van belang. Zo is een doelstelling zwaarwegender als het een constitutionele rang heeft en kan ook relevant zijn de mate waarin het risico/gevaar waarvoor de maatregel is genomen zich daadwerkelijk zal voordoen.<sup>69</sup> Hoe aannemelijker het is dat dit risico zich voordoet, hoe urgenter de reden is waarom de maatregel is getroffen.

Bij de derde stap volgt de beoordeling van de afweging: is de maatregel evenredig gelet op enerzijds de ernst van de nadelige gevolgen en anderzijds het gewicht en/of de urgentie van het beoogde doel? Als algemeen richtsnoer kan daarbij worden meegegeven dat hoe ernstiger de nadelige gevolgen zijn, hoe zwaarwegender en/of urgenter het doel moet zijn. Zijn de nadelige gevolgen vergaand, dan moet de reden waarom de maatregel is getroffen zwaarwegend en/of urgent zijn. Zijn de nadelige gevolgen minder vergaand, dan zouden zij gerechtvaardigd kunnen worden door een reden die minder zwaar weegt/een doel dat minder urgent is.

Verder kan de bestuursrechter verschillende factoren betrekken bij het uitvoeren van de toets, die de twee ijkpunten 'ernst van de nadelige gevolgen' en 'gewicht/urgentie van het

65 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.4.

66 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.4.

67 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.4.

68 Zie paragraaf 9.5.4.

69 Paragraaf 9.5.4.2.

doel' eigenlijk nader invullen. Een relevante factor voor het ijkpunt 'ernst van de nadelige gevolgen' kan bijvoorbeeld zijn de mate waarin de lagere regelgever zich heeft ingespannen om de gevolgen beperkt(er) te houden, bijvoorbeeld in termen van duur of frequentie of door materiële en procedurele voorwaarden op te nemen die een bevoegdheid begrenzen. Ook kan het relevant zijn in hoeverre de lagere regelgever zich heeft ingespannen om (onvoorziene) hardheden voor bepaalde individuen of groepen te voorkomen, bijvoorbeeld door het toekennen van beslissingsruimte aan het bestuur, het voorzien in hardheidsclausules, overgangsregelingen et cetera.<sup>70</sup> Dit soort inspanningen maken de op zich nadelige gevolgen 'zachter', waardoor een maatregel eerder als evenredig in strikte zin zou kunnen worden aangemerkt, zeker als het doel zwaarwegend/urgent is. Ten aanzien van het ijkpunt 'gewicht/urgentie van het doel', kan het van belang zijn in hoeverre de gekozen maatregel daadwerkelijk bijdraagt aan de verwezenlijking van het doel: hoe effectief is de maatregel in dit opzicht eigenlijk?<sup>71</sup> Kan de rechter vaststellen dat een maatregel waarschijnlijk weinig bijdraagt aan de verwezenlijking van het doel, dan is dat een reden om een maatregel eerder als onevenredig aan te merken, zeker als de nadelige gevolgen vergaand zijn.<sup>72</sup>

De toets van een algemeen verbindend voorschrift aan evenredigheid in strikte zin kan zowel een generiek als een specifiek of groepsspecifiek karakter hebben. De richtsnoeren die hierboven zijn gegeven, zijn vooral nuttig voor de generieke beoordeling van de evenredigheid in strikte zin. Een generieke beoordeling houdt in dat de algemene gevolgen die een voorschrift heeft, worden afgewogen tegen het doel. Met 'algemene gevolgen' bedoel ik de gevolgen die een algemeen verbindend voorschrift heeft voor alle betrokken (rechts) personen die onder het toepassingsbereik van een algemeen verbindend voorschrift (kunnen) vallen. Bij het beoordelen van de ernst van de algemene gevolgen kan bijvoorbeeld rekening worden gehouden met de wijze waarop de regelgeving is vormgegeven en welke inspanningen de regelgever heeft geleverd om de gevolgen 'zachter' te maken. Denk hierbij aan, zoals hiervoor al benoemd, materiële en/of procedurele voorwaarden die een bestuursbevoegdheid begrenzen of hardheidsclausules of daarmee vergelijkbare voorzie-

---

70 Overigens besteedt de bestuursrechter hier soms al aandacht aan. Zie bijvoorbeeld CBB 30 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:360, waarin het CBB er bij de (doorstane) evenredigheidstoets van een algemeen verbindend voorschrift op wijst dat er verschillende wettelijke bepalingen zijn die 'verweerder en de rechter de mogelijkheid bieden om eventuele onevenredige nadelige gevolgen van toepassing van de Regeling op te heffen' (r.o. 6.2.).

71 Zie paragraaf 9.5.4.3.

72 Vergelijk Gerards 2006, p. 21, waar zij schrijft: '[d]enkbaar is bijvoorbeeld dat een bepaalde maatregel helemaal niet effectief is, waardoor de nagestreefde doelstellingen niet goed kunnen worden gerealiseerd. In dat geval heeft de maatregel alleen nog tot gevolg dat individuele belangen worden aangetast. Het is duidelijk dat dat onredelijk is, zonder dat ook nog een oordeel hoeft te worden gegeven over de afweging die aan het besluit ten grondslag lag.'

ningen die hardheden voor in het bijzonder getroffen groepen of individuen kunnen voorkomen.<sup>73</sup> Mocht het nog nodig zijn, dan kan de bestuursrechter ook de evenredigheid in strikte zin beoordelen voor een specifiek geval of een specifieke groep van gevallen. Deze toets houdt in dat de gevolgen van een voorschrift voor een specifiek groep van gevallen of de gevolgen van de toepassing op een specifiek geval worden afgewogen tegen het doel van het voorschrift.

Aan de inhoud van de geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets is minder toe te voegen op basis van de bevindingen van de rechtsvergelijking,<sup>74</sup> maar over de mogelijke inhoud van die toetsen valt wel het volgende te zeggen.

Uit de *Harderwijk*-uitspraak volgt dat de geschiktheidstoets een effectiviteitstoets en een coherentietoets inhoudt.<sup>75</sup> Een goed uitgangspunt lijkt mij om de effectiviteitstoets in te vullen naar voorbeeld van de toepassingen daarvan door het Hof van Justitie, en de Duitse rechter, zodat ook niet afgeweken wordt van de Unierechtelijke geschiktheidstoets die in zaken binnen de werkingssfeer van het Unierecht moet worden uitgevoerd.<sup>76</sup> Dat zou betekenen dat een maatregel effectief – en dus geschikt – is als een maatregel *kan* bijdragen aan de verwezenlijking van het doel. De coherentietoets wordt door het Hof van Justitie, die deze eis ook onderscheidt, niet systematisch toegepast, zodat hier weinig over de inhoud van die toets kan worden gezegd.<sup>77</sup> De noodzakelijkheidstoets heeft in de *Harderwijk*-uitspraak de vorm gekregen van de toets van het minst belemmerende alternatief: '[i]s er een keuze mogelijk tussen meer geschikte maatregelen, dan moet op basis van deze toets die maatregel worden gekozen die de belanghebbenden het minst belast.'<sup>78</sup> Wat uit deze formulering van de noodzakelijkheidstoets niet duidelijk kan worden afgeleid, is of een alternatief, gegeven het bestaan daarvan, *even effectief* moet bijdragen aan de verwezenlijking van het doel als de gekozen maatregel. Die eis wordt bijvoorbeeld wel gesteld in het Unierecht en in Duitsland.<sup>79</sup> Op basis van de door mij bestudeerde jurisprudentie is het beeld dat met deze eis pragmatisch wordt omgegaan. Relevant is of het alternatief in min of meer vergelijkbare mate zou kunnen bijdragen aan de verwezenlijking van het

73 Zoals al aangegeven, besteedt de bestuursrechter hier soms al aandacht aan. Zie bijvoorbeeld CbB 30 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:360, waarin het CbB er bij de (doorstane) evenredigheidstoets van een algemeen verbindend voorschrift op wijst dat er verschillende wettelijke bepalingen zijn die 'verweerder en de rechter de mogelijkheid bieden om eventuele onevenredige nadelige gevolgen van toepassing van de Regeling op te heffen' (r.o. 6.2.).

74 Zie voor de samenvattingen van de bevindingen op dit punt paragraaf III.1.

75 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.7.

76 Zie paragraaf III.1.

77 Voor enkele opmerkingen over de coherentietoets in het Unierecht, zie paragraaf 7.2.3.

78 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.7.

79 Paragrafen 7.2.3 (Unierecht) en 9.2.3 (Duitsland).

doel. Dat lijkt mij een goed uitgangspunt, omdat het vaak tamelijk ingewikkeld zal zijn voor de bestuursrechter om objectief vast te stellen of twee maatregelen precies even effectief bijdragen aan de verwezenlijking van het doel.<sup>80</sup>

#### 10.4 TOETSINGSINTENSITEIT

##### 10.4.1 Vertrekpunt

Het nieuwe beoordelingskader is relevant voor twee aspecten die zijn gerelateerd aan de intensiteit van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan evenredigheid.

De eerste kwestie betreft de wijze van differentiatie in de verschillende toetsingsintensiteiten. De Afdeling heeft hierover helderheid verschaft in de *Harderwijk*-uitspraak, waarin zij heeft overwogen dat de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel afhangt van zoveel factoren, 'dat het om een glijdende schaal gaat waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend toegepast kunnen worden.'<sup>81</sup> Op dat punt is niet de conclusie gevolgd van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel. Om de verschillende intensiteiten waarmee de rechter aan het evenredigheidsbeginsel kan toetsen te operationaliseren, adviseerden Widdershoven en Wattel een glijdende schaal die zij om rechtscommunicatieve redenen verdeelden in drie opvolgende gradaties voor de rechterlijke toetsingsintensiteit: *restraint*, *intermediate* en *intensive*.<sup>82</sup> De Afdeling vindt dat een dergelijke driedeling afbreuk doet 'aan de verscheidenheid van situaties en de daarmee samenhangende noodzaak een glijdende schaal te kunnen toepassen.'<sup>83</sup> Die keuze is op zich begrijpelijk, maar volgens mij kan het, zoals ik in paragraaf 10.4.2 zal betogen, nuttig zijn om expliciet een tussenintensiteit te hanteren.

De tweede aan de toetsingsintensiteit gerelateerde kwestie gaat over de factoren ter bepaling van de toetsingsintensiteit. Gelet op het nieuwe beoordelingskader zijn er drie factoren relevant. Dit zijn (1) de mate van beslissingsruimte vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie en vereiste politiek-bestuurlijke afwegingen, (2) de mate waarin een algemeen verbindend voorschrift ingrijpt in het leven van belanghebbende(n)

80 Over de ingewikkeldheden van de noodzakelijkheidstoets (in Duitsland), zie paragraaf 9.5.3.1.

81 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.9.

82 Conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1448, punt 8.3.3.

83 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.9.

en (3) het aan de orde zijn van fundamentele rechten.<sup>84</sup> Over de toepassing van deze factoren door de bestuursrechters in de context van de evenredigheidstoetsing van algemeen verbindende voorschriften wordt het volgende gezegd.<sup>85</sup>

In algemene zin geldt dat de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel in de regel terughoudend is.<sup>86</sup> In veel zaken, op allerlei terreinen, wijst de bestuursrechter in dit verband op het bestaan van een ruime beslissingsruimte van de lagere regelgever vanwege politiek-bestuurlijke afwegingen die gemaakt moeten worden en/of de aanwezigheid van feitelijke of technische complexiteit. Overigens geldt daarbij dat er geen aanwijzing is dat de bestuursrechter direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften<sup>87</sup> per definitie terughoudender toetst dan indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften<sup>88</sup>.<sup>89</sup> Met andere woorden: de mate van democratische legitimatie lijkt geen relevante factor te zijn voor het bepalen van de intensiteit. Dat is mijns inziens terecht, zoals ik uit zal leggen in paragraaf 10.4.4. De lat om over te gaan tot een intensievere evenredigheidstoets vanwege de ‘ingrijpendheid’ en/of het aan de orde zijn van een fundamenteel recht ligt hoog.<sup>90</sup> Wel geldt daarbij de nuancering dat de lat om intensiever te toetsen vanwege de ‘ingrijpendheid’ lager ligt in situaties waarin de evenredigheidstoets is te kenmerken als specifiek of groepsspecifiek.<sup>91</sup> Generieke evenredigheidstoetsingen van algemeen verbindende voorschriften zijn vrijwel altijd terughoudend. Een en ander leidt tot de algemene conclusie dat *voor zover* er een intensieve evenredigheidstoets plaatsvindt, dit in de regel gebeurt als de bestuursrechter een specifieke of groepsspecifieke evenredigheidstoets uitvoert.

84 Zie paragrafen 3.4.2, 3.5 en 3.6.3, met verwijzing naar de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader.

85 Zie hierover ook paragraaf 3.7.3.

86 Paragraaf 3.7.3.1. Van Heusden komt in haar dissertatie tot een vergelijkbare conclusie, waar zij schrijft dat ‘[o]ver het geheel genomen en als uitgangspunt geldt dat algemeen verbindende voorschriften terughoudend worden getoetst’ en dat dit ‘niet (wezenlijk) is veranderd sinds de conclusie van A-G Widdershoven van 22 december 2017’. Zie Van Heusden 2022, p. 222.

87 Onder direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften versta ik algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door een rechtstreeks gekozen algemeen vertegenwoordigend orgaan (gemeentelijke, provinciale verordeningen en verordening van waterschappen). Zie paragraaf 1.4.1.

88 Onder indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften versta ik algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door organen die werkzaam zijn onder politieke verantwoordelijkheid aan een algemeen vertegenwoordigend orgaan. Daarbij gaat het vooral om algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en gedelegeerde regelgeving vastgesteld door het college van burgemeester en wethouders of gedeputeerde staten. Zie paragraaf 1.4.1.

89 Paragraaf 3.7.3.4.

90 Paragraaf 3.7.3.1.

91 Paragraaf 3.7.3.2.

Gelet op het bovenstaande laat de vraag zich stellen of de bestuursrechter steeds voldoende effectieve rechtsbescherming biedt, vooral als het gaat om generieke evenredigheidsbeoordelingen. In paragraaf 10.4.4 bespreek ik dat er mijns inziens geen aanleiding is voor het vaker uitvoeren van (materieel) intensieve generieke evenredigheidsbeoordelingen, omdat er veel te zeggen is voor de wijze waarop de factoren momenteel worden toegepast door de Nederlandse bestuursrechter. Maar daarbij past wel een aantal aanvullende opmerkingen. Verder verdient het mijns inziens aanbeveling om factor 3, het aan de orde zijn van fundamentele rechten, tekstueel te verfijnen. Die aanbeveling komt aan de orde in paragraaf 10.4.3.

#### 10.4.2 *Toch een in treden verdeelde glijdende schaal?*

De keuze van de Afdeling voor een traploze glijdende schaal zonder expliciete tussenintensiteit(en) is, getuige de motivering ervan in *Harderwijk*-uitspraak, heel bewust gemaakt.<sup>92</sup> Toch denk ik dat het nuttig kan zijn om expliciet een tussenintensiteit toe te passen en dus om wel een in (drie) treden verdeelde glijdende schaal toe te passen.

Momenteel is de rechterlijke toetsing(sintensiteit) van algemeen verbindende voorschriften aan evenredigheid volop in ontwikkeling. Het kan gelet daarop zinvol zijn om de bestuursrechter houvast te bieden bij het uitvoeren van de evenredigheidstoets.<sup>93</sup> Een traploze glijdende schaal biedt, vanwege de fluïditeit, weinig houvast voor en transparantie over de rechterlijke toetsing(sintensiteit).<sup>94</sup> Het expliciet hanteren van een tussenintensiteit, en dus een in drie treden verdeelde glijdende schaal, biedt niet alleen de bestuursrechter meer houvast, maar maakt de evenredigheidstoets ook transparanter en voorspelbaarder voor de lagere regelgever, die dan bij de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften beter kan anticiperen op de evenredigheidstoets die de bestuursrechter (mogelijk) zal uitvoeren.

Een bijkomende reden om expliciet een tussenintensiteit toe te passen is dat de bestuursrechters eigenlijk al een tussenintensiteit hanteren in hun rechtspraak. Zoals gezegd in paragraaf 10.2.3, is namelijk de zogenoemde ‘tussenweg’ van de grond gekomen, waarbij de toetsing aan de formele beginselen van zorgvuldigheid en motivering, meer dan voorheen, een rol speelt bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Deze ‘tussenweg’ is aan

92 Zie voor die motivering hierboven: paragraaf 10.4.1.

93 Om die reden pleitten staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel in hun conclusie ook voor een om *rechtscommunicatieve* redenen in treden verdeelde glijdende schaal. Zie de conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1448, punt 8.3.3.

94 Vergelijk Gerards 2002, p. 81.



te merken als een semi-procedurele evenredigheidstoets. Deze tussenweg wordt nu impliciet toegepast, net als het Hof van Justitie en het EHRM dat doen in hun rechtspraak.<sup>95</sup> Naar voorbeeld van de Duitse constitutionele rechter en bestuursrechter zou de tussenintensiteit in de vorm van een semi-procedurele toets expliciet toegepast kunnen worden. In Duitsland worden, anders dan in Nederland, op de glijdende schaal drie treden onderscheiden.<sup>96</sup> De tussenintensiteit op die schaal is de *Vertretbarkeitskontrolle* (*vertretbar* is te vertalen als ‘houdbaar’ of in het Engels ‘tenable’). De *Vertretbarkeitskontrolle* is een vorm van semi-procedurele toetsing.<sup>97</sup> Op het moment dat de bestuursrechter de tussenintensiteit in de vorm van de semi-procedurele evenredigheidstoets ook expliciet erkent en benoemt, komt dat de verdere (transparante) ontwikkeling daarvan mogelijk ten goede en wordt daarmee houvast bevorderd.

#### 10.4.3 *Tekstuele verfijning factor ‘het aan de orde zijn van fundamentele rechten’*

Een van de factoren ter bepaling van de toetsingsintensiteit is het aan de orde zijn van fundamentele rechten. Deze factor is ontleend aan de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, waarin hij adviseerde dat de toetsing intensiever zou kunnen zijn ‘naarmate het voorschrift meer ingrijpt in het leven van de burger en daarbij diens fundamentele rechten aan de orde zijn’.<sup>98</sup> De factor is zo terecht gekomen in de 1 juli 2019-maatstaf.<sup>99</sup> Deze factor figureert ook in het *Harderwijk*-beoordelingskader.<sup>100</sup>

Deze factor suggereert dat er bij het aan de orde zijn van alle fundamentele rechten een intensievere toetsing aangewezen is. Dat maakt deze factor momenteel nog te onbepaald. De bevindingen van de rechtsvergelijking over de evenredigheidstoetsing van wet- en regelgeving in het Unierecht, door het EHRM en in Duitsland illustreren namelijk dat de rechterlijke toetsing bij het aan de orde zijn van fundamentele rechten niet per definitie intensief is, maar dat de rechterlijke toetsingsintensiteit differentieert.<sup>101</sup> Of een intensieve(re) toetsing wel of niet is aangewezen hangt volgens de rechters in de besproken rechtssystemen onder andere af van de aard van het aan de orde zijnde fundamentele recht en

95 Zie de samenvatting bij deel III, paragraaf III.2.A.

96 Zie paragraaf 9.4.2.

97 Zie paragrafen 9.4.2, 9.4.4 en 9.4.5.

98 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.4.

99 CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2016, r.o. 7.5.1.

100 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.10.

101 Zie paragraaf III.2.B.

de ernst van de inmenging daarin. In algemene zin kan gezegd worden dat inmengingen in sociaal-economische rechten vaak terughoudend worden getoetst, terwijl bij inmengingen in rechten die de persoonlijke of politieke vrijheid beschermen veelal een indringender rechterlijke toetsing aangewezen wordt gevonden.

Het verdient aanbeveling om de formulering van de factor ‘het aan de orde zijn van een fundamenteel recht’ uit de 1 juli 2019-maatstaf tekstueel te verfijnen, zodat differentiatie in de rechterlijke toetsingsintensiteit bij het aan de orde zijn van fundamentele rechten ook in het Nederlandse bestuursrecht tot uitdrukking komt.<sup>102</sup> Ook zou deze factor kunnen worden samengevoegd met factor 2 (de ‘ingrijpendheid’), zodat er één factor ontstaat. Voor de formulering van één factor kan grotendeels worden aangesloten bij het *Harderwijk*-beoordelingskader. Daarin staat dat de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wordt bepaald door onder meer de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt, en dat de toetsing intensiever zal zijn naarmate ‘die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten’.<sup>103</sup> Deze formulering houdt echter nog geen rekening met de differentiatie in fundamentele rechten. Ik stel daarom de volgende factor voor: *de aard van de betrokken belangen en de mate waarin die belangen worden geraakt, waarbij, als er een fundamenteel recht aan de orde is, ook relevant is de aard van het fundamentele recht en de ernst van de inmenging daarin.*<sup>104</sup>

#### 10.4.4 Verfijning van de toepassing van de factoren

Voor de intensiteit waarmee algemeen verbindende voorschriften momenteel door de Nederlandse bestuursrechter worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel – generiek in de regel terughoudend, in specifieke of groepsspecifieke gevallen vaker intensiever – vind ik om verschillende redenen veel te zeggen.

Een eerste reden daarvoor is dat de rechterlijke controle op deze manier vanuit zowel het perspectief van de rechtsbescherming als de machtscheiding een belangrijke waarborg

102 Dat die differentiatie gewenst is, heb ik ook besproken in paragraaf 2.5.3.

103 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.10. De intensiteit wordt volgens de Afdeling verder bepaald door onder meer ‘de aard en de mate van beleidsruimte van het bestuursorgaan’ en ‘de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen’.

104 Deze formulering is met name geïnspireerd door de vergelijkbare factor die de Duitse constitutionele rechter en bestuursrechter hanteren ter bepaling van de toetsingsintensiteit, zie paragraaf 9.4.1. Eveneens is inspiratie ontleend aan EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (*S & Marper/Verenigd Koninkrijk*), par. 102 (zie paragraaf 8.4.4 van dit proefschrift) en HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), par. 47 (zie paragraaf 7.5.2 van dit proefschrift).

biedt in aanvulling op de politieke controle van algemeen verbindende voorschriften. Voor het generiek beoordelen van een algemeen verbindend voorschrift is politieke controle in beginsel geschikter. De politieke controle moet namelijk zien op de algemene, politieke wenselijkheid van beleidsbeslissingen in algemeen verbindende voorschriften, waarbij een afweging wordt gemaakt tussen maatschappelijke belangen en individuele en/of minderheidsbelangen.<sup>105</sup> De gemaakte keuzes reflecteren de uitkomst van die afweging. Rechterlijke controle van de gemaakte keuzes begint vervolgens waar politieke controle stopt. De rechterlijke controle is bij uitstek gericht op de toetsing aan het recht en spitst zich toe op de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift voor een groeps-specifiek of een specifiek geval.<sup>106</sup> Door de wijze van toepassing door de Nederlandse bestuursrechter van de factoren wordt het verschil in de aard van politieke en rechterlijke controle, en de wijze waarop zij elkaar kunnen aanvullen, goed tot uitdrukking gebracht.

De toepassing van de intensiteitsfactoren door de Nederlandse bestuursrechter past verder, in de tweede plaats, ook bij de aard van de indirecte toetsing van een algemeen verbindend voorschrift door de bestuursrechter.<sup>107</sup> Bij indirecte toetsing komt een algemeen verbindend voorschrift via de toepassing ervan in een appellabel besluit in een specifiek geval terecht bij de bestuursrechter. Het indirect toetsen van de rechtmatigheid van de grondslag van dat appellabele besluit – het algemeen verbindend voorschrift – is vervolgens primair een hulpmiddel om te beoordelen of het aangevochten besluit al dan niet (gedeeltelijk) vernietigd moet worden. Vanwege deze aard van indirecte toetsing valt er veel voor te zeggen om de intensivering te zoeken in het toetsen van de wijze waarop het voorschrift toepassing heeft gekregen in het voorliggende specifieke geval of is vormgegeven ten aanzien van een specifieke groep waarvan het specifieke geval onderdeel is. Intensieve generieke beoordelingen passen minder goed bij de aard van indirecte toetsing en wellicht beter bij de aard van directe toetsing. Bij directe toetsing staat ten principale de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift centraal.<sup>108</sup>

De wijze waarop de bestuursrechter de factoren ter bepaling van de toetsingsintensiteit vooralsnog toepast, is mijns inziens dus te begrijpen en veelal passend. Ik heb bij dat standpunt wel drie aanvullende opmerkingen.

Ten eerste een opmerking die al is gemaakt in paragraaf 10.2.4. Het is op zich positief te waarderen dat de intensivering verloopt via met name het specifieke geval, maar deze

105 Zie paragraaf 2.3.4.2.

106 Zie paragraaf 2.3.4.2.

107 Over de aard van indirecte toetsing, zie paragrafen 1.4.3 en 3.8.4.

108 Paragraaf 1.4.3.

specifieke aanpak kent wel het risico dat niet genoeg wordt doorgepakt. Als blijkt dat de onrechtmatigheid generiek(er) is, dan moet daar ook een generiek(er) onrechtmatigheidsoordeel op volgen. Hierop kom ik terug in de paragrafen 10.6.2 en 10.6.3.

Ten tweede: een generieke terughoudende toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is in de regel te begrijpen en veelal passend, maar deze toets moet mijns inziens steeds méér inhouden dan een toets op willekeur. Daarbij wordt opgemerkt dat generieke evenredigheidstoetsingen van algemeen verbindende voorschriften door de Nederlandse bestuursrechter al vrijwel nooit meer beperkt zijn tot een toets op willekeur, ook als de bestuursrechter aangeeft terughoudend te toetsen. Vrijwel steeds speelt de beoordeling van zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten bij deze evenredigheidstoetsen ook een rol.<sup>109</sup> Mijns inziens moet die lijn dus worden doorgezet en moeten generieke evenredigheidstoetsingen als regel semi-procedureel worden ingevuld. Op het waarom en hoe van het (nog meer) semi-procedureel invullen van generieke evenredigheidstoetsingen van algemeen verbindende voorschriften kom ik terug in paragraaf 10.5.2.1.

De derde en laatste opmerking gaat over de toepassing van de factoren in relatie tot de mate van democratische legitimatie van een algemeen verbindend voorschrift. Het is mij bij de bestudering van de rechtspraak van de bestuursrechters niet opgevallen dat direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften terughoudender getoetst worden dan indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften.<sup>110</sup> Dat er wat dat betreft geen onderscheid wordt gemaakt in toetsingsintensiteit is mijns inziens terecht en wel om de volgende redenen.

Voor generieke beoordelingen geldt dat de bestuursrechter zich ten aanzien van *alle* algemeen verbindende voorschriften al (terecht) terughoudend opstelt vanwege de aan de orde zijnde beslissingsruimte. ‘Extra’ terughoudendheid lijkt me niet nodig, voor zover dat al zou kunnen. Ook de tendens om, als daar aanleiding voor is, intensiever te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel in specifieke of groepsspecifieke gevallen hoeft wat mij betreft geen aanpassing bij de toetsing van direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften. Als de bestuursrechters constateren dat een algemeen verbindend voorschrift vergaande nadelige gevolgen voor een specifiek groep of een specifiek geval heeft, dan is het feit dat een voorschrift is vastgesteld door een rechtstreeks gekozen orgaan mijns inziens geen reden om de toetsingsintensiteit te reduceren. Ook hier geldt

---

109 In vrijwel alle in paragraaf 3.7.3.1 genoemde rechtspraak waarin de bestuursrechter zegt terughoudend te toetsen, is dat te zien. Zie verder ook paragraaf 3.7.4.2, met name het besproken voorbeeld van ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2565.

110 Zie paragraaf 3.7.3.4.

weer dat de rechterlijke controle juist in het specifieke of groepsspecifieke geval een waardevolle aanvulling is op de politieke controle, die algemeen van aard is. Daarbij betekent een intensievere evenredigheidstoets van een algemeen verbindend voorschrift nog niet meteen dat de toets niet wordt doorstaan, hoewel zulks overigens wel vaak het geval lijkt te zijn.<sup>111</sup>

## 10.5 TOETSINGSMODALITEITEN

### 10.5.1 *Vertrekpunt*

In de rechtspraak na de introductie van het nieuwe beoordelingskader zijn verschillende modaliteiten zichtbaar bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>112</sup> De evenredigheidstoets kan een materieel karakter hebben, en kan indringend(er) of terughoudend(er) zijn, en de evenredigheidstoets kan een semi-procedurele invulling krijgen, inhoudende dat bij die toets ook de beoordeling van aspecten van zorgvuldigheid en motivering een rol speelt. Dat deze laatste modaliteit wordt toegepast, betekent dat de zogenoemde ‘tussenweg’ van de grond is gekomen en dat een semi-procedurele evenredigheidstoets ook door de Nederlandse bestuursrechter wordt toegepast.

Een materieel intensieve evenredigheidstoets van algemeen verbindende voorschriften vindt vooralsnog voornamelijk plaats in groepsspecifieke en het vaakst in specifieke gevallen.<sup>113</sup> De evenredigheidseis waarop in die gevallen de focus ligt, is de evenredigheid in strikte zin. De kern van die toets is dat de bestuursrechter zelfstandig nagaat of een algemeen verbindend voorschrift dan wel de toepassing daarvan leidt tot onevenredig nadelige gevolgen voor een specifieke groep van gevallen respectievelijk een specifiek geval.<sup>114</sup> Zoals al besproken in paragraaf 10.4.4, is er wat mij betreft veel voor te zeggen dat een intensievere evenredigheidstoets in voornamelijk specifieke en groepsspecifieke gevallen plaatsvindt. Dat deze toets vervolgens neerkomt op een materieel intensieve beoordeling van de evenredigheid in strikte zin is mijns inziens ook positief te waarderen, mits de toetsen op geschiktheid en noodzakelijkheid structureler bij generieke beoordelingen van

111 Zie paragraaf 3.7.3.3, waarin ik heb besproken dat de toetsingsintensiteit en het (niet) doorstaan van de evenredigheidstoets communicerende vaten lijken te zijn, omdat de reden voor het (niet) uitvoeren van een intensievere evenredigheidstoets – de mate van ingrijpendheid van de gevolgen – ook een reden is om het evenredigheidsbeginsel eerder of juist minder snel als geschonden aan te merken.

112 Zie hierover paragraaf 3.7.4.

113 Zie paragraaf 3.7.4.1.

114 Zie paragraaf 3.7.4.1.

algemeen verbindende voorschriften uitgevoerd worden en zij als regel semi-procedureel worden ingevuld (zie paragraaf 10.5.2.1).

Het is op basis van de rechtspraak moeilijk te zeggen in welke gevallen de bestuursrechters hun evenredigheidstoets precies semi-procedureel invullen. De inhoud van de semi-procedurele evenredigheidstoets wordt wel steeds duidelijker. De bestuursrechters beoordelen daarbij, kort gezegd, een of meer zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten in het kader van de evenredigheidstoets en verbinden daaraan een bepaalde consequentie, afhankelijk van de vraag of de zorgvuldigheid en/of motivering negatief of positief wordt gewaardeerd.<sup>115</sup> Tegen deze achtergrond bespreek ik in paragraaf 10.5.2 waarom en hoe de semi-procedurele evenredigheidstoets nóg verder zou kunnen worden ontwikkeld. Eerst zal ik daartoe uitleggen waarom de semi-procedurele evenredigheidstoets mijns inziens bij uitstek passend is voor generieke evenredigheidsbeoordelingen (paragraaf 10.5.2.1). Vervolgens worden enkele richtsnoeren gegeven voor het verder vormgeven van de inhoud van de semi-procedurele evenredigheidstoets (paragraaf 10.5.2.2). In paragraaf 10.5.2.3 ga ik in op de consequenties die negatieve en positieve waarderings van de zorgvuldigheid en/of motivering (kunnen) hebben voor het oordeel over de evenredigheid van een algemeen verbindend voorschrift.

## 10.5.2 Verdere ontwikkeling semi-procedurele evenredigheidstoets

### 10.5.2.1 Bij generieke evenredigheidsbeoordelingen

In het Unierecht, door het EHRM en in Duitsland kan er aanleiding zijn om de semi-procedurele evenredigheidstoets toe te passen als de rechter de evenredigheid moet beoordelen, en hij dat vanwege het belang van effectieve rechtsbescherming serieus wil doen, maar hij geen eigen, vergaande materiële evenredigheidsbeoordelingen kan maken van de gemaakte keuzes vanwege de ruime beslissingsruimte die de wet- of regelgever toekomt.<sup>116</sup> Een semi-procedurele evenredigheidstoets stelt de rechter in dit soort ‘ingewikkelde’ gevallen in staat om afstand te houden tot de inhoud van de gemaakte keuzes, maar hij kan met deze toets de gemaakte beoordelingen en afwegingen van de wet- of regelgever wel op geobjectiveerde wijze beoordelen. In zoverre ‘compenseert’ een semi-procedurele evenredigheidstoets de, om goede redenen, ontbrekende eigen beoordelingen en afwegingen van de rechter.<sup>117</sup>

115 Zie paragraaf 3.7.4.2. Aan de inhoud van deze semi-procedurele evenredigheidstoets besteed ik verder aandacht in de volgende paragrafen.

116 Bijvoorbeeld vanwege de aan de orde zijnde (feitelijke of technische) complexiteit, (wetenschappelijke) onzekerheid, politieke afwegingsruimte of ontbrekende consensus. Zie paragraaf III.3.

117 Deze ‘compenserende’ functie is door verschillende auteurs ook toegedicht aan de semi-procedurele evenredigheidstoets die de Nederlandse bestuursrechters (zouden moeten) uitvoeren. Zie Van Heusden 2022,

Gelet op deze ratio van de semi-procedurele evenredigheidstoets is deze modaliteit mijns inziens bij uitstek toe te passen bij generieke evenredigheidsbeoordelingen van algemeen verbindende voorschriften. De generieke evenredigheidsbeoordelingen van de bestuursrechters zijn momenteel in de regel – om goede redenen en mijns inziens terecht – materieel terughoudend.<sup>118</sup> De bestuursrechter kan vanwege de politiek-bestuurlijke afwegingsruimte van de lagere regelgever en/of het aan de orde zijn van feitelijke of technische complexiteit<sup>119</sup> geen eigen, vergaande evenredigheidsbeoordelingen maken. Wat dan wel passend kan zijn, is om in deze gevallen semi-procedureel te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Mijns inziens past dat bij de hiervoor in paragraaf 10.2.1 besproken en bepleite perspectiefverschuiving, inhoudende dat de bestuursrechter zijn toets evenzeer zou moeten bepalen vanuit het grondwettelijk recht op effectieve rechtsbescherming en zijn uit de rechtsstaat voortvloeiende taak om de fundamentele rechten te beschermen. Daarbij is mijns inziens ook relevant dat, zoals ook al is besproken in paragraaf 10.2.2, een leemte in de controle op algemeen verbindende voorschriften dreigt als de rechter deze voorschriften enkel materieel terughoudend toetst.<sup>120</sup> Verder speelt de beoordeling van zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten doorgaans al een rol als de bestuursrechter aangeeft terughoudend te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>121</sup>

Alle evenredigheidseisen – geschiktheid, noodzakelijkheid, evenredigheid in strikte zin – zouden semi-procedureel kunnen worden ingevuld bij generieke evenredigheidsbeoordelingen van lagere regelgeving die vastgesteld is op basis van een ruime beslissingsruimte. Wel denk ik dat de evenredigheid in strikte zin, gelet op de recente rechtspraak van de bestuursrechters, vooral een rol zal blijven spelen bij en specifieke en groepsspecifieke toetsingen aan evenredigheid. Gelet op deze al ingezette lijn zouden vooral de generieke geschiktheids- en noodzakelijkheidstoetsen voortaan vaker een procedurele invulling kunnen krijgen. In aanvulling daarop *kan* de evenredigheid in strikte zin op generieke<sup>122</sup> en semi-procedurele wijze worden uitgevoerd, maar ook mogelijk is om, indien daar aanleiding voor is, een materieel intensieve evenredigheidstoets van de evenredigheid in strikte zin uit te voeren voor het specifieke of groepsspecifieke geval.

