

Toetsing van een avv, wat doen we er dan eigenlijk mee?



Evoluties in de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften in het licht van
de machtscheiding



MASTER THESIS: RECHTSGELEERDHEID TILBURG UNIVERSITY

Projectomschrijving: onderzoeksrapport

Student: Milou Boeren, LLB

Studentnummer: 2011322

Begeleider: Dr. J. Goossens, LL.M.

Tweede lezer: mevr. L.A. van Heusden, LL.M.

Plaats en datum: Tilburg, 5 juni 2020

Onderzoeksperiode: augustus 2019 tot en met mei 2020

Inleverdatum 5 juni 2020

Voorwoord

Voor u ligt het onderzoeksrapport ‘Evoluties in de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften in het licht van de machtenscheiding’ Dit onderzoeksrapport is geschreven ter afsluiting van mijn opleiding Rechtsgeleerdheid aan de Tilburg University als masterscriptie. Het onderzoek is in een periode van circa negen maanden uitgevoerd.

Mijn tevredenheid over het eindresultaat is mede tot stand gekomen dankzij de hulp van de heer Goossens. Bedankt voor alle begeleiding en steun de afgelopen maanden. Dankzij de opbouwende feedback en brainstormsessies heb ik veel geleerd en met veel plezier gewerkt. Daarnaast wil ik de geïnterviewde bedanken, de heer Widdershoven, voor het beantwoorden van al mijn vragen.

Rest mij niets meer dan u veel plezier toe te wensen tijdens het lezen.

Milou Boeren

Tilburg, 5 juni 2020

Inhoudsopgave

Leeswijzer	4
Hoofdstuk 1 Inleiding & onderzoeksopzet	5
1.1 De wetgevende macht	5
1.2 De uitvoerende macht.....	6
1.3 De rechterlijke macht	7
1.4 De rechterlijke toetsing in het bestuursrecht	8
1.5 Probleemstelling & onderzoeksvragen.....	10
1.6 Methodologie en afbakening.....	11
Hoofdstuk 2 De regelgevende bevoegdheid	13
2.1 Een regelgevende bevoegdheid	13
2.2 Verkrijging & begrenzing	14
2.3 Mate van beslissingsruimte	16
2.4 Conclusie.....	18
Hoofdstuk 3 Exceptieve toetsing van de bestuursrechter	19
3.1 Exceptieve toetsing tot 2017	19
3.2 Nieuwe methodiek van toetsing	21
3.2.1 HvJ-EU.....	21
3.2.2 Widdershoven.....	25
3.2.3 Centrale Raad van Beroep	28
3.3 Jurisprudentieanalyse	30
3.4 Conclusie.....	33
Hoofdstuk 4 Beslissingsruimte en de Trias Politica	35
4.1 Machten in (dis)balans	35
4.2 Beslissingsruimte van het bestuur	36
4.3 Jurisprudentieanalyse met betrekking tot beslissingsruimte	37
4.4 Conclusie.....	39
Hoofdstuk 5 Conclusie	40
Bibliografie	42
Bijlage 1 Interview met de heer R.J.G.M. Widdershoven	48

Lijst met afkortingen

Algemeen verbindend voorschrift:avv

Algemene wet bestuursrecht:Awb

Centrale Raad van Beroep:CRvB

Hof van Justitie van de Europese Unie:HvJ-EU

Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State.....ABRvS

Leeswijzer

Het voor u liggende onderzoek is opgebouwd uit vijf hoofdstukken. In het eerste hoofdstuk wordt de onderzoeksopzet en aanleiding besproken. De onderzoeksvragen en de onderzoeksmethodiek worden hier ook uiteengezet. In het tweede hoofdstuk wordt de eerste deelvraag behandeld. Het hoofdstuk richt zich op de bevoegdheid om een algemeen verbindend voorschrift (hierna te noemen: ‘avv’) op te stellen. De rol van het bestuur zal hierin centraal staan. In het derde hoofdstuk wordt de tweede deelvraag behandeld. Dit hoofdstuk richt zich op de methodiek van toetsing van een avv. Daarbij zal de toetsing van de bestuursrechter door de jaren heen worden behandeld. Het advies van Widdershoven en de 1 juli 2019 arresten van het Centrale Raad van Beroep (hierna te noemen: ‘CRvB’) worden ook besproken. Aan de hand van een jurisprudentieanalyse wordt gekeken of de bestuursrechter daadwerkelijk anders is gaan toetsen na de conclusie van Widdershoven en de uitspraken van 1 juli 2019 van het CRvB. Het vierde hoofdstuk gaat dieper in op het onderwerp beslissingsruimte. Er wordt besproken wat beslissingsruimte is, wanneer hier sprake van is en hoe de bestuursrechter hiermee omgaat. Vervolgens wordt gekeken hoe de rechter in de periode van januari 2018 tot en met februari 2020 is omgegaan met beslissingsruimte bij het toetsen van avv’s. Aan de hand van deze analyse wordt een perspectief geboden over de impact op de constitutionele verhoudingen naar aanleiding van de evoluties betreffende exceptieve toetsing. Het laatste hoofdstuk geeft de conclusie van het onderzoek weer.

Hoofdstuk 1 Inleiding & onderzoeksopzet

In dit hoofdstuk worden de aanleiding en opzet van het onderzoek besproken. Als eerste zal de machtscheiding van de trias politica, de checks & balances en de rechterlijke toetsing van avv's besproken worden. Vervolgens worden de onderzoeksvragen en methodologie van het onderzoek uiteengezet.

1.1 De wetgevende macht

De rechtsvorming is traditioneel de taak van de wetgevende macht, die op nationaal niveau rust op het parlement en de regering gezamenlijk.¹ Het parlement is hiervoor bevoegd, omdat het parlement een directe democratische legitimatie heeft op basis van een rechtstreekse verkiezing van de Tweede Kamer der Staten-Generaal en de getrapte verkiezing van de Eerste Kamer der Staten-Generaal.² Het parlement bestaat uit volksvertegenwoordigers van de gehele bevolking van het Koninkrijk der Nederlanden.³ Het parlement controleert de uitvoering van de regering.⁴ Daarnaast maakt het parlement samen met de regering wetten in formele zin. Een wet treedt pas in werking als het parlement het wetsvoorstel heeft aangenomen en bekendgemaakt.⁵

De Eerste Kamer van het parlement⁶ bestaat uit niet direct verkozen volksvertegenwoordigers. Haar belangrijkste taken van zijn: medewetgeving en controleren. De medewetgevings-taak bestaat uit het aannemen of verwerpen van de ingediende wetsvoorstellen. Hierbij wordt in het bijzonder gelet op wetstechnische aspecten. De Eerste Kamer stemt als laatste over de wetsvoorstellen en kan hierover vragen stellen en om toelichtingen vragen aan de Tweede Kamer.⁷ De Tweede Kamer van het parlement bestaat uit 150 direct gekozen volksvertegenwoordigers. De Tweede Kamer heeft een belangrijke taak bij de totstandkoming van wetten, vanwege de bevoegdheid tot het doen van wetsvoorstellen en tot afkeuring, goedkeuring of wijziging van wetsvoorstellen door de regering.⁸ De Tweede Kamer kan middels

¹ Artikel 81 van de Grondwet.

² Artikel 50-53 lid 2 juncto 129 van de Grondwet.

³ Artikel 50 van de Grondwet.

⁴ Artikel 68, 69, 70 van de Grondwet.

⁵ Artikel 87 juncto 88 van de Grondwet.

⁶ Artikel 51 en 55 Grondwet.

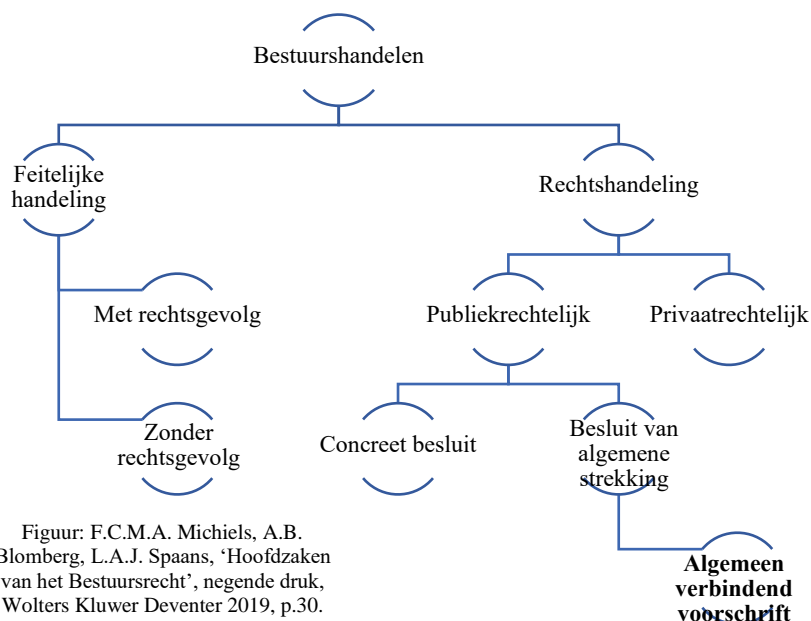
⁷ Artikel 70-73 van de Grondwet en 'Taken en bevoegdheden', eerste kamer.nl.

⁸ Artikel 82, 83, 87,88 van de Grondwet.

wetten tevens bevoegdheden delegeren⁹ aan het bestuur. Daarnaast controleert de Tweede Kamer de regering bij de uitvoering van de gegeven taken en bevoegdheden door de ministers te verplichten inlichtingen te verschaffen en ter verantwoording te roepen tijdens een interpellatie. Wanneer de Tweede Kamer een minister of de gehele regering niet langer capabel acht, kan zij een motie van wantrouwen indienen en aannemen waardoor de minister van zijn functie of de gehele regering wordt ontbonden.¹⁰

1.2 De uitvoerende macht

Het bestuur, de uitvoerende macht, voert de wet uit conform de gegeven bevoegdheden van de wetgevende macht.¹¹ Op centraal niveau ligt de uitvoering bij de regering (de koning en ministers).¹² Het bestuur bestaat echter uit meer dan enkel de regering. Onder de term bestuurders vallen alle bestuursorganen¹³ van een rechtspersoon krachtens publiekrecht ingesteld of een persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.¹⁴ In het Nederlandse recht zijn een groot aantal bestuursorganen te vinden.¹⁵



Figuur: F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg, L.A.J. Spaans, 'Hoofdzaken van het Bestuursrecht', negende druk, Wolters Kluwer Deventer 2019, p.30.

Al deze organen hebben bestuursbevoegdheid om bestuurshandelen mogelijk te maken. In dit onderzoek wordt ingegaan op de publiekrechtelijke bevoegdheid met betrekking tot het opstellen van avv's.

Alleen een bestuursorgaan oefent een publiekrechtelijke rechtshandeling uit middels het nemen van besluiten.¹⁶ Een

publiekrechtelijke rechtshandeling houdt in dat een beslissing van het bestuursorgaan gebaseerd moet zijn op een wettelijk voorschrift van publiekrechtelijke aard of valt onder de uitvoering van een wettelijke publieke taak.¹⁷ Een besluit wijzigt of creëert eenzijdig publiekrechtelijke

⁹ Paragraaf 2.2 van dit onderzoek.

¹⁰ Artikel 42 68, 70 Grondwet

¹¹ Artikel 110 Grondwet.

¹² Artikel 42 Grondwet.

¹³ F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg, L.A.J. Spaans, 'Hoofdzaken van het Bestuursrecht', negende druk, Wolters Kluwer Deventer 2019, p.40.

¹⁴ Artikel 2:1 Burgerlijk Wetboek en artikel 1:1 Algemene wet bestuursrecht.

¹⁵ ABRvS 17 september 2014; ECLI:NL:ABRV:2014:3379 en ABRvS 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1189.

¹⁶ Artikel 1:3 juncto Artikel 1:1 algemene wet bestuursrecht juncto 2:1 Burgerlijk Wetboek.

¹⁷ R.J.N. Schlossels en S.E. Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtstaat', zevende druk Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 181.

rechtsgevolgen. Er zijn meerdere soorten besluiten die het bestuursorgaan kan maken. De soorten regelingen kunnen opgedeeld worden in twee categorieën: een concreet besluit en een besluit van algemene strekking.¹⁸ Wat een besluit van algemene strekking is wordt door de wetgever niet gedefinieerd. Een besluit van algemene strekking is een restcategorie geworden. Deze restcategorie heeft een aantal subcategorieën. Binnen dit onderzoek wordt de focus gelegd op een avv.¹⁹ Een avv heeft geen wettelijke definitie, maar wel een aantal kenmerken. De kenmerken zijn dat een avv een zelfstandige normstelling omvat.²⁰ Een avv geldt voor een reeks gevallen en is dus herhaaldelijk van toepassing en richten zich tot een in abstracto omschreven groep.²¹ De bevoegdheid tot het opstellen van een avv kan niet worden gemandateerd, tenzij dit expliciet in een mandaatverlening wordt opgenomen.²² Een avv is geen beleidsregel.²³ Een avv is meer dan een regel die betrekking heeft op besluiten die enkel concretiseren naar tijd en plaats aan de hand van een (ander) avv of enkel zorg draagt voor de uitvoering van een ander besluit. Een avv steunt op een wettelijk verkregen bevoegdheid. In hoofdstuk 2 wordt de bevoegdheid tot het opstellen van avv's verder besproken.

1.3 De rechterlijke macht

De rechterlijke macht bestaat uit de rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad.²⁴ De rechterlijke macht wordt opgedragen geschillen op te lossen die ontstaan uit burgerlijk recht.²⁵ De bestuursrechter is een onafhankelijk orgaan dat bij wet is ingesteld en met bestuursrechtspraak is belast. Het gaat hierbij om de berechting van geschillen die niet voortvloeien uit burgerlijk recht.²⁶ De bestuursrechter lost geschillen op tussen bestuursorganen onderling en tussen bestuursorganen en belanghebbende(n). In het geschil staat het besluit centraal. Bestuursrechtelijke instanties zoals de Raad van State (hierna te noemen: 'ABRvS'), CRvB en het College van Beroep en Bedrijfsleven zijn geen onderdeel van de rechterlijke macht, zoals omschreven in artikel 2 Wet op de rechterlijke organisatie. Geschillen die niet uit burgerlijk recht voortvloeien kunnen worden beslecht door een niet aan de rechterlijke macht behorend rechter, de bestuursrechter.²⁷ Het bestuursrecht heeft als primaire doelstelling de

¹⁸ Artikel 1:3 lid 2 Algemene wet bestuursrecht.

¹⁹ J.N. Schlossels en S.E. Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtstaat', zevende druk Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 606- 608, 618, 622.

²⁰ R.J.N. Schlossels en S.E. Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtstaat', zevende druk Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 220-221.

²¹ Kamerstukken II 1993/94 23 700, nr. 3. P. 108 en R.J.N. Schlossels en S.E. Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtstaat', zevende druk Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 222.

²² Artikel 10:3 lid 2 Algemene wet bestuursrecht.

²³ Artikel 1:3 lid 4 Algemene wet bestuursrecht.

²⁴ Artikel 2 Wet op de rechterlijke organisatie.

²⁵ Artikel 112 lid 1 Grondwet.

²⁶ Artikel 1:4 Algemene wet bestuursrecht.

²⁷ Artikel 112 lid 2 juncto 115 juncto 116 lid 1 Grondwet.

rechtsbescherming van de burger tegen het bestuursorgaan te waarborgen.²⁸ In het kader van de machtenscheiding en de checks and balances is het van belang dat de rechterlijke macht (en de bestuursrechter) het bestuur controleert. Daarnaast zorgt rechtsbescherming bij de rechter ervoor dat het bestuur bij het behandelen van bezwaar al kan anticiperen op de rechterlijke toetsing. Dit komt de interne heroverweging (lees: de behandeling in bezwaar van het besluit) ten goede en zorgt voor rechtsontwikkeling en rechtseenheid.²⁹ Om de primaire doelstelling, - rechtsbescherming van de burger tegen het bestuursorgaan- waar te maken, is een rechtsgang naar aanleiding van bestuurshandelen noodzakelijk.³⁰ De manier van rechterlijke toetsing van overheidshandelen is dus van groot belang voor de checks and balances van de machtenscheiding en de daarmee samenhangende (rechts)positie van de burger.

1.4 De rechterlijke toetsing in het bestuursrecht

De rechterlijke toetsing in het bestuursrecht wordt zowel door de civiele rechter als de bestuursrechter uitgevoerd. De bestuursrechter beslecht zaken waarin een besluiten of daarmee gelijkgestelde handelingen worden omstreden.³¹ De bestuursrechter toetst ex tunc op de rechtmatigheid van het besluit. De bestuursrechter kijkt of het besluit naar de juridische en feitelijke stand van zaken ten tijde van het nemen van het besluit rechtmatig was. Daarnaast kijkt de bestuursrechter ook naar de rechtmatigheid van het besluit aan de hand van wettelijke voorschriften en ongeschreven recht.³² Een formele wet is uitgezonderd van rechterlijke controle, omdat de wetgevende macht geen bestuursorgaan is en wetten dus geen besluiten zijn.³³ Er zijn ook gevallen waarin het geschil wel ziet op een besluit, maar er alsnog geen rechtsingang naar de bestuursrechter is. Dit is het geval indien de eiser geen belanghebbende is of het besluit niet-appellabel is.³⁴ Een avv is een niet-appellabel besluit, waartegen geen beroep bij de bestuursrechter ingesteld kan worden. Bij al deze uitzonderingen is niet de bestuursrechter bevoegd om te beslechten, maar de civiele rechter. De bestuursrechter verklaart zichzelf in dergelijke gevallen onbevoegd en verwijst door naar de civiele rechter.³⁵ De civiele rechter vervult dus een vangnetfunctie.

²⁸ Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr.3, p.35.