---

i.h.b. p. 30-32, 327 e.v.; Widdershoven 2018; conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

118 Paragraaf 10.2.1. Zie ook paragraaf 3.7.3.1.

119 Factor die leidt tot een terughoudende toetsing, zie paragraaf 3.7.3.1.

120 Zie uitgebreider paragraaf 2.3.4.1.

121 In vrijwel alle in paragraaf 3.7.3.1 genoemde rechtspraak waarin de bestuursrechter zegt terughoudend te toetsen, is dat te zien. Zie verder ook paragraaf 3.7.4.2, met name het besproken voorbeeld ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2565.

122 Voor richtsnoeren ter invulling van een generieke toets van de evenredigheid in strikte zin, zie paragraaf 10.3.3.

### 10.5.2.2 Richtsnoeren voor de inhoud

De bevindingen van de rechtsvergelijking uit deel III leren dat de procedurele aspecten die een rol spelen bij een semi-procedurele toets niet zomaar procedurele aspecten zijn, maar veelal door de rechter geformuleerde of ingekleurde zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten waarvan het naleven de rechter informatie oplevert over de aannemelijkheid van de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin van de gemaakte keuzes.<sup>123</sup> De evenredigheid hoeft daarbij niet 'onomstotelijk' vast te staan, maar de beoordelingen en afwegingen die de wet- of regelgever in dat licht heeft gemaakt moeten, in de woorden van de Duitse rechter, 'vertretbar' (houdbaar, *tenable*) zijn.<sup>124</sup> Het voorgaande brengt goed tot uitdrukking dat semi-procedurele evenredigheidstoetsing geen kwestie is van het 'afvinken' van formaliteiten,<sup>125</sup> maar dat het primair gaat om een *evenredigheidstoets*, in het kader waarvan de beoordeling van zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten een dienende rol speelt, namelijk om de aannemelijkheid van de evenredigheid te kunnen beoordelen.

Uit de rechtspraak van de bestuursrechters kunnen zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten worden afgeleid die bij hun semi-procedurele evenredigheidstoets een rol spelen. Dit zijn onder andere het bestaan van een overtuigende en heldere motivering, onderzoek van deskundigen, bijvoorbeeld over (onzekere) risico's ter beheersing waarvan regelgeving wordt vastgesteld, het instellen/raadplegen van een adviescommissie (die ook alternatieve maatregelen in de advisering heeft betrokken), het betrekken in de besluitvorming van de betrokken sector en daar ook rekening mee houden, en voorzieningen die de regelgever heeft getroffen om eventuele hardheden in de toepassing van regelgeving op te heffen, zoals een 'knelgevallenregeling' of een hardheidsclausule.<sup>126</sup> Deze aan zorgvuldigheid en motivering gerelateerde aspecten zouden 'indicatoren voor evenredigheid' worden genoemd. Hoe meer dit soort indicatoren (niet) aanwezig is, hoe (on)aannemelijker het is dat de gemaakte keuzes evenredig zijn.

Op basis van de bevindingen van de rechtsvergelijking uit deel III kunnen, zie hierna, enkele aanvullende indicatoren voor evenredigheid worden geformuleerd. Verder is in dit verband een nuttige aanvulling dat afhankelijk van de aard van de aan de orde zijnde beslissingsruimte de aan- of afwezigheid van bepaalde indicatoren relevanter kan zijn.<sup>127</sup>

---

123 Zie paragraaf III.3.

124 Zie paragraaf III.3.

125 Vergelijk in die zin ook de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:3557, punt 8.8; Widdershoven 2018.

126 Paragraaf 3.7.4.2.

127 Zie paragraaf 7.4.5.3.



Met betrekking tot de geschiktheids- en noodzakelijkheidsbeoordelingen zal de beslissingsruimte van de regelgever vaak vooral gelegen zijn in de feitelijke of technische complexiteit van de materie.<sup>128</sup> Een relevante indicator is dan vooral of de regelgever op basis van een kwalitatief deugdelijke feitelijke grondslag (steekhoudende) geschiktheids- en noodzakelijkheidsbeoordelingen heeft gemaakt. Het Hof van Justitie stelt bijvoorbeeld de eis dat de gemaakte keuzes gebaseerd zijn op ‘de meest feitelijk juiste, betrouwbare en consistente informatie die beschikbaar is’ en dat de regelgever daarbij onpartijdig te werk is gegaan.<sup>129</sup> Het EHRM kan ‘*appropriate studies*’ verlangen<sup>130</sup> en de Duitse (constitutiōnele) rechter vindt relevant dat de regelgever zich zorgvuldig oriënteert op het beschikbare materiaal en dat hij alle de voor hem toegankelijke kennisbronnen benut om de waarschijnlijke gevolgen van zijn regeling zo betrouwbaar mogelijk te kunnen inschatten.<sup>131</sup> De regelgever zal daarbij overtuigend moeten motiveren waarom de gemaakte keuzes in het licht van de feitelijke grondslag effectief kunnen zijn om het nagestreefde doel te bereiken (geschiktheid) en dat er geen minder ingrijpende maar even effectieve maatregelen voor handen waren (noodzakelijkheid). Zijn de door de regelgever gemaakte geschiktheids- en noodzakelijkheidsbeoordelingen ‘houdbaar’, dan kunnen de geschiktheid en noodzakelijkheid van de maatregel aannemelijk geacht worden.

Wat betreft de evenredigheid in strikte zin is de beslissingsruimte die de regelgever toekomt meer politiek van aard. Dan kunnen andere indicatoren in het bijzonder relevant zijn, die vooral betrekking hebben op de zorgvuldigheid waarmee alle relevante belangen in kaart zijn gebracht en de wijze waarop die belangen tegen elkaar zijn afgewogen.<sup>132</sup> In dat licht valt het bijvoorbeeld positief te waarderen als het publiek en/of belanghebbende partijen zijn geraadpleegd, als er een effectbeoordeling is uitgevoerd van verschillende (alternatieve) maatregelen en als er een (uitgebreid) politiek debat vooraf is gegaan aan de vaststelling van regelgeving.<sup>133</sup> De regelgever zou in dit licht bijvoorbeeld ook kunnen wijzen op eventuele inspanningen om (onvoorziene) hardheden voor bepaalde individuen of groepen te voorkomen, bijvoorbeeld door toegekende beslissingsruimte aan het bestuur, het voorzien in hardheidsclausules, overgangsregelingen et cetera. Hoe meer het proces van vaststelling en de motivering er blijk van geven dat alle relevante belangen zorgvuldig in kaart zijn gebracht en afgewogen, des te eerder de bestuursrechter zou kunnen uitgaan van de aannemelijkheid van de evenredigheid in strikte zin.

128 Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de noodzakelijkheidstoets in het Duitse rechtssysteem paragraaf 9.5.3.1.

129 Paragraaf 7.4.5.2.

130 Paragraaf 8.5.5.1.

131 Paragraaf 9.4.5.

132 Zie i.h.b. paragraaf 7.4.5.3, maar ook paragraaf 8.5.5.1.

133 Paragraaf 7.4.5.3.

Aan het bovenstaande wordt nog het volgende toegevoegd. Het is een mogelijkheid om in de procedure waarin een algemeen verbindend voorschrift indirect wordt getoetst nader te onderbouwen waarom de toegepaste bepaling rechtmatig is en daarom toegepast mocht worden; ook als het direct bestreden besluit genomen is door een ander bestuursorgaan dan het orgaan dat het algemeen verbindend voorschrift heeft vastgesteld. Dat dit een mogelijkheid is, volgt uit de rechtspraak van de Afdeling.<sup>134</sup> Het moet gaan om een motivering die in lijn is met het voorschrift en die het standpunt van het vaststellende orgaan weergeeft. In dit verband heeft de Afdeling ook overwogen dat de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften geschiedt ‘uitgaande van feiten en omstandigheden, inclusief het hogere wettelijke kader, ten tijde van de vaststelling van het voorschrift’, maar dat het verwerende orgaan over die feiten en omstandigheden nadere argumenten of bewijs kan aanvoeren.<sup>135</sup> Uit onder andere deze overweging zou kunnen worden afgeleid dat de bestuursrechter algemeen verbindende voorschriften retrospectief *ex tunc* toetst.<sup>136</sup> Dit houdt een *ex tunc*-toetsing in, waarbij de bestuursrechter ook omstandigheden kan meenemen die zich na de totstandkoming van het voorschrift hebben voorgedaan en waaruit blijkt dat de regelgever ten tijde van het vaststellen van de voorschriften is uitgegaan van veronderstellingen die niet blijken te kloppen.<sup>137</sup> Zo bezien kan de bestuursrechter, ook bij zijn semi-procedurele evenredigheidstoets, informatie meenemen die dateert van na de vaststelling van het algemeen verbindende voorschrift en de situatie ten tijde van de vaststelling van het algemeen verbindende voorschrift verduidelijkt.<sup>138</sup> Het Duitse constitutionele hof hanteert een vergelijkbare lijn. Volgens het BVerfG kan een regeling die aanvankelijk in overeenstemming is met het GG later met *werking voor de toekomst* ongrondwettig kan worden, als blijkt dat de oorspronkelijke veronderstellingen van de wetgever niet meer houdbaar zijn.<sup>139</sup>

134 Zie ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336; ABRvS 24 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2470; ABRvS 14 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3753. Zie paragraaf 3.8.5.

135 ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1157, r.o. 9.1. Zie paragraaf 3.8.5. Vergelijk ook CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, r.o. 8.5.

136 Van Heusden 2022, p. 258-259.

137 Conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 8.10; Widdershoven 2018, p. 188; Van Heusden 2022, p. 258.

138 Van Heusden stelt een toetsing voor waarbij de bestuursrechter, onder bepaalde omstandigheden, ook *nieuwe* (wetenschappelijke) inzichten kan meenemen die dateren van na de datum van de vaststelling van het voorschrift en die leiden tot de conclusie dat ‘de rationaliteit van het algemeen verbindend voorschrift’ onrechtmatig is. Dat kan volgens haar *niet* als de inzichten ‘dateren van ná het bestreden besluit [...] en/of het (hoger) beroep strekt tot onverbindendheid (en dus niet ‘slechts’ buiten toepassing laten) in het geval de inzichten dateren van na de vaststelling van het algemeen verbindend voorschrift maar voor het bestreden besluit [...]’; zie Van Heusden 2022, p. 259-261.

139 Paragraaf 9.5.2.4. Het BVerfG hanteert verder ook de lijn dat hoe langer bepalingen van kracht zijn en hoe beter de wetgever dus in staat is om de effecten ervan te beoordelen, hoe minder het zal volstaan om uit te gaan van ‘plausibele veronderstellingen’. Op een gegeven moment, als maatregelen al enige tijd van kracht zijn, is steeds duurzamer en overtuigender bewijs nodig om de evenredigheid aan te tonen.

### 10.5.2.3 Positieve en negatieve waarderingen van de zorgvuldigheid en/of motivering

Het komt (regelmatig) voor dat de bestuursrechter oordeelt dat bij de vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift een of meer positieve zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten aanwezig zijn geweest en dat de zorgvuldigheid en/of motivering dus *positief* moet worden gewaardeerd.<sup>140</sup> De bestuursrechter oordeelt dan doorgaans, in lijn met de formuleringen van 1 juli 2019-maatstaf, dat de regelgever ‘bij het voorbereiden en nemen van een algemeen verbindend voorschrift de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd’, zodat de keuze voldoet aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel.<sup>141</sup> De negatieve gevolgen van een bepaalde keuze zijn dan ‘verdisconteerd’ en aannemelijk is dat de gemaakte keuze evenredig is. Conform de 1 juli 2019-maatstaf bekijkt de bestuursrechter vervolgens meestal nog of de regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.<sup>142</sup> Deze lijn van de bestuursrechters sluit goed aan bij de semi-procedurele evenredigheidstoets die uitgevoerd wordt in de in deel III besproken rechtssystemen, met name in het Unierecht en het EVRM.<sup>143</sup>

Als een of meer zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten afwezig zijn en de zorgvuldigheid en/of motivering in die zin *negatief* moet worden gewaardeerd, dan kan dat volgens de rechtspraak van de bestuursrechters verschillende consequenties hebben voor de evenredigheid van een algemeen verbindend voorschrift. Ten eerste kan de bestuursrechter het zorgvuldigheids- en/of motiveringsgebrek constateren en het voorschrift vervolgens buiten toepassing laten – nooit onverbindend verklaren – als hij vanwege een onzorgvuldige voorbereiding of gebrekkige motivering niet kan beoordelen of de gemaakte keuze evenredig is.<sup>144</sup> Ten tweede kan een negatieve waardering van de zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten (mede) de aanleiding zijn om te concluderen dat óók het evenredigheidsbeginsel is geschonden, omdat het voorschrift, gegeven deze formele gebreken, niet evenredig kan zijn.<sup>145</sup>

140 Paragraaf 3.7.4.2.

141 Paragraaf 3.7.4.2.

142 Ter illustratie is gewezen op ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2565 (zie paragraaf 3.7.4.2). In enkele gevallen blijft het (expliciet) toetsen aan het evenredigheidsbeginsel uit als de gevolgen van een bepaalde keuze door de lagere regelgever zijn ‘verdisconteerd’. Dit is in strijd met de 1 juli 2019-maatstaf en lijkt bovendien op de verdisconteringslijn die wordt toegepast bij de toetsing van formele wetgeving aan nationale algemene rechtsbeginselen. Zie paragraaf 3.7.4.3.

143 Zie paragraaf III.3.

144 Ter illustratie is gewezen op onder andere Rb. Noord-Holland 10 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9945 (zie paragraaf 3.7.4.2).

145 Ter illustratie is gewezen op CBB 1 november 2022, ECLI:NL:CBB:2022:740 (zie paragraaf 3.7.4.2).

Er bestaan, zie hierna, goede redenen om voortaan bij de negatieve waardering van de zorgvuldigheid en/of motivering bij voorkeur te kiezen voor de tweede optie, en dus een onevenredigheidsoordeel uit te spreken, maar die voorkeur heeft de bestuursrechter, zoals ik hierna zal aangeven, waarschijnlijk niet.

Als de bestuursrechter de evenredigheid niet kan beoordelen, dan geldt dat de gemaakte keuze vanwege *deze* gebrekkige motivering en/of onzorgvuldige voorbereiding niet evenredig is.<sup>146</sup> Daarbij past het uitspreken van een onevenredigheidsoordeel; de keuze *is op dat moment*, zolang eventueel herstel uitblijft, immers niet evenredig.<sup>147</sup> In vergelijking met de constatering van een formeel gebrek heeft het uitspreken van de onevenredigheid ook het voordeel dat een duidelijk signaal wordt afgegeven aan de samenleving dat het voorschrift op dit moment niet rechtmatig is.<sup>148</sup> Ook zullen de lagere regelgever en het bestuur bij een onevenredigheidsoordeel eerder aangespoord worden om hun keuzes inhoudelijk te heroverwegen.<sup>149</sup> Aan het voorgaande wordt toegevoegd dat het uitspreken van een onevenredigheidsoordeel in deze context beter tot uitdrukking brengt dat de semi-procedurele evenredigheidstoets eerst en vooral een *evenredigheidstoets* is, in het kader waarvan de beoordeling van zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten een dienende rol speelt.<sup>150</sup> Deze aard van de semi-procedurele evenredigheidstoets komt ook duidelijk tot uitdrukking in de in deel III besproken rechtssystemen, waarin de rechters ook de onevenredigheid – en niet een formeel gebrek – vaststellen als zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten negatief gewaardeerd worden in het kader van de semi-procedurele evenredigheidstoets.<sup>151</sup> In lijn met het voorgaande leidt het uitspreken van een onevenredigheidsoordeel in deze context ook tot de overzichtelijker situatie dat het steeds gaat om een evenredigheidstoets, die, indien succesvol, ook tot *alleen* onevenredigheidsoordelen kan leiden, en niet soms ook tot de vaststelling van een formeel gebrek.

Zoals aangegeven zullen, de bestuursrechters naar verwachting niet steeds opteren voor een onevenredigheidsoordeel, maar zullen zij waarschijnlijk vaker ‘slechts’ een formeel gebrek vaststellen en het voorschrift buiten toepassing laten. Dat is immers in lijn met de door hen geformuleerde 1 juli 2019-maatstaf<sup>152</sup> én past beter bij hun traditie om appella-

146 Widdershoven 2018, p. 190.

147 Widdershoven 2018, p. 190. Voor de herstelmogelijkheden in deze context zie paragraaf 10.6.3.2.

148 Widdershoven 2018, p. 190.

149 Widdershoven 2018, p. 190.

150 Zie paragraaf 10.5.2.2.

151 Zie paragraaf III.3. Dit blijkt het meest duidelijk uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, zie paragraaf 7.4.5.4.

152 De 1 juli 2019-maatstaf schrijft uitdrukkelijk voor dat de enkele strijd met het formele zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel *niet* kan leiden tot het onverbindend achten. In ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, r.o. 6 is het als volgt geformuleerd: “[d]e enkele strijd met deze formele beginselen

bele besluiten waaraan zorgvuldigheids- en motiveringsgebreken kleven te vernietigen wegens de strijd met het zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel.<sup>153</sup> Vooruitlopend op paragraaf 10.6.2.2, wordt daarover alvast het volgende opgemerkt. Wordt inderdaad de lijn doorgezet dat een negatieve uitkomst van een semi-procedurele evenredigheidstoets vrijwel steeds leidt tot het constateren van een formeel gebrek, dan moet dat formele gebrek mijns inziens in elk geval óók tot het (partieel) onverbindend verklaren van een algemeen verbindend voorschrift kunnen leiden (en dus niet tot louter het buiten toepassing laten, zoals de 1 juli 2019-maatstaf voorschrijft).

## 10.6 DE CONSEQUENTIES VAN SUCCESVOLLE INDIRECTE TOETSING

### 10.6.1 *Vertrekpunt*

De keuze door de bestuursrechter voor het onverbindend verklaren of het buiten toepassing laten na een succesvolle indirecte toets aan het evenredigheidsbeginsel, in het kader waarvan de beoordeling van zorgvuldigheid en/of motivering een rol kan spelen, leidt tot een aantal procedurele complicaties die aandacht behoeven.<sup>154</sup> Voor een deel zijn de procedurele complicaties gerelateerd aan de keuze om een algemeen verbindend voorschrift soms buiten toepassing te laten in enkel het specifieke geval.<sup>155</sup> Deze keuze kan soms een aantal risico's en nadelen met zich brengen en roept de vraag op wanneer het specifiek buiten toepassing laten (nog) is aangewezen en wanneer er aanleiding is voor een generiek(er) oordeel. Voor een ander deel zijn de procedurele complicaties gelegen in de kennelijke voorkeur voor het gebruik van de term buiten toepassing laten in bepaalde situaties waarin, mijns inziens, ook de term (partiële) onverbindendheid gebruikt kan worden.<sup>156</sup>

In paragraaf 10.6.2 komt aan de orde welke nadelen en risico's het specifiek buiten toepassing laten in sommige gevallen kan hebben en tegen welke grens het specifiek buiten toe-

---

[het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, MvZ] kan echter niet leiden tot het onverbindend achten van een algemeen verbindend voorschrift. Dat laat onverlet dat, indien als gevolg van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding van het voorschrift door de rechter niet kan worden beoordeeld of er strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dit ertoe kan leiden dat de bestuursrechter het voorschrift buiten toepassing laat en een daarop berustend besluit om die reden vernietigt.'

153 Dat geldt ook voor appellabele algemeen verbindende voorschriften, zie de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punt 6.12.

154 Over dit thema, zie paragraaf 3.8.

155 Paragraaf 3.8.4.

156 Zie i.h.b. paragraaf 3.8.5, maar ook paragraaf 3.8.2.

passing laten gelet daarop aanloopt. In die paragraaf bespreek ik ook waarom mijns inziens een ‘*revival*’ van de (partiële) onverbindendverklaring nodig is. Hierop voortbouwend wordt in paragraaf 10.6.3 uiteengezet wat mijns inziens passende consequenties zijn van een succesvolle indirecte toetsing van (de toepassing van) een algemeen verbindend voorschrift aan het evenredigheidsbeginsel. Daarbij ga ik ervan uit dat generieke evenredigheidstoetsingen van algemeen verbindende voorschriften in de regel semi-procedureel worden ingevuld.<sup>157</sup> Ik bespreek in paragraaf 10.6.3 wanneer er aanleiding is voor het onverbindend verklaren en wanneer voor het buiten toepassing laten, wat de reikwijdte is van deze keuzes én wat de mogelijkheden zijn voor herstel, eventueel met terugwerkende kracht.

### 10.6.2 *Startpunt voor passende consequenties*

#### 10.6.2.1 **Grens voor het specifiek buiten toepassing laten**

De bestuursrechter laat een algemeen verbindend voorschrift vaak alleen buiten toepassing in het specifieke geval. Dat geldt bij de strijd met het evenredigheidsbeginsel, maar ook bij een gebrekkige motivering.<sup>158</sup> In deze synthese<sup>159</sup> en eerder in hoofdstuk 3,<sup>160</sup> is besproken dat er op zich goede redenen kunnen zijn voor deze (kennelijke) voorkeur voor het buiten toepassing laten in een specifiek geval en, in meer algemene zin, de focus op het specifieke geval. Tegelijkertijd zijn in hoofdstuk 3 voorbeelden besproken waarin een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing gelaten werd in een specifiek geval, terwijl de daaraan voorafgaande generieke(re) onrechtmatigheidsoverwegingen de indruk wekten dat de onrechtmatigheid zich vaker, ook in andere gevallen, voordeed.<sup>161</sup> Hier loopt de specifieke aanpak tegen een grens aan. Die grens is in elk geval het moment dat vaststaat dat een onevenredig ingrijpende uitwerking van een algemeen verbindend voorschrift in meer ‘specifieke’ gevallen aan de orde is en/of een algemeen verbindend voorschrift als zodanig (ten algemene of voor een specifieke groep) onrechtmatig is. Het specifiek buiten toepassing laten in deze gevallen van generieke(re) onrechtmatigheid brengt namelijk enkele nadelen en risico’s mee.<sup>162</sup>

Ten eerste kunnen burgers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden benadeeld worden door het buiten toepassing laten in het specifieke geval. Dat geldt voor burgers die om

157 Zie paragraaf 10.5.2.1.

158 Paragrafen 3.8.2 en 3.8.3.

159 Paragraaf 10.2.4.

160 Paragraaf 3.8.4.

161 Zie paragraaf 3.8.4, waarin is gewezen op Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652; Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972; ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336.

162 Zie hierover ook Esser & Becker 2021, p. 254-256; Esser & Becker 2023.

financiële of andere redenen niet in staat zijn om in rechte op te komen voor hun eigen belang,<sup>163</sup> maar ook voor burgers die wel hun recht proberen te halen bij de bestuursrechter. Het specifiek buiten toepassing laten kan ertoe leiden dat andere bestuursrechters over het hoofd zien dat de ingrijpende uitwerking van een algemeen verbindend voorschrift zich óók voordoet in de ‘specifieke gevallen’ waarin zij beslissen. Het specifiek buiten toepassing laten in gevallen van generieke(re) onrechtmatigheid verlangt van burgers dat zij procederen,<sup>164</sup> maar het staat niet vast dat andere bestuursrechters ook tot het specifiek buiten toepassing laten zullen overgaan.

Ten tweede, en voortbouwend op het voorgaande, kan het gedurende lange tijd specifiek buiten toepassing laten van algemeen verbindende voorschriften in gevallen van generieke(re) onrechtmatigheid ertoe leiden dat te lang kan worden doorgegaan met de toepassing van die voorschriften. Als de (hoogste) bestuursrechter op enig moment toch vaststelt dat er sprake is van generieke(re) onrechtmatigheid, dan kan dat leiden tot (onnodige) hersteloperaties. Deze hersteloperaties kunnen nodig zijn voor degenen die niet voor hun eigen belang zijn opgekomen, maar ook voor degenen die dat wel hebben gedaan, maar zonder succes omdat de bestuursrechter geen grond zag om het voorschrift, dat later ten algemene of voor een specifieke groep onrechtmatig werd bevonden door de (hoogste) bestuursrechter, in hun specifieke gevallen buiten toepassing te laten.

Ten derde maakt de tendens van het buiten toepassing laten in een specifiek geval de bestuursrechter kwetsbaar. Esser & Becker wijzen erop dat de verantwoordelijkheid voor individuele rechtvaardigheid zo bij de rechter komt te liggen, in plaats van bij de regelgever die ‘niet alleen de verantwoordelijkheid zou moeten dragen voor het stelsel als geheel, maar ook voor de individuele beslissingen die een logisch gevolg zijn van politieke afwegingen, systeemkeuzes en het toewijzen van budget.’<sup>165</sup> Kritiek op ‘harde’ regelgeving en onbillijke uitvoering daarvan dreigt te worden afgewenteld op de rechter, die door de toepassing op het specifieke geval mogelijk zal worden gezien als degene die primair verantwoordelijk is voor het verzekeren van rechtvaardigheid in individuele gevallen.<sup>166</sup>

Vanwege deze risico’s en nadelen, is in gevallen van generieke(re) onrechtmatigheid ook een generiek(er) onrechtmatigheidsoordeel aangewezen; zie nader paragrafen 10.6.2.2 en 10.6.3.

163 Vergelijk Esser & Becker 2021, p. 255; Esser & Becker 2023, p. 7.

164 Vergelijk Esser & Becker 2021, p. 255.

165 Zie Esser & Becker 2023, p. 7 en ook Esser & Becker 2021, p. 255.

166 Esser & Becker 2021, p. 255.

### 10.6.2.2 *Revival* (partiële) onverbindendverklaring

In twee situaties kiest de bestuursrechter voor het buiten toepassing laten, terwijl het aan de orde zijnde gebrek ook zou kunnen leiden tot het (partieel) onverbindend verklaren én dat (partieel) onverbindend verklaren mijns inziens de voorkeur heeft boven het buiten toepassing laten.

De eerste situatie is dat een voorschrift als zodanig onrechtmatig is, *voor zover* het voorschrift betrekking heeft op een specifieke groep van gevallen – een groepsspecifiek onrechtmatigheidsgebrek dus.<sup>167</sup> Is een dergelijk gebrek aan de orde, dan wordt soms gekozen voor het specifiek buiten toepassing laten (zie hierboven in paragraaf 10.6.2.1),<sup>168</sup> maar soms ook voor het groepsspecifiek buiten toepassing laten. Dat buiten toepassing laten heeft formeel gezien alleen betrekking op het specifieke geval, maar de bestuursrechter geeft daarbij aan dat het negatieve oordeel van toepassing is op andere, identieke gevallen en dus op de gehele groep.<sup>169</sup> Als een groepsspecifiek onrechtmatigheidsgebrek aan de orde is, dan kan de bestuursrechter ook kiezen voor het partieel onverbindend verklaren; een mogelijkheid die ook een enkele keer is toegepast in de rechtspraak.<sup>170</sup> Het partieel onverbindend verklaren houdt in dat de bestuursrechter een voorschrift onverbindend verklaart voor een deel van de gevallen waarop het betrekking heeft.<sup>171</sup>

De tweede situatie betreft gevallen waarin er een generiek of groepsspecifiek *formeel* gebrek – een zorgvuldigheids- of motiveringsgebrek – kleeft aan een algemeen verbindend voorschrift, waardoor de bestuursrechter de evenredigheid niet kan beoordelen. Deze generieke of groepsspecifieke formele gebreken kunnen op grond van de 1 juli 2019-maatstaf nooit tot het (partieel) onverbindend verklaren leiden, maar leiden wel tot buiten toepassing laten vanwege het formele gebrek.<sup>172</sup> De lijn van het buiten toepassing laten vanwege generieke dan wel groepsspecifieke formele gebreken waardoor de evenredigheid niet beoordeeld kan worden, moet mijns inziens vervangen worden door een van de twee hierna genoemde alternatieven.

Bij voorkeur, om de redenen genoemd in paragraaf 10.5.2.3, leidt een generiek dan wel groepsspecifiek formeel gebrek waardoor de bestuursrechter de evenredigheid niet kan beoordelen voortaan tot het uitspreken van een *onevenredigheidsoordeel*. Dat kan dan het

167 Zie paragraaf 3.8.2, onder II.

168 En zie ter illustratie ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336; Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652.

169 Zie paragraaf 3.8.2 onder II en ter illustratie CbB 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116.

170 Zie paragraaf 3.8.2 onder II en ter illustratie CbB 4 juli 2023, ECLI:NL:CBB:2023:344.

171 Zie paragraaf 3.8.2 onder II, met verwijzing naar Schutgens 2009, p. 9.

172 Zie paragrafen 3.4.2, 3.6.6 en 3.7.4.2.



(partieel) onverbindend verklaren vanwege de strijd met het evenredigheidsbeginsel tot gevolg hebben. Dit is het eerste alternatief. Om de eveneens in paragraaf 10.5.2.3 genoemde redenen kiezen de bestuursrechters dat alternatief waarschijnlijk niet. In dat geval is het tweede alternatief dat een generiek dan wel groepsspecifiek formeel gebrek waardoor de evenredigheid niet kan worden beoordeeld, leidt tot de constatering van dat formele gebrek, zoals nu al gebeurt, maar is het gevolg daarvan *niet* het buiten toepassing laten, maar het (partieel) onverbindend verklaren. Dat (partieel) onverbindend verklaren is nu niet mogelijk op grond van de 1 juli 2019-maatstaf, maar dat zou het mijns inziens wel moeten zijn. Immers, er is bij een generiek of groepsspecifiek formeel gebrek geen enkele rechtmatige toepassing (op een specifieke groep) denkbaar zolang de onrechtmatigheid voortduurt. Dat zou volgens de gebruikelijke definitie van de (partiële) onverbindendverklaring tot gevolg moeten kunnen hebben dat het voorschrift (partieel) onverbindend wordt verklaard.<sup>173</sup>

Mogelijk is de (partiële) onverbindendverklaring voor deze situaties uitgesloten, omdat het (partieel) onverbindend verklaren vanwege de ‘harde’ en ‘desastreuze’ klank niet goed zou passen bij het, door de lagere regelgever en bestuur mogelijk gewenste, inhoudelijk voortzetten van het onrechtmatig geachte rechtsregime na herstel van een generiek dan wel groepsspecifiek formeel gebrek.<sup>174</sup> Mocht dat de reden zijn, dan wordt daarover opgemerkt dat de (partiële) onverbindendverklaring de zojuist omschreven herstel­mogelijkheid geenszins uitsluit. Een (partieel) onverbindend voorschrift blijft onderdeel van de rechtsorde<sup>175</sup> en kan in zoverre hersteld worden.<sup>176</sup> Dit wordt ondersteund door de bevindingen van de rechtsvergelijking uit deel II van dit proefschrift. In elk besproken rechtssysteem (Unierecht, Duitsland, Frankrijk) blijft lagere regelgeving onderdeel van de rechtsorde als die lagere regelgeving met succes indirect wordt getoetst.<sup>177</sup> Verder hoeft het (partieel) onverbindend verklaren ook niet méér in de weg te staan aan het toepassen van deze herstel­mogelijkheid dan het buiten toepassing laten. De bevindingen van de rechtsvergelijking uit deel II illustreren dat de toelaatbaarheid van het toepassen van deze herstel­mogelijkheid afhangt van een aantal factoren (zie paragraaf 10.6.3.2), maar daaronder valt niet het rechtsgevolg dat is verbonden aan een succesvolle rechterlijke toets van regel­geving.

173 Zie paragraaf 3.8.5 en ook paragraaf 1.4.7 voor de in de literatuur gehanteerde definitie van de onverbindendverklaring.

174 Paragraaf 3.8.5.

175 Zie paragraaf 1.4.7, met verwijzing naar Sillen 2018, p. 679; Sillen 2010, p. 150-151; Van Heusden 2022, p. 274.

176 In die zin ook Van Heusden 2022, p. 280.

177 Zie paragraaf II.3.A.

De hierboven besproken situaties zijn terug te brengen tot de situaties waarin de bestuursrechter constateert dat er een generiek of groepsspecifiek evenredigheids-, zorgvuldigheids-, of motiveringsgebrek kleeft aan een algemeen verbindend voorschrift. De bestuursrechter *kan* in deze situaties overgaan tot het (partieel) onverbindend verklaren én zou dat mijns inziens ook *moeten* doen en wel om de volgende redenen.

Het gaat hier steeds om algemeen verbindende voorschriften die in geen enkel geval, of niet op een specifieke groep, rechtmatig toegepast kunnen worden, zolang de onrechtmatigheid voortduurt. Het is niet alleen dogmatisch zuiverder om dergelijke voorschriften (partieel) onverbindend te verklaren, maar dat heeft ook de voorkeur vanwege de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. De term buiten toepassing laten brengt vanwege de 'neutrale aard'<sup>178</sup> onzekerheid mee voor de burger, het bestuur, de lagere regelgever en andere rechters over de rechtmatigheid van de toepassing van het voorschrift in andere, gelijke gevallen, zolang het niet hersteld is. Wordt het voorschrift (partieel) onverbindend verklaard, dan is het voor eenieder duidelijker dan na het buiten toepassing laten dat het voorschrift niet rechtmatig kan worden toegepast in andere, vergelijkbare gevallen, zolang de onrechtmatigheid voortduurt. Dat geldt alleen al vanwege de klank van de (partiële) onverbindendverklaring, maar ook vanwege de feitelijke gevolgen die het (partieel) onverbindend verklaren heeft. Andere rechters zullen de constatering van de (partiële) onverbindendheid overnemen, het bestuur mag het voorschrift niet toepassen zolang het niet hersteld is en het zal de gevolgen van het (partieel) onverbindend verklaren over de gehele uitvoeringspraktijk moeten respecteren omwille van de consistentie van zijn besluiten, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, en het is daarbij tenminste een fatsoenregel dat een (partieel) onverbindend voorschrift eerst hersteld wordt voordat de toepassing wordt voortgezet.<sup>179</sup> Deze duidelijkheid biedt de term buiten toepassing laten niet.

### 10.6.3 *Passende consequenties en hun consequenties*

#### 10.6.3.1 **Buiten toepassing laten**

Gelet op de vorige paragrafen is er aanleiding om een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing laten wanneer de onrechtmatigheid zich, vooralsnog, enkel voordoet in het specifieke geval. De bestuursrechter zou daarom een voorschrift eerst en vooral buiten toepassing moeten laten als de toepassing van dat voorschrift onrechtmatig is vanwege de bijzondere omstandigheden van het individuele geval.<sup>180</sup> Verder is het aangewezen om een

178 Zie paragraaf 1.4.7.

179 Zie voor deze feitelijke gevolgen paragraaf 1.4.7 en de daar aangehaalde literatuur.

180 Een goed voorbeeld van een dergelijk geval biedt de zaak waarin de Afdeling oordeelt dat de minister had moeten afzien van de strikte toepassing van een bepaling op grond waarvan de inschrijving van de appel-

voorschrift buiten toepassing te laten als het (nog) niet vaststaat of de onevenredigheid zich voordoet in meer ‘specifieke gevallen’ en/of (nog) niet vaststaat of een algemeen verbindend voorschrift als zodanig (ten algemene of voor een specifieke groep) onrechtmatig is.<sup>181</sup> In die context acht ik het positief dat sinds kort meer ‘terugkoppelingen’ aan de regelgever worden opgenomen in uitspraken van de bestuursrechters – een zogenoemde ‘overweging ten overvloede’.<sup>182</sup> In dergelijke overwegingen kan de bestuursrechter de lagere regelgever erop attenderen dat een algemeen verbindend voorschrift wellicht een ingrijpender uitwerking heeft (voor een bepaalde groep) dan was voorzien en/of bedoeld.<sup>183</sup>

Als voor het buiten toepassing laten uitsluitend wordt gekozen in gevallen van ‘specifieke’ onrechtmatigheid, dan krijgen de uitspraken waarin algemeen verbindende voorschriften buiten toepassing gelaten worden een sterk geïndividualiseerd karakter. Dat is voordelig, omdat op die manier wordt aangegeven dat de onrechtmatigheid in die uitspraken is gelegen in de bijzondere individuele omstandigheden van het specifieke geval en dat het voorschrift als zodanig (vooralsnog) rechtmatig is. Daarmee wordt (voor eenieder) duidelijk gemaakt dat het buiten toepassing laten geen enkele consequentie buiten de grenzen van het geding heeft en dat ‘herstelkwesties’ hier (nog) niet spelen; het voorschrift zelf is (vooralsnog) rechtmatig.<sup>184</sup>

Het specifiek buiten toepassing laten is niet aangewezen als een onevenredig ingrijpende uitwerking van een algemeen verbindend voorschrift in meer ‘specifieke’ gevallen aan de orde is en/of een algemeen verbindend voorschrift als zodanig (ten algemene of voor een

---

lant als fysiotherapeut in het BIG-register werd doorgehaald, vanwege de bijzondere individuele omstandigheden van de appellant. Zie ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2493.