²⁹ H.E. Broring, L.J.A. Damen, K.J. de Graaf, A.J.G.M. van Montfront, B.J. Schueler en H.B. Winter, 'Bestuursrecht 2 rechtsbescherming tegen de overheid', zesde druk, Boom Juridisch Den Haag 2016, p.59.

³⁰ H.E. Broring, L.J.A. Damen, K.J. de Graaf, A.J.G.M. van Montfront, B.J. Schueler en H.B. Winter, 'Bestuursrecht 2 rechtsbescherming tegen de overheid', zesde druk, Boom Juridisch Den Haag 2016, p. 55.

³¹ Artikel 6:12, , 8:1, 8:2 Algemene wet bestuursrecht.

³² F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg, L.A.J. Spaans, 'Hoofdzaken van het Bestuursrecht', negende druk, Wolters Kluwer Deventer 2019, p.213.

³³ Artikel 1:1 lid 2 Algemene wet bestuursrecht juncto artikel 120 Grondwet.

³⁴ Artikel 8:2, 8:3, 8:4, 8:5 juncto 6:3 Algemene wet bestuursrecht.

³⁵ Artikel 8:70 juncto 6:15 Algemene wet bestuursrecht.

De civiele rechter beslecht zaken die zien op burgerlijke rechten, feitelijke handelingen, handelingen afkomstig van een ander dan een bestuursorgaan, een niet schriftelijk handeling of privaatrechtelijke rechtshandelingen.³⁶ De civiele rechter is ook bevoegd om te oordelen over acties uit onrechtmatige daad, ook al kan de rechtmatigheid indirect worden betwist bij de bestuursrechter.³⁷ De procedure bij de civiele rechter wordt aanhangig gemaakt doordat de burger stelt dat de niet-appellabele schadeoorzaak ‘op zichzelf rechtmatig’ is, maar onrechtmatig jegens de getroffene aangezien hem onevenredige schade wordt toegebracht.³⁸ De eiser zou bij de civiele rechter ook kunnen stellen dat de afweging die voorafgaat aan de niet-appellabele overheidshandeling geen schadevergoeding is toegekend waardoor het strijdig is met artikel 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (hierna te noemen: ‘Awb’). Bij deze stelling wordt uitgegaan van de rechtmatigheid van de handeling (het besluit, een avv), maar wordt gesteld dat het evenwicht tussen het algemeen belang en de geschade belangen ontbreekt. De burger kan dus, ondanks het niet-appellabel besluit, om een vorm van rechterlijke toetsing vragen bij de civiele rechter.³⁹

Indien een vordering gebaseerd is op een avv en er een rechtsgang naar de bestuursrechter openstaat, verwijst de civiele rechter naar de bestuursrechter.⁴⁰ De civiele rechter verklaart zichzelf alleen bevoegd als er geen met voldoende waarborgen omklede rechtsingang⁴¹ was om een avv of het daarop gebaseerde overheidshandelen voor te leggen aan de bestuursrechter.⁴² Er is geen rol weggelegd voor de civiele rechter om als hoogste bestuursrechter te oordelen over de verbindendheid van een avv, indien de bestuursrechter dit al heeft gedaan.⁴³ Wanneer er geen met voldoende waarborgen omklede rechtsingang is bij de bestuursrechter, oordeelt de civiele rechter wel over de verbindendheid aan de hand van algemene rechtsbeginselen. De formele rechtskracht⁴⁴ van een op een avv gebaseerde beschikking doet hier geen afbreuk aan. Er kan immers niet van de burger verwacht worden dat hij de onderliggende beschikking aanvecht met het doel om de verbindendheid van de overkoepelende regeling (avv) aan

³⁶ F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg, L.A.J. Spaans, ‘Hoofdzaken van het Bestuursrecht’, negende druk, Wolters Kluwer Deventer 2019, p.226.

³⁷ HR 24 januari 1969, NJ 1963/316 (pocketbooks II)

³⁸ mr. dr. M. Tjepkema, mr. J. Huijts, 1 december 2018, 18.3 Tweede akte: toch nadeelcompensatie bij de burgerlijke rechter bij niet-appellabele besluiten en handelingen?, 25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid 2019/18.3

³⁹ mr. dr. M. Tjepkema, mr. J. Huijts, 1 december 2018, 18.3 Tweede akte: toch nadeelcompensatie bij de burgerlijke rechter bij niet-appellabele besluiten en handelingen?, 25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid 2019/18.3

⁴⁰ Artikel 70 Burgerlijke rechtsvordering juncto artikel 8:71 Algemene wet bestuursrecht.

⁴¹ EVRM, 23 oktober 1985 (ECLI:NL:XX:1985:AC9055 (Bentham)).

⁴² HR 28 maart 2008; ECLI:NL:HR:2008:BC0256 (Asha Horeca).

⁴³ Artikel 236 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en HvJEG 30 september 2003, C-224/01, AB 2003, 429 (Kobler); HvJEG 13 januari 2004, C-453/00, AB 2004, 58, m.nt. RW, 1B 2004, 42, m.nt. NV (Kuhne & Heitz); HvJEG 9 december 2003, C-129/00, AB 2004, 59, m.nt. RW, 18 2004, 72, m.nt. MC (Commissie/Italië).

⁴⁴ H.E. Broering, L.J.A. Damen, K.J. de Graaf, A.J.G.M. van Montfront, B.J. Schueler en H.B. Winter, ‘Bestuursrecht 2 rechtsbescherming tegen de overheid’, zesde druk, Boom Juridisch Den Haag 2016, p. 399-413, 421-427 en F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg, L.A.J. Spaans, ‘Hoofdzaken van het Bestuursrecht’, negende druk, Wolters Kluwer Deventer 2019, p.227.

rechterlijk oordeel te onderwerpen.⁴⁵ Er is echter een alternatieve mogelijkheid om als belanghebbende van niet-appellabel besluit (avv) toch een rechtsgang bij de bestuursrechter te vinden. Dit kan middels indirecte toetsing. De belanghebbende kan namelijk wel beroep instellen tegen een bestuursrechtelijk appellabel besluit dat is gebaseerd op het bestreden avv. Dit is de zogenoemde exceptieve toetsing van de bestuursrechter. Als de bestuursrechter een avv of de toepassing van een avv onrechtmatig acht, kan de bestuursrechter een avv onverbindend verklaren of in het concrete geval buiten toepassing laten.⁴⁶ Deze exceptieve toetsing is door de jaren heen steeds indringender geworden.⁴⁷ De vraag is in hoeverre de bestuursrechter de rol van het bestuur overneemt met betrekking tot het opstellen van regelgeving.

1.5 Probleemstelling & onderzoeksvragen

De machten voeren de volgende taken uit: wetgeving opstellen, uitvoering van de wet, recht spreken en het controleren van de andere machten.⁴⁸ Het parlement heeft de bevoegdheid om de regering te controleren en wet- en regelgeving op te stellen, maar niet de bevoegdheid om een rechterlijke uitspraak te passeren. Het bestuur heeft de bevoegdheid regelgeving op te stellen en uit te voeren, maar deze mag niet strijdig zijn met hogere regelingen en rechtsbeginselen. De rechterlijke macht heeft de bevoegdheid recht te spreken in het individuele geval, maar mag geen regelgeving opstellen die naar aard algemeen verbindend is. De machten beïnvloeden elkaar bij elke handeling. De ene macht geeft een oordeel door de uitvoering van een taak en andere macht reageert hierop. Dit is geen probleem zolang er oog wordt gehouden voor de grenzen waarbinnen de bevoegdheden uitgeoefend mogen worden. De vraag is in hoeverre de exceptieve toetsing van de bestuursrechter een verkapt wetgevingsproces is. De rechter mag geen regel opstellen die naar algemene aard verbindend is, maar kan een dergelijke regel wel onverbindend verklaren op basis van een rechtsbeginsel en zelf in de zaak voorzien.

Centrale vraag:

Welke invloed heeft de huidige intensiteit van de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften op de constitutionele verhouding tussen de uitvoerende, wetgevende en rechterlijke macht?

⁴⁵ HR: 11 oktober 1996, NJ 1997/165 en AB 1997/1 (Leenders / Ubbergen).

⁴⁶ H.E.Broring, L.J.A. Damen, K.J. de Graaf, A.J.G.M. van Montfront, B.J. Schueler en H.B. Winter, 'Bestuursrecht 2 rechtsbescherming tegen de overheid', zesde druk, Boom Juridisch Den Haag 2016, p. 121-122.

⁴⁷ Zie voor de rechtsontwikkeling van de exceptieve toetsing paragraaf 3.1. van dit onderzoek

⁴⁸ H. Gommer, De machtenscheiding begripsmatig door het putje. Strafolblad 2019, 3(5),p. 8.

Deelvraagstellingen:

- 1) Hoe is de regelgevende taak verdeeld tussen de wetgever en het bestuur met betrekking tot het opstellen van algemeen verbindende voorschriften en de mate van beslissingsruimte?
- 2) Wat is de evolutie betreffende de intensiteit van de exceptieve toetsing door de bestuursrechter met betrekking tot algemeen verbindende voorschriften naar aanleiding van de conclusie van 22 december 2017 door staatsraad AG Widdershoven en de 1 juli 2019 uitspraken van de CRvB?
- 3) Wat is de invloed van de mate van beslissingsruimte op de intensiteit van de exceptieve toetsing door de bestuursrechter van een algemeen verbindend voorschrift in het licht van de machtenscheiding?