181 Een goed voorbeeld van een dergelijk geval is een uitspraak van de Afdeling, besproken in paragraaf 3.7.4.1, waarin zij oordeelt dat het woord ‘minderjarig’ in een uitvoeringsregeling buiten beschouwing moest blijven vanwege de strijd met artikel 3:4, tweede lid, Awb, gelet op de omstandigheden die zich voordoen in het specifieke geval, maar vervolgens wel een ‘terugkoppeling aan de wetgever’ opneemt in de uitspraak. Zie ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79.

182 Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79, r.o. 7. Over terugkoppelingen door de bestuursrechter zie Van Heusden 2022, p. 300-305; Van Heusden 2023, p. 85-86; Polak & Vermeulen 2023, p. 178-181.

183 Vergelijk, in het kader van rationaliteitstoetsing, Van Heusden 2023, p. 86; Van Heusden 2022, p. 304-305. De overweging ten overvloede bindt de partijen niet, zie Van Heusden 2022, p. 300.

184 Meestal zal voor het specifiek buiten toepassing laten aanleiding zijn als de strikte toepassing van een dwingend geformuleerd algemeen verbindend voorschrift vanwege de bijzondere individuele omstandigheden onevenredig is. In dergelijke gevallen kiezen de bestuursrechters er ook vaak voor om het voorschrift niet zelf buiten toepassing te laten, maar te overwegen dat het bestuursorgaan het voorschrift buiten toepassing had moeten gelaten of dat het bestuursorgaan niet had mogen vasthouden aan/had moeten afzien van de strikte toepassing van een voorschrift. Met deze formulering wordt mogelijk (nog meer) benadrukt dat het onrechtmatigheidsoordeel sterk is geïndividualiseerd en niet voortkomt uit een gebrek dat kleef aan het algemeen verbindende voorschrift zelf. Zie paragraaf 3.8.2 onder III.

specifieke groep) onrechtmatig is.<sup>185</sup> Daarbij besef ik dat er een dunne grens kan lopen tussen ‘specifieke’ onrechtmatigheid en ‘generieke(re)’ onrechtmatigheid en geldt mijns inziens: bij twijfel (nog) buiten toepassing laten, eventueel in combinatie met een terugkoppeling aan de regelgever. Van twijfel kan geen sprake zijn als er een generiek of groeps-specifiek gebrek kleeft aan een algemeen verbindend voorschrift, ook al is dat een formeel gebrek. Op dat moment *is* het voorschrift onrechtmatig en is mijns inziens niet het buiten toepassing laten, maar het (partieel) onverbindend verklaren aangewezen.<sup>186</sup>

### 10.6.3.2 (Partieel) onverbindend verklaren

In alle overige dan de hiervoor in paragraaf 10.6.3.1 genoemde gevallen is het (partieel) onverbindend verklaren aangewezen. Het gaat om generieke of groeps-specifieke evenredigheidsgebreken en om generieke of groeps-specifieke formele gebreken, waardoor de bestuursrechter de generieke of groeps-specifieke evenredigheid niet kan beoordelen. Dat klinkt wellicht vergaand. Niettemin bestaan er mijns inziens goede redenen voor, zie paragraaf 10.6.2.2, en moet de gedachte dat het (partieel) onverbindend verklaren in deze situaties (te) vergaande gevolgen heeft, voor zover die bestaat, worden genuanceerd.

Voor de zekerheid: alles wat ik hierna opmerk over onverbindende voorschriften geldt ook voor (uitsluitend) de delen van algemeen verbindende voorschriften die onverbindend zijn geacht in het kader van een partiële onverbindendverklaring.

Het onverbindend verklaren heeft vrijwel geen consequenties voor de toepassingen die het onverbindende voorschrift heeft gehad in het *verleden* in de vorm van besluiten die (vrijwel) identiek zijn aan het besluit dat vernietigd is in het geding waarin de onverbindendheid is geconstateerd.<sup>187</sup> Het is vaste rechtspraak dat het bestuur, hoewel daartoe bevoegd, niet verplicht is om reeds in rechte onaantastbaar geworden besluiten die op het onverbindende voorschrift zijn gebaseerd te heroverwegen.<sup>188</sup> Verder geldt dat een ‘gewijzigde rechtsopvatting’ in een rechterlijke uitspraak, in die zin dat de rechter een algemeen verbindend voorschrift door gewijzigde inzichten anders dan in het verleden onverbindend acht, geen grond oplevert voor herziening van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak als bedoeld in artikel 8:119, eerste lid, van de Awb.<sup>189</sup>

185 Zie paragraaf 10.6.2.1.

186 Zie paragraaf 10.6.2.2.

187 Vergelijk paragraaf 1.4.7.

188 HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0718 (*Vulhop*); ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*). In de (bestuursrechtelijke) rechtssystemen van het Unierecht en Duitsland geldt hetzelfde uitgangspunt. Zie paragraaf II.3.A.

189 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*), r.o. 5.8.

De consequenties van het onverbindend verklaren voor de toepassing van het voorschrift in het *heden* en de *toekomst* zijn verdergaand. Met de toepassingen in het *heden* bedoel ik de op het onverbindende voorschrift gebaseerde besluiten waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zijn of kunnen worden aangewend, daaronder begrepen het besluit dat door de bestuursrechter vernietigd is in het geding waarin het voorschrift onverbindend verklaard is.<sup>190</sup> Voor het ‘heden’ geldt dat het onverbindende voorschrift door bestuursorganen niet rechtmatig toegepast kan worden bij de heroverwegingen naar aanleiding van de bezwaren tegen de besluiten die op het onverbindende voorschrift zijn gebaseerd.<sup>191</sup> Verder zal de bestuursrechter die beroepen behandelt tegen besluiten die gebaseerd zijn op een in een ander geding onverbindend verklaard voorschrift, dat onverbindendheidsoordeel waarschijnlijk overnemen.<sup>192</sup> Met de toepassingen in de *toekomst* wordt bedoeld de besluiten die nog niet genomen zijn. Voor de ‘toekomst’ geldt dat het bestuur het onverbindende voorschrift niet rechtmatig ten grondslag kan leggen aan de te nemen besluiten. Immers, het onverbindende voorschrift kan door het bestuur niet rechtmatig worden toegepast zolang de onrechtmatigheid voortduurt.<sup>193</sup>

De consequenties van het onverbindend verklaren voor het heden en de toekomst zijn weliswaar vergaand, maar zij zijn juist de reden waarom gekozen moet worden voor het onverbindend verklaren – en niet voor buiten toepassing laten – bij generieke en groeps-specifieke gebreken.<sup>194</sup> Tegelijkertijd hoeft het onverbindend verklaren niet altijd het einde van het ‘oude’, onrechtmatig bevonden rechtsregime te betekenen. Onder omstandigheden is herstel mogelijk, zodat het voorschrift toegepast kan blijven worden en de besluiten in het ‘heden’ en de ‘toekomst’ kunnen worden voorzien van een rechtmatige rechtsgrondslag.<sup>195</sup> Binnen de hierna te geven kaders kan herstel voor het ‘heden’ plaatsvinden hangende het bezwaar of beroep tegen het op het onverbindende voorschrift gebaseerde besluit en voor de ‘toekomst’ voordat het voorschrift ten grondslag wordt gelegd aan de te nemen besluiten.<sup>196</sup>

190 Vergelijk paragraaf 3.8.5.

191 Zie paragraaf 1.4.7 en de daar aangehaalde literatuur.

192 Zie paragraaf 1.4.7 en de daar aangehaalde literatuur.

193 Zie paragraaf 1.4.7 en de daar aangehaalde literatuur.

194 Paragraaf 10.6.2.2.

195 Zoals al aangegeven in paragraaf 10.6.2.2 kunnen onverbindend verklaarde algemeen verbindende voorschriften net als buiten toepassing gelaten algemeen verbindende voorschriften in principe hersteld worden.

196 Zie paragraaf 3.8.5. In die paragraaf heb ik opgemerkt dat met betrekking tot het ‘herstelvraagstuk’ algemeen verbindende voorschriften die punitief worden gesanctioneerd buiten beschouwing zijn gelaten. De hierna gegeven kaders zijn dus niet van toepassing op onverbindend verklaarde algemeen verbindende voorschriften die punitief worden gesanctioneerd.

Vanwege de ingewikkeldheid van de materie wordt hierna aan de herstelmogelijkheid relatief veel aandacht besteed, waarmee wellicht de indruk gewekt wordt dat het herstel van onverbindende voorschriften mijns inziens de regel zou moeten zijn. Dat is geenszins het geval; het moet gaan om een uitzondering. Zie het einde van deze paragraaf.

Het hierboven bedoelde herstel zal vrijwel steeds elementen van terugwerkende kracht in zich hebben. Van terugwerkende kracht is zeker sprake als de lagere regelgever een reparatievoorschrift vaststelt dat terugwerkt tot een bepaalde in het verleden gelegen datum. We zouden hier kunnen spreken van 'echte' terugwerkende kracht.<sup>197</sup> Vermoedelijk zal het herstel meestal een andere vorm aannemen. Ik stel me voor dat herstel doorgaans zal plaatsvinden door middel van een nadere, verbeterde onderbouwing, onder andere door bijvoorbeeld ander en/of meer onderzoek, waarna de toepassing van het, eerder onverbindende, voorschrift wordt voortgezet. Deze vorm van herstel kan getypeerd worden als terugwerkende kracht wanneer een heel ruime, materiële benadering van terugwerkende kracht wordt gehanteerd.<sup>198</sup> Volgens die benadering is in deze context sprake van terugwerkende kracht als het herstel de ontstane verwachting aantast dat het bij wege van indirecte toetsing onrechtmatig bevonden rechtsregime niet in dezelfde inhoudelijke vorm zal worden voortgezet (verwachting van een 'gunstiger rechtsregime').<sup>199</sup> Hier zou gesproken kunnen worden van 'onechte' terugwerkende kracht.

Wordt aangenomen dat het herstel 'echte' dan wel 'onechte' terugwerkende kracht heeft, dan hoeft die terugwerkende kracht zich als zodanig niet tegen de inhoudelijke voortzetting van het onrechtmatig bevonden rechtsregime te verzetten. Geïnspireerd door de rechtsvergelijking met het Unierecht en Duitsland,<sup>200</sup> kan gelden dat de toelaatbaarheid van de inhoudelijke voortzetting van een onrechtmatig bevonden rechtsregime na herstel in algemene zin afhangt van de vraag of verwachtingen over een 'gunstiger rechtsregime' *ongerechtvaardigde verwachtingen* zijn. Eveneens geïnspireerd door het Unierechtelijke en Duitse rechtssysteem, kan bij het beoordelen van die (on)gerechtvaardigheid van de

---

197 Het gaat hier om terugwerkende kracht volgens een formeel-technische benadering. Volgens de formeel-technische benadering heeft een voorschrift terugwerkende kracht als dat voorschrift van toepassing is op rechtsfeiten opgetreden vóór de inwerkingtreding van het voorschrift, zie Pauwels 2009, p. 22-23. Terugwerkende kracht volgens de formeel-technische benadering is te herkennen aan bijvoorbeeld de volgende zinsnede: deze regeling treedt in werking [op / met ingang van ...] en werkt [ten aanzien van artikel.../ de artikelen ...] terug tot en met... Zie Aanwijzing 5.63, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

198 Zie paragraaf 3.8.5.

199 Zie paragraaf 3.8.5.

200 Voor de samenvatting van de op dit punt relevante bevindingen zie paragraaf II.3.B. Deze samenvatting van de bevindingen is gebaseerd op paragrafen 4.3.4 (Unierecht) en 5.3.4 (Duitsland).

gewekte verwachtingen een aantal factoren relevant zijn.<sup>201</sup> Te denken valt aan de inhoud van de rechterlijke overwegingen waarop de onverbindendheid is gebaseerd, de aard van het gebrek, het resultaat van het herstel voor de inhoud van het voorschrift (in hoeverre was die inhoud te voorzien), de snelheid waarmee de lagere regelgever de gebreken herstelt en het vertrouwen in en de belangen van derden bij het vrijwel inhoudelijk ongewijzigd blijven van het voorschrift. Daarbij zij benadrukt dat de inhoudelijke voortzetting in principe mogelijk is na herstel van zowel evenredigheidsgebreken als formele gebreken, mits, in algemene zin, de verwachtingen over een ‘gunstiger rechtsregime’ ongerechtvaardigd zijn.

Ter afsluiting van deze paragraaf is het belangrijk om het volgende te benadrukken. Met de hierboven besproken herstelmogelijkheid, waarmee besluiten in het ‘heden’ en de ‘toekomst’ kunnen worden voorzien van een rechtmatige rechtsgrondslag na een onverbindendverklaring, mag mijns inziens niet lichtvaardig worden omgegaan. Het gaat om een mogelijkheid die *bij wijze van uitzondering* toegepast zou kunnen worden. De regel moet zijn dat de lagere regelgever en het bestuur overgaan tot het serieus inhoudelijk heroverwegen van de gemaakte keuzes nadat de bestuursrechter een voorschrift onverbindend heeft verklaard. Verklaart de bestuursrechter een voorschrift onverbindend vanwege de strijd met het evenredigheidsbeginsel, dan is de kans op een serieuze inhoudelijke heroverweging waarschijnlijk groter dan na het onverbindend verklaren vanwege een formeel gebrek. Wederom wordt daarom benadrukt dat de bestuursrechter bij voorkeur steeds zou moeten kiezen voor een onevenredigheidsoordeel (en niet de constatering van een formeel gebrek).<sup>202</sup> Leidt de heroverweging tot (substantieel) andere inhoudelijk keuzes, dan is het herstellen van het voorschrift om daarmee te voorzien in een rechtmatige rechtsgrondslag voor besluiten in het ‘heden’ en de ‘toekomst’ gelet op de bovenstaande factoren niet mogelijk.

## 10.7 DE VERHOUDING TUSSEN DIRECTE EN INDIRECTE TOETSING

### 10.7.1 *Vertrekpunt*

Het nieuwe beoordelingskader geldt voor de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften die *niet* appellabel zijn. Sommige algemeen verbindende voorschriften zijn – bij wijze van uitzondering – wel appellabel. Denk aan bestemmingsplannen en, onder de

201 Voor de samenvatting van de op dit punt relevante bevindingen zie paragraaf II.3.B. Deze samenvatting van de bevindingen is gebaseerd op paragrafen 4.3.4 (Unierecht) en 5.3.4 (Duitsland).

202 Zie paragrafen 10.5.2.3 en 10.6.2.2.

Omgevingswet, omgevingsplannen. Het is niet vanzelfsprekend om appellabele algemeen verbindende voorschriften op precies dezelfde wijze en met dezelfde intensiteit *indirect* te toetsen als voorschriften die niet appellabel zijn.<sup>203</sup> Indirecte toetsing van een appellabel voorschrift zal meestal plaatsvinden als niet (tijdig) of zonder succes direct beroep is ingesteld en de directe toetsing door de bestuursrechter dus is uitgebleven of zonder succes was. De rechtszekerheid verlangt dan dat het voorschrift niet meer teniet kan worden gaan met de inzet van normale rechtsmiddelen door de bestuursrechter.<sup>204</sup> Dat tenietdoen gebeurt ook niet na een succesvolle indirecte toets,<sup>205</sup> maar een succesvolle indirecte toets kan wel leiden tot het onverbindend verklaren of het buiten toepassing laten. De mogelijkheid dat het voorschrift onverbindend wordt verklaard of buiten toepassing wordt gelaten kan net zo goed tot rechtsonzekerheid leiden.

Gelet op het bovenstaande, is de vraag te stellen met welke intensiteit en met welke omvang de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift indirect zou moeten toetsen als er ook een mogelijkheid was om dat voorschrift direct te toetsen in een vernietigingsberoep, maar dat vernietigingsberoep niet (tijdig) of zonder succes is ingesteld. Er zijn drie mogelijkheden: (1) indirecte toetsing wordt uitgesloten, (2) indirecte toetsing wordt op enige manier beperkt of (3) indirecte toetsing is zonder enige beperking mogelijk en gebeurt op precies dezelfde wijze als de indirecte toetsing van niet-appellabele algemeen verbindende voorschriften. Uit de bestemmingsplannenjurisprudentie blijkt dat de Afdeling kiest voor optie 2.<sup>206</sup> De indirecte toetsing van, wat de Afdeling noemt, onherroepelijke bestemmingsplannen gebeurt met toepassing van het evidentie criterium, op grond waarvan een onherroepelijke planregel alleen onverbindend kan worden geacht of buiten toepassing kan worden gelaten als die planregel evident in strijd is met hoger recht.<sup>207</sup> Het CBB kiest voor optie 3: uit de rechtspraak van het CBB is niet af te leiden dat de indirecte rechterlijke toetsing van een definitief algemeen verbindend voorschrift plaatsvindt met enige beperking.<sup>208</sup>

Het verschil tussen de lijn van de Afdeling en die van het CBB roept de vraag op: hoe moet het verder met de indirecte toetsing van definitief geworden algemeen verbindende voorschriften? Toegespit op dit onderzoek is het specifiek de vraag welke invloed het niet (tijdig) of zonder succes instellen van een vernietigingsberoep tegen een algemeen verbindend

203 Zie paragraaf 3.9.1.

204 Zie paragraaf 3.9.1.

205 De bestuursrechter kan een algemeen verbindend voorschrift niet vernietigen na een succesvolle indirecte toetsing. Het voorschrift blijft na een succesvolle indirecte toetsing hoe dan ook onderdeel van de rechtsorde. Zie paragraaf 1.4.7.

206 Zie voor de lijn van de Afdeling paragrafen 3.9.3 en 3.9.4.

207 Zie paragraaf 3.9.3.

208 Zie paragraaf 3.9.3.



dend voorschrift dient te hebben voor de uitgangspunten voor evenredigheidstoetsing die hierboven zijn geformuleerd in de paragrafen 10.3 t/m 10.6. In paragraaf 10.7.2 bespreek ik eerst de situatie dat direct beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift *niet (tijdig)* is ingesteld. Paragraaf 10.7.3 gaat over de indirecte toetsing na een *zonder succes* ingesteld beroep.

### 10.7.2 *Niet (tijdig) direct aangevochten*

Hierna wordt onderscheid gemaakt tussen de indirecte toetsing van niet (tijdig) direct aangevochten bestemmingsplannen en overige niet (tijdig) direct aangevochten algemeen verbindende voorschriften.

Algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde bestemmingsplannen, die niet (tijdig) direct zijn aangevochten, zouden zonder enige beperking in omvang of intensiteit indirect getoetst moeten worden aan het evenredigheidsbeginsel. Dat sluit aan bij de al bestaande benadering van het CbB, op grond waarvan de indirecte toetsing na afloop van de beroepstermijn al zonder beperkingen plaatsvindt.<sup>209</sup> In het Franse en Duitse rechtssysteem wordt de indirecte toetsing aan evenredigheidseisen in dit soort situaties evenmin beperkt. In die rechtssystemen geldt dat voor zover de omvang van de indirecte toetsing van niet (tijdig) direct aangevochten lagere regelgeving beperkter is, die beperkingen zien op de schendingen van procedurevoorschriften in strikte zin, zoals de eis van een *kenbare* motivering.<sup>210</sup> In het Unierecht is de omvang van het indirect toetsen van niet (tijdig) direct aangevochten EU-regelgeving niet beperkter dan de directe toetsing van EU-regelgeving.<sup>211</sup>

De redenen om de indirecte toets van niet (tijdig) direct aangevochten voorschrift niet uit te sluiten of te beperken zijn gelegen in het belang van de rechtsbescherming.<sup>212</sup> Voor

209 Zie CbB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299.

210 In het Duitse rechtssysteem geldt voor bestemmingsplannen een termijn van één jaar voor het rechte kunnen aanvoeren van bepaalde procedurevoorschriften; de termijn van één jaar komt overeen met de beroepstermijn van het *Normenkontrollverfahren*. Zie paragraaf 5.4.3.2. In het Franse rechtssysteem geldt dat de schending van vorm- en procedurevoorschriften niet rechtens aan de orde kan komen bij de indirecte toetsing van lagere regelgeving; die schendingen kunnen rechtens alleen worden aangevoerd tijdens de directe toetsing van lagere regelgeving. Zie paragraaf 6.4.3.2. Zie ook de samenvatting in paragraaf II.4.

211 In het Unierecht geldt wel dat een particulier die EU-regelgeving niet (tijdig) direct heeft aangevochten, later niet meer kan vragen om de indirecte toetsing van diezelfde EU-regelgeving, mits het directe beroep van die particulier zonder twijfel ontvankelijk zou zijn geweest. Zie paragraaf 4.4.3.1 en de samenvatting in paragraaf II.4.

212 Argumenten gerelateerd aan de rechtsbescherming worden ook in andere rechtssystemen genoemd ter rechtvaardiging van de hoofdregel dat de indirecte toetsing van niet (tijdig) direct aangevochten lagere regelgeving zonder enige beperking in de tijd kan plaatsvinden. Zie paragraaf II.4.

zogenoemde ‘later-belanghebbenden’ – zij die pas na afloop van de beroepstermijn belanghebbende worden – is het uitsluiten dan wel sterk beperken van de indirecte toets in deze context onaanvaardbaar.<sup>213</sup> Zij hebben geen eerdere kans gehad om het voorschrift aan te vechten bij de bestuursrechter. Voor zogenoemde ‘oorspronkelijk-belanghebbenden’ – zij die al belanghebbend waren tijdens de beroepstermijn – ligt het iets genuanceerder, maar ook ten aanzien van deze groep zijn er goede argumenten om de indirecte toets niet uit te sluiten dan wel sterk te beperken. Met Schutgens en Van Heusden wordt gezegd dat van oorspronkelijk-belanghebbenden niet kan worden verlangd dat zij voortdurend alle regelgeving in de gaten houden en die regelgeving voor de zekerheid direct gaan aanvechten bij de bestuursrechter.<sup>214</sup> Het kan heel goed zijn dat zij pas van het bestaan van een voorschrift op de hoogte raken op het moment dat er een besluit op grond van dat voorschrift wordt genomen en/of pas dan ervaren wat de gevolgen van het voorschrift zijn voor hun specifieke situatie. Een bijkomend argument voor de situatie van oorspronkelijk-belanghebbenden, waarop het CBb ook min of meer wijst, is dat de rechtspraak onoverzichtelijk wordt als in deze context voor oorspronkelijk-belanghebbenden andere uitgangspunten gelden dan voor later-belanghebbenden.<sup>215</sup>

Een reden om indirecte toetsing uit te sluiten dan wel sterk te beperken, zou, ingegeven door de rechtszekerheid, zijn dat indirecte toetsing kan plaatsvinden *lang* nadat de beroepstermijn is verstreken. Tegelijkertijd wordt met Van Heusden opgemerkt dat het tijdsverloop juist ook een reden is om de indirecte toetsing na afloop van de beroepstermijn *niet* te beperken, maar volledig uit te voeren. Zoals Van Heusden terecht opmerkt, kan de bestuursrechter door het tijdsverloop veel beter zien welke gevolgen het algemeen verbindend voorschrift daadwerkelijk heeft.<sup>216</sup> Zeker bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel kan dat nuttig zijn, omdat de (daadwerkelijke) gevolgen dan beter kunnen worden afgewogen tegen het gewicht van het doel van het algemeen verbindend voorschrift en de mate waarin dat voorschrift bijdraagt aan de verwezenlijking van dat doel.

Voor, wat de Afdeling noemt, onherroepelijke bestemmingsplannen geldt geenszins de lijn dat indirecte toetsing daarvan mogelijk is zonder beperkingen.<sup>217</sup> Het evidentie criterium, dat gelet op de recente rechtspraak van de Afdeling door haar toegepast zal blijven

213 Vergelijk Schutgens 2017, p. 124-125; Van Heusden 2022, p. 255-256.

214 Vergelijk Schutgens 2017, p. 125; Van Heusden 2022, p. 256.

215 CBb 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299, r.o. 5. Het CBb spreekt van een ‘weinig wenselijk lijkende situatie dat een onderscheid moet worden gemaakt in de behandeling van beroepen tegen concreterende besluiten die worden ingesteld door enerzijds hen die reeds ten tijde van de vaststelling van het algemeen verbindend voorschrift als belanghebbende hadden kunnen worden aangemerkt en anderzijds hen die pas in een later stadium deze status hebben verworven.’

216 Van Heusden 2022, p. 256.

217 Paragrafen 3.9.3 en 3.9.4.

worden,<sup>218</sup> beperkt die indirecte toets juist aanzienlijk. Vanuit rechtsvergelijkend perspectief is het op zich niet opvallend *dat* de indirecte toetsing van onherroepelijke bestemmingsplannen beperkt is, maar opvallend is wel de *mate waarin* die indirecte toets van onherroepelijke bestemmingsplannen in Nederland beperkt wordt. De toepassing van het evidentie criterium beperkt het indirect toetsen van onherroepelijke bestemmingsplannen bijvoorbeeld aanzienlijk meer dan gebeurt in het Franse en Duitse rechtstelsel, waar geldt dat alleen bepaalde formele gebreken niet (meer) aan de orde kunnen komen bij de indirecte toetsing van (definitieve) bestemmingsplannen.<sup>219</sup>

Voor het toepassen van het evidentie criterium geeft de Afdeling als redenen de rechtszekerheid en belangen van derden, als ook de bestemmingsplanprocedure die speciaal ontworpen is voor de totstandkoming en de toetsing (van de rechtmatigheid) van een bestemmingsplan.<sup>220</sup> Bovendien is van belang dat degene, ook een later-belanghebbende, die meent dat een onherroepelijk bestemmingsplan onrechtmatig is een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan kan indienen bij de gemeenteraad. Bij de rechterlijke beoordeling van het besluit dat naar aanleiding van zo'n verzoek wordt genomen, wordt het evidentie criterium niet gehanteerd.<sup>221</sup> Met name vanwege deze laatste mogelijkheid lijkt mij een beperking als het evidentie criterium vanuit rechtsbeschermingsperspectief, zie hierboven, houdbaar, mits zowel oorspronkelijk-belanghebbenden als later-belanghebbenden een reële mogelijkheid hebben om een planregel zonder beperkingen te laten toetsen naar aanleiding van een verzoek om herziening op (ook) evenredigheid.

### 10.7.3 *Zonder succes direct aangevochten*

De bevindingen van de rechtsvergelijking leveren het inzicht op dat de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften die zonder succes direct zijn aangevochten, beperkt kan worden door het gezag van gewijsde.<sup>222</sup> Het gezag van gewijsde houdt in dat van de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van een rechterlijke beslissing, die kracht van gewijsde<sup>223</sup> heeft gekregen, in een ander geding wordt uitgegaan.<sup>224</sup>

218 ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380, zie paragraaf 3.9.4.

219 Zie de samenvatting van deel II, paragraaf II.4.

220 Paragraaf 3.9.3, waarin wordt verwezen naar ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.4.

221 Paragraaf 3.9.3.

222 Paragraaf II.4.

223 Een rechterlijke uitspraak verkrijgt kracht van gewijsde als tegen die rechterlijke uitspraak bij de rechter niet (tijdig) of zonder succes tot in laatste gewone aanleg is opgekomen. Zie Ortlep 2011, p. 4.

224 Zie Ortlep 2011, p. 5.

In geen van de in deel II van dit proefschrift besproken rechtssystemen wordt de mogelijkheid van indirecte toetsing van zonder succes direct aangevochten lagere regelgeving uitgesloten door het gezag van gewijsde *voor derden*, omdat het gezag van gewijsde *inter partes* werkt.<sup>225</sup> In Nederland geldt dat de ongegrondverklaring van een direct beroep alleen tussen partijen werkt,<sup>226</sup> zodat ook het gezag van gewijsde van die ongegrondverklaring formeel gezien alleen tussen partijen werkt.<sup>227</sup> Het gezag van gewijsde sluit formeel gezien dus niet de indirecte toetsing uit voor derden. Niettemin kan in het belang van de rechtszekerheid gelden dat de bestuursrechter bij de argumentatie van derden die (vrijwel) identiek is aan de verworpen argumentatie in een direct beroep, in principe kan volstaan met een verwijzing naar de overwegingen van de uitspraak waarin die argumentatie is verworpen.<sup>228</sup> Dat uitgangspunt sluit aan bij, al oudere, rechtspraak van de Afdeling, waarin zij tot uitdrukking gebracht heeft dat de 'toetsing bij wijze van exceptie [...] niet zover reikt dat een eenmaal door de rechter bij de toetsing van het uitwerkingsplan uitdrukkelijk verworpen stelling omtrent de onrechtmatigheid van dat uitwerkingsplan alsnog zou worden gehonoreerd.'<sup>229</sup>

Voor de partij die wél betrokken was bij het zonder succes ingestelde beroep geldt het bovenstaande versterkt. Het gevolg is dat uitdrukkelijk verworpen stellingen in een direct beroep over de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift niet weer worden beoordeeld bij de latere indirecte toetsing door de bestuursrechter van dat voorschrift, ongeacht de betrokken partijen. Wat dus wél aan de orde kan komen bij het indirect toetsen, zijn stellingen over de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift die niet zijn beoordeeld in het directe beroep, ongeacht de betrokken partijen.

Het voorgaande betekent dat de evenredigheid van een algemeen verbindend voorschrift in principe niet meer aan de orde kan komen als gronden met betrekking tot de evenredigheid uitdrukkelijk zijn verworpen in het directe beroep. Op dat uitgangspunt zouden wel uitzonderingen moeten bestaan, ongeacht de betrokken partijen. Het is goed voor te stellen dat de individuele toepassingen van een algemeen verbindend voorschrift, in de vorm van appellabele besluiten, nieuwe inzichten opleveren over de (on)evenredigheid van het eerder zonder succes direct aangevochten voorschrift. Deze nieuwe inzichten moet de bestuursrechter bij zijn indirecte toetsing naar aanleiding van die individuele

225 Paragraaf II.4.

226 Zie Ortlep 2011, p. 168.

227 Vergelijk Ortlep & Willemsen 2007 over het gezag van gewijsde in het bestuursrecht.

228 Vergelijk Schutgens tijdens de bespreking van zijn VAR-preadvies 'Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien' in het verslag van de algemene vergadering (Schutgens 2018, i.h.b. p. 22, 49-51, 61-63).

229 ABRvS 16 januari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6690, r.o. 2.3.1.

toepassingen kunnen betrekken op grond van de, hiervoor in paragraaf 10.5.2.2 al benoemde, retrospectieve *ex tunc*-toetsing.<sup>230</sup> Er zijn daarbij verschillende opties voor de temporele werking van het rechterlijke onevenredigheidsoordeel. De eerste is dat vastgesteld wordt dat de nieuwe inzichten het inzicht opleveren dat de veronderstellingen over de evenredigheid *van begin af aan*, dat wil zeggen vanaf de vaststelling van het voorschrift, niet klopten.<sup>231</sup> Het oordeel van de rechter werkt dan *ex tunc*. Een tweede optie is dat vastgesteld wordt dat de nieuwe inzichten het inzicht opleveren dat de veronderstellingen over de evenredigheid *vanaf een bepaald moment* niet meer klopten.<sup>232</sup> Het rechterlijk oordeel werkt dan vanaf dat moment, bijvoorbeeld het moment waarop het voorschrift indirect getoetst wordt (*ex nunc*).

Wat de invloed betreft van het onevenredigheidsoordeel voor de individuele toepassingen die het voorschrift in het verleden heeft gehad, is er feitelijk geen verschil tussen optie 1 en 2. Zelfs als een algemeen verbindend voorschrift onverbindend wordt verklaard omdat blijkt dat de evenredigheidsveronderstellingen vanaf begin af aan niet klopten, is het bestuur, hoewel daartoe bevoegd, niet verplicht om reeds in rechte onaantastbaar geworden besluiten die op het onevenredige voorschrift zijn gebaseerd te heroverwegen.<sup>233</sup> Verder geldt dat een ‘gewijzigde rechtsopvatting’ in een rechterlijke uitspraak, in die zin dat de rechter een algemeen verbindend voorschrift door gewijzigde inzichten anders dan in het verleden onverbindend acht, geen grond oplevert voor herziening van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak als bedoeld in artikel 8:119, eerste lid, van de Awb.<sup>234</sup>

230 Deze retrospectieve *ex tunc*-toetsing kan overigens ook uitgevoerd worden bij de indirecte toetsing van een voorschrift dat niet (tijdig) direct is aangevochten zoals bedoeld in paragraaf 10.7.2.

231 Een voorbeeld van een uitspraak waarin een retrospectieve *ex tunc*-toetsing werd uitgevoerd die ertoe leidde dat geoordeeld werd dat de veronderstellingen van begin af aan niet klopten is die van ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*).

232 Deze lijn is te zien in de rechtspraak van het BVerfG, zie paragraaf 10.5.2.2 en paragraaf 9.5.2.4. Vergelijk Schutgens 2017, p. 130.

233 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*), r.o. 5.8.

234 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*), r.o. 5.8.



## 11 CONCLUSIE

### 11.1 INLEIDING

Voor mijn onderzoek is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

*Welke verdere stappen kunnen de Nederlandse bestuursrechters zetten bij de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde formele wetgeving, aan nationale algemene rechtsbeginselen in het licht van de intensivering van die toetsing na de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf en het Harderwijk-beoordelingskader en hoe kunnen deze rechters omgaan met twee procedurele complicaties waartoe de intensivering en verdere stappen (kunnen) leiden?*

Zoals uit de onderzoeksvraag kan worden afgeleid, is deze vraag geformuleerd tegen de achtergrond van de intensivering van de indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen.<sup>1</sup> Deze intensivering is ingezet met de introductie van een nieuw beoordelingskader, dat bestaat uit de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader.<sup>2</sup> De 1 juli 2019-maatstaf staat voor de nieuwe uitgangspunten voor het (indirect) toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan (alle) nationale algemene rechtsbeginselen en is geformuleerd door de CRvB in vier uitspraken van 1 juli 2019.<sup>3</sup> Het *Harderwijk*-beoordelingskader staat voor de nieuwe uitgangspunten voor de rechterlijke toetsing van besluiten, inclusief algemeen verbindende voorschriften, aan het evenredigheidsbeginsel, en is geformuleerd door de Afdeling in de *Harderwijk*-uitspraak van 2 februari 2022.<sup>4</sup> Er wordt van ‘intensivering’ of van een ‘intensiveringstendens’ gesproken, omdat de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen conform het

---

1 Paragraaf 1.2.

2 Paragraaf 1.2.

3 Paragraaf 3.4. Zie CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 t/m 2019. Later gevolgd door de andere hoogste bestuursrechters, zie ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452; CBb 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240; HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1988. Aan de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf is een conclusie voorafgegaan van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

4 Paragraaf 3.5. Zie ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*). Later gevolgd door de andere hoogste bestuursrechters, zie CBb 23 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:557; CRvB 24 oktober 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2207; HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1124. Aan de introductie van het *Harderwijk*-beoordelingskader is een conclusie voorafgegaan van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

nieuwe beoordelingskader op verschillende onderdelen meer kan inhouden dan de toets conform de 'oude' *Landbouwwliegers*-maatstaf.<sup>5</sup>

De verdere stappen die in dit onderzoek zijn bepleit, bouwen voort op de ingezette intensivering en de stappen die daarbij al zijn gezet door de Nederlandse bestuursrechter (paragraaf 11.2). De intensivering is gewaardeerd in het licht van een in dit onderzoek geformuleerd gebalanceerd constitutioneel vertrekpunt en de aard van *indirecte* toetsing (paragraaf 11.3). Vervolgens zijn er aanbevelingen geformuleerd, die in dit hoofdstuk in concrete vorm worden weergegeven (paragraaf 11.4). Bij het formuleren van de inhoud van die aanbevelingen is inspiratie ontleend aan de bevindingen van het rechtsvergelijkend onderzoek dat de basis heeft gevormd voor de delen II en III van het onderzoek.<sup>6</sup>

De aanbevelingen moeten gelezen worden als de verdere stappen die de Nederlandse bestuursrechters kunnen zetten bij het indirect toetsen van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen en geven aan hoe deze rechters kunnen omgaan met twee procedurele complicaties waartoe de intensivering en verdere stappen (kunnen) leiden. Deze aanbevelingen zijn dus het antwoord op de hierboven weergegeven onderzoeksvraag.

### 11.2 HOE DE INTENSIVERING VERLOOPT

Hoe de intensivering vooralsnog verloopt en welke vragen daarbij rijzen, is in kaart gebracht in hoofdstuk 3. Een (uitgebreidere) samenvatting daarvan kan worden gevonden in de paragrafen 3.7.5, 3.8.6, 3.9.5, 3.10 en 10.2.3.

Duidelijk is dat (de toets aan) het evenredigheidsbeginsel een sleutelpositie inneemt bij die intensivering en dat bij de beoordeling van de evenredigheid een toets aan (aspecten van) het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel een rol kan spelen.<sup>7</sup> Bij de nieuwe evenredigheidstoets wordt de drieslag geschiktheid, noodzakelijkheid en

5 Met de *Landbouwwliegers*-maatstaf wordt bedoeld de uitgangspunten voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen die zijn geformuleerd in HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*). De *Landbouwwliegers*-maatstaf is lange tijd ook door de bestuursrechter gehanteerd, zie paragraaf 3.2. Voor de verschillen tussen de *Landbouwwliegers*-maatstaf en het nieuwe beoordelingskader zie paragraaf 3.6.

6 In deel II is de procedurele positie van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften in de (bestuursrechtelijke) rechtssystemen van het Unierecht, Duitsland en Frankrijk bestudeerd. De samenvatting van de bevindingen is te vinden in paragrafen II.1 t/m II.4. In deel III is de evenredigheidstoetsing van regelgeving in het Unierecht, door het EHRM en in Duitsland bestudeerd. De samenvatting van de bevindingen is te vinden in paragrafen III.1 t/m III.3.

7 Zie paragraaf 3.7, i.h.b. paragraaf 3.7.4.



evenredigheid in strikte zin steeds vaker toegepast.<sup>8</sup> De toepassing van de (drietraps)evenredigheidstoets door de Nederlandse bestuursrechter op algemeen verbindende voorschriften raakt aan een aantal materiële thema's, ten aanzien waarvan een aantal vragen rijst van materiële aard. Het gaat om:

- de structuur en inhoud van de evenredigheidstoets;
- de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel;
- de modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.

Over het thema *structuur en inhoud van de evenredigheidstoets* is geconcludeerd dat de drietraps-evenredigheidstoets al vaker maar nog niet structureel wordt toegepast en dat de toepassingen die er wel zijn geweest weinig informatie bieden over de inhoud van de toets.<sup>9</sup> Met betrekking tot het thema *intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel* is geconcludeerd dat voor zover de Nederlandse bestuursrechter een intensieve(re) evenredigheidstoets uitvoert van algemeen verbindende voorschriften, dit voornamelijk gebeurt in specifieke (en soms groepsspecifieke) gevallen.<sup>10</sup> De vraag die zich liet stellen: moet de Nederlandse bestuursrechter vaker (generieke) evenredigheidsbeoordelingen uitvoeren als deze algemeen verbindende voorschriften indirect toetst aan het evenredigheidsbeginsel en, zo ja, wanneer is daar aanleiding voor?<sup>11</sup> Over het thema *modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel* is geconcludeerd dat de Nederlandse bestuursrechter verschillende modaliteiten hanteert bij zijn evenredigheidstoets van algemeen verbindende voorschriften: het gaat om materiële evenredigheidsbeoordelingen en een modaliteit waarbij de toetsing aan aspecten van zorgvuldigheid en motivering een rol speelt.<sup>12</sup> De modaliteit waarbij de toets aan aspecten van zorgvuldigheid en motivering een rol speelt, is aan te merken als een semi-procedurele evenredigheidstoets.<sup>13</sup> De vraag die is gesteld, is hoe deze modaliteiten, in het bijzonder de semi-procedurele evenredigheidstoets, verder kunnen worden vormgegeven.<sup>14</sup>

De stappen die de Nederlandse bestuursrechter heeft gezet bij de evenredigheidstoets van algemeen verbindende voorschriften, in het kader waarvan de toets aan (aspecten van) het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel een rol kan spelen, heb-

8 Paragraaf 3.7.2.

9 Paragrafen 3.7.2 en 3.7.5.

10 Paragraaf 3.7.3, i.h.b. paragraaf 3.7.3.2.

11 Paragraaf 3.7.5.

12 Zie paragrafen 3.7.4 en 3.7.5.

13 Voor de toepassing van deze modaliteit door de Nederlandse bestuursrechter zie paragraaf 3.7.4.2. Onder een semi-procedurele evenredigheidstoets wordt in dit onderzoek verstaan: een modaliteit van evenredigheidstoetsing waarbij de rechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van de zorgvuldigheid waarmee regelgeving tot stand is gebracht en de motivering van de gemaakte keuzes. Zie paragraaf 1.4.6.4.

14 Paragraaf 3.7.5.

ben geleid tot procedurele complicaties/vragen die aandacht behoeven. Deze betreffen de volgende twee thema's:

- de consequenties van succesvolle indirecte toetsing;
- de verhouding tussen directe en indirecte toetsing.

Over het thema *consequenties van succesvolle indirecte toetsing* is opgemerkt dat de keuze door de Nederlandse bestuursrechter voor het onverbindend verklaren of het buiten toepassing laten<sup>15</sup> allereerst leidt tot vragen over de (reikwijdte van de) consequenties van een succesvolle indirecte toets van algemeen verbindende voorschriften.<sup>16</sup> In het kader van dat thema zijn ten tweede vragen gesteld over de toelaatbaarheid om een 'oud', door de rechter onrechtmatig bevonden rechtsregime inhoudelijk voort te zetten na herstel van een formeel gebrek, vooral gelet op de elementen van terugwerkende kracht die deze herstelmo- gelijkheid in zich kan hebben.<sup>17</sup> Met betrekking tot het thema *verhouding tussen directe en indirecte toetsing* wordt opgemerkt dat de uitgangspunten van het nieuwe beoordelingskader zien op de *indirecte toetsing* van *niet*-appellabele voorschriften. De gestelde vraag is of de uitgangspunten van het nieuwe beoordelingskader zonder meer zijn toe te passen op de indirecte toetsing van *wel* appellabele voorschriften die niet (tijdig) of zonder succes direct zijn aangevochten bij de Nederlandse bestuursrechter.<sup>18</sup>

### 11.3 HOE MOET DE INTENSIVERING WORDEN GEWAARDEERD?

#### 11.3.1 Toetsingskaders

In dit onderzoek zijn enkele kaders gehanteerd om de intensivering te waarderen en de daarbij rijzende vragen te beantwoorden.

Een belangrijk toetsingskader is het in hoofdstuk 2 geformuleerde constitutionele kader. Een (uitgebreidere) samenvatting van het hoe en waarom van dit kader kan worden gevonden in paragraaf 2.6 of paragraaf 10.2.1.

In hoofdstuk 2 is een gebalanceerd constitutioneel vertrekpunt bepleit, waarbij de opstel- ling van de Nederlandse bestuursrechter bij het beoordelen van algemeen verbindende voorschriften in het licht van algemene rechtsbeginselen, afhankelijk van de omstandighe-

15 Zie hierover paragrafen 3.8.1 t/m 3.8.3.

16 Paragrafen 3.8.4 en 3.8.6.

17 Paragrafen 3.8.5 en 3.8.6.

18 Over dit thema zie paragraaf 3.9. Voor de gestelde vraag zie paragraaf 3.9.5.

den, varieert van terughoudend tot intensief. Om dit te bereiken is (het doorzetten van) een perspectiefverschuiving nodig. Deze perspectiefverschuiving houdt in dat de Nederlandse bestuursrechter ter bepaling van zijn opstelling *minder* gewicht toekent aan de eis van machtscheiding in combinatie met het democratieprincipe en juist *méér* gewicht toekent aan de eisen van effectieve rechtsbescherming en het bestaan en de bescherming van de fundamentele rechten.

Wordt even veel gewicht toegekend aan de bovenstaande eisen, dan zijn de eisen van de democratische rechtsstaat die bepalend zijn voor hoe de Nederlandse bestuursrechter zich opstelt meer in balans dan onder het ‘oude’, ‘ongebalanceerde’ constitutionele vertrekpunt. Het ‘oude’, ‘ongebalanceerde’ constitutionele vertrekpunt staat voor een principieel terughoudende rechterlijke opstelling, die is ingegeven door het vooral vooropstellen van de eis van machtscheiding in combinatie met het democratieprincipe ter bepaling van hoe de Nederlandse bestuursrechter zich opstelt ten aanzien van de lagere regelgever.<sup>19</sup> Onder het ‘oude’, ‘ongebalanceerde’ constitutionele vertrekpunt speelden de eisen van effectieve rechtsbescherming en het bestaan en de bescherming van fundamentele rechten dus een ondergeschikte rol ter bepaling van de rechterlijke opstelling. Vandaar dat het ‘oude’ constitutionele vertrekpunt als ‘ongebalanceerd’ is aangemerkt.

Een ander relevant toetsingskader is de aard van *indirecte* toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de Nederlandse bestuursrechter.<sup>20</sup> Deze aard is dat de indirecte toets de beoordeling betreft van de rechtmatigheid van de individuele toepassing van een voorschrift in de vorm van een appellabel besluit. Bovendien vindt de beoordeling van de rechtmatigheid van een voorschrift plaats in het kader van de rechtmatigheidstoetsing van de individuele toepassing in de vorm van een appellabel besluit. Het voorgaande ligt anders bij een directe toets; daarbij staat de rechtmatigheid van het algemeen verbindend voorschrift ten principale centraal.<sup>21</sup>

Eveneens relevant voor de waardering van de intensivering is de richting die de Nederlandse bestuursrechter zelf heeft aangegeven voor die intensivering in de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader. De bespreking van die richting kan worden gevonden in paragraaf 3.6 en, samengevat, in paragraaf 10.2.2.

19 Voor het ‘oude’, ‘ongebalanceerde’ constitutionele vertrekpunt zie paragraaf 2.2, i.h.b. paragraaf 2.2.2.

20 Zie paragraaf 1.4.3.

21 Zie paragraaf 1.4.3.

### 11.3.2 Waardering

Zoals besproken in paragraaf 11.2, heeft de Nederlandse bestuursrechter de afgelopen jaren, met en na de introductie van het nieuwe beoordelingskader, al de nodige stappen gezet op het gebied van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel. In paragraaf 10.2.4 is geconcludeerd dat de al gezette stappen in algemene zin positief kunnen worden gewaardeerd, maar dat daarbij ook kanttekeningen kunnen worden geplaatst. De verdere uitwerkingen van deze kanttekeningen te vinden in de paragrafen 10.3 t/m 10.7, waarin ook de aanbevelingen zijn geformuleerd. Hieronder wordt een en ander samenvattend weergegeven.

De al gezette stappen brengen tot uitdrukking dat de Nederlandse bestuursrechter zijn indirecte toets van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel niet (uitsluitend) laat dicteren door de eis van machtscheiding in combinatie met het democratieprincipe, maar ook vanuit zijn eigen uit de rechtsstaat voortvloeiende taak om effectieve rechtsbescherming te bieden en de fundamentele rechten te beschermen. Dit blijkt bijvoorbeeld in algemene zin uit de factoren die gebruikt worden ter bepaling van de toetsingsintensiteit. Deze factoren zijn: (1) de mate van beslissingsruimte vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie en vereiste politiek-bestuurlijke afwegingen, (2) de mate waarin een algemeen verbindend voorschrift ingrijpt in het leven van belanghebbende(n) en (3) het aan de orde zijn van fundamentele rechten.<sup>22</sup> Met de toepassing van deze factoren kan de evenredigheidstoets terughoudend zijn vanwege aan de machtscheiding en het democratieprincipe gerelateerde redenen, maar die toets kan ook intensiever zijn vanwege de inbreuk in het leven van de burger en de ernst van de inmenging in een fundamenteel recht. Deze factoren bieden aldus ruimte voor een gebalanceerde rechterlijke opstelling.<sup>23</sup>

Geconcludeerd is dat de al ingezette perspectiefverschuiving, zoals blijkt uit de intensiteitsbepalende factoren, leidt tot een intensivering die twee verschillende vormen aanneemt.

Ten eerste verloopt de intensivering via de toepassing van een zogenoemde semi-procedurele evenredigheidstoets.<sup>24</sup> Deze semi-procedurele evenredigheidstoets past goed bij het gebalanceerde constitutionele vertrekpunt en is in die zin positief te waarderen. Met toepassing van een semi-procedurele evenredigheidstoets kan de Nederlandse bestuurs-

22 Zie paragrafen 3.4.2, 3.6.3, 3.7.3 en 10.4.

23 Zie ook paragrafen 2.4.5 en 2.6.

24 Zie paragrafen 3.7.4.2 en 10.2.3.

rechter enerzijds afstand houden tot de inhoud van de gemaakte keuzes, hetgeen verlangd wordt op basis van de aan de machtscheiding en het democratieprincipe gerelateerde redenen. Anderzijds kan de Nederlandse bestuursrechter, ingegeven door het belang van effectieve rechtsbescherming en de bescherming van fundamentele rechten, wel de gemaakte beoordelingen en afwegingen van de regelgever op geobjectiveerde wijze beoordelen.<sup>25</sup>

Ten tweede verloopt de intensivering voor een belangrijk deel via de toetsing in het specifieke geval (en soms het groepsspecifieke geval), hetgeen op zich goed past bij de aard van indirecte toetsing.<sup>26</sup> Deze wijze van intensivering past eveneens bij een gebalanceerd constitutioneel vertrekpunt. Om redenen gerelateerd aan de machtscheiding en het democratieprincipe laat de Nederlandse bestuursrechter de ‘algemene’ controle van lagere regelgeving over aan democratisch gelegitimeerde organen, welke controle primair ziet op politieke wenselijkheid. De Nederlandse bestuursrechter biedt vervolgens rechtsbescherming tegen die lagere regelgeving door de toepassing ervan in vooral specifieke gevallen intensiever te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>27</sup> De toespitsing van de toetsing op het specifieke geval moet tegelijkertijd niet te dominant worden, zie hierna.

De intensivering en het verloop daarvan passen dus goed bij de in dit onderzoek gehanteerde toetsingskaders. Eveneens passen zij, met name de toespitsing op het specifieke geval, bij het Nederlandse bestuursrechtelijke systeem dat sinds 1994 is gericht op individuele rechtsbescherming, de ontwikkelingen van de rechterlijke toetsing over de volle breedte van het Nederlandse bestuursrecht en bij de algemenere beweging van een ‘autonom bestuursrecht’ naar een ‘responsief bestuursrecht’.<sup>28</sup> Tegen deze achtergrond moeten de aanbevelingen die in dit onderzoek zijn gedaan, worden gezien als verfijningen, en als een enkele bijstelling, voor het continueren van een als geheel positief te waarderen ingeslagen koers.

De aanbevelingen komen met name voort uit de constatering dat de focus op het specifieke geval té dominant dreigt te worden in de rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechter. Van belang is vooral dat er gevallen zijn waarin de consequenties van een succesvolle indirecte toets beperkt blijven tot het specifieke geval, terwijl er aanleiding is om aan te nemen dat een algemeen verbindend voorschrift ook voor andere, vergelijkbare geval-

25 Zie paragraaf 10.5.2.1.

26 Zie i.h.b. paragraaf 3.8.4.

27 Zie hierover paragraaf 10.4.4.

28 Over de ontwikkelingen van de rechterlijke toetsing over de volle breedte van het Nederlandse bestuursrecht en de algemenere beweging van een ‘autonom bestuursrecht’ naar een ‘responsief bestuursrecht’, zie paragraaf 1.6.

len onrechtmatig is.<sup>29</sup> De specifieke aanpak heeft voor dit soort situaties van generieke(re) onrechtmatigheid enkele nadelen/risico's. Een risico is bijvoorbeeld de mogelijke benadeling van burgers die zich in een vergelijkbare positie bevinden, maar om financiële of andere redenen niet in staat zijn om in rechte op te komen voor hun eigen belang.<sup>30</sup> Vanwege deze nadelen/risico's kent het buiten toepassing laten in specifieke gevallen een grens.<sup>31</sup>

De focus op het specifieke geval zorgt er ook voor dat de ontwikkeling van generieke beoordelingen dreigt achter te blijven. Dit terwijl er goede redenen zijn om (nog) meer werk te maken van de generieke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan evenredigheid. Een reden is bijvoorbeeld de lijn dat de rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften vooral plaatsvindt door middel van indirecte toetsing door de bestuursrechter, in plaats van bij de burgerlijke rechter en de direct toetsende bestuursrechter.<sup>32</sup> Daarbij past het goed dat de bestuursrechter generiek toetst en een generiek oordeel uitsprekt als daar aanleiding voor is. Tegelijkertijd kent een meer generieke aanpak ook zijn grenzen. Met name loopt de bestuursrechter het risico (meer dan bij een specifieke aanpak) te veel terecht te komen in politiek vaarwater.<sup>33</sup>

Gelet op het bovenstaande heb ik bij het formuleren van de aanbevelingen in dit onderzoek ook betrokken hoe specifieke en generieke toetsingen allebei, in aanvulling op elkaar, een rol kunnen spelen bij de verdere ontwikkeling van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel. Daarbij is rekening gehouden met de voordelen, nadelen/risico's en grenzen van specifieke en generieke toetsingen in het licht van de aard van indirecte toetsing, de machtenscheiding en het democratieprincipe en de eisen van effectieve rechtsbescherming en fundamentele rechten.

#### 11.4 AANBEVELINGEN

De aanbevelingen die hierna per thema en in concrete vorm worden weergegeven, zijn geformuleerd in de paragrafen 10.3 t/m 10.7. Zoals al aangegeven in paragraaf 11.1, heb ik bij het formuleren van de inhoud van de aanbevelingen inspiratie ontleend aan de bevindingen van het rechtsvergelijkend onderzoek dat de basis heeft gevormd voor de delen II

29 Paragraaf 3.8.4.

30 Voor dit nadeel en voor andere nadelen zie paragraaf 10.6.2.1.

31 Paragraaf 10.6.2.1.

32 Voor deze en andere redenen zie paragraaf 10.2.4.

33 Paragraaf 10.2.4.

en III van het onderzoek.<sup>34</sup> Verder is, waar mogelijk, zoveel mogelijk aangesloten bij de richting die de Nederlandse bestuursrechter zelf heeft aangegeven met de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader.

*De structuur en inhoud van de evenredigheidstoets*

1. Het verdient aanbeveling om de drietrapsevenredigheidstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin consistentier toe te passen om redenen van rechtseenheid.<sup>35</sup>
2. Bij de verdere vormgeving van de toets van de evenredigheid in strikte zin moet duidelijker tot uitdrukking komen dat deze toets twee ijkpunten heeft: het beoogde doel enerzijds en de (nadelige) gevolgen anderzijds. Daartoe kan een toets in drie nadere stappen worden uitgevoerd (vaststelling van het gewicht van het aangetaste belang en de intensiteit van die aantasting, vaststelling van de gewichtigheid/urgentie van het nagestreefde doel, beoordeling van de gemaakte afweging).<sup>36</sup>

*De intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel*

3. Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechter ter differentiatie van de toetsingsintensiteit een in drie delen verdeelde schaal hanteert, waarbij de semi-procedurele evenredigheidstoets, die al impliciet wordt toegepast, expliciet als tussenintensiteit/tussenmodaliteit wordt erkend.<sup>37</sup>
4. Het aan de orde zijn van fundamentele rechten als factor ter bepaling van de toetsingsintensiteit is nog te onbepaald en dient tekstueel verfijnd te worden. De (tekstueel) nieuwe factor kan luiden: de aard van de betrokken belangen en de mate waarin die belangen worden geraakt, waarbij, als er een fundamenteel recht aan de orde is, relevant is de aard van het fundamentele recht en de ernst van de inmenging daarin.<sup>38</sup>
5. De mate van democratische legitimatie van algemeen verbindende voorschriften speelt geen rol bij het bepalen van de toetsingsintensiteit en zou dat in het licht van de huidige toepassing van de intensiteitsfactoren door de Nederlandse bestuursrechter ook niet moeten doen.<sup>39</sup>

34 In deel II is de procedurele positie van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften in de (bestuursrechtelijke) rechtssystemen van het Unierecht, Duitsland en Frankrijk bestudeerd. De samenvatting van de bevindingen is te vinden in paragrafen II.1 t/m II.4. In deel III is de evenredigheidstoetsing van regelgeving in het Unierecht, door het EHRM en in Duitsland bestudeerd. De samenvatting van de bevindingen is te vinden in paragrafen III.1 t/m III.3.

35 Paragraaf 10.3.2.

36 Paragraaf 10.3.3.

37 Paragraaf 10.4.2.

38 Paragraaf 10.4.3.

39 Paragraaf 10.4.4.

6. Het is positief te waarderen dat de Nederlandse bestuursrechter vaker intensief toetst aan evenredigheid in vooral specifieke gevallen, maar de specifieke evenredigheids-toets mag geen uitvlucht worden om geen negatieve generieke(re) oordelen over de evenredigheid van algemeen verbindende voorschriften uit te spreken.<sup>40</sup>
7. De generieke evenredigheidstoets van algemeen verbindende voorschriften moet altijd méér inhouden dan een toets op willekeur.<sup>41</sup>

*De modaliteiten bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel*

8. De semi-procedurele evenredigheidstoets is bij uitstek geschikt om toe te passen bij generieke evenredigheidstoetsen van algemeen verbindende voorschriften. De Nederlandse bestuursrechter moet een generieke evenredigheidstoets van algemeen verbindende voorschriften daarom als regel semi-procedureel invullen.<sup>42</sup>
9. De semi-procedurele evenredigheidstoets moet worden gezien als een *evenredigheidstoets*, in het kader waarvan de beoordeling van (aspecten van) de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering er toe dient om de aannemelijkheid van de evenredigheid van de gemaakte keuze te beoordelen.<sup>43</sup>
10. Een negatieve waardering van zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten in het kader van de semi-procedurele evenredigheidstoets moet bij voorkeur niet leiden tot de constatering van een zorgvuldigheids- en/of motiveringsgebrek, zoals nu gebruikelijk is in de rechtspraak, maar tot het uitspreken van een onevenredigheidsoordeel.<sup>44</sup>

*De consequenties van succesvolle indirecte toetsing*

11. De bestuursrechter zou een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing moeten laten als de toepassing van een voorschrift onrechtmatig is vanwege de bijzondere omstandigheden van het individuele geval.<sup>45</sup>
12. De bestuursrechter moet een generiek dan wel groepsspecifiek oordeel uitspreken als een algemeen verbindend voorschrift in het algemeen dan wel voor een specifieke groep onrechtmatig is. Dat wil zeggen: als een voorschrift in meer 'specifieke gevallen' onevenredig uitpakt en/of een voorschrift als zodanig (ten algemene of voor een specifieke groep) onrechtmatig is. Staat dat (nog) niet vast, dan is het buiten toepassing laten aangewezen.<sup>46</sup>

---

40 Paragraaf 10.4.4 in combinatie met paragraaf 10.6.2.1.

41 Paragraaf 10.4.4.

42 Paragraaf 10.5.2.1.

43 Paragraaf 10.5.2.2.

44 Paragraaf 10.5.2.3. Zie ook paragraaf 10.6.2.2.

45 Paragraaf 10.6.3.1.

46 Paragrafen 10.6.2.1 en 10.6.3.1.



13. Een generiek onrechtmatigheidsoordeel moet steeds leiden tot het onverbindend verklaren en een groepsspecifiek onrechtmatigheidsoordeel moet steeds leiden tot het partieel onverbindend verklaren, ongeacht of het gaat om evenredigheidsgebreken of formele gebreken.<sup>47</sup> Dit betekent dat de lijn van de bestuursrechter om conform de 1 juli 2019-maatstaf de onverbindendverklaring uit te sluiten bij formele gebreken zou moeten worden losgelaten.<sup>48</sup>
14. Bij wijze van uitzondering kan het rechtens toegestaan zijn dat de lagere regelgever een onverbindend verklaard voorschrift herstelt en het bestuur het herstelde voorschrift ten grondslag legt aan zijn besluiten in het ‘heden’ en de ‘toekomst’, mits de verwachtingen van betrokkenen over een ‘gunstiger rechtsregime’, als gevolg van de succesvolle indirecte toets, als ongerechtvaardigd moeten worden aangemerkt.<sup>49</sup>

*De verhouding tussen directe en indirecte toetsing*

15. Als tegen een appellabel algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde een bestemmingsplan, niet (tijdig) direct beroep is ingesteld – en de bestuursrechter dat voorschrift dus niet direct heeft getoetst – dan zou de indirecte toetsing van dat voorschrift door de bestuursrechter om redenen van (effectieve) rechtsbescherming zonder enige beperking moeten kunnen plaatsvinden.<sup>50</sup>
16. Als tegen een bestemmingsplan, of onder de Omgevingswet tegen een omgevingsplan, niet (tijdig) direct beroep is ingesteld – en de bestuursrechter die planregel dus niet direct heeft getoetst – dan kan de indirecte toetsing door de bestuursrechter van die planregel plaatsvinden met toepassing van het evidentiecriterium, mits zowel oorspronkelijk-belanghebbenden als later-belanghebbenden een reële mogelijkheid hebben om een planregel zonder beperkingen te laten toetsen naar aanleiding van een verzoek om herziening op (ook) evenredigheid.<sup>51</sup>
17. Uitdrukkelijk verworpen stellingen over de evenredigheid van een algemeen verbindend voorschrift in een ongegrond verklaard direct beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift dienen niet opnieuw beoordeeld te worden bij de latere indirecte toetsing door de bestuursrechter van dat voorschrift, tenzij er nieuwe inzichten over de evenredigheid zijn die kunnen leiden tot de constatering dat de veronderstellingen over de evenredigheid al vanaf de vaststelling van het voorschrift niet klopten of vanaf

47 Bij voorkeur spreekt de Nederlandse bestuursrechter een onevenredigheidsoordeel uit als de semi-procedurele evenredigheidstoets niet wordt doorstaan (paragraaf 10.5.2.3). Kiest de Nederlandse bestuursrechter niet voor het uitspreken van een onevenredigheidsoordeel, maar constateert hij een formeel gebrek, dan moet de constatering van dat formele gebrek mijns inziens in elk geval tot het (partieel) onverbindend verklaren leiden (als het gaat om een groepsspecifiek of generiek formeel gebrek), zie paragraaf 10.6.2.2.

48 Paragrafen 10.6.2.2 en 10.6.3.2.

49 Paragraaf 10.6.3.2.

50 Paragraaf 10.7.2.

51 Paragraaf 10.7.2.

een bepaald moment niet meer klopten. In het laatste geval werkt de onverbindend-verklaring of het buiten toepassing laten ook pas vanaf dat moment.<sup>52</sup>

---

52 Paragraaf 10.7.3.

# SAMENVATTING

## 1 INLEIDING

De indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen is volop in beweging en intensificeert. Deze intensivering is ingezet met de introductie van een nieuw beoordelingskader door de hoogste bestuursrechters. Dit kader bestaat uit twee lijnen die in dit onderzoek de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader worden genoemd.<sup>1</sup> In dit onderzoek wordt voortgebouwd op de ingezette intensivering en wordt bezien welke verdere stappen de Nederlandse bestuursrechters daarbij kunnen zetten. Hierbij worden materiële kwesties besproken, zoals de toetsingsintensiteit en de wijze en inhoud van toetsing. Daarnaast worden twee specifieke procedurele complicaties besproken waartoe de verdere stappen (kunnen) leiden, namelijk de consequenties van succesvolle indirecte toetsing en de verhouding tussen directe en indirecte toetsing door de bestuursrechter. De onderzoeksvraag is:

*Welke verdere stappen kunnen de Nederlandse bestuursrechters zetten bij de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde formele wetgeving, aan nationale algemene rechtsbeginselen in het licht van de intensivering van die toetsing na de introductie van de 1 juli 2019-maatstaf en het Harderwijk-beoordelingskader en hoe kunnen deze rechters omgaan met twee procedurele complicaties waartoe de intensivering en verdere stappen (kunnen) leiden?*

Het object van toetsing waarop de onderzoeksvraag betrekking heeft, is beperkt tot algemeen verbindende voorschriften die lager in rang staan dan de formele wet.<sup>2</sup> Het nationale evenredigheidsbeginsel is de belangrijkste toetsingsmaatstaf die binnen het bereik van de onderzoeksvraag valt. In het kader van de evenredigheidstoetsing kan de toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel vervolgens ook een rol spelen. De onderzoeksvraag heeft dus betrekking op de toetsing aan het nationale evenredigheidsbeginsel en als onderdeel daarvan de toetsing aan het nationale formele zorgvuldigheidsbeginsel en het nationale motiveringsbeginsel.<sup>3</sup> Verder ziet de onder-

---

1 Er wordt van ‘intensivering’ of de ‘intensiveringstendens’ gesproken, omdat de indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen conform het nieuwe beoordelingskader op verschillende onderdelen méér kan inhouden dan de toets conform de ‘oude’ *Landbouwwliegers*-maatstaf. Zie paragrafen 1.2 en 1.4.4.

2 Paragraaf 1.4.1.

3 Paragraaf 1.4.2.

zoeksvraag uitsluitend op de *indirecte toetsing* van algemeen verbindende voorschriften door de *bestuursrechter*.<sup>4</sup>

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag is onder meer vergelijkend onderzoek verricht naar het recht van de EU, het EVRM, Duitsland en Frankrijk. Uitgebreide samenvattingen van de bevindingen van de rechtsvergelijking zijn te vinden aan het einde van de delen II en III van het onderzoek (paragrafen II.1 t/m II.4 en paragrafen III.1 t/m III.3).

## 2 TOETSINGSKADERS EN THEMA'S

### 2.1 *Constitutioneel kader*

Ten behoeve van het verdere verloop van de intensivering van de indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen is in hoofdstuk 2 een gebalanceerd constitutioneel vertrekpunt bepleit.<sup>5</sup> Dit vertrekpunt houdt in dat de opstelling van de Nederlandse bestuursrechter bij het beoordelen van algemeen verbindende voorschriften in het licht van algemene rechtsbeginselen afhankelijk van de omstandigheden varieert van terughoudend tot intensief. Om tot dat vertrekpunt te komen, is (het doorzetten van) een perspectiefverschuiving nodig. Deze perspectiefverschuiving houdt in dat de Nederlandse bestuursrechter ter bepaling van zijn opstelling *minder* gewicht toekent aan de eis van machtenscheiding in combinatie met het democratieprincipe en juist *méer* aan de eisen van effectieve rechtsbescherming en het bestaan en de bescherming van de fundamentele rechten.

### 2.2 *De aard van indirecte toetsing*

Relevant voor het verdere verloop van de intensivering is ook de aard van indirecte toetsing.<sup>6</sup> Deze aard is dat de indirecte toets de beoordeling betreft van de rechtmatigheid van de individuele toepassing van een voorschrift in de vorm van een appellabel besluit. Bovendien vindt de beoordeling van de rechtmatigheid van een voorschrift plaats in het kader van de rechtmatigheidstoetsing van de individuele toepassing in de vorm van een

---

4 Paragraaf 1.4.3.

5 Een (uitgebreidere) samenvatting van het hoe en waarom van dit kader kan worden gevonden in paragraaf 2.6 of paragraaf 10.2.1.

6 Zie paragraaf 1.4.3.

appellabel besluit. Het voorgaande ligt anders bij een directe toets; daarbij staat de rechtmatigheid van het algemeen verbindend voorschrift ten principale centraal.<sup>7</sup>

### 2.3 Vijf thema's

Het onderzoek bouwt voort op de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader. De 1 juli 2019-maatstaf staat voor uitgangspunten voor het (indirect) toetsen van algemeen verbindende voorschriften, niet zijnde formele wetgeving, aan (alle) nationale algemene rechtsbeginselen.<sup>8</sup> Het *Harderwijk*-beoordelingskader geeft een kader voor de rechterlijke toetsing van besluiten, inclusief algemeen verbindende voorschriften, aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>9</sup> Deze twee lijnen raken gezamenlijk aan vijf thema's, te weten:

- de structuur en inhoud van de evenredigheidstoets bij algemeen verbindende voorschriften;
- de intensiteit van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel;
- modaliteiten bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel;
- de consequenties van succesvolle indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften;
- de verhouding tussen directe en indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

Deze vijf thema's staan centraal in het onderzoek. In deel I wordt gezien wat in Nederland de stand van zaken is voor deze vijf thema's. Vervolgens worden (een deel van) de onderwerpen van de vijf thema's bestudeerd in de rechtssystemen van het Unierecht, het EVRM, Duitsland en Frankrijk in delen II en III. De aanbevelingen in deel IV zijn eveneens gestructureerd rondom deze vijf thema's.

<sup>7</sup> Zie paragraaf 1.4.3.

<sup>8</sup> Voor het eerst geformuleerd in CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 t/m 2019. Daaraan vooraf ging een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven, namelijk de conclusie van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557. Voor de inhoud van de 1 juli 2019-maatstaf zie paragrafen 3.4 en 3.6.

<sup>9</sup> Voor het eerst geformuleerd in ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*). Aan de introductie van het *Harderwijk*-beoordelingskader is voorafgegaan een conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel, namelijk de conclusie van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468. Voor de inhoud van het *Harderwijk*-beoordelingskader zie paragrafen 3.5 en 3.6.

### 3 BEANTWOORDING ONDERZOEKSVRAAG

#### 3.1 *Overkoepelende bevindingen*

De afgelopen jaren heeft de Nederlandse bestuursrechter de nodige stappen gezet op het gebied van de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan nationale algemene rechtsbeginselen.<sup>10</sup> De intensivering verloopt via twee wegen, waarbij (de toets aan) het evenredigheidsbeginsel een sleutelpositie inneemt. Ten eerste verloopt de intensivering via de toepassing van een zogenoemde semi-procedurele evenredigheidstoets.<sup>11</sup> Dat is een evenredigheidstoets waarbij de bestuursrechter de evenredigheid mede beoordeelt aan de hand van een toets aan (aspecten van) het formele zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel.<sup>12</sup> Ten tweede verloopt de intensivering voor een belangrijk deel via een toetsing in het specifieke geval (en soms een groepsspecifiek geval) aan evenredigheid.<sup>13</sup>

De twee wegen waarlangs de intensivering plaatsvindt, worden positief gewaardeerd in het onderzoek.<sup>14</sup> Zij passen goed bij het gebalanceerde constitutionele vertrekpunt van hoofdstuk 2 en ook bij de aard van indirecte toetsing.<sup>15</sup> Eveneens passen zij, met name de toespitsing op het specifieke geval, bij het Nederlandse bestuursrechtelijke systeem dat sinds 1994 is gericht op individuele rechtsbescherming, de ontwikkelingen van de rechterlijke toetsing over de volle breedte van het Nederlandse bestuursrecht en bij de algemenere beweging van een 'autonoom bestuursrecht' naar een 'responsief bestuursrecht'.<sup>16</sup> Tegen deze achtergrond wordt in het onderzoek geconcludeerd dat de bestuursrechters een koers zijn ingeslagen die op zich positief te waarden is. De aanbevelingen moeten dan ook worden gezien als verfijningen, en als een enkele bijstelling, voor het continueren van een als geheel positief te waarden ingeslagen koers.