1.6 Methodologie en afbakening

De eerste deelvraag ziet op de taakverdeling inzake het opstellen van regelgeving. De deelvraag richt zich op de constitutionele verhouding betreffende de regelgevende taak van het bestuur en het parlement. Zowel de wetgever als het bestuur kan een regeling opstellen. Het is aan het parlement om te bepalen wanneer het bestuur de bevoegdheid krijgt regels op te stellen en welke mate van beslissingsruimte het bestuur wordt gegeven. Aan de hand van literatuur is gekeken wanneer een regelgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd aan of gecreëerd voor een bestuursorgaan. Omdat dit onderzoek binnen negen maanden uitgevoerd wordt, is er geen tijd om zelf een groot aantal wetten te analyseren. Om deze reden is niet diep ingegaan op individuele wetten om te achterhalen welke precieze keuzes zijn gemaakt om een regelgevende bevoegdheid toe te kennen. Deze deelvraag wordt beantwoord door te kijken naar de mogelijkheden die de wetgever heeft om regelgevende bevoegdheden aan het bestuur te geven. Er is gelet op de begrenzingen die aan het bestuur gesteld kunnen worden. De deelvraag is voornamelijk beantwoord door literatuuronderzoek middels een inhoudsanalyse.⁴⁹ De eerste deelvraag wordt voornamelijk beantwoord door beschrijvend onderzoek.

De tweede deelvraag is beantwoord door het uitvoeren van jurisprudentieonderzoek. Aan de hand van jurisprudentie van de bestuursrechter is gekeken hoe de bestuursrechter rechtsbeginselen aan een avv toetst. De jurisprudentiedatabank van rechtspraak.nl is geraadpleegd. De periode tussen 23 december 2017 en 30 juni 2019 is als eerste bekeken. Voor deze periode is gekozen, omdat binnen dit tijdvlak de conclusie van Widdershoven al was

⁴⁹ G.A.M.F. van Schaaijk, 'Praktijkgericht juridisch onderzoek' Boom juridische uitgevers, Den Haag 2011, p.35.

gepubliceerd, maar de uitspraken van de CRvB nog niet. De zoektermen: algemeen verbindend voorschrift, exceptieve toetsing of exceptief en Widdershoven zijn gebruikt. Deze zoekopdracht leverde een hit op.⁵⁰ De uitspraak is van belang omdat het advies van Widdershoven wordt meegenomen bij de rechterlijke beoordeling, nog voor de 1 juli uitspraken van de CRvB waren geweest.

De tweede periode die is gebruikt voor het jurisprudentie onderzoek is de periode vanaf 1 juli 2019 tot en met 12 februari 2020. De zoektermen: algemeen verbindend voorschrift, exceptieve toetsing of exceptief zijn gebruikt. Daarnaast zal alleen gekeken worden naar het rechtsgebied bestuursrecht. Deze zoekopdracht heeft 24 hits opgeleverd waarvan in 14 uitspraken door de rechter op zijn minst in enige mate wordt gemotiveerd hoe een avv getoetst moet worden. Deze uitspraken wijzen uit welk toetsingskader de bestuursrechter heeft gebruikt met betrekking tot de verbindendheid van een avv. Volgen bestuursrechters de conclusie van Widdershoven, de 1 juli-uitspraken van de CRvB of past de bestuursrechter de drietrapsproportionaliteitstoetsing van het Hof van Justitie van de EU (hierna te noemen: 'HvJ-EU') toe? De argumenten van de rechter met betrekking tot het wel of niet bindend verklaren van een avv zijn nader bestudeerd.

De derde deelvraag focust zich op de verhouding tussen de beslissingsruimte en de mate van toetsingsintensiteit van de bestuursrechter in het licht van de machtenscheiding. Zowel Widdershoven als de CRvB pleiten voor een minder intensieve toetsing indien het bestuursorgaan meer beslissingsruimte heeft gekregen om een regelgevende bevoegdheid op te stellen. De vraag is wanneer er volgens de bestuursrechter sprake is van een grote mate van beslissingsruimte waarbij de afweging door het bestuursorgaan zelf gemaakt dient te worden. Wanneer een afweging immers niet goed is onderbouwd, zou dit kunnen leiden tot willekeur. In deze deelvraag zal gekeken worden hoe de bestuursrechter omgaat met een ruim geformuleerde regelgevende bevoegdheid en de invulling daarvan door het bestuur. Aan de hand van de een jurisprudentieanalyse, zal ook deze deelvraag beantwoord worden.

⁵⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden, 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10971.

Hoofdstuk 2 De regelgevende bevoegdheid

In dit hoofdstuk staat de deelvraag: *‘Hoe is de regelgevende taak verdeeld tussen de wetgever en het bestuur met betrekking tot het opstellen van algemeen verbindende voorschriften en de mate van beslissingsruimte?’* centraal. Als eerste wordt gekeken wie er wanneer bevoegd is regelgeving op te stellen. Vervolgens wordt gefocust op de mate van beslissingsruimte die het bestuur kan worden gegeven.

2.1 Een regelgevende bevoegdheid

In het klassieke beeld van de machtenscheiding, zijn de wetgevende- en uitvoerende macht twee afzonderlijke machten. De bestuursorganen zijn onderdeel van de uitvoerende macht, maar hebben desondanks ook een regelgevende bevoegdheid.⁵¹ Zowel het bestuur als de wetgever hebben dus een regelgevende bevoegdheid.⁵² Het verschil in regelgevende bevoegdheid van de wetgever en bestuur is dat de wetgever wetten in formele zin kan maken en een bestuursorgaan alleen wetten in materiële zin kan maken die geen wet in formele zin zijn. Een wet in formele zin is in de basis een regeling die alleen afkomstig kan zijn van het parlement en de regering tezamen. Daarnaast heeft een wet in formele zin een bepaalde wijze van totstandkoming zoals wordt omschreven in de Grondwet.⁵³ De meeste formele wetten bevatten een avv (lees: zelfstandige normstelling). Wanneer een avv wordt opgesteld anders dan een wet in formele zin, is het een wet in materiële zin.⁵⁴ Er zijn verschillende soorten avv's te herkennen. Avv's op Rijksniveau zijn: de Grondwet, wet in formele zin; algemene maatregel van bestuur;⁵⁵ ministeriële regeling; en regeling van een zelfstandig bestuursorgaan indien een formele wet hierin voorziet.⁵⁶ Avv's op het niveau van de decentrale overheid zijn: de provinciale verordeningen afkomstig van provinciale staten, de gemeentelijke verordeningen afkomstig van gemeenteraden; noodverordeningen afkomstig van de burgemeester; en waterschapskeuren afkomstig van waterschapsbesturen.⁵⁷

⁵¹ F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg, L.A.J. Spaans, 'Hoofdzaken van het Bestuursrecht', negende druk, Wolters Kluwer Deventer 2019, p.75.

⁵² Paragraaf 1.3 van dit onderzoek.

⁵³ Artikel 81-88 Grondwet.

⁵⁴ 'wetgeving', *parlement.com*, 21 maart 2020.

⁵⁵ 'wetgeving', *parlement.com* 21 maart 2020.

⁵⁶ W.J.M. Voermans, 'HOOFDSTUK Wetgeving en bestuur', *Nederlandserechstaat.nl*, 2 maart 2020, onder 6.

⁵⁷ artikel 152 Provinciewet jo artikel 156 Gemeentewet.

2.2 Verkrijging & begrenzing

De regelgevende bevoegdheid tot het opstellen van avv's wordt doorgaans middels twee manieren gegeven aan een bestuursorgaan: attributie of delegatie.⁵⁸ De eerste mogelijkheid is om krachtens de Grondwet of wet in formele zin een directe regelgevende bevoegdheid te attribueren.⁵⁹ Attributie heeft geen wettelijk definitie, maar in de literatuur wordt attributie gedefinieerd als *'het bij wettelijk voorschrift in het leven roepen en toedelen van een publiekrechtelijke bevoegdheid'*.⁶⁰ De wetgever roept een nieuwe bestuursbevoegdheid in het leven en kent deze toe aan een bestuursorgaan.⁶¹ Attributie van de bevoegdheid tot het maken van een avv, kan alleen door het parlement en de regering tezamen worden gegeven. Attributie van andere bestuursbevoegdheden, zoals het maken van beschikkingen, kan wel worden geattribueerd door een lagere wetgever.⁶² Een voorbeeld van attributie van een beschikkingsbevoegdheid is de horeca-exploatievergunning. De gemeenteraad kan deze vergunningplicht creëren door die in de Algemeen plaatselijke verordening op te nemen en de bevoegdheid om over aanvragen te beslissen aan de burgemeester toekennen.⁶³