De aanbevelingen komen vooral voort uit de constatering dat de focus op het specifieke geval té dominant dreigt te worden in de rechtspraak van de Nederlandse bestuursrech-

---

10 Paragraaf 3.7, i.h.b. 3.7.2 t/m 3.7.4 en paragraaf 10.2.3.

11 Paragraaf 3.7.4.2.

12 De semi-procedurele evenredigheidstoets is gedefinieerd in paragraaf 1.4.6.4.

13 Paragrafen 3.7.3.2, 3.7.4.1, 3.8.4 en 10.2.3. In het onderzoek wordt onderscheiden tussen 'generieke', 'groepsspecifieke' en 'specifieke' toetsing, zie paragraaf 1.4.5.

14 Paragrafen 10.2.4 en 11.3.2.

15 Paragraaf 11.3.2.

16 Over de ontwikkelingen van de rechterlijke toetsing over de volle breedte van het Nederlandse bestuursrecht en de algemenere beweging van een 'autonoom bestuursrecht' naar een 'responsief bestuursrecht', zie paragraaf 1.6.

ter.<sup>17</sup> Een te grote focus op het specifieke geval kent enkele nadelen/risico's<sup>18</sup> en brengt mee dat de ontwikkeling van generieke beoordelingen dreigt achter te blijven. Tegelijkertijd kent een meer generieke aanpak ook zijn grenzen.<sup>19</sup> Bij het formuleren van de aanbevelingen is betrokken hoe een specifieke en generieke toets allebei, in aanvulling op elkaar, een rol kunnen spelen bij de verdere ontwikkeling en intensivering van de indirecte toetsing door de Nederlandse bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.

### 3.2 *Thema 1: structuur en inhoud van de evenredigheidstoets*

In de *Harderwijk*-uitspraak is een verdere invulling gegeven aan de inhoud van de rechterlijke toetsing van besluiten, ook algemeen verbindende voorschriften, aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb. Bij die toets kunnen voortaan de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin (evenwichtigheid) een rol spelen.<sup>20</sup> Sinds de *Harderwijk*-uitspraak wordt het evenredigheidsbeginsel regelmatig toegepast door de bestuursrechters bij de indirecte beoordeling van algemeen verbindende voorschriften.<sup>21</sup> Vooral nog wordt de drieslag geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin daarbij echter niet structureel toegepast.<sup>22</sup> Dat is opvallend in vergelijking met andere rechtspraak van na de *Harderwijk*-uitspraak waarin evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter plaatsvindt.<sup>23</sup> Om redenen van rechtseenheid wordt het volgende aanbevolen:

- De bestuursrechter dient de drietrapsevenredigheidstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin consistent toe te passen bij de evenredigheidsbeoordeling van algemeen verbindende voorschriften.<sup>24</sup>

Ter verdere invulling van de inhoud van de drietrapstoets worden in het onderzoek enkele richtsnoeren gegeven.<sup>25</sup> Die richtsnoeren hebben vooral betrekking op de toets van de evenredigheid in strikte zin.<sup>26</sup> Deze toets is in de *Harderwijk*-uitspraak geformuleerd als

17 Paragraaf 10.2.4.

18 Paragraaf 10.6.2.1.

19 Paragraaf 10.2.4.

20 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.8. Zie paragraaf 3.5.

21 Voorbeelden daarvan worden besproken in paragraaf 3.7.4.

22 Zie paragraaf 3.7.2.

23 Paragrafen 3.7.2 en 10.3.2.

24 Paragrafen 10.3.2 en 11.4.

25 Paragraaf 10.3.3.

26 Aan de inhoud van de geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets is minder toe te voegen op basis van de bevindingen van de rechtsvergelijking. Voor de relevante rechtsvergelijkende bevindingen op dit punt zie

de vraag of de op zichzelf geschikte en noodzakelijke maatregel in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend is voor de belanghebbende. Bij de verdere invulling van de evenredigheid in strikte zin moet meer tot uitdrukking komen dat het bij de toets daaraan gaat om de vraag of een maatregel niet onredelijk bezwarend is gelet op enerzijds de (nadelige) gevolgen van een maatregel en anderzijds het doel van die maatregel. Daartoe zou de Nederlandse bestuursrechter de toets naar Duits voorbeeld<sup>27</sup> kunnen invullen, waarbij hij drie stappen kan zetten. De in dit verband relevante aanbeveling luidt concreet:

- Bij de verdere vormgeving van de toets van de evenredigheid in strikte zin moet duidelijker tot uitdrukking komen dat deze toets twee ijkpunten heeft: het beoogde doel enerzijds en de (nadelige) gevolgen anderzijds. Daartoe kan een toets in drie nadere stappen worden uitgevoerd (vaststelling van het gewicht van het aangetaste belang en de intensiteit van die aantasting, vaststelling van de gewichtigheid/urgentie van het nagestreefde doel, beoordeling van de gemaakte afweging).<sup>28</sup>

### 3.3 *Thema 2: toetsingsintensiteit*

#### *Differentiatie in toetsingsintensiteiten*

Ter differentiatie van verschillende toetsingsintensiteiten wordt door de Nederlandse bestuursrechter momenteel gebruik gemaakt van een glijdende schaal waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend toegepast kunnen worden.<sup>29</sup> In de *Harderwijk*-uitspraak koos de Afdeling niet voor het alternatief van een in drie delen verdeelde glijdende schaal, omdat dat afbreuk doet ‘aan de verscheidenheid van situaties en de daarmee samenhangende noodzaak een glijdende schaal te kunnen toepassen.’<sup>30</sup> In het onderzoek wordt betoogd dat het toch nuttig kan zijn om een in drie delen verdeelde glijdende schaal toe te passen en daarmee expliciet een tussenintensiteit te hanteren.<sup>31</sup> Een reden daarvoor is dat de Nederlandse bestuursrechter op dit moment al impliciet een tussenintensiteit toepast, namelijk in de vorm van een semi-procedurele evenredigheidstoets.<sup>32</sup> Deze tussenintensiteit zou naar Duits voorbeeld expliciet kunnen worden toegepast. De tussenintensiteit die in Duitsland expliciet wordt gehanteerd is de *Vertretbarkeitskontrolle* (*vertret-*

---

paragraaf III.1. Voor enkele opmerkingen over de mogelijke inhoud van de geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets in Nederland zie paragraaf 10.3.3.

27 Zie paragraaf 9.5.4.

28 Paragrafen 10.3.3 en 11.4.

29 Paragraaf 3.5.

30 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*), r.o. 7.9.

31 Paragraaf 10.4.2.

32 Paragraaf 10.4.2. Zie ook paragraaf 3.7.4.2.



*bar* is te vertalen als ‘houdbaar’ of in het Engels ‘*tenable*’) – een vorm van semi-procedurele toetsing.<sup>33</sup> Bij het voorgaande past de volgende aanbeveling:

- Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechter ter differentiatie van de toetsingsintensiteit een in drie delen verdeelde glijdende schaal hanteert, waarbij de semi-procedurele evenredigheidstoets, die al impliciet wordt toegepast, expliciet als tussenintensiteit/tussenmodaliteit wordt erkend.<sup>34</sup>

#### *Factoren ter bepaling van de toetsingsintensiteit*

Er zijn volgens het nieuwe beoordelingskader drie intensiteitsbepalende factoren: (1) de mate van beslissingsruimte vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie en vereiste politiek-bestuurlijke afwegingen, (2) de mate waarin een algemeen verbindend voorschrift ingrijpt in het leven van belanghebbende(n) en (3) het aan de orde zijn van fundamentele rechten.<sup>35</sup>

‘Het aan de orde zijn van fundamentele rechten’ is een factor die suggereert dat bij het aan de orde zijn van alle fundamentele rechten een intensievere toetsing aangewezen is. Dat maakt deze factor momenteel nog te onbepaald. De bevindingen van de rechtsvergelijking over de evenredigheidstoetsing in het Unierecht, door het EHRM en in Duitsland illustreren namelijk dat de toetsingsintensiteit bij het aan de orde zijn van fundamentele rechten differentieert en onder andere afhangt van de aard van het aan de orde zijnde fundamentele recht en de ernst van de inmenging daarin.<sup>36</sup> Deze differentiatie in de toetsingsintensiteit bij fundamentele rechten dient ook in het Nederlandse bestuursrecht tot uitdrukking te komen. Daarom wordt het volgende aanbevolen:

- Het aan de orde zijn van fundamentele rechten als factor ter bepaling van de toetsingsintensiteit is nog te onbepaald en dient tekstueel verfijnd te worden. De (tekstueel) nieuwe factor kan luiden: de aard van de betrokken belangen en de mate waarin die belangen worden geraakt, waarbij, als er een fundamenteel recht aan de orde is, relevant is de aard van het fundamentele recht en de ernst van de inmenging daarin.<sup>37</sup>

De toepassing van de drie factoren door de Nederlandse bestuursrechter leidt ertoe dat de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel in de regel terughoudend is, omdat doorgaans aan de lagere regelgever een ruime beslissingsruimte toekomt vanwege politiek-bestuurlijke afwegingsruimte en/of de aan-

33 Paragrafen 9.4.2, 9.4.4 en 9.4.5.

34 Paragrafen 10.4.2 en 11.4.

35 Zie paragrafen 3.4.2, 3.5 en 3.6.3, met verwijzing naar de 1 juli 2019-maatstaf en het *Harderwijk*-beoordelingskader.

36 Paragraaf III.2.B.

37 Paragrafen 10.4.3 en 11.4.

wezigheid van feitelijke of technische complexiteit.<sup>38</sup> Voor zover de Nederlandse bestuursrechter wel intensiever toetst aan het evenredigheidsbeginsel vanwege de factor ‘ingrijpendheid’ gebeurt dat als een specifieke of groepsspecifieke evenredigheidstoets wordt uitgevoerd.<sup>39</sup> Generieke evenredigheidsbeoordelingen zijn dus vrijwel altijd terughoudend.

Vanuit het perspectief van zowel rechtsbescherming als machtenscheiding en de aard van indirecte toetsing is er veel te zeggen voor de bovenstaande toepassing van de factoren. Hierbij passen wel enkele aanvullende opmerkingen,<sup>40</sup> waarvan één is dat de focus op vooral het specifieke geval het risico kent dat niet genoeg wordt doorgepakkt. Toetst de bestuursrechter intensiever vanwege de ingrijpende gevolgen van een voorschrift voor een specifiek geval, maar constateert hij daarbij dat de onrechtmatigheid generiek(er) is, dan moet daar ook een generiek(er) onrechtmatigheidsoordeel op volgen. Een andere aanvullende opmerking is dat de terughoudende generieke beoordelingen op evenredigheid, die op zich te begrijpen zijn, vanwege het belang van effectieve rechtsbescherming wel altijd méér moeten inhouden dan een toets op willekeur. Het voorgaande is samengevat in twee concrete aanbevelingen:

- Het is op zich positief te waarderen dat de Nederlandse bestuursrechter vaker intensief toetst aan evenredigheid in vooral specifieke gevallen, maar de specifieke evenredigheidstoets mag geen uitvlucht worden om geen negatieve generieke(re) oordelen over de evenredigheid van algemeen verbindende voorschriften uit te spreken.<sup>41</sup>
- De generieke evenredigheidstoets van algemeen verbindende voorschriften moet altijd méér inhouden dan een toets op willekeur.<sup>42</sup>

In het onderzoek is ook aandacht besteed aan de vraag of direct democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften (bijvoorbeeld verordeningen afkomstig van de gemeenteraad) principieel terughoudender moeten worden getoetst dan indirect democratisch gelegitimeerde algemeen verbindende voorschriften (bijvoorbeeld ministeriële regelingen).<sup>43</sup> Geconcludeerd is dat daarvoor mijns inziens *geen* reden is gezien de huidige toepassing van de intensiteitsfactoren door de Nederlandse bestuursrechter.<sup>44</sup>

---

38 Paragraaf 3.7.3.1.

39 Paragraaf 3.7.3.2.

40 Zie daarvoor paragraaf 10.4.4.

41 Paragraaf 10.4.4 in combinatie met paragraaf 10.6.2.1. Zie ook paragraaf 11.4.

42 Paragrafen 10.4.4 en 11.4.

43 Paragrafen 3.7.3.4 en 10.4.4.

44 Paragraaf 10.4.4.

### 3.4 Thema 3: toetsingsmodaliteiten

In het onderzoek wordt aanbevolen dat de Nederlandse bestuursrechter de semi-procedurele evenredigheidstoets vaker toepast bij de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel en wel bij generieke evenredigheidsbeoordelingen.<sup>45</sup> De rechtsvergelijking naar de evenredigheidstoetsing door het Hof van Justitie, het EHRM en de Duitse (constitutionele) rechter leert dat de rechter een semi-procedurele evenredigheidstoets uitvoert als hij de evenredigheid moet beoordelen, en hij dat vanwege het belang van effectieve rechtsbescherming serieus wil doen, maar hij geen eigen, vergaande materiële evenredigheidsbeoordelingen kan maken.<sup>46</sup> Deze ratio maakt de semi-procedurele evenredigheidstoets bij uitstek geschikt om toe te passen door de Nederlandse bestuursrechter bij generieke evenredigheidsbeoordelingen van algemeen verbindende voorschriften. De hierbij passende geformuleerde aanbeveling luidt:

- De semi-procedurele evenredigheidstoets is bij uitstek geschikt om toe te passen bij generieke evenredigheidstoetsen van algemeen verbindende voorschriften. De Nederlandse bestuursrechter moet een generieke evenredigheidstoets van algemeen verbindende voorschriften daarom als regel semi-procedureel invullen.<sup>47</sup>

Uit het onderzoek naar het recht van de EU, het EVRM en Duitsland blijkt dat de semi-procedurele evenredigheidstoets geen kwestie is van het 'afvinken' van formaliteiten, maar dat het primair om een *evenredigheidstoets* gaat in het kader waarvan de beoordeling van zorgvuldigheids- en motiveringsaspecten een dienende rol speelt, namelijk om de aannemelijkheid van de evenredigheid te kunnen beoordelen. De beoordelingen en afwegingen die de wet- of regelgever heeft gemaakt moeten, in de woorden van de Duitse rechter, 'vertretbar' (houdbaar, *tenable*) zijn.<sup>48</sup> Aan zorgvuldigheid en motivering gerelateerde aspecten kunnen hierbij indicatoren voor evenredigheid worden genoemd. Hoe meer dit soort indicatoren (niet) aanwezig is, hoe (on)aannemelijker het is dat de gemaakte keuzes evenredig zijn. Tegen de achtergrond hiervan wordt het volgende aanbevolen:

- De semi-procedurele evenredigheidstoets moet worden gezien als een evenredigheidstoets, in het kader waarvan de beoordeling van (aspecten van) de beginselen van formele zorgvuldigheid en motivering er toe dient om de aannemelijkheid van de evenredigheid van de gemaakte keuze te beoordelen.<sup>49</sup>

45 Paragraaf 10.5.2.1.

46 Zie paragraaf III.3.

47 Paragrafen 10.5.2.1 en 11.4.

48 Zie paragraaf III.3.

49 Paragrafen 10.5.2.2 en 11.4.

Er is geen uitputtende lijst te geven van de indicatoren voor evenredigheid. Wel leert het rechtsvergelijkende onderzoek, met name van de rechtspraak van het Hof van Justitie,<sup>50</sup> dat bepaalde indicatoren relevanter kunnen zijn afhankelijk van de aard van de orde zijnde beslissingsruimte.<sup>51</sup> Als de beslissingsruimte is gelegen in de feitelijke of technische complexiteit van de materie, dan is een in het bijzonder relevante factor of de regelgever op basis van een kwalitatief deugdelijke feitelijke grondslag (steekhoudende) beoordelingen heeft gemaakt. Dit ‘type’ beslissingsruimte is doorgaans aan de orde bij geschiktheids- en noodzakelijkheidsbeoordelingen. Als de beslissingsruimte meer politiek van aard is, kunnen andere indicatoren in het bijzonder relevant zijn. Dit ‘type’ beslissingsruimte is doorgaans aan de orde bij de evenredigheid in strikte zin. De voor dit type beslissingsruimte relevante factoren hebben vooral betrekking op de zorgvuldigheid waarmee alle relevante belangen in kaart zijn gebracht en de wijze waarop die belangen tegen elkaar zijn afgewogen.

Momenteel constateert de Nederlandse bestuursrechter doorgaans een zorgvuldigheids- en/of motiveringsgebrek als een of meer zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten afwezig zijn en de semi-procedurele evenredigheidstoets niet wordt doorstaan.<sup>52</sup> In het onderzoek wordt uitgelegd waarom de Nederlandse bestuursrechter bij voorkeur een andere lijn zou moeten hanteren op dit punt. Die andere lijn is dat de bestuursrechter een *onevenredigheidsoordeel* uitspreekt als de semi-procedurele toets niet doorstaan wordt.<sup>53</sup> De in dit verband geformuleerde aanbeveling luidt:

- Een negatieve waardering van zorgvuldigheids- en/of motiveringsaspecten in het kader van de semi-procedurele evenredigheidstoets moet bij voorkeur niet leiden tot de constatering van een zorgvuldigheids- en/of motiveringsgebrek, zoals nu gebruikelijk is in de rechtspraak, maar tot het uitspreken van een onevenredigheidsoordeel.<sup>54</sup>

### 3.5 *Thema 4: de consequenties van succesvolle indirecte toetsing*

Als de indirecte toetsing van (de toepassing van) een algemeen verbindend voorschrift aan een algemeen rechtsbeginsel succesvol is dan heeft de bestuursrechter twee opties: onverbindend verklaren of buiten toepassing laten.<sup>55</sup> Ook na de introductie van het nieuwe beoordelingskader zijn deze twee opties er, met dien verstande dat de schending van het formele zorgvuldigheidsbeginsel en/of het motiveringsbeginsel alleen tot het buiten toe-

<sup>50</sup> Paragraaf 7.4.5.3.

<sup>51</sup> Paragraaf 10.5.2.2.

<sup>52</sup> Paragrafen 3.7.4.2 en 10.5.2.3.

<sup>53</sup> Paragraaf 10.5.2.3.

<sup>54</sup> Paragrafen 10.5.2.3 en 11.4. Zie ook paragraaf 10.6.2.2.

<sup>55</sup> Paragraaf 1.4.7.

passing laten kan leiden volgens dat beoordelingskader.<sup>56</sup> In het onderzoek wordt bekeken hoe de bestuursrechter de onverbindendverklaring en het buiten toepassing laten toepassen, tot welke complicaties dat leidt en hoe met die complicaties kan worden omgegaan.

Geconstateerd wordt dat de bestuursrechters een algemeen verbindend voorschrift vaak buiten toepassing laten in een specifiek geval.<sup>57</sup> Voor deze (kennelijke) voorkeur voor het buiten toepassing laten in een specifiek geval is op zich veel te zeggen, maar soms gebeurt het dat een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing gelaten wordt in een specifiek geval, terwijl daaraan voorafgaande generieke(re) onrechtmatigheidsoverwegingen de indruk wekken dat de onrechtmatigheid zich vaker, ook in andere gevallen, voordoet.<sup>58</sup> De specifieke aanpak heeft voor dit soort situaties van generieke(re) onrechtmatigheid enkele nadelen/risico's, waardoor het buiten toepassing laten in specifieke gevallen een grens kent en alleen aangewezen is in enkele gevallen.<sup>59</sup> Dit is ten eerste aangewezen als de toepassing van een voorschrift onrechtmatig is vanwege de bijzondere omstandigheden van het individuele geval.<sup>60</sup> Ten tweede is voor het buiten toepassing laten in een specifiek geval aanleiding als het (nog) niet vaststaat of de onevenredigheid zich voordoet in meer 'specifieke gevallen' en/of (nog) niet vaststaat of een algemeen verbindend voorschrift als zodanig (ten algemene of voor een specifieke groep) onrechtmatig is.<sup>61</sup> Is een algemeen verbindend voorschrift daarentegen ten algemene dan wel voor een specifieke groep onrechtmatig, dan moet de bestuursrechter ook een generiek dan wel groepsspecifiek oordeel uitspreken.<sup>62</sup> Gelet daarop worden de volgende twee aanbevelingen gedaan:

- De bestuursrechter zou een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing moeten laten als de toepassing van een voorschrift onrechtmatig is vanwege de bijzondere omstandigheden van het individuele geval.<sup>63</sup>
- De bestuursrechter moet een generiek dan wel groepsspecifiek oordeel uitspreken als een algemeen verbindend voorschrift in het algemeen dan wel voor een specifieke groep onrechtmatig is. Dat wil zeggen: als een voorschrift in meer 'specifieke gevallen' onevenredig uitpakt en/of een voorschrift als zodanig (ten algemene of voor een specifieke groep) onrechtmatig is. Staat dat (nog) niet vast, dan is het buiten toepassing laten aangewezen.<sup>64</sup>

56 Paragraaf 3.6.6.

57 Paragrafen 3.8.2 t/m 3.8.4.

58 Paragraaf 3.8.4.

59 Paragrafen 10.6.2.1 en 10.6.3.1.

60 Paragraaf 10.6.3.1.

61 Paragraaf 10.6.3.1.

62 Paragrafen 10.6.3.1 en 10.6.3.2.

63 Paragrafen 10.6.3.1 en 11.4.

64 Paragrafen 10.6.2.1, 10.6.3.1 en 11.4.

De volgende aanbeveling is dat de bestuursrechter steeds zou moeten overgaan tot het (partieel) onverbindend verklaren als een voorschrift ten algemene of voor een specifieke groep onrechtmatig is.<sup>65</sup> Het maakt daarbij niet uit of het gaat om een evenredigheidsgebrek of een formeel gebrek (zorgvuldigheids- en/of motiveringsgebrek). Volgens de huidige rechtspraak laat de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift in veel van dit soort gevallen (generiek of groepsspecifiek formeel gebrek, groepsspecifiek evenredigheidsgebrek) buiten toepassing.<sup>66</sup> Deze lijn moet worden verlaten; (partiële) onverbindendverklaring heeft de voorkeur vanwege de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.<sup>67</sup> Tegen deze achtergrond wordt het volgende concreet aanbevolen:

- Een generiek onrechtmatigheidsoordeel moet steeds leiden tot het onverbindend verklaren en een groepsspecifiek onrechtmatigheidsoordeel moet steeds leiden tot het partieel onverbindend verklaren, ongeacht of het gaat om evenredigheidsgebreken of formele gebreken. Dit betekent dat de lijn van de bestuursrechter om conform de 1 juli 2019-maatstaf de onverbindendverklaring uit te sluiten bij formele gebreken zou moeten worden losgelaten.<sup>68</sup>

Het onverbindend verklaren van een voorschrift heeft vergaande gevolgen, maar de onverbindendverklaring hoeft niet steeds het einde van het voorschrift te betekenen. Een onverbindend voorschrift blijft onderdeel van de rechtsorde en is in zoverre te herstellen door de lagere regelgever.<sup>69</sup> Dit herstel kan door de lagere regelgever en het bestuur gewenst worden geacht, omdat daarna het voorschrift toegepast kan blijven worden en besluiten in het 'heden'<sup>70</sup> en de 'toekomst'<sup>71</sup> kunnen worden voorzien van een rechtmatige rechtsgrondslag. Deze herstelmogelijkheid moet wel alleen bij uitzondering worden toegepast.<sup>72</sup> Geïnspireerd door de rechtsvergelijking met het Unierecht en Duitsland<sup>73</sup> kan gelden dat de toelaatbaarheid van deze herstelmogelijkheid moet afhangen van de vraag of verwachtingen van de burger over een 'gunstiger rechtsregime' dan het onverbindend ver-

65 Paragrafen 10.6.2.2 en 10.6.3.2.

66 Paragrafen 3.8.2 en 3.8.3.

67 Paragraaf 10.6.2.2.

68 Paragrafen 10.6.2.2, 10.6.3.2 en 11.4.

69 Paragrafen 3.8.5 en 10.6.2.2.

70 Met toepassingen in het *heden* bedoel ik de op het onverbindende voorschrift gebaseerde besluiten waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zijn of kunnen worden aangewend, daaronder begrepen het besluit dat door de bestuursrechter vernietigd is in het geding waarin het voorschrift onverbindend verklaard is. Zie paragraaf 3.8.5.

71 Met toepassingen in de *toekomst* wordt bedoeld de besluiten die nog niet genomen zijn. Zie paragraaf 3.8.5.

72 Opgemerkt wordt dat algemeen verbindende voorschriften die punitief worden gesanctioneerd buiten beschouwing zijn gelaten met betrekking tot het 'herstelvraagstuk'. Zie paragraaf 3.8.5.

73 Voor de samenvatting van de op dit punt relevante bevindingen zie paragraaf II.3.B. Deze samenvatting van de bevindingen is gebaseerd op paragrafen 4.3.4 (Unierecht) en 5.3.4 (Duitsland).

klare rechtsregime *ongerechtvaardigde verwachtingen* zijn.<sup>74</sup> Concreter wordt het volgende aanbevolen:

- Bij wijze van uitzondering kan het rechtens toegestaan zijn dat de lagere regelgever een onverbindend verklaard voorschrift herstelt en het bestuur het herstelde voorschrift ten grondslag legt aan zijn besluiten in het ‘heden’ en de ‘toekomst’, mits de verwachtingen van betrokkenen over een ‘gunstiger rechtsregime’, als gevolg van de succesvolle indirecte toets, als ongerechtvaardigd moeten worden aangemerkt.<sup>75</sup>

### 3.6 *Thema 5: de verhouding tussen directe en indirecte toetsing*

Het hiervoor besproken beoordelingskader geldt voor de indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften die *niet* appellabel zijn. Sommige algemeen verbindende voorschriften zijn – bij wijze van uitzondering – wel appellabel. Appellabele algemeen verbindende voorschriften kunnen zowel direct als indirect worden getoetst door de bestuursrechter. Dan rijst de vraag of het niet (tijdig) of zonder succes gebruik maken van de mogelijkheid van directe toetsing van een algemeen verbindend voorschrift het gevolg zou moeten hebben dat de latere indirecte toetsing door de bestuursrechter van dat voorschrift beperkter is in omvang en/of intensiteit of zelfs achterwege blijft. In de voor dit vraagstuk richtinggevende uitspraken bestaat een verschillende opvatting al naar gelang het type algemeen verbindende voorschrift dat aan de orde is.<sup>76</sup>

In het onderzoek wordt aanbevolen dat vrijwel alle algemeen verbindende voorschriften die niet (tijdig) direct zijn aangevochten, zonder enige beperking in omvang en/of intensiteit indirect getoetst zouden moeten kunnen worden door de bestuursrechter aan evenredigheid. Deze opvatting sluit aan bij de al bestaande benadering van het CBb en is in lijn met de bevindingen van het vergelijkende onderzoek naar het Franse en Duitse rechtssysteem.<sup>77</sup> Het voorgaande uitgangspunt ligt alleen anders bij bestemmingsplannen (en onder de Omgevingswet omgevingsplannen). De indirecte toetsing van onherroepelijke bestemmingsplannen gebeurt momenteel met toepassing van het evidentiecriterium. Volgens dat criterium kan een onherroepelijke planregel alleen onverbindend worden geacht of buiten toepassing worden gelaten als die planregel evident in strijd is met hoger recht.<sup>78</sup> Geconcludeerd wordt dat het evidentiecriterium in principe gehandhaafd kan worden, ook al is de *mate waarin* het evidentiecriterium de indirecte toetsing beperkt wel opval-

74 Paragraaf 10.6.3.2.

75 Paragrafen 10.6.3.2 en 11.4.

76 Zie hierover paragraaf 3.9, i.h.b. paragraaf 3.9.3.

77 Paragraaf 10.7.2.

78 Paragraaf 3.9.3.

lend vanuit rechtsvergelijkend perspectief.<sup>79</sup> In het licht van het voorgaande worden de volgende twee aanbevelingen gedaan:

- Als tegen een appellabel algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde een bestemmingsplan, niet (tijdig) direct beroep is ingesteld – en de bestuursrechter dat voorschrift dus niet direct heeft getoetst – dan zou de indirecte toetsing van dat voorschrift door de bestuursrechter om redenen van (effectieve) rechtsbescherming zonder enige beperking moeten kunnen plaatsvinden.<sup>80</sup>
- Als tegen een bestemmingsplan, of onder de Omgevingswet tegen een omgevingsplan, niet (tijdig) direct beroep is ingesteld – en de bestuursrechter die planregel dus niet direct heeft getoetst – dan kan de indirecte toetsing door de bestuursrechter van die planregel plaatsvinden met toepassing van het evidentie criterium, mits zowel oorspronkelijk-belanghebbenden als later-belanghebbenden een reële mogelijkheid hebben om een planregel zonder beperkingen te laten toetsen naar aanleiding van een verzoek om herziening op (ook) evenredigheid.<sup>81</sup>

Als tegen een algemeen verbindend voorschrift *zonder succes* direct beroep is ingesteld, dan zou het uitgangspunt moeten zijn dat de in dat directe beroep uitdrukkelijk verworpen stellingen (over de evenredigheid) niet weer worden beoordeeld bij de latere indirecte toetsing door de bestuursrechter van dat voorschrift, ongeacht de betrokken partijen.<sup>82</sup> Het gezag van gewijsde verlangt dit standpunt formeel gezien niet steeds, maar het aan het gezag van gewijsde ten grondslag liggende belang van de rechtszekerheid wel. Wel moet de bestuursrechter nieuwe inzichten over de (on)evenredigheid, mogelijk ontstaan naar aanleiding van de individuele toepassing van een voorschrift, kunnen betrekken bij zijn indirecte toetsing. Leiden die nieuwe inzichten tot de constatering dat veronderstellingen over de evenredigheid al vanaf de vaststelling van het voorschrift niet klopten, dan werkt het onevenredigheidsoordeel *ex tunc*. Leiden die nieuwe inzichten tot de constatering dat veronderstellingen over de evenredigheid vanaf een bepaald moment niet meer klopten, dan werkt het onevenredigheidsoordeel ook pas vanaf dat moment. De bovenstaande aanbeveling luidt in concrete zin:

- Uitdrukkelijk verworpen stellingen over de evenredigheid van een algemeen verbindend voorschrift in een ongegrond verklaard direct beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift dienen niet opnieuw beoordeeld te worden bij de latere indirecte toetsing door de bestuursrechter van dat voorschrift, tenzij er nieuwe inzichten over de evenredigheid zijn die kunnen leiden tot de constatering dat de veronderstellingen

79 Paragraaf 10.7.2.

80 Paragrafen 10.7.2 en 11.4.

81 Paragrafen 10.7.2 en 11.4.

82 Paragraaf 10.7.3.



over de evenredigheid al vanaf de vaststelling van het voorschrift niet klopten of vanaf een bepaald moment niet meer klopten. In het laatste geval werkt de onverbindendverklaring of het buiten toepassing laten ook pas vanaf dat moment.<sup>83</sup>

---

83 Paragrafen 10.7.3 en 11.4.



# SUMMARY

## 1 INTRODUCTION

In recent years, the highest Dutch administrative courts introduced two novel standards for the indirect review of acts of general application in the light of national general principles of law. These standards are referred to in this study as the 1 July 2019-standard and the *Harderwijk*-standard. These two standards introduce new assessment criteria and indicate that Dutch administrative courts will, in general, examine acts of general application more intensively in the light of national general principles of law.<sup>1</sup> This study builds on these two standards and examines what further steps Dutch administrative courts can take in this regard. It delves into substantive issues, such as the intensity of review and the judicial application of national general principles of law, with a particular focus on the proportionality principle. Additionally, the study addresses two specific procedural complications: the consequences of successful indirect review of an act of general application and the relationship between direct and indirect review of these acts by administrative courts. The research question is:

*What further steps can Dutch administrative courts take in the development of their indirect review of acts of general application in the light of national general principles of law, building upon the 1 July 2019-standard and the Harderwijk-standard, and how can these courts deal with two procedural complications to which the further steps (may) lead?*

The object of review to which the research question relates is limited to secondary legislation: acts of general application that are not Acts of Parliament.<sup>2</sup> The national proportionality principle is the main standard of review that falls within the scope of the research question. When applying the proportionality principle, the assessment of due care and the reasons provided for the act may also play a role. The research question, therefore, relates to the assessment of the national proportionality principle and, as part of it, the assessment of the principle of due care (*formele zorgvuldigheidsbeginsel*) and the

---

1 'More intensively' compared to the 'old' standard which was introduced by the Dutch Supreme Court in 1986 in the *Landbouwwliegers* case. In this case, the Dutch Supreme Court ruled that the review of acts of general application in the light of general principles of law should be limited to the question whether or not an act was enacted with arbitrariness. See HR 16 May 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*) and section 3.2.

2 Section 1.4.1.

## SUMMARY

principle to give reasons (*motiveringsbeginsel*).<sup>3</sup> Furthermore, the research question concerns only the *indirect review by administrative courts*.<sup>4</sup>

In order to answer the research question, a comparative legal study has been conducted, encompassing the legal systems of the EU, the ECHR, France and Germany.

## 2 FRAMEWORKS AND THEMES

### 2.1 *Constitutional framework*

In Chapter 2, a well-balanced constitutional framework is introduced with the aim of further developing the indirect review conducted by Dutch administrative courts concerning acts of general application in light of general principles of law. It is argued in Chapter 2 that the intensity of review by Dutch administrative courts should no longer be deferential as a matter of principle, but rather should vary from deferential to intensive based on the specific circumstances. Achieving this necessitates a change in perspective. Specifically, it implies that, in determining their stance towards the rulemaking authority, administrative courts should accord less significance to the principles of separation of powers and democracy and place greater emphasis on the principle of effective legal protection and the existence and protection of fundamental rights.

### 2.2 *The nature of indirect review*

The nature of indirect review is also relevant for the further steps that Dutch administrative courts could take. Indirect review involves the evaluation of the lawfulness of an act of general application through its application in a specific case, presented in the form of an individual administrative act. Thus, the judicial assessment of the act of general application takes place in the context of the judicial assessment of the lawfulness of a specific application of that act of general application. This stands in contrast to direct review, where the lawfulness of an act of general application is at the core of the matter.

---

3 Section 1.4.2.

4 Section 1.4.3.

### 2.3 *Five themes*

As mentioned above, this study builds on the 1 July 2019-standard and the *Harderwijk*-standard. The 1 July 2019-standard introduces new assessment criteria for the (indirect) judicial review of acts of general application in light of (all) national general principles of law.<sup>5</sup> The *Harderwijk*-standard provides a framework for the application of the proportionality principle, specifically.<sup>6</sup> Together, these two standards touch on five themes that are related to (indirect) judicial review of acts of general application on proportionality. These themes are:

- the structure and content of the proportionality test;
- the intensity of review;
- modalities of proportionality review;
- the consequences of successful indirect review;
- the relationship between direct and indirect review.

These five themes are central to this study. Part I addresses the current state of these themes in Dutch administrative law. Parts II and III examine (part of) the subjects of the five themes in the legal systems of the EU, the ECHR, France and Germany. The recommendations outlined in Part IV are also structured around these five themes.

## 3 ANSWERING THE RESEARCH QUESTION

### 3.1 *Overarching findings*

In recent years, Dutch administrative courts have taken the necessary steps when it comes to the indirect review of acts of general application in the light of general principles of law. Overall, this review is becoming more intensive. The ‘intensification’ takes place in two ways, in which the proportionality principle plays a leading role.<sup>7</sup> First, the intensification occurs through the application of semiprocedural proportionality review. This entails a proportionality test by which the court assesses the proportionality, partly based on the care with which an act was enacted (principle of due care) and the reasons provided for

5 First formulated in CRvB 1 July 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016. This ruling was preceded by the opinion of Advocate General Widdershoven of 22 December 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

6 First formulated in ABRvS 2 February 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*). This ruling was preceded by the opinion of Advocates General Widdershoven and Wattel of 7 July 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

7 Section 10.2.3.

## SUMMARY

the choices made (principle to give reasons). Secondly, the intensification takes place through a proportionality test in the specific case (and sometimes a group-specific case).<sup>8</sup>

The two ways in which the intensification occurs are positively appreciated in the study.<sup>9</sup> They notably align with the constitutional framework outlined in Chapter 2 and the nature of indirect review. They also go well with the Dutch system of administrative legal protection, which since 1994 has focused on individual legal protection, as well as more general developments in judicial review in Dutch administrative law and the overarching shift from autonomous administrative law to responsive administrative law.<sup>10</sup> Against this backdrop, this study concludes that Dutch administrative courts are moving in a direction that can be positively appreciated in itself. Consequently, the recommendations should be viewed as refinements and a singular adjustment for the continuation of the chosen direction.

### 3.2 *Theme 1: structure and content of the proportionality test*

The *Harderwijk* case established that the criteria of suitability, necessity and proportionality in the strict sense (may) play a role when courts apply the proportionality principle.<sup>11</sup> This ruling introduced the three-stage proportionality test, which is also applied in EU law and German law, into Dutch administrative law. Since the decision in the *Harderwijk* case, the principle of proportionality has been regularly applied by administrative courts in their indirect review of acts of general application. However, the three-stage proportionality test is not yet applied structurally, which is noteworthy compared to other case law following the *Harderwijk* ruling, where the proportionality principle is applied by administrative courts, for example, in case law about individual administrative acts.<sup>12</sup> For the sake of uniformity, the following recommendation is made in this study:

- The administrative courts should consistently apply the three-stage proportionality test when indirectly reviewing acts of general application on proportionality.<sup>13</sup>

To further develop the three-stage proportionality test, this study provides guidelines related to its content, focusing particularly on proportionality in the strict sense.<sup>14</sup> This test, as formulated in the *Harderwijk* ruling, poses the question of whether the measure,

---

8 The study distinguishes between ‘generic’, ‘group-specific’ and ‘specific’ review. See section 1.4.5.

9 Sections 10.2.4 and 11.3.2.

10 For these more general developments see section 1.6.

11 ABRvS 2 February 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*).

12 Sections 3.7.2 and 10.3.2.

13 Sections 10.3.2 and 11.4.

14 Section 10.3.3.

which is suitable and necessary in itself, is not unreasonably burdensome to the interested party given the circumstances. To refine the proportionality in the strict sense, it is suggested that this test should explicitly encompass the question of whether a measure is not unreasonably burdensome concerning both the (adverse) consequences of the measure on the one hand and the objective pursued on the other. The current interpretation, derived from the *Harderwijk* ruling, overly stresses one side: the (adverse) consequences. To incorporate the other side – the objective pursued – as well, Dutch administrative courts could interpret proportionality in the strict sense by following the German example, involving three steps. The specific recommendation reads:

- In giving further shape to the test of the proportionality in the strict sense, it should be clarified that this test has two sides: the purpose on the one hand and the (adverse) consequences on the other. To achieve this, administrative courts can perform three steps (determining the nature and weight of the affected interest and the extent to which that interest is affected, determining the nature and weight of the objective pursued, assessing the balance (made) between the affected interest and the objective pursued).<sup>15</sup>

### 3.3 *Theme 2: intensity of review*

#### *Differentiation*

To distinguish between levels of intensity of review, Dutch administrative courts currently use a ‘sliding scale’ allowing for various intensities ranging from (very) strict to (very) deferential. In this study, it is proposed that a categorical model with three review intensities – deferential review, intermediate review, and intensive review – could be more advantageous.<sup>16</sup> One reason for this lies in the implicit application of an intermediate intensity by Dutch administrative courts already, in the form of semiprocedural proportionality review. This intermediate intensity could be explicitly embraced, drawing inspiration from the German model. In Germany, the explicitly used intermediate intensity is the *Vertretbarkeitskontrolle* (*vertretbar* can be translated as tenable) – a form of semiprocedural proportionality review.<sup>17</sup> The following recommendation is made:

- To distinguish between levels of intensity of review, Dutch administrative courts should use a scale that is divided into three parts, thereby explicitly acknowledging the semiprocedural proportionality test as intermediate review.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Sections 10.3.3 and 11.4.

<sup>16</sup> Section 10.4.2.

<sup>17</sup> Sections 9.4.2, 9.4.4 and 9.4.5.

<sup>18</sup> Sections 10.4.2 and 11.4.

## SUMMARY

### *Factors that determine the intensity of review*

From the 1 July 2019-standard and the *Harderwijk*-standard it is derived that there are three factors that determine the intensity of review: (i) the degree of discretion of the rulemaking authority due to factual or technical complexity and/or required political considerations, (ii) the extent to which an act of general application intervenes in the lives of interested parties and (iii) the involvement of fundamental rights.<sup>19</sup>

The third factor implies that a more intensive review is required when any fundamental right is at stake. This renders the factor too indefinite. Indeed, the findings of the comparative study on proportionality review in the legal systems of the EU, the ECHR, and Germany, illustrate that the intensity of review when fundamental rights are at issue varies.<sup>20</sup> It depends, among other things, on the nature of the fundamental right at issue and the extent to which that fundamental right is affected. This differentiation in the intensity of review when fundamental rights are at issue should also be incorporated into Dutch administrative law. Therefore, the following is recommended:

- The factor ‘involvement of fundamental rights’ needs textual refinement. The refined factor could read: the nature of the interests involved and the extent to which those interests are affected, where, if a fundamental right is at issue, the nature of the fundamental right and the extent to which that right is affected are relevant.<sup>21</sup>

Based on a study of the application of the aforementioned factors by Dutch administrative courts, it is concluded that the indirect review of acts of general application on proportionality is, as a rule, deferential. This deference stems from the ‘broad discretion’ of the rulemaking authority due to necessary political considerations and/or factual or technical complexity. Instances of heightened scrutiny by Dutch administrative courts are observed predominantly when the courts are evaluating the proportionality of acts of general application in specific cases or for specific groups. Generally, assessments of proportionality concerning acts of general application in a generic sense are deferential.<sup>22</sup>

It is concluded that the Dutch administrative courts’ application of these factors can be positively appreciated in light of the principle of effective legal protection, the separation of powers, and the nature of indirect review.<sup>23</sup> Nevertheless, some additional comments were made regarding the courts’ particular emphasis on the specific case. Under specific circumstances, the focus on the specific case may have disadvantages, particularly when

---

19 Section 3.6.3.

20 Section III.2.B.

21 Sections 10.4.3 and 11.4.

22 Section 3.7.3.2.

23 Section 10.4.4.



an act potentially yields disproportionate consequences not only for the individual in the specific case but also in a generic or group-specific context.<sup>24</sup> The additional comments made in this study give rise to two recommendations:

- While acknowledging the positive aspect of Dutch administrative courts intensifying the application of the proportionality principle particularly in specific cases, the focus on specific cases may not lead to the avoidance of negative generic judgements of the proportionality of an act of general application.<sup>25</sup>
- A generic proportionality test of acts of general application should extend beyond merely evaluating whether the rulemaking authority has enacted the act with arbitrariness.<sup>26</sup>

### 3.4 *Theme 3: modalities of proportionality review*

This study recommends that Dutch administrative courts should more frequently apply the semiprocedural proportionality test when engaging in indirect review of acts of general application on proportionality. A comparative analysis, considering the proportionality tests conducted in the legal systems of the EU, the ECHR, and Germany, shows that courts apply semiprocedural proportionality tests when they are required to assess the proportionality, and they wish to do so seriously because of the importance of what is at stake, but they cannot make their own, far-reaching substantive proportionality assessments.<sup>27</sup> In light of these observations, the semiprocedural proportionality review emerges as an ideally suited method for application by Dutch administrative courts when undertaking generic proportionality assessments. This leads to the following recommendation:

- The semiprocedural proportionality test is considered well-suited to apply for the generic assessment of acts of general application in the light of proportionality. Consequently, it is recommended that Dutch administrative courts perform a semiprocedural proportionality review as a rule when acts of general application are reviewed in a generic way.<sup>28</sup>

The examination of proportionality review in the legal systems of the EU, the ECHR, and Germany, shows that the semiprocedural proportionality test is not a matter of ‘window-dressing’. This test predominantly functions as a proportionality assessment in which the

24 Sections 10.4.4 and 10.6.2.1.

25 Section 10.4.4 in combination with section. 10.6.2.1. See also section 11.4.

26 Sections 10.4.4 and 11.4.

27 Section III.3.

28 Sections 10.5.2.1 and 11.4.

## SUMMARY

assessment of the principles of due care and giving reasons play a serving role in order to assess the plausibility of the proportionality of an act. In this context, the considerations and judgments made by the rulemaking authority should be tenable.<sup>29</sup> Aspects relating to the principles of due care and giving reasons serve as indicators of proportionality. The presence or absence of such indicators serves to establish the plausibility or implausibility of the proportionality of the decisions made. The following is recommended:

- The semiprocedural proportionality test should be regarded as a proportionality test, wherein the evaluation of (aspects of) the principles of due care and giving reasons functions to appraise the plausibility of the proportionality of the choices made.<sup>30</sup>

While there is no exhaustive list of indicators for proportionality, the findings of the comparative legal study show that the relevance of certain indicators varies based on the nature of the discretion exercised by the rulemaking authority.<sup>31</sup> In instances where the discretion is of a technical nature, which is often the case with regard to assessments of suitability and necessity, a crucial indicator is whether the rulemaking authority has grounded its evaluations on information that is factually accurate, reliable, and consistent. When the discretion is more political in nature, which is often the case when it comes to proportionality in the strict sense, other indicators have greater significance. An example of a relevant indicator in such cases is whether all relevant interests have been identified, and how careful those interests have been weighed against each other.

Currently, when Dutch administrative courts conclude that a semiprocedural proportionality test is not passed, they commonly conclude that an act of general application breaches the principle of due care and/or the principle to give reasons. This study explains why the courts should instead choose the alternative of concluding that the proportionality principle is violated when a semiprocedural proportionality test is not satisfied.<sup>32</sup> The recommendation in this regard is as follows:

- A negative evaluation of aspects related to the principle of due care and/or the principle of giving reasons within the framework of a semiprocedural proportionality test should, preferably, not result in the determination that an act breaches the principle of due care and/or the principle of giving reasons. Instead, it is recommended that such a negative evaluation leads to the conclusion that the proportionality principle itself has been violated.<sup>33</sup>

---

29 Section III.3.

30 Sections 10.5.2.2 and 11.4.

31 Section III.3.

32 Section 10.5.2.3.

33 Sections 10.5.2.3, 10.6.2.2 and 11.4.

### 3.5 *Theme 4: the consequences of successful indirect review*

Dutch administrative courts have two options when the indirect review of (the application of) an act of general application is successful: either considering that an act is not to be binding (*onverbindend verklaren*) or setting an act aside (*buiten toepassing laten*). These options persist even after the introduction of the 1 July 2019-standard and the *Harderwijk*-standard. However, the 1 July 2019-standard makes clear that the mere breach of formal general principles of law, such as the principle of duty of care and the principle of giving reasons, can never lead to considering the act not to be binding. This study examines when Dutch administrative courts choose to consider that an act is not to be binding or to set aside an act, what complications this leads to, and how those complications could be addressed.

It is observed that Dutch administrative courts frequently opt to set aside an act in a specific case. While there is merit in this apparent preference, there are instances where the courts choose this option even when their considerations of unlawfulness suggest that the act may be considered unlawful beyond the scope of the specific case. In those cases, the specific approach has certain disadvantages and risks.<sup>34</sup> Therefore, setting aside an act in a specific case is deemed appropriate only in limited situations.<sup>35</sup> Firstly, this approach is suitable when the application of an act of general application is found to be unlawful due to the particular circumstances of the specific case. Secondly, setting aside an act in a specific case is considered appropriate when it cannot yet be determined whether the unlawfulness extends to more specific cases, or if it cannot yet be established whether the act is inherently unlawful in a general sense or for a specific group. However, if it is evident that an act of general application is unlawful in general or for a specific group, administrative courts must assign general or group-specific consequences to address that unlawfulness. In the light of these considerations, the following is recommended:

- Dutch administrative courts should opt to set aside an act of general application when its application is deemed unlawful because of the particular circumstances of the specific case. However, if an act of general application must be considered unlawful in general or for a specific group, then Dutch administrative courts must assign appropriate general or group-specific consequences to address that unlawfulness.<sup>36</sup>

The following recommendation is that Dutch administrative courts should always consider the act (partially) not to be binding if it is determined unlawful in general or for a specific

<sup>34</sup> Section 10.6.2.1.

<sup>35</sup> Section 10.6.3.1.

<sup>36</sup> Sections 10.6.3.1 and 11.4.

## SUMMARY

group, irrespective of whether the unlawfulness stems from a breach of the proportionality principle or a violation of a formal general principle of law, such as the duty of care.<sup>37</sup> This implies a partial deviation from the 1 July 2019-standard.

An act that is considered not to be binding by a court remains part of the legal order and could potentially be repaired by the rulemaking authority allowing the act to regain legality. However, this study suggests that the option to repair an act should only be applied exceptionally.<sup>38</sup> Inspired by EU and German law,<sup>39</sup> it is argued that the permissibility to use the ‘repairing option’ should depend on whether the expectations of those affected regarding a ‘more favourable legal regime’ – in comparison to the ‘regime’ that was considered not to be binding – are deemed unjustified. More concretely, the following is recommended:

- By way of exception, the rulemaking authority may be permitted to repair an act that was considered not to be binding, enabling the administration to continue applying the act, provided that the expectations of those affected regarding a ‘more favourable legal regime’ – in comparison to the ‘regime’ that was considered not to be binding by the court – are deemed unjustified.<sup>40</sup>

### 3.6 *Theme 5: the relationship between direct and indirect review*

The theme ‘relationship between direct and indirect review’ concerns the following question: to what extent can administrative courts indirectly review acts of general application when there was an opportunity for direct challenge before the administrative court, but this opportunity was not used (in good time), or when the act was directly challenged before the administrative court without success?

This study recommends that almost all acts of general application that have not been directly challenged (in good time) should be subject to indirect review by the administrative court without any limitation in scope and/or intensity.<sup>41</sup> The only exception to this recommendation is when it involves the review of zoning plans. According to current case law, indirect review of zoning plans that have not been challenged directly (in good time) is limited in Dutch administrative law. Such a zoning plan may be considered not to be binding or set aside when it evidently violates a clear and concrete higher legal norm.<sup>42</sup> It

---

37 Sections 10.6.2.2, 10.6.3.2 and 11.4.

38 Section 10.6.3.2.

39 Section II.3.B.

40 Sections 10.6.3.2 and 11.4.

41 Section 10.7.2.

42 Section 3.9.3.

is concluded that this limited indirect review can be justified, although it is notably constrained from a comparative legal perspective.<sup>43</sup> The following two recommendations are made:

- If an act of general application, other than a zoning plan, has not been challenged directly (in good time) before the administrative court – and therefore the administrative court has not reviewed that act directly – then the administrative court should indirectly review that act without any limitation.<sup>44</sup>
- If a zoning plan has not been challenged directly (in good time) before the administrative court – and therefore the administrative court has not reviewed that plan directly – the indirect review by the administrative court of the zoning plan could in principle be limited to the question whether that plan evidently violates a clear and concrete higher legal norm.<sup>45</sup>

The following is recommended when an act of general application has been unsuccessfully directly challenged before the administrative court. Grounds relating to proportionality that were expressly rejected in direct action, should not be reassessed in subsequent indirect review, regardless of the parties involved.<sup>46</sup> This view is not strictly mandated by the *res judicata* principle but is deemed necessary for the principle of legal certainty. However, the administrative courts should retain the ability to include new insights about the proportionality, potentially arising from the individual application of an act of general application. If these new insights lead to the conclusion that assumptions about the proportionality of an act were incorrect from the enactment of the act, considering the act not to be binding or setting aside the act has an *ex tunc* effect. Conversely, if the administrative court determines that assumptions about the proportionality were incorrect from a specific point in time, considering the act not to be binding or setting aside the act has an *ex nunc* effect. The corresponding recommendation reads:

- Grounds related to the proportionality of an act of general application that were expressly rejected in direct review, should not be reassessed in subsequent indirect review unless there are new insights about the proportionality that could lead to the conclusion that the assumptions about the proportionality were incorrect from the enactment of the act of from a certain point in time. In the latter case, considering the act not to be binding or setting the act aside has *ex nunc* effect.<sup>47</sup>

---

43 Section 10.7.2.

44 Sections 10.7.2 and 11.4.

45 Sections 10.7.2 and 11.4.

46 Section 10.7.3.

47 Sections 10.7.3 and 11.4.



## LITERATUURLIJST

### Aarts & Van Heusden 2020

J.C.A. Aarts & L.A. van Heusden, 'Exceptieve toetsing: over de operationalisering van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *NTB* 2020/72, afl. 4, p. 181-188.

### Acar & Angel 2021

B. Acar & N. Angel, *Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales: enjeux et perspectives* (rapport N° 21004-R1 Inspection générale de l'administration), 2021.

### Addink 2023

G.H. Addink, *Algemene beginselen van bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

### Al Khatib & Tingen 2023

A.A. Al Khatib & J. Tingen, 'Als je het doet, doe het dan goed: een pleidooi voor toetsing van wetten in formele zin aan algemene rechtsbeginselen', *TvCR* 2023, afl. 3, p. 174-184.

### Van Angeren e.a. 2019

J.R. van Angeren e.a., 'Exit willekeursluis: een nieuwe rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften', *stibbeblog.nl*, 9 augustus 2019.

### Arai-Takahashi 2002

Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpian: Intersentia 2002.

### Arnardóttir 2017

O.M. Arnardóttir, 'The "procedural turn" under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance', *International Journal of Constitutional Law* (15) 2017, p. 9-35.

### Auby, Cluzel-Metayer & Xenou 2018

J-B. Auby, L. Cluzel-Metayer & L. Xenou, 'Administrative Law in France', in: R. Seerden (ed.), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*, Cambridge: Intersentia 2018, p. 5-47.

**Autin 2011**

J.-L. Autin, 'La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens' *RFDA* 2011.

**Backes 2019**

C.W. Backes, 'Acces to Court', in: M. Eliantonio & C.W. Backes (eds.), *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 191-323.

**Bakker 2018**

F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Barak 2012**

A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

**Barav 1974**

A. Barav, 'The Exception of Illegality in Community Law: A Critical Analysis', *CMLRev* (11) 1974, p. 366-386.

**Barents 2016**

R. Barents, *Remedies and Procedures before the EU Courts*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2016.

**Barents 2019**

R. Barents, 'Het particulier beroep tot nietigverklaring en het Montessori-arrest', *NtEr* 2019, afl. 3-4, p. 79-87.

**Barkhuysen 1998**

T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Vermande 1998.

**Barkhuysen 2015**

T. Barkhuysen, 'Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften', *NJB* 2015/1949, afl. 39, p. 2729.



**Barkhuysen 2018**

T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', *NJB* 2018/445, afl. 9, p. 603.

**Barkhuysen 2019**

T. Barkhuysen, 'Billijker bestuursrecht met minder formele rechtskracht', *NJB* 2019/2415, afl. 39, p. 2931.

**Barkhuysen 2021**

T. Barkhuysen, 'Toetsing aan de Grondwet: uitweg of uitvlucht?', *NJB* 2021/2810, afl. 38, p. 3173.

**Barkhuysen 2022**

T. Barkhuysen, 'Toetsing van formele wetgeving aan rechtsbeginselen: de rechter moet de harmonisatiewetblokkade opheffen', *NJB* 2022/2095, afl. 30, p. 2405.

**Barkhuysen, Becker & Van Emmerik 2020**

T. Barkhuysen, R.G. Becker & M.L. van Emmerik, 'Toetsing van overheidshandelingen in het Nederlandse publiekrecht', in: *Naar een eenvormige(r) toetsing?* (Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog – reeks nr. 1), Oisterwijk: WLP 2020, p. 13-31.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2011**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2017**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2022**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Kudla. Redelijke termijn', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 385-408.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2023**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Evenredigheidstoetsing van overheidshandelen: de winst- en verliesrekening per 2023', *NTB* 2023/316, afl. 8, p. 465-472.

**Barkhuysen & Widdershoven 2022**

T. Barkhuysen & R.J.G.M. Widdershoven, 'Åkerberg Fransson. Reikwijdte en inhoud Handvest van de Grondrechten van de EU', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 601-619.

**Bar-Siman-Tov 2011**

I. Bar-Siman-Tov, 'The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process', *Boston University Law Review* (91) 2011, p. 1915-1974.

**Bar-Siman-Tov 2012**

I. Bar-Siman-Tov, 'Semiprocedural Judicial Review', *Legisprudence* (6) 2012, afl. 3, p. 271-300.

**Battis 2022**

U. Battis, '§ 214', in: U. Battis, S. Mitschang & O. Reidt, *Baugesetzbuch. Kommentar*, München: C.H. Beck 2022, rn. 23-33.

**Bebr 1967**

G. Bebr, 'Judicial Remedy of Private Parties against Normative Acts of the European Communities', *CMLRev* (4) 1967, p. 7-31.

**Bebr 1981**

G. Bebr, *Development of Judicial Control of the European Communities*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1981.

**Becker 2022**

R.G. Becker, 'Een behoorlijke ontwikkeling? De conclusie van A-G Snijders over evenredigheid', *NJB* 2022/1944, afl. 28, p. 2255-2258.

**Beijer 2017a**

M.P. Beijer, 'Procedural Fundamental Rights Review by the Court of Justice of the European Union', in: J.H. Gerards & E. Brems (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 177-208.

**Beijer 2017b**

M.P. Beijer, *The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU. The Scope for the Development of Positive Obligations*, Cambridge – Antwerpen – Portland: Intersentia 2017.

**Van den Berge 2016**

L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016.

**Van den Berge 2020**

L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 7-61.

**Bickenbach 2014**

C. Bickenbach, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.

**Bickenbach 2016**

C. Bickenbach, 'Legislative Margins of Appreciation as the Result of Rational Lawmaking', in: K. Meßerschmidt & A.D. Oliver-Lalana (eds.), *Rational Lawmaking under Review*, Zwitserland: Springer 2016, p. 235-256.

**Bok 1991**

A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.

**Bok 2001**

A.J. Bok, 'Frankrijk', in: B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak. Een bespreking van de stelsels van Frankrijk, Duitsland, Denemarken en Engeland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 9-73.

**Bok 2006**

A.J. Bok, 'Onrechtmatige wetgeving, revisited', in: L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Bossche & Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter. Rechter versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91-118.

**Bonnard 1923**

R. Bonnard, 'Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir', *RDP* 1923.

**Boogaard 2013**

G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten* (diss. Amsterdam UvA), Oisterwijk: WLP 2013.

## LITERATUURLIJST

### **Borman 2017**

D.M.A. Borman, *Voor- en nahangprocedures in de praktijk* (masterscriptie VU Amsterdam), 2017.

### **Bovend'Eert 2009**

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming. "Partners in the business of law?"', *RMThemis* 2009, afl. 4, p. 145-153.

### **Bovend'Eert 2021a**

P.P.T. Bovend'Eert, 'Machtenscheiding en rechtsstaat (of rechtersstaat?) na Urgenda', *RegelMaat* 2021, afl. 3, p. 132-144.

### **Bovend'Eert 2021b**

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wat mag het parlement wel en niet weten? Inlichtingenplicht en parlementaire controle op grond van artikel 68 Gw rondom de toeslagaffaire', *NJB* 2021/654, afl. 9, p. 690-695.

### **Bovend'Eert & Broeksteeg 2010**

P.P.T. Bovend'Eert & J.W.L. Broeksteeg, 'Vertrouwen in het parlement? Kanttekeningen bij een parlementaire zelfreflectie', *TvCR* 2010, afl. 1, p. 24-50.

### **Brems 2013**

E. Brems, 'Procedural protection: an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights', in: E. Brems & J.H. Gerards (eds.), *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 137-161.

### **Brems 2017**

E. Brems, 'The "Logics" of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights', in: J.H. Gerards & E. Brems (eds.), *Procedural Review in Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 17-39.

### **Brems & Lavrysen 2015**

E. Brems & L. Lavrysen, "'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut": Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* (15) 2015, p. 139-168.

**Brenninkmeijer 1987**

A.F.M. Brenninkmeijer, *De toegang tot de rechter. Een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een democratische rechtsstaat* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

**Brenninkmeijer 1992**

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Het primaat van de politiek bestaat niet meer. Over politieke rechtspraak, rechterlijke activisme en de legitimatie van rechterlijke oordeelsvorming', *Ars Aequi* 1992, p. 24-41.

**Van den Brink 2012**

J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

**Van den Brink 2021**

J.E. van den Brink, 'Publiek geld als pleister op de coronawonde', in: *Bestuursrecht in crisistijd* (VAR-reeks 166), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 137-338.

**Van den Brink e.a. 2017**

J.E. van den Brink e.a., 'Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 123-261.

**Bröring 2022**

H.E. Bröring, 'Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur', *Ars Aequi* oktober 2022 (AA20220755), p. 755-765.

**Bröring & De Graaf (red.) 2022**

H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1. Systeem – Bevoegdheid – Bevoegdheidsuitoefening – Handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

**Brown & Bell 1998**

L.N. Brown & J.S. Bell, *French Administrative Law*, New York: Oxford University Press 1998.

**Buijze 2013**

A.W.G.J. Buijze, *The principle of transparency in EU law* (diss. Utrecht), 2013.

## LITERATUURLIJST

### De Búrca 1993

G. de Búrca, 'The Principle of Proportionality and its Application in EC Law', *Yearbook of European law* (13) 1993, p. 105-150.

### Burkens e.a. 2022

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

### Van Buuren 1987

P.J.J. van Buuren, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving. Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereeniging deel 1, tweede stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 3-99.

### Camilo de Oliveira 2013

R. Camilo de Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik* (diss. Berlijn), Berlijn: Duncker & Humblot 2013.

### Chapus 2001

R. Chapus, *Droit administratif général – Tome 1*, Parijs: Montchrestien 2001.

### Chevalier 2019

E. Chevalier, 'Remedies and Consequences of Court Decisions', in: M. Eliantonio & C.W. Backes (eds.), *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 555-690.

### Christoffersen 2009

J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2009.

### Claassen 2017

J.T. Claassen, 'De prejudiciële procedure en het recht op effectieve rechtsbescherming: naar een Europese motiveringsplicht voor niet-verwijzende rechters?', *NTM/NJCM-Bulletin* 2017/9, p. 127-145.

### Claes e.a. 2021

M. Claes e.a., *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maastricht: Maastricht University 2021.

**Clausing/Kimmel 2023**

B. Clausing/C. Kimmel, '§ 121. Rechtskracht', in: F. Schoch & J-P. Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht VwGO. Kommentar*, München: C.H. Beck 2023, rn. 1-120.

**Coenen 2002**

D.T. Coenen, 'The Rehnquist Court, Structural Due Process, and Semisubstantive Constitutional Review', *Southern California Law Review* (75) 2002, p. 1281-1406.

**Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR 2021**

Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR, *Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde* (VAR-reeks 165), Den Haag: Boom juridisch 2021.

**Commissie Rechtsbescherming VAR 2004**

Commissie Rechtsbescherming VAR, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

**Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985**

Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving. Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985.

**Craig 1997**

P. Craig, 'Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework', *Public Law* 1997, p. 467-487.

**Craig 2018**

P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: OUP 2018.

**Cremer 2014**

W. Cremer, 'The Basic Right to "Free Development of the Personality" – Mere Protection of Personality Development versus General Right of Freedom of Action', in: H. Pünder & C. Waldhoff (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford: Hart Publishing 2014.

**Damen 2022**

L.J.A. Damen, 'Waait er na het kinderopvangtoeslagenschandaal een frisse wind door de bestuursrechtspraak?', *Ars Aequi* september 2022 (AA20220627), p. 627-643.

**Von Danwitz 1989**

T. von Danwitz, *Gestaltungsfreiheit des Ordnungsgebers. Zur Kontrolldichte verordnungsgeberischer Entscheidungen* (diss. Bonn), Berlin: Duncker & Humblot 1989.

**Von Danwitz 2012**

T. von Danwitz, 'Thoughts on Proportionality and Coherence in the Jurisprudence of the Court of Justice', in: P. Cardonnel, A. Rosas & N. Wahl (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 367-382.

**Delvolvé 2018**

P. Delvolvé, 'La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – des arguments pour?', *RFDA* 2018, nr. 4, p. 665-667.

**Demper 2023**

C.W. Demper, 'Rechterlijke toetsing van lagere regelgeving aan rechtsbeginselen', *NTBR* 2023/13, afl. 4, p. 107-118.

**Detterbeck 1995**

S. Detterbeck, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 1995.

**Duchateau & Laninga 2023**

M. Duchateau & J.M. Laninga, 'Meer rechtsbescherming is goed, maar niet ten koste van de machtsbalans', *TvCR* 2023, afl. 3, p. 185-195.

**Dumbs 2015**

M. Dumbs, *Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Freiburg: Wissenschaft & Öffentlichkeit 2015.

**Dworkin 1977**

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA): Harvard University Press 1977.

**Eijsbouts e.a. 2015**

W.T. Eijsbouts e.a. (red.), *Europees Recht – Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2015.



**Eliantonio 2019**

M. Eliantonio, 'Organisation of Judicial Review in Administrative Matters and Intra-Administrative Objection Procedure', in: M. Eliantonio & C.W. Backes (eds.), *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 53-189.

**Eliantonio & Grashof 2019**

M. Eliantonio & F. Grashof, 'Types of Administrative Action and Corresponding Review', in: M. Eliantonio & C.W. Backes (eds.), *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 115-189.

**Emilou 1996**

N. Emilou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London: Kluwer Law International 1996.

**Ennuschat, Ibler & Remmert 2017**

J. Ennuschat, H.C.M. Ibler & B. Remmert, *Öffentliches Recht in Baden-Württemberg*, München: C.H. Beck 2017.

**Esser & Becker 2021**

J.E. Esser & R.G. Becker, 'Maak van maatwerk de regel. Maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering', *NTB* 2021/106, p. 249-257.

**Esser & Becker 2023**

J.E. Esser & R.G. Becker, *Reactie op wetsvoorstel "Versterking waarborgfunctie Algemene wet bestuursrecht"*, Leiden 2023.

**Van Ettekoven 2006**

B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *O&A* 2006/3, p. 10-23.

**Van Ettekoven e.a. 2018**

B.J. van Ettekoven e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2018: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2018/23, p. 43-98.

## LITERATUURLIJST

### Evers & De Poorter 2021

G.J.M. Evers & J.C.A. de Poorter, 'Rechterlijke toetsing van regelgeving. Wat is de betekenis van de ontwikkelingen in de rechtspraak voor de wetgevingspraktijk van de bestuurswetgever?', *RegelMaat* 2021, afl. 1, p. 6-37.

### Feenstra 2022

M. Feenstra, 'De toets aan het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke maatregelen en herstelsancties', *NTB* 2022/345, afl. 10, p. 591-599.

### Ferrari 2014

S. Ferrari, 'Observations sous CE S., 28 avril 2014, Mme A. et autres, n° 357090', *Revue générale du droit* 2015, nr. 22239 (online).

### Gabarda 2012

O. Gabarda, 'Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative', *RFDA* 2012.

### Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

### Gerards 2006

J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

### Gerards 2007

J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.

### Gerards 2011a

J.H. Gerards, *EVRM - Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

### Gerards 2011b

J.H. Gerards, 'Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine', *ELJ* (17) 2011, p. 80-120.

**Gerards 2012**

J.H. Gerards, 'Beginselrecht "in de regel". De juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 19-38.

**Gerards 2013**

J.H. Gerards, 'How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights?', *International Journal of Constitutional Law* (11) 2013, p. 466-490.

**Gerards 2017**

J.H. Gerards, 'Procedural Review by the ECtHR: A Typology', in: J.H. Gerards & E. Brems (eds.), *Procedural Review in Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 127-160.

**Gerards 2018**

J.H. Gerards, 'Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* (18) 2018, p. 495-515.

**Gerards 2019**

J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

**Gerards 2023**

J.H. Gerards, 'Moving Away from Open Judicial Balancing Review. The European Court of Human Rights' Approach as Illustrated by Its Case Law Relevant to the Covid-19 Pandemic', *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (22) 2023, p. 365-383.

**Gerards, Barkhuysen & Van Emmerik 2014**

J.H. Gerards, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De invloed van de Europese fundamentele rechten op het bestuursrecht', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht. 75 jaar VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 33-56.

**Gerards & Brems 2017**

J.H. Gerards & E. Brems, 'Procedural Review in European Fundamental Rights Cases: Introduction', in: J.H. Gerards & E. Brems (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 1-13.

**Gerards & Brems (red.) 2017**

J.H. Gerards & E. Brems (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

**Gerbrandy 2009**

A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht. De invloed van het EG-recht op materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, gezien in het licht van effectieve rechtsbescherming* (diss. Utrecht), 2009.

**Van Gestel 2012**

R.A.J. van Gestel, 'Kaderwetgeving en de verstrooiing van de wetgevende macht', *RegelMaat* 2012, afl. 3, p. 155-171.

**Van Gestel 2019**

R.A.J. van Gestel, 'Leidt terugtred van de wetgever tot een opmars van rechterlijke rechtsvorming en afbraak van democratische waarden?', *RegelMaat* 2019, afl. 3, p. 231-244.

**Van Gestel & Vleugel 2013**

R.A.J. van Gestel & A. Vleugel, *Herijking van het primaat van de wetgever: de betekenis van kaderwetgeving en delegatie*, Den Haag 2013, online via: <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/studies-onderzoeken/>.

**Van Gijsse & Heinrich 2018**

A. van Gijsse & J.P. Heinrich, 'Toetsing van regelgeving aan algemene rechtsbeginselen: een logische nieuwe stap in de queeste naar balans in de Trias', *JBplus* 2018, afl. 1, p. 13-25.

**Girard 2014**

D. Girard, 'L'administration est tenue d'exécuter intégralement un jugement déclarant un acte administratif illégal' *Revue générale du droit* 2014, nr. 16297 (online).

**Glas 2022**

L.R. Glas, 'De margin of appreciation van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 449-465.

**Glenn 2012**

H.P. Glenn, 'The aims of comparative law', in: J.M. Smits (red.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2012, p. 45-86.

**Goossens & De Poorter 2022**

J. Goossens & J.C.A. de Poorter, 'Discretionaire ruimte in de algoritmische *administrative state*: laveren tussen de *rule of law* en de *rule of code*', in: B. Aarrass, C.L.G.F.H. Albers & R. Ortlep (red.), *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 49-62.

**Gourdou 1996**

J. Gourdou, *Les conséquences de la Constatation de l'illégalité d'un Acte Administratif par le Juge Administratif* (diss. Université de Pau et des Pays de l'Adour), 1996.

**Grimm 2007**

D. Grimm, 'Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence', *The University of Toronto Law Journal* (57) 2007, p. 383-397.

**Groussot 2006**

X. Groussot, *General Principles of Community Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2006.

**Groussot & Minssen 2007**

X. Groussot & T. Minssen, 'Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality?', *EuConst* (3) 2007, p. 385-417.

**Groothuijse, Landman & Nehmelman 2018**

F.A.G. Groothuijse, K.M. Landman & R. Nehmelman, 'Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?', *NJB* 2018/637, afl. 13, p. 848-855.

**Guyomar & Seiller 2012**

M. Guyomar & B. Seiller, *Contentieux administratif*, Parijs: Dalloz 2012.

**Harbo 2010**

T-I. Harbo, 'The Function of Proportionality Principle in EU Law', *ELJ* (16) 2010, p. 95-252.

**Harbo 2015**

T-I. Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden: Brill Nijhoff 2015.

**Harbo 2017**

T-I. Harbo, 'Introducing Procedural Proportionality Review in European Law', *Leiden Journal of International Law* (30) 2017, p. 25-47.

**Harris e.a. 2018**

D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, *Harris, O'Boyle and Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP 2018.

**Hartley 2017**

T.C. Hartley, *The Foundations of European Union Law: An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Union*, Oxford: OUP 2017.

**Harvey 2017**

D. Harvey, 'Towards Process-Oriented Proportionality Review in the European Union', *European Public Law* (23) 2017, p. 93-121.

**Van der Helm 2020**

J.J. van der Helm, 'Toetsing van het bestuurshandelen in het privaatrecht', in: *Naar een eenvormige(r) toetsing?* (Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog – reeks nr. 1), Oisterwijk: WLP 2022, p. 33-61.