Wanneer de bevoegdheid van het maken van avv's middels attributie is verkregen, moet er een kanttekening worden geplaatst. De Grondwet zelf geeft geen uitsluitel over welke wetgever bevoegd is een regelgevende bevoegdheid te attribueren. Er heersen hier twee opvattingen over. De eerste opvatting behelst dat de Grondwet regelgevende bevoegdheden geeft aan gemeenten en provincies middels attributie én de formele wetgever in staat is om bevoegdheden te attribueren aan andere overheidsorganen. De tweede opvatting is dat alleen de grondwetgever in staat is om *nieuwe* regelgevende bevoegdheden te scheppen en toe te kennen. Er zijn verschillende opvattingen over wie bevoegd is tot attributie, omdat (in artikel 81 en 107 lid 2 van de Grondwet) de formele wetgever een zeer algemene competentie tot het vaststellen van wetten in formele zin krijgt toegekend. Deze zeer ruim geformuleerde opdrachten van de grondwetgever aan de formeel wetgever omschrijven in welke onderwerpen in ieder geval regelgeving moet worden gemaakt. De consequentie van deze opvatting is dat de bepalingen in de Gemeente- en Provinciewet, maar ook in andere organieke wetten waarin regelgevende bevoegdheid aan decentrale overheidsorganen worden toegekend, niet langer worden gezien

⁵⁸ Artikel van de 89.Grondwet en Artikel 10:13 -10:21 van de Algemene wet bestuursrecht. J.N. Schlossels en S.E. Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtstaat', zevende druk Wolters Kluwer Deventer 2017, p. 580.

⁵⁹ Nederlandsrechtstaat.nl, W.J.M. Voermans, 'HOOFDSTUK Wetgeving en bestuur', 2 maart 2020, onder 5.

⁶⁰ Tekst en commentaar Van Buuren, pag. 1136, onder 'strekking regeling'.

⁶¹ Tweede Kamer, 1993/94, 23700, nr. 3, pag. 3.

⁶² Burkens cs., pag. 72-73.

⁶³ mr. drs. Marscha Mehcz, juridisch adviseur VNG, 'HANDREIKING Attributie, mandaat en delegatie', *Vng.nl*, maart 2016.

als zelfstandige attributie door de formele wetgever, maar als specificaties van de origineire bevoegdheidstoekenning door de grondwetgever.⁶⁴

De tweede mogelijkheid tot het verkrijgen van een regelgevende bevoegdheid is het delegeren van een bestaande regelgevende bevoegdheid. Delegatie⁶⁵ houdt in dat een bestaande regelgevende bevoegdheid wordt doorgegeven aan een ander bestuursorgaan. Dit bestuursorgaan mag de bevoegdheid onder eigen naam en op eigen verantwoordelijkheid uitoefenen. Binnen hetzelfde openbaar lichaam of naar een ander openbaar lichaam kan delegatie plaatsvinden, maar niet aan een ondergeschikt orgaan. Delegatie aan een gedecentraliseerd bestuursorgaan brengt een democratisch legitimitetsprobleem met zich mee. Bij de regelgevende taak wordt uitgegaan van het primaat van de wetgever.⁶⁶ Het primaat van de wetgever behelst dat de wetgever zelf de voornaamste (rechtspolitieke) keuzen over de inhoud van het recht in wettelijke regelingen behoort te maken. De overwegingen kunnen niet aan een andere macht, het bestuur, worden overgelaten. Wetgeving is in essentie de democratische grondslag van rechtsschepping in een democratische rechtsstaat. Doordat de regering en het parlement wetten maakt, wordt voldaan aan het legaliteitsbeginsel.⁶⁷ Het direct gekozen parlement is bevoegd wetten te maken omdat de burger hier rechtstreeks invloed op heeft, middels de verkiezingen. Bij delegatie aan het bestuur is hier geen sprake meer van. De burger verliest invloed. De directe verbinding met de nationale volksvertegenwoordiging en de regelgeving wordt middels delegatie aan bestuursorganen verbroken.

Daarnaast zorgt delegatie voor een verstoring in de machtenscheiding. Een orgaan dat belast is met het opstellen van regels voert de taak immers niet langer zelf uit. De machtsbalans tussen wetgever en bestuur dreigt hiermee te worden verstoord.⁶⁸ Daarnaast verliest ook de rechter controle op het bestuur. Wanneer het bestuur de samenleving stuurt door het opstellen van avv's in plaats van gebruik te maken van concrete besluiten, zoals een beschikking, kan dit leiden tot een administrative state. Een administrative state wordt omschreven als *'een door het bestuur gedomineerde overheid die zich grotendeels onttrekt aan de klassieke controlemechanismen van de democratische rechtsstaat'*.⁶⁹ Het controlemechanisme van de democratische

⁶⁴ W.J.M. Voermans, 'HOOFDSTUK Wetgeving en bestuur', *Nederlandserechstaat.nl*, 2 maart 2020, onder 5. onder A

⁶⁵ Artikel 10:13 Algemene wet bestuursrecht.

⁶⁶ 'rapport *Orde in de regelgeving*', Commissie-Polak in 1985.

⁶⁷ 'rapport *Orde in de regelgeving*', Commissie-Polak in 1985.

⁶⁸ W.J.M. Voermans, 'HOOFDSTUK Wetgeving en bestuur', *Nederlandserechstaat.nl*, 2 maart 2020, onder 5. B.

⁶⁹ W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens en A.C.M. Meuwese, 'Algemene regels in het bestuursrecht', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p.13.

rechtsstaat, waaronder de rechterlijke controle van het bestuur, valt immers weg, omdat de rechter niet direct toetst aan avv's.⁷⁰ Een avv blijft immers een niet-appellabel besluit.⁷¹

Het democratische tekort wordt gedeeltelijk gecompenseerd doordat bij delegatie van een regelgevende bevoegdheid de bevoegdheid zo concreet en nauwkeurig mogelijk moet worden begrensd.⁷² Het bestuursorgaan zal meestal ook verantwoording af moeten leggen aan een (decentrale) volksvertegenwoordiger zoals de gemeenteraad of provinciale staten. Daarnaast kan delegatie ook teruggedraaid worden.⁷³ Delegatie van een regelgevende bevoegdheid is niet altijd toegelaten. De Grondwet geeft een aantal delegatieverboden. De Grondwet moet de termen: 'bij of krachtens de wet' of een vorm van het werkwoord 'regelen' of 'regeling' bevatten, opdat delegatie van regelgevende bevoegdheid door de formele wetgever aan een lagere regelgever is toegestaan. Wanneer het delegatieverbod in de Grondwet geldt, kunnen als uitvoering te beschouwen regels over details wel aan een lager bestuursorgaan worden overgelaten.⁷⁴ Punitieve regelgeving wordt ook enkel door de formele wetgever gemaakt.⁷⁵ Indien er geen delegatieverbod geldt, maar de wetgever toch een mate van controle over de regelgevende bevoegdheid wil blijven houden, bestaan verschillende vormen van delegatie die het mogelijk maken voor het parlement om betrokken te blijven bij de regelvorming ondanks dat deze bevoegdheid is gedelegeerd.⁷⁶ Delegatie hoeft dus geen absolute overdracht van een regelgevende bevoegdheid te betekenen. Het is mogelijk om als delegerend orgaan nog steeds op zekere hoogte betrokken te blijven bij het opstellen van de gedelegeerde regelgeving.

2.3 Mate van beslissingsruimte

Als eerste zal gedefinieerd moeten worden wat beslissingsruimte is. De ABRvS stelt in het jaarverslag van 2017: *'De Afdeling bestuursrechtspraak is afgestapt van het gebruik van de term 'marginale toetsing', die een te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereert. De termen 'beleidsvrijheid' en 'beoordelingsvrijheid' zijn vervangen door 'beleidsruimte' en 'beoordelingsruimte', met als overkoepelende term 'beslissingsruimte. De sinds jaar en dag gebruikte term 'vrijheid' wordt niet meer gebruikt, omdat deze verwarrend kan zijn. Geen enkel*

⁷⁰ Paragraaf 1.4 en 1.5 van dit onderzoek.

⁷¹ Artikel 8:3 lid 1 sub a Algemene wet bestuursrecht.

⁷² Artikel 2.23 aanwijzing voor de regelgeving.

⁷³ Artikel 10:14 Algemene wet bestuursrecht.

⁷⁴ Artikel 23 aanwijzing van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁷⁵ Artikel 89 lid 4 Grondwet.

⁷⁶ P. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Boom Juridische Uitgevers: 2000, p.45.

*gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid is geheel vrij, maar steeds gebonden aan de regels van het recht. Met de termen 'beleidsruimte' en 'beoordelingsruimte' bedoelt de Afdeling bestuursrechtspraak hetzelfde als voorheen met de termen 'beleidsvrijheid' en 'beoordelingsvrijheid'. Waar er 'gebonden beoordelingsruimte' is, gebruikt de Afdeling bestuursrechtspraak niet de term 'beoordelingsruimte', maar brengt zij in de motivering de (volle) toetsing van de bevoegdheidstoepassing tot uitdrukking.*⁷⁷

Bij beoordelingsruimte gaat het om de voorwaarden voor het rechtmatig uitoefening van een bevoegdheid door het bestuur.⁷⁸ Beoordelingsruimte ziet vaak op feitenkwalificatie.⁷⁹ Beoordelingsruimte is er bijvoorbeeld bij het invullen van vage termen, zoals in artikel 175 en 176 van de Gemeentewet. De burgemeester mag een avv opstellen: *'In geval van oproerige beweging, van andere ernstige wanordelijkheden of van rampen, dan wel van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, is de burgemeester bevoegd alle bevelen te geven die hij ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar nodig acht'*.⁸⁰ Het is aan de burgemeester om deze termen nader in te vullen tenzij uit de aard van de bevoegdheid, de wetstekst of de wetsgeschiedenis voortvloeit dat niet bedoeld is om beoordelingsruimte te scheppen. Anders kan de burgermeester naar eigen inzicht een redelijke, met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur strokende, uitleg aan vage normen geven. Indien de gegeven bevoegdheid expliciet is, zal het bestuursorgaan conform de uitleg moeten handelen. Het bestuursorgaan is aan de uitleg en beperkingen dus gebonden bij de invulling van de beoordelingsruimte. Uit het jaarverslag van de ABRvS blijkt dat de term 'gebonden beoordelingsruimte' niet langer uitdrukkelijk gebruikt zal worden.⁸¹ Hoe de rechter toetst aan de hand van de gegeven beslissingsruimte, wordt besproken in hoofdstuk 4 van dit onderzoek.

De term beleidsruimte, voorheen beleidsvrijheid, draait om de keuze van het bestuur om gebruik te maken van de gegeven bevoegdheid. Of er sprake is van beleidsruimte, is af te leiden van bijvoorbeeld de woorden 'kan' en 'kunnen' in de regeling. In artikel 176 lid 1 van de Gemeentewet wordt het woord 'kan' gebruikt. Dit zorgt ervoor dat het aan de burgemeester is om gebruik te maken van de bevoegdheid.⁸² De wetgever kent bestuursbevoegdheden toe aan

⁷⁷ Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, Jaarverslag 2017, p.61 en P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvaten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', NTB 2019/20, p.214.

⁷⁸ P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvaten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', NTB 2019/20, p.214.

⁷⁹ P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvaten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', NTB 2019/20, p.213.

⁸⁰ Artikel 175 lid 1 Gemeentewet.

⁸¹ Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, Jaarverslag 2017, p.61 en P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvaten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', NTB 2019/20, p.215.

⁸² J.N. Schlossels en S.E. Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtstaat', zevende druk Wolters Kluwer Deventer 2017, p.119-130.

het bestuur en geeft deze vorm. Of aan het bestuur beleidsruimte wordt gegeven, heeft te maken met de terminologie van de regeling.⁸³ Daarnaast is de parlementaire geschiedenis van de bevoegdheidsverschaffing een belangrijke bron van informatie.

2.4 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de deelvraag: *‘Hoe is de regelgevende taak verdeeld tussen de wetgever en het bestuur met betrekking tot het opstellen van algemeen verbindende voorschriften en de mate van beslissingsruimte?’* centraal.

Het parlement kan zelfstandig en op eigen initiatief een avv opstellen. Een avv kan een formele wet zijn, indien het door het parlement en de regering tezamen is gemaakt conform de grondwettelijke procedure. Een bestuursorgaan verkrijgt de regelgevende bevoegdheid middels attributie of delegatie. Bij de verkrijging van een regelgevende bevoegdheid worden grenzen gesteld. De mate van beslissingsruimte wordt bepaald bij het toekennen van de bevoegdheid. Aan de hand van de memorie van toelichting en parlementaire geschiedenis kan achterhaald worden welke mate van beslissingsruimte aan het bestuur wordt toegekend, indien de wet of regelgeving hierin niet expliciet is. Ondanks de beperkingen die het bestuur worden opgelegd bij het opstellen van avv's kleven er rechtstatelijk twee gevaren aan de verschuiving van de regelgevende bevoegdheid. Ten eerste is wetgeving maken in essentie een taak van de volksvertegenwoordiging alleen dan wordt voldaan aan het legaliteitsbeginsel. Ten tweede valt het controlemechanisme van de democratische rechtsstaat – de rechterlijke controle van het bestuur – weg, omdat de rechter niet direct toetst aan avv's.⁸⁴ De vraag is of het bestuursprocesrecht wel is berekend op een administrative state waarin het bestuur recht uitvoert dat het zelf grotendeels vormt en de rechter deze regels terughoudend toetst.⁸⁵

⁸³ P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvaten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', NTB 2019/20, p.216.

⁸⁴ Paragraaf 1.4 en 1.5 van dit onderzoek.

⁸⁵ W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens en A.C.M. Meuwese, 'Algemene regels in het bestuursrecht', Den Haag: Boom Juridisch 2017, p.14.

Hoofdstuk 3 Exceptieve toetsing van de bestuursrechter

In dit hoofdstuk staat de deelvraag: ‘*Wat is de evolutie betreffende de intensiteit van de exceptieve toetsing door de bestuursrechter met betrekking tot algemeen verbindende voorschriften naar aanleiding van de conclusie van 22 december 2017 door staatsraad AG Widdershoven en de 1 juli 2019 arresten van de CRvB?*’ centraal. In de eerste paragraaf wordt de ontwikkeling van de exceptieve toetsing besproken tot 2017. Vervolgens wordt gekeken naar de conclusie van Widdershoven en de 1 juli 2019 arresten van de CRvB. Ten slotte worden de toetsingscriteria met betrekking tot de exceptieve toetsing van avv’s in de uitspraken van de bestuursrechter vanaf januari 2018 tot medio februari 2020 besproken. In dit hoofdstuk wordt niet (inhoudelijk) ingegaan op het onderwerp beslissingsruimte. Dit onderwerp wordt in hoofdstuk 4 besproken.

3.1 Exceptieve toetsing tot 2017

In het arrest Doetinchemse Woonruimtevoordering⁸⁶ heeft de Hoge Raad al gesteld dat het bestuur **geen misbruik mag maken van een gegeven bevoegdheid door willekeur**. Het bestuur mag de bevoegdheid niet gebruiken voor een ander doel dan waarvoor het is gegeven. De rechter toetst hierop. Het afwegen van de belangen blijft echter wel bij het bestuur liggen. Voor de rechter is er slechts ruimte voor **waardering van de belangen** indien het bestuur ‘*bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen, en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet plaats te hebben gevonden.*’⁸⁷

De rechter heeft zich gebogen over de vraag hoe er moet worden omgegaan met een avv in het Landbouwwliegers-arrest.⁸⁸ Avv’s mogen door de rechter getoetst worden aan algemene rechtsbeginselen. De Hoge Raad stelt dat: “*Geen rechtsregel eraan in de weg staat de rechter een (...) 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 desbetreffende overheidsorgaan (...) in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift is kunnen komen*”⁸⁹ “*Daarbij heeft de rechter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken*

⁸⁶ HR 25 februari 1949; ECLI:NL:PHR:1949:AG1963.

⁸⁷ Ortlep en Zorg 2018, p. 22.

⁸⁸ HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354.

⁸⁹ R.o. 6.1

*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 (...) meebrengen dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten”.*⁹⁰

In 1994 is het evenredigheidsbeginsel, zoals het momenteel ook in de wettekst staat, opgenomen in de in artikel 3:4 Awb.⁹¹ Het evenredigheidsbeginsel stelt dat de nadelige gevolgen niet onevenredig mogen zijn met het doel dat wordt nagestreefd. In het Praxis Maxis-arrest⁹² van 1996 gaat de ABRvS in op de uitleg van artikel 3:4 Awb. Volgens de ABRvS zorgt het artikel 3:4 lid 2 Awb niet voor veranderingen voor de rechter. Het artikel is bedoeld voor het bestuur. De rechter toetst dus niet rechtstreeks aan het artikel. De bestuursrechter toetst besluiten aan het verbod van willekeur. De ABRvS stelt in dit arrest dat een discretionaire bevoegdheid slechts terughoudend door de rechter wordt getoetst. Het is aan het bestuursorgaan zelf om de belangenafweging te maken. De rechter kan zich inhoudelijk uitlaten over de belangenafweging indien er een onevenwichtige belangenafweging is gemaakt. Hiervan is sprake indien het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen door de onevenwichtige belangenafweging.⁹³

In het Alcoholslotprogramma-arrest⁹⁴ voert de bestuursrechter een inhoudelijkere toetsing uit op een avv. *“De Afdeling is (...) van oordeel dat de minister bij de totstandkoming van de Regeling de mogelijke ingrijpende gevolgen van de oplegging van het asp (...) niet afdoende heeft afgewogen. (...) De Regeling maakt ten onrechte geen onderscheid tussen gevallen waarin deze ingrijpende gevolgen zich wel en niet voordoen en biedt het CBR evenmin ruimte om in de gevallen waarin deze zich voordoen een geïndividualiseerde afweging te verrichten. Aldus is voor die gevallen in de Regeling de evenredigheid van de opgelegde maatregel onvoldoende gewaarborgd, zodat artikel 17, eerste lid, van de Regeling in strijd is met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb en derhalve onverbindend is.”*⁹⁵ Er vindt dus niet louter een willekeurstoetsing plaats, maar een **rechtstreekse toetsing aan het evenredigheidsbeginsel** op een avv. De ABRvS stelt dat de opgelegde maatregel geen rekening houdt met de individuele belangen en omstandigheden. Uit de memorie van toelichting blijkt ook dat de wetgever de intentie heeft gehad dat de deelnemers aan het alcoholslotprogramma gedurende het alcoholslotprogramma

⁹⁰ R.o. 6.1.