**Hennekens 1987**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Toetsing van verordeningen door administratieve rechters en in Kroonberoep', in: H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.W. IJssink & R.E. de Winter, *De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 11-107.

**Hessels 2018**

J.W.M.M.J. Hessels, *Raad zonder raadgevers? Ambtelijke bijstand en fractieondersteuning na invoering van de Wet dualisering gemeentebestuur* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Van Heusden 2019**

L.A. van Heusden, 'Exceptieve toetsing 2.0', *JBplus* 2019, afl. 2, p. 3-20.

**Van Heusden 2020**

L.A. van Heusden, 'Rechterlijke toetsing van de evidence base van AVV: over het waarom, wanneer en hoe', *NTB* 2020/207, afl. 8, p. 497-503.

**Van Heusden 2021**

L.A. van Heusden, 'Indringender rechterlijke toetsing van AVV. Over de processuele consequenties', *RegelMaat* 2021, afl. 1, p. 38-53.

**Van Heusden 2022**

L.A. van Heusden, *Rechterlijke toetsing van de rationaliteit van algemeen verbindende voorschriften* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2022.

**Van Heusden 2023**

L.A. van Heusden, 'Terugkoppeling aan de bestuurswetgever: uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften', *JBplus* 2023, afl. 2, p. 77-90.

**Hijmans 2014**

H. Hijmans, 'De ongeldigverklaring van de Datarentierichtlijn: een nieuwe stap in de bescherming van de grondrechten door het Hof van Justitie', *NtEr* 2017, afl. 7, p. 245-252.

**Hirsch Ballin 1988**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: B. Baardman e.a. (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 211-237.

**Hirsch Ballin 2015**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak' in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58.

**Hirsch Ballin 2019**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De rol van de wetgever: vijftig jaar verder', in: *De Wetsfiguur. Pre-adviezen Nederlandse Vereniging voor Wetgeving* 2019, Tilburg: WLP 2019, p. 11-43.

**Hirschberg 1981**

L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz 1981.

**Hofmann 2009**

H.C.H. Hofmann, 'Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology meets reality', *ELJ* (15) 2009, p. 482-505.

**Hofmann 2019**

H.C.H. Hofmann, 'The Interdependencies between Delegation, Discretion and the Duty of Care', in: J. Mendes (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford: OUP 2019, p. 220-236.

**Hofmann 2020**

H.C.H. Hofmann, 'The Duty of Care in EU Public Law – A Principle Between Discretion and Proportionality', *REALaw* (13) 2020, p. 87-112.

**Hofmann & Mihaescu 2013**

H.C.H. Hofman & B.C. Mihaescu, 'The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case', *EuConst* (9) 2013, p. 73-101.

**Hoogers 2022**

H.G. Hoogers, 'Kroniek van een aangekondigde revolutie: de hoofdlijnenbrief inzake constitutionele toetsing', *TvCR* 2022, afl. 4, p. 274-294.

**Ten Hoor & Van Achthoven 2023**

E. ten Hoor & P.J.A van Achthoven, 'Beginselen als "rechtstoepassingsventiel": een pleidooi voor toetsing aan algemene rechtsbeginselen', *TvCR* 2023, afl. 3, p. 165-173.

**Houweling 2006**

P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel. Een onderzoek naar de vergunningsvervangende amvb's op het terrein van het milieurecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**Hufen 2019**

F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, München: C.H. Beck 2019.

**Huijbers 2017a**

L.M. Huijbers, 'The European Court of Human Rights' procedural approach in the age of subsidiarity', *Cambridge International Law* (6) 2017, p. 177-201.

**Huijbers 2017b**

L.M. Huijbers, 'Procedural-Type Review: A More Neutral Approach to Human Rights Protection by the European Court of Human Rights?', *European Society of International Law Conference Paper Series* 2017, p. 1-23.



**Huijbers 2019**

L.M. Huijbers, *Process-Based Fundamental Rights Review. Practice, Concept and Theory* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2019.

**Huijbers & Gerards 2016**

L.M. Huijbers & J.H. Gerards, 'Procedurele toetsing', in: R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: WLP 2016, p. 191-211.

**Huisman & Jak 2019**

P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, afl. 5, p. 212-221.

**Huisman & Jak 2021**

P.J. Huisman & N. Jak, 'Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter', *Gst.* 2021/45, afl. 7521, p. 244-260.

**Ilsink 1987**

J.W. Ilsink, 'Een tweetal aspecten van de rechterlijke toetsing van belastingverordeningen', in: H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.W. Ilsink & R.E. de Winter, *De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 109-177.

**Jaarverslag Raad van State 2014**

Raad van State, Jaarverslag 2014, Den Haag 2015, online via: <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/>.

**Jaarverslag Raad van State 2015**

Raad van State, Jaarverslag 2015, Den Haag 2016, online via: <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/>.

**Jaarverslag Raad van State 2016**

Raad van State, Jaarverslag 2016, Den Haag 2017, online via: <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/>.

**Jaarverslag Raad van State 2017**

Raad van State, Jaarverslag 2017, Den Haag 2018, online via: <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/>.

## LITERATUURLIJST

### **Jaarverslag Raad van State 2018**

Raad van State, Jaarverslag 2018, Den Haag 2019, online via: <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/>.

### **Jaarverslag Raad van State 2019**

Raad van State, Jaarverslag 2019, Den Haag 2020, online via: <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/>.

### **Jacobs 1999**

J. Jacobs, 'Recent Development in the Principle of Proportionality in European Community Law', in: E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, London: Hart Publishing 1999, p. 1-22.

### **Jans 2000**

J.H. Jans, 'Evenredigheid Revisited', *SEW* 2000, afl. 7/8, p. 270-282.

### **Jansen & De Jong 2022**

K.J.O. Jansen & E.R. de Jong, 'Rechterlijke toetsing van wetenschappelijke kennis in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2022/2, afl. 1, p. 5-21.

### **Jak & Vermont 2007**

N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de margin of appreciation. De rol van de margin of appreciation in de interne horizontale relatie tussen de rechter, de wetgever en het bestuur', *NJCM-Bulletin* 2007, afl. 2, p. 125-140.

### **Jakobs 1985**

M. Ch. Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Keulen-Berlijn: Heymann 1985.

### **Jobs 2018**

A.T. Jobs, 'Aktuelle Rechtsprechung zum ergänzenden Verfahren zur Behebung von Fehlern in Bebauungsplänen', *LKV* 2018, p. 481-488.

### **De Jong 2017**

T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Julicher 2020**

M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest* (diss. Utrecht), 2020.

**Karayigit 2019**

M.T. Karayigit, 'The Plea of Illegality as a Pillar of the Incidental Review', *EPL* (24) 2019, p. 689-708.

**Kegge 2018**

R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter. Over de veranderende toetsingsintensiteit en de nieuwe terminologie van de Afdeling', *JBplus* 2018, afl. 4, p. 3-19.

**Keus 2018**

L.A.D. Keus, 'De relatie tussen burgerlijke rechter en wetgever', *RegelMaat* 2018, afl. 5, p. 255-273.

**Klatt/Meister 2014**

M. Klatt/M. Meister, 'Der Grundsatz der Verhältnismaßigkeit', *JuS* 2014, p. 193-199.

**Kleinlein 2019**

T. Kleinlein, 'The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution', *International and Comparative Law Quarterly* (68) 2019, p. 91-110.

**Koenraad 2023**

L.M. Koenraad, 'Zwanenzang van een toetsingsverbod. Een beschouwing naar aanleiding van L.A. van Heusden, "Rechterlijke toetsing van de rationaliteit van algemeen verbindende voorschriften"', *NTB* 2023/208, afl. 6, p. 321-327.

**Konijnenbelt 2011**

W. Konijnenbelt, 'Bestuursrechters en bestuursrechtspraak in Frankrijk', *Trema* 2011, afl. 3, p. 96-101.

**Konijnenbelt 2015**

W. Konijnenbelt, 'De gewone rechter en het bestuursrecht in Frankrijk', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 727-744.

## LITERATUURLIJST

### Konijnenbelt 2019

W. Konijnenbelt, 'De Franse Awb-II. De Code des relations entre le public et l'administration', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 499-510.

### Koopmans 1970

T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 221-235.

### Kopp/Schenke 2014

F.O. Kopp/W.R. Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2014.

### De Kort 2020

J.V. de Kort, 'Met het goede belang voor ogen', in: *Ondermijning* (Jonge VAR-reeks 18), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 47-79.

### Kortmann 2006

C.N.J. Kortmann, 'De toren van babel', *RMThemis* 2009, afl. 6, p. 236-253.

### Kortmann 2009

C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

### Kortmann 2020

C.N.J. Kortmann, 'Verlaat de formele rechtskracht via Groningen ons land?', *JBplus* 2020, afl. 1, p. 55-61.

### Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2021

C.A.J.M. Kortmann/P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

### Krajewski 2022

M. Krajewski, 'Judicial and Extra-Judicial Review: The Quest for Epistemic Certainty', in: M. Chamon, A. Volpato & M. Eliantonio (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, Oxford: OUP 2022, p. 273-298.

**Kratochvíl 2011**

J. Kratochvíl, 'The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights* (29) 2011, p. 324-357.

**Krebs 2013**

W. Krebs, 'Baurecht', in: F. Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlin: De Gruyter 2013.

**Lang 2020**

A. Lang, 'Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court', in: M. Kremnitzer, T. Steiner & A. Lang (eds.), *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, p. 22-133.

**De Lange 1991**

R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

**Langer & Sauter 2017**

J. Langer & W. Sauter, 'The Consistency Requirement in EU Law', *Columbia Journal of European Law* (20) 2017, p. 39-74.

**Langer & Sauter 2018**

J. Langer & W. Sauter, 'Het coherentievereiste in het Unierecht', *SEW* 2018, afl. 4, p. 138-148.

**Laninga & Duchateau 2023**

J.M. Laninga & M. Duchateau, "'Niet verdisoncteerdde omstandigheden" en evenredigheidstoetsing van formele wetgeving', *NJB* 2023/1699, afl. 24, p. 1974-1983.

**Lauwaars 1970**

R.H. Lauwaars, *Rechtmatigheid en rechtskracht van gemeenschapsbesluiten* (diss. Leiden), Leiden: Beugelsdijk 1970.

**Lavrysen 2016**

L. Lavrysen, *Human Rights in a Positive State*, Cambridge: Intersentia 2016.

**Leijten 2015**

A.E.M. Leijten, *Core Rights and the Protection of Socio-Economic Interests by the European Court of Human Rights* (diss. Leiden), Leiden: E.M. Meijers instituut voor rechtswetenschappelijk onderzoek 2015.

**Leijten 2017**

A.E.M. Leijten, 'Als het om fundamentele rechten gaat: bestuursrechtelijke toetsing bezien vanuit grondwettelijk perspectief', *TvCR* 2017, afl. 1, p. 49-54.

**Leijten 2020**

A.E.M. Leijten, 'De evolutie van mensenrechten en haar wisselwerking met de trias', *Ars Aequi* oktober 2020 (AA20200901), p. 901-910.

**Leijten 2022**

A.E.M. Leijten, 'Toetsen of niet toetsen, *that's the question*', *JBplus* 2022, afl. 3, p. 99-112.

**Leijten & Loven 2023**

A.E.M. Leijten & C.M.S. Loven, 'Rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechtenbepalingen: daadwerkelijke meerwaarde verlangt meer dan het afschaffen van het toetsingsverbod', in: J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 95-120.

**Leijten & Terwisga 2021**

A.E.M. Leijten & H.E. Terwisga, 'Naar een stabiele positie van de Nederlandse rechter in een veranderend grondrechtenlandschap', *TvCR* 2021, afl. 3, p. 166-188.

**Lenaerts 2012**

K. Lenaerts, 'The European Court of Justice and Process-Oriented Review', *Yearbook of European Law* (31) 2012, p. 3-16.

**Lenaerts e.a. 2014**

K. Lenaerts e.a., *EU Procedural Law*, Oxford: OUP 2014.

**Van Loon 2014**

O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechtelijk perspectief* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

**Loven 2022**

C.M.S. Loven, *Fundamental Rights Violations by Private Actors and the Procedure before the European Court of Human Rights* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2022.

**Lubberdink 1996**

H.G. Lubberdink, *Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften*, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1996.

**Van Maanen & De Lange 2005**

G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005.

**Van Male 1988**

R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

**Van Male 2015**

R.M. van Male, 'Aanvullende rechtsbescherming tegen bestuurswetgeving', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 165-178.

**Van Male 2016**

R.M. Van Male, 'Bestuursrechter is meest gerede rechter voor de toetsing van bestuurswetgeving', *NTB* 2016/15, afl. 5, p. 127-129.

**Van Male 2022**

R.M. van Male, 'Landbouwwliegers. Onrechtmatige regelgeving', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 147-173.

**Marsch 2023**

N. Marsch, '§ 43. Feststellungsklage', in: F. Schoch & J-P. Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht VwGO. Kommentar*, München: C.H. Beck 2023, rn. 1-58.

**Marsch & Tünsmeier 2016**

N. Marsch & V. Tünsmeier, 'The Principle of Proportionality in German Administrative Law', in: S.H. Ranchordás & B.W.N. de Waard (eds.), *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A comparative study*, London-New York: Routledge 2015, p. 13-42.

**Marseille e.a. 2023**

A.T. Marseille e.a., 'Kleine Gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb', *NJB* 2023/819, afl. 12, p. 908-919.

**Maurer & Waldhoff 2020**

H. Maurer & C. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München: C.H. Beck 2020.

**Meijerman 2018**

V.L. Meijerman, 'Toetsing aan grondrechten en fundamentele rechten: een zaak van uitsluitend politiek?', *MBB* 2018/4-3.

**Mendes 2016**

J. Mendes, 'Discretion, Care and Public Interests in the EU Administration: Probing The Limits of Law', *CMLRev* (53) 2016, p. 419-452.

**Merkel 2012**

M. Merkel, *Die Gerichtskontrolle der Abwägung im Bauplanungsrecht, insbesondere nach der Neuregelung der §§ 2 III und 214 BauGB durch das EAG Bau* (diss. Konstanz), Berlin: Duncker & Humblot 2012.

**Meßerschmidt 2012**

K. Meßerschmidt, 'The Race to Rationality Review and the Score of the German Federal Constitutional Court', *Legisprudence* (6) 2012, p. 347-378.

**Meßerschmidt 2013**

K. Meßerschmidt, 'The Good Shepherd of Karlsruhe: The "Hartz IV" decision – A good example of regulatory review by the German Federal Constitutional Court?', in: P. Popelier, A. Mazmanyan & W. Vandenbruwaene (eds.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Antwerpen: Intersentia 2013.

**Meßerschmidt 2016a**

K. Meßerschmidt, 'Evidence-based review of legislation in Germany', *The Theory and Practice of Legislation* (4) 2016, p. 209-235.

**Meßerschmidt 2016b**

K. Meßerschmidt, 'The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies?', in: K. Meßerschmidt & A.D. Oliver-Lalana (eds.), *Rational Lawmaking under Review*, Zwitserland: Springer 2016, p. 373-403.



**Meßerschmidt 2016c**

K. Meßerschmidt, 'Rechtsverordnungen: Rechtmäßigkeit und Rechtsschutz', *Juristische Ausbildung* (7) 2016, p. 747-761.

**Meurs 2012**

C. Meurs, *Normenhierarchien im europäischen Sekundärrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012.

**Meuwese 2014**

A.C.M. Meuwese, 'Regels over regelgeving', in: B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht – 75 jaar VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 99-106.

**Michaelis 2021**

L.A. Michaelis, 'Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Gebrauchsanweisung für die Waage der Justitia', *JA* 2021, afl. 7, p. 573-579.

**Mihaescu Evans 2015**

B.C. Mihaescu Evans, *The right to good administration at the crossroads of the various sources of fundamental rights in the EU integrated administrative system* (diss. Luxemburg), Luxemburg: Nomos 2015.

**Mok & Tjittes 1995**

M.R. Mok en R.P.J.L. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid', *RMThemis* 1995, p. 383-404.

**Möllers 2020**

C. Möllers, 'Legality, Legitimacy, and Legitimation of the Federal Constitutional Court', in: M. Jestaedt e.a., *The German Federal Constitutional Court. The Court Without Limits*, Oxford: OUP 2020, p. 131-196.

**De Moor-van Vugt 1995**

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. Tilburg), Tilburg: Schoordijk Instituut 1995.

**De Moor-van Vugt 2012**

A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Administrative sanctions in EU law', *REALaw* (5) 2012, p. 5-41.

## LITERATUURLIJST

### Nieuwenhuis 2014

A.J. Nieuwenhuis, 'Pressing social need: op zoek naar het dringende karakter van de maatschappelijke behoefte', *NTM/NJCM-Bulletin* 2014, afl. 1, p. 7-23.

### Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2014

A.J. Nieuwenhuis, M. den Heijer & A.W. Hins, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014.

### Nehl 2019

H.P. Nehl, 'Judicial Review of Complex Socio-Economic, Technical, and Scientific Assessments in the European Union', in: J. Mendes (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford: OUP 2019, p. 157-197.

### Nehmelman 2015

R. Nehmelman, *De Staat achter de dijken* (oratie Utrecht), 2015.

### Nussberger 2017

A. Nussberger, 'Procedural Review by the ECHR: View from the Court', in: J.H. Gerards & E. Brems (eds.), *Procedural Review in Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 161-176.

### Oerlemans, Hagens & Royer 2021

J.J. Oerlemans, M. Hagens & S. Royer, 'Tijd voor een nieuwe bewaarplicht?', *Computerrecht* 2021/59, afl. 2, p. 151-159.

### Oderkerk 2015

M. Oderkerk, 'The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research. Sense and Nonsense of "Methodological Pluralism" in Comparative Law', *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (79) 2015, p. 589-623.

### Van Ooik 2013

R.H. van Ooik, 'Evenredigheid in het EU-recht', *RegelMaat* 2013, afl. 3, p. 166-182.

### Van Ommeren 2003

F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 7-22.

**Van Ommeren 2015**

F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 451-468.

**Van Ommeren 2021**

F.J. van Ommeren, annotatie onder HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, AB 2021/343.

**Opdebeek & Somer 2016**

I. Opdebeek & S. de Somer, 'The Duty to Give Reasons in the European Legal Area: a Mechanism for Transparent and Accountable Administrative Decision-Making? A Comparison of Belgian, Dutch, French and EU Administrative Law', *Rocznik Administracji Publicznej* 2016, afl. 2, p. 97-148.

**Ortlep 2008**

R. Ortlep, 'Veronderstelde aantasting en het in de regel uitsluiten van overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2008/103, afl. 7, p. 246-258.

**Ortlep 2011**

R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011.

**Ortlep 2020a**

R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht* (oratie OU), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

**Ortlep 2020b**

R. Ortlep, 'Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen', *JBplus* 2020, afl. 4, p. 23-40.

**Ortlep 2022a**

R. Ortlep, 'Wat behoort de rechter naar zijn beste vermogen te doen?', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 3-30.

**Ortlep 2022b**

R. Ortlep, 'Maxis en Praxis. Rechterlijke toetsing van beleids- en beoordelingsruimte', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, 317-334.

**Ortlep 2022c**

R. Ortlep, 'Terugwerkende kracht salarisverlaging. Rechtszekerheidsbeginsel: het ontstaat en de ontwikkeling van de beginselen van behoorlijk bestuur', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 31-53.

**Ortlep & Willemsen 2007**

R. Ortlep & P.A. Willemsen, 'Gezag van gewijsde in het bestuursrecht', *NTB* 2007, 39, p. 298-306.

**Ortlep & Widdershoven 2017**

R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbescherming', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 327-431.

**Ortlep & Van Zanten 2021**

R. Ortlep & M. van Zanten, 'De Purmerend-zaak: de leer van de formele rechtskracht in ketenbesluitvorming', *JBplus* 2021, afl. 4, p. 198-210.

**Ortlep & Zorg 2018**

R. Ortlep & W.S. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', *Ars Aequi* januari 2018 (AA20180020), p. 20-25.

**Ossenbühl 1986**

F. Ossenbühl, 'Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen', *NJW* 1986, p. 2805-2812.

**Ossenbühl 2007**

F. Ossenbühl, 'Gesetz und Recht', in: J. Isensee & P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band V*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2007.

**Pacteau 2008**

B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, Paris: Presses universitaires de France 2008.

**Panzer/Schoch 2023**

N. Panzer/F. Schoch, '§ 47. Sachliche Zuständigkeit des OVG bei der Normenkontrolle', in: F. Schoch & J-P. Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht VwGO. Kommentar*, München: C.H. Beck 2023, rn. 1-186.

**Passchier & Voermans 2021**

R. Passchier & W.J.M. Voermans, 'The Administrative State en de noodzaak van constitutioneel onderhoud', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het recht. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 383-399.

**Pauwels 2009**

M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen. Een rechts theoretisch en positiefrechtelijk onderzoek naar een methode voor vorming van wettelijk overgangsrecht in het belastingrecht* (diss. Tilburg), Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009.

**Peiser 2014**

G. Peiser, *Contentieux administratif*, Paris: Dalloz 2014.

**Perroud 2019**

T. Perroud, 'Constitutional Structure and Basic Characteristics of the Legal Systems Examined', in: M. Eliantonio & C.W. Backes (eds.), *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 1-51.

**Petersen 2015a**

N. Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.

**Petersen 2015b**

N. Petersen, 'Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court', *Global Constitutionalism* (4) 2015, p. 49-80.

**Pietzner 2023**

R. Pietzner, '§ 183. Nichtigkeit von Landesrecht', in: F. Schoch & J-P. Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht VwGO. Kommentar*, München: C.H. Beck 2023, rn. 1-63.

## LITERATUURLIJST

### Polak 1987

J.E.M. Polak, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving. Pre-adviezen Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1, tweede stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 101-194.

### Polak 1999

J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999.

### Polak 2016

J.E.M. Polak, 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.

### Polak 2019

J.E.M. Polak, 'De toekomst van de formele rechtskracht. Een inleidende beschouwing', in: *De toekomst van de formele rechtskracht* (VAR-reeks 162), Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 7-70.

### Polak & Vermeulen 2023

J.E.M. Polak & B.P. Vermeulen, 'Nieuw elan bij terugkoppeling door de bestuursrechter', *JBplus* 2023, afl. 4, p. 178-181.

### De Poorter 2003

J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

### De Poorter 2019

J.C.A. de Poorter, 'A Future Perspective on Judicial Review of Generally Binding Regulations in the Netherlands: Towards a Substantive Three-Step Proportionality Test?', in: J.C.A. de Poorter, E.M.H. Hirsch Ballin & S. Lavrijssen (red.), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag: T.M.C.Asser Press/Springer 2019, p. 83-102.

### De Poorter 2021

J.C.A. de Poorter, 'Ongekend onrecht in de kinderopvangtoeslag en de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', *JBplus* 2021, afl. 2, p. 12-23.

**De Poorter & Çapkurt 2017**

J.C.A. de Poorter & F. Çapkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften', *NTB* 2017/10, afl. 3, p. 84-95.

**Popelier 2013**

P. Popelier, 'The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case Law of the European Court of Human Rights', in: P. Popelier, A. Mazmanyanyan & W. Vandenbruwaene (eds.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Antwerpen: Intersentia 2013, p. 249-267.

**Popelier 2019**

P. Popelier, 'Procedural Rationality Review after *Animal Defenders International*: A Constructively Critical Approach', *EuConst* (15) 2019, p. 272-293.

**Popelier & Van de Heyning 2013**

P. Popelier & C. van de Heyning, 'Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis', *EuConst* (9) 2013, p. 230-262.

**Popelier & Van de Heyning 2017**

P. Popelier & Van de Heyning, 'Subsidiarity Post-Brighton: Procedural Rationality as Answer?', *Leiden Journal of International Law* (30) 2017, p. 5-23.

**Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014**

D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

**Prechal 2008**

S. Prechal, 'Free Movement and Procedural Requirements: Proportionality Reconsidered', *Legal Issues of Economic Integration* (35) 2008, p. 201-216.

**Prechal 2017**

S. Prechal, 'Europeanisering van het nationale bestuursrecht in hoofdlijnen', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 35-62.

**Prechal 2022**

S. Prechal, 'Article 19 TEU and national courts: A new role for the principle of effective judicial protection?', REALaw blog, 29 november 2022.

**Prechal & Widdershoven 2017**

S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Inleiding', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 1-34.

**Pünder 2009**

H. Pünder, 'Democratic Legitimation of Delegated Legislation – A Comparative View on the American, British and German Law', *International and Comparative Law Quarterly* (58) 2009, p. 353-378.

**Pünder 2013**

H. Pünder, 'German Administrative Procedure in a Comparative Perspective: Observations on the Path to a Transnational Ius Commune Proceduralis in Administrative Law', *International Journal of Constitutional Law* (11) 2013, p. 940-961.

**Ranchordás 2018**

S.H. Ranchordás, 'Experimentwetgeving: pad naar innovatie of de democratische rechtsstaat onder druk?', in: *Experimenteerwetgeving. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2018*, Tilburg: WLP 2018, p. 17-61.

**Reneman 2019**

A.M. Reneman, 'Unierechtelijke grenzen aan formele rechtskracht', in: *De toekomst van de formele rechtskracht* (VAR-reeks 162), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 203-274.

**Rieckhoff 2007**

H. Rieckhoff, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

**Van Rijn 1978**

T.P.J.N. van Rijn, *Exceptie van onwettigheid en prejudiciële procedure inzake geldigheid van gemeenschapshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

**ROB 2020a**

Raad voor het Openbaar Bestuur, *Een sterkere rechtsstaat. Verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving*, 's-Gravenzande: Van Deventer 2020.

**ROB 2020b**

Raad voor het Openbaar Bestuur, *Goede ondersteuning, sterke democratie. Over de ondersteuning van decentrale volksvertegenwoordigingen*, 2020, online via: <https://www.rob.nl>



raadopenbaarbestuur.nl/documenten/publicaties/2020/11/05/goede-ondersteuning-sterke-democratie.

**ROB 2021**

Raad voor het Openbaar Bestuur, *Briefadvies Ondersteuning Tweede kamer*, 4 november 2021, online via: <https://www.raadopenbaarbestuur.nl/documenten/publicaties/2021/11/4/ondersteuning-tweede-kamer>.

**Rose-Ackerman, Egidy & Fowkes 2015**

S. Rose-Ackerman, S. Egidy & J. Fowkes, *Due Process of Lawmaking. The United States, South Africa, Germany and the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

**Roosendaal 1998**

B.J.P.G. Roosendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998.

**Roosendaal 2019**

B.J.P.G. Roosendaal, 'De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad aardbevingsschade Groningen. De formele rechtskracht op de helling?', *O&A* 2019/58, p. 117-123.

**Sanderink 2021**

D. Sanderink, 'Bestuursrechter schiet op meer fronten tekort', *Advocatenblad* maart 2021, online via: <https://www.advocatenblad.nl/2021/03/23/bestuursrechter-schiet-op-meer-fronten-tekort/>.

**Sanderink & Schlössels 2019**

D.G.J. Sanderink & R.J.N. Schlössels, 'Slaat de Hoge Raad nieuwe bressen in het bastion van de formele rechtskracht?', *NJB* 2019/43, p. 3224-3230.

**Sanders 2018**

T.N. Sanders, *Invordering door de overheid: de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018.

**Sanders 2019**

T.N. Sanders, 'Liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid? De formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming in het bestuursrecht', in: *De toekomst van de formele rechtskracht* (VAR-reeks 162), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 71-134.

## LITERATUURLIJST

### Sauter 2013

W. Sauter, 'Proportionality in EU Law: A Balancing Act?', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (15) 2013, p. 439-466.

### Scheltema 2015

M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?', *NTB* 2015/37, afl. 9, p. 287-289.

### Scheltema 2016

M. Scheltema, 'De burger in de rechtsstaat: Alice in Wonderland?', *NTB* 2016/33, afl. 8, p. 267-270.

### Scheltema 2019

M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, afl. 6, p. 246-253.

### Scheltema 2020

M. Scheltema, *Een wet van Meden en Perzen*, preadvies 2020 voor de Vereniging voor Wetgeving, online via: <https://www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl>.

### Scheltema 2021

M. Scheltema, 'Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten? Bouwstenen voor een meer burgervriendelijk bestuursrecht', *Ars Aequi* september 2021 (AA20210809), p. 809-820.

### Scheltema & Lubberdink 2021

M. Scheltema & H.G. Lubberdink, 'Dura lex, sed lex?', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 451-464.

### Van Schendelen 1976

M.C.P.M. van Schendelen, *Terugtrek van de wetgever*, Groningen: Tjeenk Willink 1976.

### Schenke 2016

W-R. Schenke, 'Altes und Neues zum Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen', *NVwZ* (35) 2016, p. 720-729.

**Schenke 2017**

W.-R. Schenke, 'Rechtsschutz bei normativem Unrecht', *NJW* (70) 2017, p. 1062-1068.

**Schermers 1977**

H.G. Schermers, 'Procedures over ongeldige gemeenschapsnormen. Rechtsbescherming en schadevergoeding', *SEW* 1977, p. 587-605.

**Schlössels 2004**

R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 13-43.

**Schlössels 2010**

R.J.N. Schlössels, 'Het Duitse Verwaltungsverfahrensgesetz en de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 869-888.

**Schlössels 2022**

R.J.N. Schlössels, 'De toetsing van beleidsruimte en het evenredigheidsbeginsel: een nieuwe horizon?', *JBplus* 2022, afl. 2, p. 43-58.

**Schlössels & Albers 2023**

R.J.N. Schlössels & C.L.G.F.H. Albers, 'Over rechtspolitieke vloedgolven, maatwerk en verbouwingen aan de Algemene wet bestuursrecht', *JBplus* 2013, afl. 2, p. 102-114.

**Schlössels & Frins 2022**

R.J.N. Schlössels & R.H.W. Frins, 'Kamino en Datema. Recht op behoorlijk bestuur', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 633-648.

**Schlössels & Zijlstra 2017**

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Schnelle 2007**

S. Schnelle, *Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen* (diss. Göttingen), München: Vahlen 2007.

## LITERATUURLIJST

### Schoch 2022

F. Schoch, '§ 51. Wiederaufgreifen des Verfahrens', in: F. Schoch & J-P. Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht VwVfG. Kommentar*, München: C.H. Beck 2022, rn. 1-115.

### Schreuder-Vlasblom 2017

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

### Schueler 1998

B.J. Schueler, 'Schadevergoeding voor ambtenaren onder de Awb', *Tijdschrift voor ambtenarenrecht* 1998, p. 325-341.

### Schueler 2015

B.J. Schueler, 'De verschuivende functies van de Awb', *RegelMaat* 2015, afl. 6, p. 422-436.

### Schueler e.a. 2007

B.J. Schueler e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter* (Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

### Schutgens 2006

R.J.B. Schutgens, 'Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging', *RMThemis* 2006, afl. 3, p. 96-105.

### Schutgens 2009

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

### Schutgens 2017

R.J.B. Schutgens, 'Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien', in: *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 95-143.

### Schutgens 2018

R.J.B. Schutgens, in: *Algemene regels in het bestuursrecht. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 19 mei 2017* (VAR-reeks 159), Den Haag: Boom juridisch 2018.

### Schutgens 2022

R.J.B. Schutgens, 'Art. 120 Gw: schrappen volstaat. Enige bedenkingen bij het instellen van een constitutioneel hof in Nederland', *RMThemis* 2022, afl. 3, p. 81-84.

**Schutgens e.a. (red.) 2022**

R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

**Schuurmans, Leijten & Esser 2020**

Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten en J.E. Esser, *Bestuursrecht op maat*, Leiden: Universiteit Leiden 2020.

**Schuurmans & Voermans 2010**

Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermee!', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 809-831.

**Schwarze 2006**

J. Schwarze, *European Administrative Law*, London: Sweet and Maxwell 2006.

**Seiller 1995**

B. Seiller, *L'exception d'illégalité des actes administratifs* (diss. Université Paris-Panthéon-Assas), 1995.

**Seiller 2015**

B. Seiller, 'Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique', *Ius Publicum* 2015, nr. 2, p. 1-50.

**Sillen 2010**

J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

**Sillen 2018**

J.J.J. Sillen, 'Over onverbindende, nietige en herlevende verordeningen', *Gst.* 2018/130, afl. 7477, p. 677-679.

**Sinaniotis 2001**

D. Sinaniotis, 'The Plea of Illegality in EC Law', *EPL* (7) 2001, p. 103-125.

**Spano 2014**

R. Spano, 'Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity', *Human Rights Law Review* (14) 2014, p. 487-502.

## LITERATUURLIJST

### **Spano 2018**

R. Spano, 'The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law', *Human Rights Law Review* (18) 2018, p. 473-494.

### **Staatscommissie parlementair stelsel 2018**

Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage dijken, hoge drempels: Democratie en rechtsstaat in balans*, Eindrapport, Amsterdam: Boom 2018.

### **Struycken 1910**

A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem: Gouda Quint 1910.

### **Stüer 2017**

D. Stüer, 'Absolute, zur Nichtigkeit eines städtebaulichen Plans führende Rechtsverstöße', in: W. Spannowsky & A. Hofmeister (Hrsg.), *Rechtsverstöße bei städtebaulichen Planungen: Beachtlichkeit, Heilung und Nichtigkeit*, Berlin: Lexxion 2017, p. 39-62.

### **Theunis 2011**

J. Theunis, *De exceptie van onwettigheid* (diss. Hasselt), Brugge: die Keure 2011.

### **Tjepkema 2010**

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

### **Tridimas 2006**

T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: OUP 2006.

### **Untermaier-Kerléo 2019**

E. Untermaier-Kerléo, 'La motivation des décisions réglementaires et d'espèce en droit administratif français', *CRDF* 2019, p. 21-30.

### **Uzman 2013**

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

**Uzman 2021**

J. Uzman, “‘Which in our case we have got not.’ Naar een nationaal beginsel van effectieve rechtsbescherming?’, in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 255-269.

**Uzman 2022**

J. Uzman, ‘Twee rechts, één averechts? De conclusie van A-G Snijders over het toetsingsverbod en het evenredigheidsbeginsel in de optocht van de tijd’, *O&A* 2022/59, afl. 3, p. 124-127.

**Verbeek 2023**

J.L. Verbeek, ‘Op weg met evenredigheid. De toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht: een stand van zaken’, *JBplus* 2023, afl. 4, p. 160-177.

**Verhey & Aal 2017**

L.F.M. Verhey & C.S. Aal, ‘Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning’, *RegelMaat* 2017, afl. 4, p. 241-268.

**Verhoeven 2011**

M.J.M. Verhoeven, *The Costanzo Obligation. The Obligations of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2011.

**Vetzo 2022**

M.J. Vetzo, ‘Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toeslagenschandaal’, *Ars Aequi* novemer 2022 (AA20220912), p. 912-919.

**Voermans 2004**

W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

**Voermans 2011**

W.J.M. Voermans, ‘Legaliteit als middel tot een doel’, in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie – Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging*, Deventer: Kluwer 2011, p. 1-101.

## LITERATUURLIJST

### Voermans 2017

W.J.M. Voermans, 'Besturen met de regels, volgens de regel', in: *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 7-94.

### Voermans & Gerards 2011

W.J.M. Voermans & J.H. Gerards (met medewerking van M.L. van Emmerik & H.-M.Th.D. ten Napel), *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip "rechtsstaat" in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011.

### Vogt 2006

M. Vogt, 'Indirect Judicial Protection in EC law – The Case of the Plea of Illegality', *ELRev* (31) 2006, p. 364-377.

### Vranken 2014

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel\*\*\*\*. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

### Waldhoff 2016

C. Waldhoff, 'On Constitutional Duties to Give Reasons for Legislative Acts', in: K. Meßerschmidt & A.D. Oliver-Lalana (eds.), *Rational Lawmaking under Review*, Zwitserland: Springer 2016, p. 129-151.

### Walline 2014

J. Walline, *Droit administratif*, Parijs: Dalloz 2014.

### Weiss 2015

W. Weiss, 'The EU Human Rights Regime Post Lisbon: Turning the CJEU into a Human Rights Court?', in: S. Morano-Foadi & L. Vickers, *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts*, Oxford: Hart Publishing 2015, p. 69-90.