⁹¹ Artikel 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht, Stb. 1993, 693.

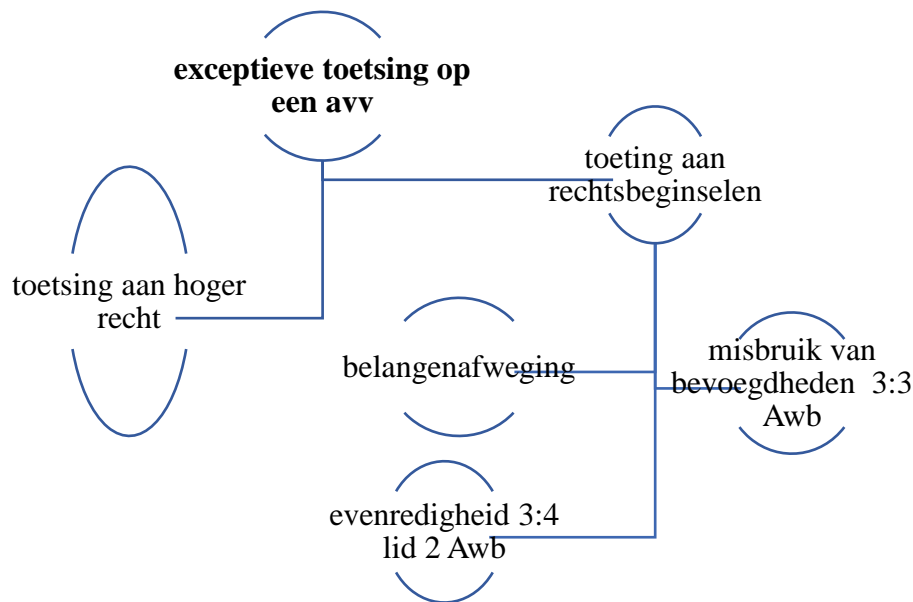
⁹² ABRvS: 9 mei 1996: ECLI:NL:ABRVS:1996:ZF2153 (Kwantum Nederland B.V., Praxis en Maxis).

⁹³ Barkhuysen 2016, p. 341 en Hirsch Ballin 2015, p. 25.

⁹⁴ ABRvS, 4 maart 2015: ECLI:NL:ABRVS:2015:622 (alcoholslotprogramma).

⁹⁵ R.o. 5.4.

in de gelegenheid blijven een motorvoertuig te besturen. De gevolgen zijn daardoor onevenredig.⁹⁶ De regeling maakt ten onrechte geen onderscheid tussen gevallen waarin ingrijpende gevolgen zich wel of niet voordoen. Dit zorgt ervoor dat het bestuursorgaan geen evenredige afweging kan maken bij het opleggen van de sanctie.



3.2 Nieuwe methodiek van toetsing

In de jurisprudentie is sprake van een evolutie van de willekeurstoets. Waar eerst enkel werd gekeken of het bestuursorgaan *in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift is kunnen komen*, conform het Landbouwwliegers arrest, werd in het Alcoholslotprogramma-arrest een avv direct getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. De vraag rijst hoe nu verder? Hoe moet een avv door de bestuursrechter getoetst worden?

3.2.1 HvJ-EU

De wetgever heeft geopperd om de drietrapsproportionaliteitstoetsing het HvJ-EU over te nemen bij de beoordeling van regelgeving aan formele beginselen door de bestuursrechter.⁹⁷ Het HvJ-EU toetst wetgeving op evenredigheid middels de proportionaliteitstoetsing. Het HvJ-EU kijkt hierbij voornamelijk naar de totstandkoming van de regelgeving. De toets wordt dus een meer procedurele controle. Het verschil tussen materiële, formele of procedurele toetsing lijkt hierbij lastig te maken.⁹⁸ De drietrapsproportionaliteitstoetsing houdt in dat de rechter kijkt naar de mate van:

⁹⁶ R.o. 5.1 -5.4.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p.211.

⁹⁸ K. Lenaerts, 'The European Court of Justice and Process-Oriented Review, Yearbook of European Law, Vol. 31, No. 1', in: *Research Papers in Law* 1/2012, p. 3-16.

- ✓ geschiktheid van de regeling;⁹⁹

Het middel moet passend zijn om het doel te bereiken. Er wordt een oordeel geveld over de doeltreffendheid van de maatregel. Het gaat om een logisch causaal verband tussen middel en doel. De Nederlandse bestuursrechter toetst hier niet aan bij het nationale evenredigheidsbeginsel. De Nederlandse bestuursrechter toetst aan de **rechtmatigheid** maar niet aan de doelmatigheid van het besluit.¹⁰⁰

- ✓ noodzaak voor het opstellen van de regeling; en¹⁰¹

Een maatregel moet ook noodzakelijk zijn voor het bereiken van een specifiek doel. Een maatregel mag niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het behalen van dit specifieke doel. Als een minder ingrijpend middel het ook mogelijk maakt het doel te behalen dan dient in beginsel dit alternatief te worden gekozen. De Nederlandse bestuursrechter toetst hier niet aan bij het nationale evenredigheidsbeginsel.

- ✓ de evenredigheid in concreto van het genomen besluit.

Daarbij zijn de aard van de bevoegdheid en de geschade belangen zwaarwegende factoren bij de beoordeling. Een EU-regeling wordt enkel onwettig verklaard indien deze kennelijk ongeschikt is om het doel te verwezenlijken.¹⁰² Dit element van de toetsing noemt men ook wel het evenredigheidsbeginsel in strikte zin. Het betreft in feite een evenredigheidstoets zoals gebruikelijk in het Nederlandse bestuursrecht. Deze beoordeling raakt het meest aan de inhoudelijke belangenafweging van de regelgever.¹⁰³

Het HvJ-EU lijkt materieel terughoudend te toetsen aan het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel en kiest voor een procedurele toetsing. Dat wil zeggen dat de nadruk ligt op de zorgvuldigheid van het onderzoek en de aangedragen argumenten (motivering). Op basis van de relevante feiten en omstandigheden moet voldoende kunnen worden onderbouwd dat het besluit geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is.¹⁰⁴ **De motivering van evenredigheid lijkt centraal te staan bij de toetsing.**

⁹⁹ EU 8 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:321, r.o. 51 en R.H. van Ooik, 'Evenredigheid in het EU-recht', in: RegelMaat 2013/3, p. 166-182.

¹⁰⁰ F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg, L.A.J. Spaans, 'Hoofdzaken van het Bestuursrecht', negende druk, Wolters Kluwer Deventer 2019, p.213.

¹⁰¹ HvJ EG 18 november 1987, ECLI:EU:C:1987:493, r.o. 15; HvJ EG 7 december 1993, ECLI:EU:C:1993:917, r.o. 15; HvJ EG 6 december 2005, ECLI:EU:C:2005:741, r.o. 68 HvJ EU 2 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:809 (Bajratari) en HvJ EU 10 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:582 (Aubriet).

¹⁰² S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Inleiding in het Europese bestuursrecht', Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2017, p.176-190.