### Wenders 2010

D.W.M. Wenders, *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010.

### Van de Weyer 2019

P-J Van de Weyer, *Vereiste van volle rechtsmacht in de zin van art. 6 EVRM in bestuursrechtelijke geschillen* (diss. Leuven) 2019.



**Widdershoven 1989**

R.J.G.M. Widdershoven, *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

**Widdershoven 2011**

R.J.G.M. Widdershoven, 'Het beginsel van effectieve rechtsbescherming', in: A. van den Brink, S.A. de Vries & M.P.A. Dekoninck (red.), *Beginselen bouwen burgerschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 103-144.

**Widdershoven 2017**

R.J.G.M. Widdershoven, 'Een ervaring als staatsraad advocaat-generaal: op zoek naar een rechtsbeginsel', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 87-101.

**Widdershoven 2018**

R.J.G.M. Widdershoven, 'Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht', *NTB* 2018/30, afl. 5, p. 188-190.

**Widdershoven 2019**

R.J.G.M. Widdershoven, 'The European Court of Justice and the Standard of Judicial Review', in: J.C.A. de Poorter, E.M.H. Hirsch Ballin, S. Lavrijsen (red.), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Den Haag: Asser Press 2019, p. 39-62.

**Widdershoven 2023**

R.J.G.M. Widdershoven, 'Recht op een eerlijk proces: overbodige toevoeging of revolutionaire potentie?', in: J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 203-224.

**Widdershoven e.a. 1991**

R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Bestuursrechtspraak in milieugeschillen. Evaluatie van de Tijdelijke wet kroongeschillen op het gebied van het milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

**Widdershoven & Van Zanten 2021**

R.J.G.M. Widdershoven & M. van Zanten, 'De olievlekwerking van de Dienstenrichtlijn: naar een evenredigheidsbeginsel à l'Européenne?', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Vrienden-*

## LITERATUURLIJST

*bundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 241-255.

### **Van Wijk 1959**

H.D. van Wijk, *Voortgaande terugred* (oratie Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: Samsom 1959 (tevens opgenomen in: *Besturen met recht*, Den Haag: VNG 1974, p. 99-115).

### **Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014**

H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

### **Willemsen 2005**

P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijke beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005.

### **De Winter 1987**

R.E. de Winter, 'Toetsing van gemeentelijke verordeningen door de strafkamer van de Hoge Raad', in: H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.W. IJssink & R.E. de Winter, *De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 179-266.

### **WRR 2002**

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

### **Van Zanten 2022**

M. van Zanten, 'Het "hernieuwd" exceptief toetsen van algemeen verbindende voorschriften. Naar een meer verfijnde toepassing van het evenredigheidsbeginsel', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 111-136.

### **Van Zanten & Widdershoven 2019**

M. van Zanten & R.J.G.M. Widdershoven, 'Het evenredigheidsbeginsel en procedurele toetsing: lessen uit Luxemburg', in: A.W.G.J. Buijze, P.M. Langbroek & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Goed bestuur in perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 239-250.

**Zijlstra (red.) 2012**

S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.



# JURISPRUDENTIELIJST

## EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

- EHRM 23 juli 1968, nr. 1474/62, ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462 (*Belgische Taalzaak*).
- EHRM 21 februari 1975, ECLI:NL:XX:1975:AB5466 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071 (*Engel e.a./Nederland*).
- EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971 (*Klass/Duitsland*).
- EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973 (*Airey/Ierland*).
- EHRM 23 juni 1981, nrs. 6878/75 en 7238/75, ECLI:CE:ECHR:1981:0623JUD000687875 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere/België*).
- EHRM 23 september 1982, nrs. 7151/75 en 7152/75, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*).
- EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79, ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD000854479 (*Öztürk/Duitsland*).
- EHRM 23 oktober 1985, nr. 8848/80, ECLI:CE:ECHR:1985:1023JUD000884880 (*Ben-them/Nederland*).
- EHRM 21 februari 1986, nr. 8793/79, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 7 juli 1989, nr. 14023/88, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88, ECLI:CE:ECHR:1991:1126JUD001358588 (*Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 30 oktober 1991, nrs. 13163/87 e.v. (*Vilvarajah e.a./Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 9 februari 1995, nr. 16616/90, ECLI:CE:ECHR:1995:0209JUD001661690 (*Vereniging Weekblad Bluf!/Nederland*).
- EHRM 23 oktober 1995, nr. 15523/89, ECLI:CE:ECHR:1995:1023JUD001552389 (*Schmautzer/Oostenrijk*).
- EHRM 22 november 1995, nr. 19178/91, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD001917891 (*Bryan/Verenigd Koninkrijk*).

- EHRM 17 december 1996, nr. 20641/92, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD002064192 (*Terra Woningen B.V./Nederland*).
- EHRM 27 september 1999, nrs. 33985/96 en 33986/96, ECLI:CE:ECHR:1999:0927JUD003398596 (*Smith en Grady/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM (GK) 26 oktober 2000, nr. 30210/96, ECLI:NL:XX:2000:AD5181 (*Kudla/Polen*).
- EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297 (*Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0518JUD005814800 (*Éditions Plon/Frankrijk*).
- EHRM 16 november 2004, nr. 4143/02, ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD000414302 (*Moreno Gómez/Spanje*).
- EHRM 6 oktober 2005, nr. 11810/03, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003 (*Maurice/Frankrijk*).
- EHRM 6 oktober 2005, nr. 74025/01, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD007402501 (*Hirst/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 8 juni 2006, nr. 75529/01, ECLI:NL:XX:2006:AY5760 (*Sürmeli/Duitsland*).
- EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (*S & Marper/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505 (*A. e.a./Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 10 februari 2011, nr. 4663/05, ECLI:CE:ECHR:2011:0210JUD000466305 (*Soltysyak/Rusland*).
- EHRM 7 februari 2012, nrs. 40660/08 en 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 (*Von Hannover (Nr. 2)/Duitsland*).
- EHRM 8 februari 2012, nrs. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0228JUD001742305 (*Kolyadenko e.a./Rusland*).
- EHRM 14 februari 2012, nr. 31965/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0214JUD003196507 (*Hardy en Maile/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD002333809 (*Kautzor/Duitsland*).
- EHRM 22 maart 2012, nr. 45071/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD004507109 (*Ahrens/Duitsland*).
- EHRM 10 juli 2012, nr. 60444/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD006044408 (*Kayak/Turkije*).
- EHRM 19 februari 2013, nr. 19010/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007 (*X. e.a./Oostenrijk*).

- EHRM 22 april 2013, nr. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 8 december 2016, nrs. 7949/11 en 45522/13, ECLI:CE:ECHR:2016:1208JUD000794911 (*L.D. en P.K./Bulgarije*).
- EHRM (GK) 5 april 2018, nr. 40160/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0405JUD004016012 (*Zubac/Kroatië*).
- EHRM 13 oktober 2020, nr. 32495/15, ECLI:CE:ECHR:2020:1013JUD003249515 (*Koychev/Bulgarije*).
- EHRM 15 maart 2021, nrs. 25802/18 en 27338/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002580218 (*Strøbeye en Rosenlind/Denemarken*).
- EHRM 15 maart 2022, nr. 21881/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD002188120 (*Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*).

#### HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

- HvJ 21 maart 1955, zaak 6/54, ECLI:EU:C:1955:5 (*Nederland/Hoge Autoriteit*).
- HvJ 12 juni 1958, C-15/57, ECLI:EU:C:1958:6 (*Compagnie des hauts fourneaux de Chasse/Hoge Autoriteit*).
- HvJ 13 juni 1958, C-9/56, ECLI:EU:C:1958:7 (*Meroni/Hoge Autoriteit*).
- HvJ 14 december 1962, gevoegde zaken C-31/62 en C-33/62, ECLI:EU:C:1962:49 (*Wöhrmann*).
- HvJ 15 juli 1963, C-25/62, ECLI:EU:C:1963:17 (*Plaumann*).
- HvJ 13 juli 1966, C-32/65, ECLI:EU:C:1966:42 (*Italië/Raad*).
- HvJ 17 december 1970, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*).
- HvJ 7 juni 1972, C-20/71, ECLI:EU:C:1972:48 (*Sabbatini*).
- HvJ 7 juni 1972, C-32/71, ECLI:EU:C:1972:49 (*Bauduin*).
- HvJ 12 december 1972, gevoegde zaken 21 t/m 24/72, ECLI:EU:C:1972:115 (*International Fruit Company e.a.*).
- HvJ 21 februari 1974, gevoegde zaken C-15/73–C-33/73, C-52/73, C-53/73, C-57/73–C-109/73, C-116/73, C-117/73, C-123/73, C-132/73 en C-135/73–C-137/73 ECLI:EU:C:1974:16 (*Kortner e.a.*).
- HvJ 25 januari 1979, C-98/78, ECLI:EU:C:1979:14 (*Racke*).
- HvJ 25 januari 1979, C-99/78, ECLI:EU:C:1979:15 (*Decker*).
- HvJ 6 maart 1979, C-92/78, ECLI:EU:C:1979:53 (*Simmenthal*).
- HvJ 26 november 1981, C-195/80, ECLI:EU:C:1981:284 (*Michel/Parlement*).
- HvJ 30 september 1982, C-108/81, ECLI:EU:C:1982:322 (*Amylum*).
- HvJ 30 september 1982, C-110/81, ECLI:EU:C:1982:323 (*Roquette Frères*).

- HvJ 30 september 1982, C-114/81, ECLI:EU:C:1982:324 (*Tunnel Refineries*).
- HvJ 27 september 1983, C-216/82, ECLI:EU:C:1983:248 (*Universität Hamburg*).
- HvJ 14 december 1983, C-263/82, ECLI:EU:C:1983:373 (*Klöckner-Werke/Commissie*).
- HvJ 21 februari 1984, gevoegde zaken C-239/82 en C-275/82, ECLI:EU:C:1984:68 (*Allied Corporation e.a./Commissie*).
- HvJ 17 mei 1984, C-15/83, ECLI:EU:C:1984:183 (*Denkavit/Nederland*).
- HvJ 27 februari 1985, C-112/83, ECLI:EU:C:1985:86 (*Produits de Maïs*).
- HvJ 23 april 1986, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166 (*Les Verts/Parlement*).
- HvJ 15 mei 1986, zaak 222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*).
- HvJ 15 oktober 1987, C-222/86, ECLI:EU:C:1987:442 (*Heylens*).
- HvJ 22 oktober 1987, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*).
- HvJ 23 februari 1988, C-68/86, ECLI:EU:C:1988:85 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*).
- HvJ 13 mei 1989, C-66/80, ECLI:EU:C:1981:102 (*International Chemical Corporation*).
- HvJ 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*).
- HvJ 20 juni 1991, C-248/89, ECLI:EU:C:1991:264 (*Cargill*).
- HvJ 11 juli 1991, C-386/89, ECLI:EU:C:1991:307 (*Crispoltoni*).
- HvJ 21 november 1991, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438 (*TU München*).
- HvJ 27 oktober 1992, C-74/91, ECLI:EU:C:1992:409 (*Commissie/Duitsland*).
- HvJ 16 december 1992, C-169/91, ECLI:EU:C:1992:519 (*Stoke-on-Trent*).
- HvJ 1 april 1993, gevoegde zaken C-260/91 en C-261/91, ECLI:EU:C:1993:493 (*Divers-inte*).
- HvJ 9 maart 1994, C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 (*Textilwerke Deggendorf*).
- HvJ 26 april 1994, C-228/92, ECLI:EU:C:1994:168 (*Roquette Frères*).
- HvJ 1 juni 1994, C-317/92, ECLI:EU:C:1994:212 (*Commissie/Duitsland*).
- HvJ 15 juni 1994, C-137/92 P, ECLI:EU:C:1994:247 (*BASF*).
- HvJ 30 januari 1997, C-178/95, ECLI:EU:C:1997:46 (*Wiljo*).
- HvJ 26 juni 1997, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 (*Familiapress*).
- HvJ 11 november 1997, C-408/95, ECLI:EU:C:1997:532 (*Eurotunnel*).
- HvJ 2 april 1998, C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154 (*Commissie/Sytraval en Brink's France*).
- HvJ 21 januari 1999, C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14 (*Upjohn*).
- HvJ 14 september 1999, C-310/97 P, ECLI:EU:C:1999:407 (*AssiDomän Kraft*).
- HvJ 5 oktober 2000, C-434/98 P, ECLI:EU:C:2000:546 (*Busacca*).
- HvJ 16 november 2000, C-291/98 P, ECLI:EU:C:2000:631 (*Sarrió/Commissie*).
- HvJ 15 februari 2001, C-239/99, ECLI:EU:C:2001:101 (*Nachi Europe*).
- HvJ 8 maart 2001, C-405/98, ECLI:EU:C:2001:135 (*Gourmet*).
- HvJ 12 juli 2001, C-189/01, ECLI:EU:C:2001:420 (*Jippes*).



- HvJ 25 juli 2002, C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462 (*Unión de Pequeños Agricultores/Raad*).
- HvJ 19 september 2002, C-113/00, ECLI:EU:C:2002:507 (*Spanje/Commissie*).
- HvJ 10 december 2002, C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741 (*British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco*).
- HvJ 10 april 2003, C-276/01, ECLI:EU:C:2003:228 (*Steffensen*).
- HvJ 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*).
- HvJ 1 april 2004, C-263/02, ECLI:EU:C:2004:210 (*Commissie/Jégo-Quéré*).
- HvJ 15 juli 2004, C-459/02, ECLI:EU:C:2004:454 (*Gerekens*).
- HvJ 5 oktober 2004, C-475/01, ECLI:EU:C:2004:585 (*Commissie/Griekenland*).
- HvJ 14 oktober 2004, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 (*Omega Spielhallen*).
- HvJ 12 juli 2005, gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04, ECLI:EU:C:2004:848 (*Alliance for Natural Health*).
- HvJ 15 november 2005, C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684 (*Commissie/Oostenrijk*).
- HvJ 6 december 2005, gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, ECLI:EU:C:2005:741 (*ABNA e.a.*).
- HvJ 12 januari 2006, C-504/04, ECLI:EU:C:2006:30 (*Agrarproduktion Staebelow GmbH*).
- HvJ 23 februari 2006, gevoegde zaken C-346/03 en C-529/03 ECLI:EU:C:2006:130 (*Atzeni*).
- HvJ 16 maart 2006, C-234/04, ECLI:EU:C:2006:178 (*Kapferer*).
- HvJ 7 september 2006, C-310/04, ECLI:EU:C:2006:521 (*Spanje/Raad*).
- HvJ 8 maart 2007, C-441/05, ECLI:EU:C:2007:150 (*Roquette Frères*).
- HvJ 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*).
- HvJ 24 april 2008, C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244 (*Arcor*).
- HvJ 15 mei 2008, C-442/04, ECLI:EU:C:2008:276 (*Spanje/Raad*).
- HvJ 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461 (*Kadi*).
- HvJ 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*).
- HvJ 1 oktober 2009, C-370/07, ECLI:EU:C:2009:590 (*Commissie/Raad*).
- HvJ 28 januari 2010, C-333/08, ECLI:EU:C:2010:44 (*Commissie/Frankrijk*).
- HvJ 8 juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321 (*Vodafone*).
- HvJ 29 juni 2010, C-526/08, ECLI:EU:C:2010:379 (*Commissie/Luxemburg*).
- HvJ 29 juni 2010, C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382 (*E en F*).
- HvJ 8 juli 2010, C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419 (*Afton Chemical*).
- HvJ 14 oktober 2010, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom/Commissie*).
- HvJ 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker und Markus Schecke*).

- HvJ 17 maart 2011, C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153 (*AJD Tuna*).
- HvJ 29 maart 2011, C-352/09 P, ECLI:EU:C:2011:191 (*ThyssenKrupp Nirosta/Commissie*).
- HvJ 12 mei 2011, C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290 (*Luxemburg/Parlement en Raad*).
- HvJ 28 juli 2011, C-69/10, ECLI:EU:C:2011:524 (*Samba Diouf*).
- HvJ 19 april 2012, C-221/10 P, ECLI:EU:C:2012:216 (*Artegodan/Commissie*).
- HvJ 14 juni 2012, C-542/09, ECLI:EU:C:2012:346 (*Commissie/Nederland*).
- HvJ 18 oktober 2012, C-37/11, ECLI:EU:C:2012:640 (*Commissie/Tsjechische Republiek*).
- HvJ 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:24 (*Sky Österreich*).
- HvJ 24 januari 2013, C-529/09, ECLI:EU:C:2013:31 (*Commissie/Spanje*).
- HvJ 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*).
- HvJ 3 oktober 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad*).
- HvJ 17 oktober 2013, C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661 (*Schaible*).
- HvJ 17 oktober 2013, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 (*Schwarz*).
- HvJ 24 oktober 2013, C-510/11 P, ECLI:EU:C:2013:670 (*Kone e.a./Commissie*).
- HvJ 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*).
- HvJ 22 mei 2014, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350 (*Glatzel*).
- HvJ 18 september 2014, C-374/12, ECLI:EU:C:2014:2231 (*Valimar*).
- HvJ 16 juni 2015, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 (*Gauweiler*).
- HvJ 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems I*).
- HvJ 11 november 2015, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 (*Klausner Holz Niedersachsen*).
- HvJ 17 december 2015, C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823 (*Neptune Distribution*).
- HvJ 23 december 2015, C-293/14, ECLI:EU:C:2015:843 (*Hiebler*).
- HvJ 23 december 2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 (*Scotch Whisky Association*).
- HvJ 15 februari 2016, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84 (*J.N.*).
- HvJ 4 mei 2016, C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323 (*Polen/Parlement en Raad*).
- HvJ 4 mei 2016, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pillbox 38*).
- HvJ 9 juni 2016, gevoegde zaken C-78/16 en C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428 (*Pesce*).
- HvJ 30 juni 2016, C-134/15, ECLI:EU:C:2016:498 (*Lidl*).
- HvJ 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*).
- HvJ 11 oktober 2016, C-601/14, ECLI:EU:C:2016:759 (*Commissie/Italië*).
- HvJ 21 december 2016, gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970 (*Tele2 Sverige AB en Watson*).
- HvJ 14 maart 2017, C-158/14, ECLI:EU:C:2017:202 (*A e.a.*).
- HvJ 28 maart 2017, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236 (*Rosneft*).
- HvJ 4 april 2017, C-544/15, ECLI:EU:C:2017:255 (*Fahimian*).

- HvJ 4 april 2017, C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256 (*Europese ombudsman/Claire Staellen*).
- HvJ 16 mei 2017, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 (*Berlioz*).
- HvJ 5 juli 2017, C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513 (*Fries*).
- HvJ 14 september 2017, C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680 (*K.*).
- HvJ 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:11 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*).
- HvJ 17 oktober 2018, C-167/17, ECLI:EU:C:2018:833 (*Volkmar Klohn*).
- HvJ 6 november 2018, gevoegde zaken C-622/16 t/m C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873 (*Montessori e.a./Commissie*).
- HvJ 22 november 2018, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 (*Swedish Match AB*).
- HvJ 11 december 2018, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 (*Weiss e.a.*).
- HvJ 30 januari 2019, C-220/17, ECLI:EU:C:2019:76 (*Planta tabak*).
- HvJ 27 maart 2019, C-680/16 P, ECLI:EU:C:2019:257 (*Dr. August Wolff GmbH & Co. KG Arzneimittel*).
- HvJ 3 oktober 2019, C-70/18, ECLI:EU:C:2019:823 (*A. e.a.*).
- HvJ 21 juni 2018, C-5/16, ECLI:EU:C:2018:483 (*Polen/Parlement en Raad*).
- HvJ 7 februari 2019, C-49/18, ECLI:EU:C:2019:106 (*Carlos Escribano Vindel*).
- HvJ 27 maart 2019, C-620/16, ECLI:EU:C:2019:256 (*Commissie/Duitsland*).
- HvJ 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*).
- HvJ 8 september 2020, gevoegde zaken C 119/19 P en C 126/19 P, ECLI:EU:C:2020:676 (*Commissie en Raad/Carreras Sequeros e.a.*).
- HvJ 6 oktober 2020, C-623/17, ECLI:EU:C:2020:790 (*Privacy International*).
- HvJ 6 oktober 2020, gevoegde zaken C 511/18, C 512/18 en C 520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (*La Quadrature du Net e.a.*).
- HvJ 2 maart 2021, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 (*A.B. e.a.*).
- HvJ 20 mei 2021, C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398.
- HvJ 15 juli 2021, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 (*Commissie t. Polen*).
- HvJ 2 september 2021, C-928/19 P, ECLI:EU:C:2021:656 (*EPSU/Commissie*).
- HvJ 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665 (*IMS*).
- HvJ 5 april 2022, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258 (*Commissioner of An Garda Síochána*).
- HvJ 2 juni 2022, C-353/20, ECLI:EU:C:2022:423 (*Skeyes*).
- HvJ 1 augustus 2022, C-184/20, ECLI:EU:C:2022:601 (*Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*).
- HvJ 20 september 2022, gevoegde zaken C-793/19 en C-794/19, ECLI:EU:C:2022:702 (*SpaceNet en Telekom Deutschland*).
- HvJ 20 september 2022, gevoegde zaken C 339/20 en C 397/20, ECLI:EU:C:2022:703 (*VD*).

- HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912 (*Luxembourg Business Registers*).

## NEDERLAND

### *Hoge Raad*

- HR 6 maart 1864, W. 2646 (*Pothuis*).
- HR 19 april 1865, W. 2706 (*Brandweerverordening Haskerland*).
- HR 10 juni 1919, ECLI:NL:HR:1919:59 (*Rogge*).
- HR 2 maart 1960, ECLI:NL:HR:AY0698 (*Amsterdamse brandverzekeringsbelasting*).
- HR 16 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9347 (*Heesch/van de Akker*).
- HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*).
- HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*).
- HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031 (*Leffers/Staat*).
- HR 7 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5112 (*Legesverordening Beerta*).
- HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0718 (*Vulhop*).
- HR 1 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5523 (*Detam*).
- HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1744.
- HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756 (*Arbeidskostenforfait*).
- HR 18 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO4257 (*Aujeszky*).
- HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0146 (*MKZ-crisis*).
- HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5080.
- HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679.
- HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252.
- HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729 (*Binnenvaart*).
- HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278.
- HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1988.
- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).
- HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1153.
- HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360 (*Ja/Ja*).
- HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1124.

### *Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*

- ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153 (*Maxis en Praxis*).
- ABRvS 21 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AP7071.

- ABRvS 16 januari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6690.
- ABRvS 19 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN8372.
- ABRvS 16 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6223.
- ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5910.
- ABRvS 17 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI2283.
- ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:809.
- ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslotprogramma*).
- ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:929.
- ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1577.
- ABRvS 31 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2857.
- ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2842.
- ABRvS 18 november 2015, ECLI:RVS:2015:3578 (*Groninger Gaswinning*).
- ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2235.
- ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2474.
- ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.
- ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:292.
- ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3120.
- ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3130.
- ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131.
- ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:307.
- ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:762.
- ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2768.
- ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:260.
- ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:607.
- ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694.
- ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535.
- ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536.
- ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.
- ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520.
- ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:624.
- ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1155.
- ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1157.
- ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1161.
- ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1760.
- ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2166.
- ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2493.
- ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2756.
- ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2849.
- ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2850.

- ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2851.
- ABRvS 16 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3008.
- ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3079.
- ABRvS 3 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:461.
- ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:507.
- ABRvS 2 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:117.
- ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336.
- ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1474.
- ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1677.
- ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1730.
- ABRvS 25 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1910.
- ABRvS 8 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2010.
- ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2565.
- ABRvS 12 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:11.
- ABRvS 12 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:72.
- ABRvS 19 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:157.
- ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*).
- ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:334.
- ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335 (*Waadhoeke*).
- ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335.
- ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:564.
- ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1238.
- ABRvS 22 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1741.
- ABRvS 22 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1765.
- ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1890.
- ABRvS 20 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2077.
- ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2161.
- ABRvS 24 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2470.
- ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159.
- ABRvS 9 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3221.
- ABRvS 14 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3753.
- ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79.
- ABRvS 8 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:484.
- ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.
- ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:828.
- ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:852.
- ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380.

*Centrale Raad van Beroep*

- CRvB 31 oktober 1935, ECLI:NL:CRVB:1935:AM3312.
- CRvB 20 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4872.
- CRvB 1 maart 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:900.
- CRvB 26 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1476.
- CRvB 6 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3098.
- CRvB 21 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2263.
- CRvB 17 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:170.
- CRvB 14 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:455.
- CRvB 28 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:936.
- CRvB 28 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:937.
- CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 t/m 2019.
- CRvB 9 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3206.
- CRvB 17 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3285.
- CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87.
- CRvB 7 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:760.
- CRvB 9 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1500.
- CRvB 25 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2121.
- CRvB 25 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2170.
- CRvB 31 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2195.
- CRvB 23 december 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:3265.
- CRvB 13 januari 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:136.
- CRvB 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1282.
- CRvB 14 juli 2022, ECLI:NL:CRVB:1619.
- CRvB 24 oktober 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2207.
- CRvB 17 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2433.
- CRvB 28 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2835.
- CRvB 18 januari 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:95.

*College van Beroep voor het bedrijfsleven*

- CBb 23 november 1994, ECLI:NL:CBB:1994:ZG0982.
- CBb 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299.
- CBb 8 oktober 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AN8167.
- CBb 29 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD2840.
- CBb 18 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD4847.
- CBb 2 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ0727.
- CBb 27 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8799.

- CbB 25 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2537.
- CbB 13 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:344.
- CbB 20 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:291.
- CbB 24 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:190.
- CbB 5 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:200.
- CbB 26 januari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:80.
- CbB 11 februari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:144.
- CbB 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240.
- CbB 30 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:360.
- CbB 12 oktober 2021, ECLI:NL:CBB:2021:931.
- CbB 16 november 2021, ECLI:NL:CBB:2021:993.
- CbB 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1048.
- CbB 22 februari 2022, ECLI:NL:CBB:2022:81.
- CbB 22 februari 2022, ECLI:NL:CBB:2022:83.
- CbB 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116.
- CbB 12 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:167.
- CbB 12 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:173.
- CbB 26 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:192.
- CbB 26 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:193.
- CbB 26 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:194.
- CbB 12 juli 2022, ECLI:NL:CBB:2022:368.
- CbB 19 juli 2022, ECLI:NL:CBB:2022:427.
- CbB 23 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:557.
- CbB 20 september 2022, ECLI:NL:CBB:2022:618.
- CbB 11 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:695.
- CbB 1 november 2022, ECLI:NL:CBB:2022:740.
- CbB 4 juli 2023, ECLI:NL:CBB:2023:344.

### *Rechtbanken*

- Rb. Zeeland-West-Brabant 22 juli 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:3702.
- Rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3756 t/m 3759.
- Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5965.
- Rb. Gelderland 9 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5972.
- Rb. Den Haag 21 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13796.
- Rb. Den Haag 21 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13797.
- Rb. Midden-Nederland 11 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:477 t/m 479.
- Rb. Noord-Holland 17 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2736.



- Rb. Rotterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1235.
- Rb. Midden-Nederland 15 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1016.
- Rb. Midden-Nederland 28 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1289.
- Rb. Midden-Nederland 25 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1567.
- Rb. Rotterdam 18 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4464.
- Rb. Rotterdam 29 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5640.
- Rb. Limburg 22 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5652.
- Rb. Amsterdam 3 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6397.
- Rb. Noord-Holland 10 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9945.
- Rb. Amsterdam 6 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7648.
- Rb. Den Haag 21 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13796.
- Rb. Rotterdam 14 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2022:1764.
- Rb. Noord-Holland 18 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3445.
- Rb. Noord-Holland 18 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3447.
- Rb. Midden-Nederland 2 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2046.
- Rb. Midden-Nederland 17 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2764.

## FRANKRIJK

### *Conseil constitutionnel*

- CC 25 juli 1979, n° 79-105 DC.
- CC 23 januari 1987, n° 86-224 DC.
- CC 28 mei 2020, n° 2020-843 QPC.
- CC 3 juli 2020, n° 2020-851/852 QPC.

### *Tribunal des conflits*

- TC 8 februari 1873, n° 00012 (*Blanco*).
- TC 16 juni 1923, n° 00732 (*Septfonds*).
- TC 5 juli 1951, n° 01187 (*Avranches et Desmarests*).
- TC 12 mei 1997, n° 03056.
- TC 17 oktober 2011, n° C3828 (*SCEA du Chéneau*).
- TC 12 december 2011, n° C3841 (*Société Green Yellow*).

*Conseil d'État*

- CE 13 december 1889, n° 66145 (*Cadot*).
- CE 29 maart 1901, n° 94580 (*Casanova*).
- CE 6 december 1907, n° 04244 04245 04246 04247 04248 04249 (*Compagnie des chemins de fer de l'est*).
- CE 29 mei 1908, n° 25488 (*Poulin*).
- CE 8 augustus 1919, n° 56377 (*Labonne*).
- CE 10 januari 1930, n° 97263 05822 (*Despujol*).
- CE 25 juni 1948, n° 94511.
- CE 17 februari 1950, n° 86949 (*Dame Lamotte*).
- CE 3 december 1954, nr. 9999 (*Caussidéry*).
- CE 14 februari 1958, n° 7715 (*Abisset*).
- CE 14 november 1958, n° 35399 (*Ponard*).
- CE 20 januari 1988, n° 59984.
- CE 3 februari 1989, n° 74052 (*Compagnie Alitalia*).
- CE 28 december 2001, n° 20536 (*Syndicat CNT des PTE des Paris*).
- CE 27 mei 2002, n° 227338.
- CE 11 januari 2006, n° 274282.
- CE 17 december 2007, n° 271482.
- CE 23 december 2011, n° 335033 (*Danthony*).
- CE 10 juli 2012, n° 353356.
- CE 10 oktober 2013, n° 359219 (*Fédération française de gymnastique*).
- CE 30 december 2013, n° 367615 (*Oskoun*).
- CE 28 april 2014, n° 357090 (*Anschling*).
- CE 13 juli 2016, n° 387763.
- CE 18 mei 2018, n° 414583 (*CFDT Finances*).
- CE 18 februari 2019, n° 414233.
- CE 27 februari 2019, n° 418950.
- CE 11 juli 2019, n° 422577.
- CE 19 juli 2019, n° 424216.
- CE 6 november 2019, n° 420225.
- CE 6 november 2019, n° 416948.
- CE 2 maart 2020, n° 422651.
- CE 17 maart 2021, n° 440208.
- CE 24 maart 2021, n° 428467.
- CE 1 maart 2023, n° 462648.

## DUITSLAND

*Bundesverfassungsgericht*

- BVerfGE 23 oktober 1951, 1, 14 (*Südweststaat*).
- BVerfGE 16 januari 1957, 6, 32 (*Elfes*).
- BVerfGE 15 januari 1958, 7, 198 (*Lüth*).
- BVerfGE 11 juni 1958, 7, 377 (*Apotheken-Urteil*).
- BVerfGE 12 november 1958, 8, 274 (*Preisgesetz*).
- BVerfGE 10 juni 1963, 16, 94 (*Liquorentnahme*).
- BVerfGE 15 december 1965, 19, 342 (*Wencker*).
- BVerfGE 9 maart 1971, 30, 250.
- BVerfG 26 april 1972, 2 BvF 1/71.
- BVerfGE 9 mei 1972, 33, 125 (*Facharzt*).
- BVerfGE 6 december 1972, 34, 165 (*Förderstufe*).
- BVerfGE 19 juni 1973, 35, 263.
- BVerfGE 29 oktober 1975, 40, 272.
- BVerfGE 1 maart 1979, 50, 290 (*Mitbestimmung*).
- BVerfGE 16 januari 1980, 53, 135 (*Schokoladenosterhase*).
- BVerfGE 5 november 1980, 55, 159 (*Falknerjagdschein*).
- BVerfGE 6 juni 1989, 80, 137 (*Reiten im Walde*).
- BVerfGE 17 april 1991, 84, 34.
- BVerfGE 17 november 1992, 87, 363 (*Sonntagsbackverbot*).
- BVerfGE 15 januari 2002, 104, 337 (*Schächten*).
- BVerfGE 17 januari 2006, 115, 81.
- BVerfG 15 januari 2008, 2 BvL 12/01.
- BVerfGE 30 juli 2008, 121, 317 (*Rauchverbot in Gaststätten*).
- BVerfG 9 februari 2010, 1 BvL 1/09 (*Hartz IV*).
- BVerfG 12 oktober 2010, 2 BvF 1/07.
- BVerfGE 24 april 2013, 133, 277 (*Antiterrordevisegesetz*).
- BVerfG 12 november 2015, 1 BvR 2961/14, 1 BvR 3051/14.
- BVerfGE 5 november 2019, 152, 68-151 (*Sanktionen im Sozialrecht*).
- BVerfGE 1 december 2020, 156-63-182 (*Elektronischen Aufenthaltsüberwachung*).
- BVerfG 26 februari 2020, 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16.
- BVerfGE 19 november 2021, 159, 223-355.
- BVerfG 19 november 2021, 1 BvR 971/21 en 1 BvR 1069/21.
- BVerfG 27 april 2022, 1 BvR 2649/21.

## *JURISPRUDENTIELIJST*

- BVerfG 21 juli 2022, 1 BvR 469/20 – 1 BvR 470/20 – 1 BvR 471/21 – 1 BvR 472/20.
- BVerfG 16 februari 2023, 1 BvR 1547/19 en 1 BvR 2634/20.

### *Bundesverwaltungsgericht*

- BVerwGE 26 mei 1967, 27, 141.
- BVerwG 11 maart 1982, 6 P 8/80.
- BVerwG 2 september 1983, 4 C 73/80.
- BVerwG 12 januari 1984, 5 C 107/83.
- BVerwG 20 september 1985, 1 C 22.82.
- BVerwG 5 december 1986, 4 C 31.85.
- BVerwGE 3 november 1988, 80, 355.
- BVerwGE 6 mei 1993, 92, 266.
- BVerwG 7 november 1997, 4 NB 48/96.
- BVerwGE 28 juni 2000, 111, 276 (*Verlegung der Abflugstrecke*).
- BVerwG 31 januari 2002, 6 CN 2.00.
- BVerwG 4 juli 2002, 2 C 13.01.
- BVerwG 8 april 2003, 4 B 23.03.
- BVerwG 18 september 2003, 4 CN 20.02.
- BVerfGE 17 juni 2006, 115, 81.
- BVerwG 10 oktober 2006, BN. 29.06.
- BVerwG 16 mei 2007, 6 C 24.06.
- BVerwG 23 augustus 2007, 4 BN 32/07.
- BVerwG 27 januari 2010, 8 C 19.09.
- BVerwG 18 augustus 2015, 4 CN 10.14.
- BVerwG 15 maart 2017, 4 BN 6.17.
- BVerwG 28 maart 2019, 5 CN 1.18.
- BVerwG 12 september 2019, 3 C 3.18.
- BVerwG 10 mei 2021, 8 B 58.20.
- BVerwG 22 november 2022, CN 1.21.
- BVerwG 22 november 2022, CN. 2.21.

### *Bayerischer Verwaltungsgeschthof*

- VGH München 4 oktober 2021, 20 N 20.767.

*Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen*

- OVG Münster 23 november 2016, 7 D 2/15.NE.

*Verwaltungsgericht der Freien-Hansestadt Bremen*

- VG Bremen 11 november 2020, 5 V 2472/20.



## CURRICULUM VITAE

Melanie van Zanten werd geboren in 1996 te Nunspeet. Zij studeerde Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Utrecht (2014-2017). Tijdens haar bachelor studeerde Melanie een semester aan de Universiteit van Lund. In 2018 heeft zij de master Staats- en bestuursrecht cum laude afgerond aan de Universiteit Utrecht. Vanaf september 2018 werkte Melanie aan haar proefschrift binnen het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging. Er verschenen verschillende publicaties op het gebied van het bestuursrecht van haar hand, in het bijzonder over rechterlijke toetsing en evenredigheid. Momenteel is zij als universitair docent werkzaam bij de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht.