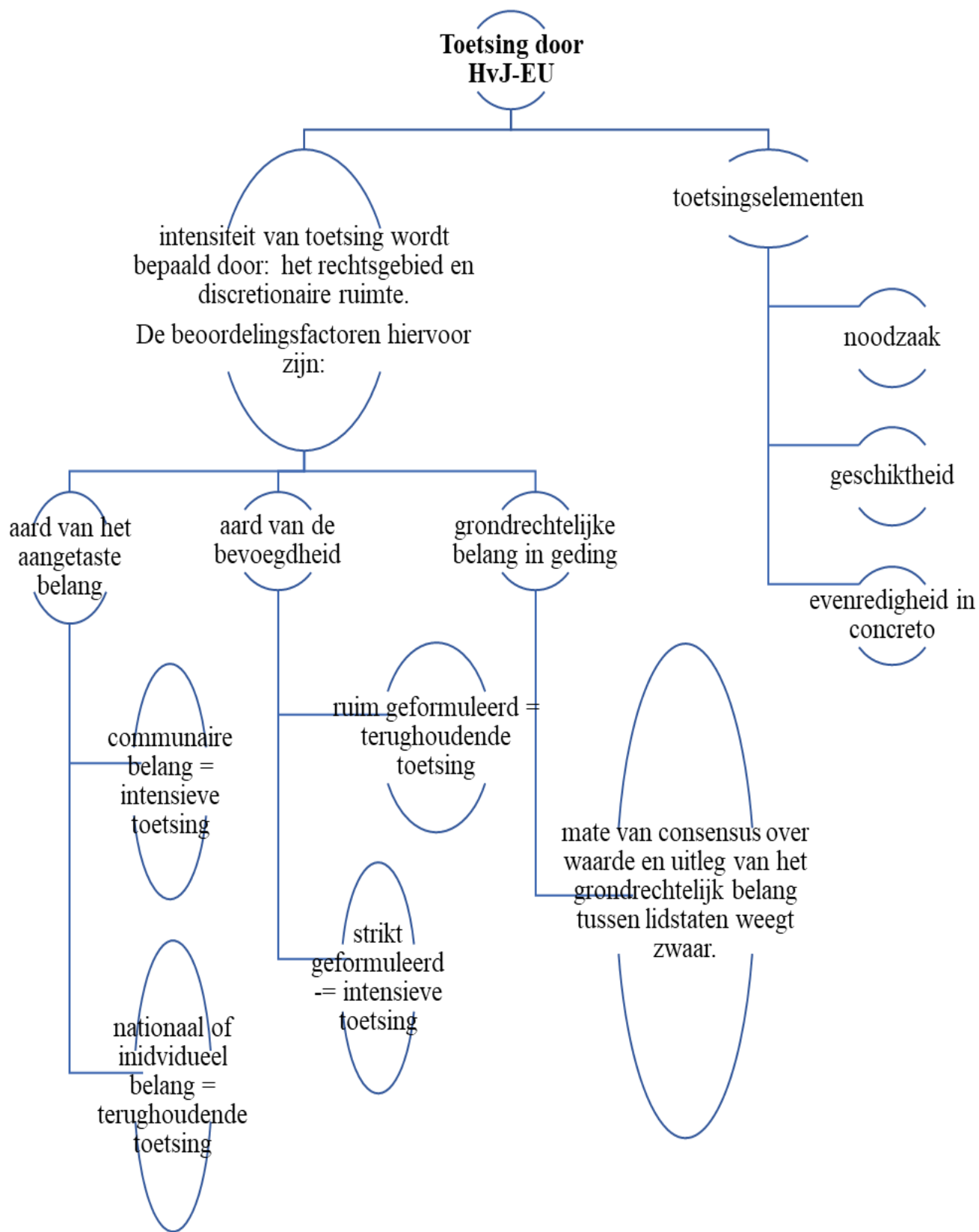
¹⁰³ Conclusie 22 december 2017 Uitspraak 201701963/3/R1.

¹⁰⁴ Enzo Schlossels & Zijlstra 2017, nr.117 en P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvaten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', NTB 2019/20, p.219.

De **intensiteit** van toetsing hangt af van het rechtsgebied en de bijbehorende discretionaire ruimte van de regelgever.¹⁰⁵ Het HvJ-EU kijkt hierbij naar drie factoren. Het aangetaste belang (1), waaraan enkel zwaar wordt getoetst bij een communautair belang en terughoudend wordt getoetst bij nationale of individuele belangen. De aard van de bevoegdheid (2), waarbij gekeken wordt naar de formulering van de bevoegdheid en de vraag naar een politieke beoordeling door bestuur, is ook een factor. Daarnaast kijkt het HvJ-EU ook of er een grondrechtelijk belang in het geding is (3). Bij de laatste factor is doorslaggevend in hoeverre over de waarde en uitleg van dit grondrechtelijk belang consensus bestaat tussen de lidstaten.¹⁰⁶

¹⁰⁵ HvJ EG 13 november 1990, ECLI:EU:C:1990:391, r.o. 14.

¹⁰⁶ HvJ EG 10 december 2002, ECLI:EU:C:2002:741 en HvJ EU 11 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:386, r.o. 74; HvJ EG 26 juni 1997, ECLI:EU:C:1997:325, r.o. 24.



3.2.2 Widdershoven

Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven is in juli 2017 gevraagd in een conclusie in te gaan op een aantal vragen met betrekking tot het exceptief toetsen van een avv.¹⁰⁷ In het interview dat is opgenomen in bijlage 1 van dit onderzoek wordt deze conclusie nogmaals besproken. Uit de conclusie en het interview kan het onderstaande worden opgemaakt.

Widdershoven noemt de toetsingsmaatstaf die geïntroduceerd werd in het Landbouwwliegers-arrest de willekeurssluis.¹⁰⁸ Widdershoven pleit ervoor de willekeurssluis niet langer te gebruiken als toetsingsmaatstaf voor avv's. Widdershoven is van mening dat avv's indringender (exceptief) getoetst moeten worden. Widdershoven wil de toetsing aan het **evenredigheidsbeginsel conform de drietrapsproportionaliteit van het HvJ-EU laten plaatsvinden**. Een avv zou dus eerst getoetst moeten worden op: noodzaak, geschiktheid en evenredigheid in concreto. Vervolgens zal ook aan **zowel formele als materiële rechtsbeginselen getoetst moeten worden**. De toetsing aan de formele rechtsbeginselen zou niet terughoudend moeten zijn. De formele beginselen (zorgvuldigheid motivering en evenredigheid) zouden conform een strict process review plaats moeten vinden.¹⁰⁹ Een schending van een formeel beginsel leidt in beginsel niet tot het buiten toepassing laten of onverbindend verklaren van een avv. Dat is wel het geval indien door een formeel gebrek niet getoetst kan worden of aan alle materiële beginselen zijn voldaan.¹¹⁰

*'[...]Wel heb ik blijkens de CRvB-uitspraak verwarring gewekt met mijn opmerking in punt 8.2 en 8.10, dat de enkele schending van een formeel beginsel al zou moeten kunnen leiden tot het onverbindend verklaren/buiten toepassing laten van de avv. Die opmerking is opgevat als zou ik van mening zijn dat elke vormfout desastreus voor de avv zou moeten zijn. Dat ben ik echter niet van mening [...]. Wat ik bedoelde met die zin is dat er geen toepassing meer moet worden gegeven aan de willekeurssluis van Landbouwwliegers[...].'*¹¹¹

De intensiteit van de rechterlijke toetsing kan per onderdeel of aspect van het besluit verschillen, afhankelijk van de mate van beslissingsruimte die de regelgever wordt gegeven, de aard en inhoud van de gegeven bevoegdheid en de aard van het besluit.¹¹² Widdershoven geeft in zijn conclusie de volgende indicatoren:

¹⁰⁷ Conclusie 22 december 2017 Uitspraak 201701963/3/R1 en 201705745/2/A1 punt 2-3.

¹⁰⁸ Conclusie 22 december 2017 Uitspraak 201701963/3/R1 en 201705745/2/A1.

¹⁰⁹ Bijlage 1 onder vraag 1.

¹¹⁰ Bijlage 1 onder vraag 6

¹¹¹ Bijlage 1 onder vraag 6.

¹¹² Conclusie 22 december 2017, Uitspraak 201701963/3/R1 en 201705745/2/A1, punt 8.4, 8.7, 8.8 en jaarverslag Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State 2017, p.61.

- ✓ De rechterlijke toetsing is inhoudelijk terughoudend met betrekking tot de materiële rechtsbeginselen¹¹³, als sprake is van een hoge mate van beslissingsruimte door de feitelijke of technische complexiteit van de materie.
- ✓ Ook moet er ruimte zijn voor de regelmaker om politieke afwegingen te kunnen maken. De wijze waarop aan de beslissingsruimte inhoud is gegeven, kan wel worden getoetst aan de formele beginselen (evenredigheids-, zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel).
- ✓ De rechterlijke toetsing is inhoudelijk intensiever als een avv ingrijpt in het leven van de burger en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn. De toetsing aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel is dan intensiever.
- ✓ Aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel is voldaan als de regelgever de negatieve gevolgen van een wet in materiële zin voor een bepaalde groep uitdrukkelijk benoemt en motiveert. In dit geval kan de rechter alleen nog toetsen of er strijd is met artikel 3:4 lid 2 Awb.
- ✓ Het gegeven dat een avv is vastgesteld door een ‘volksvertegenwoordigend orgaan’ of een ‘niet direct gelegitimeerd orgaan’, is geen reden om de rechterlijke toetsing principieel anders te benaderen. Dit kan echter wel een rol spelen bij de concrete toetsing aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel.¹¹⁴ Bij het zorgvuldigheidsbeginsel speelt de indirecte participatie van de burger een rol. Bij het evenredigheidsbeginsel wordt de indringendheid van de toetsing bepaald door de aanwezigheid van een niet afgekaderde bevoegdheidsverkrijging. De aanwezigheid hiervan zorgt ervoor dat de rechter aanknopingspunten heeft voor de toetsing.¹¹⁵

Widdershoven laat zich (nog) niet uit of de bestuursrechter avv’s onverbindend dient te verklaren of buiten toepassing dient te laten indien er formele gebreken aan kleven.¹¹⁶ Het onverbindend verklaren van een avv is een declaratoire daad. Dit is wezenlijk anders dan een vernietiging, een constitutieve daad. Een constitutieve daad heeft terugwerkende kracht en brengt vernietiging van de rechtsgevolgen mee.¹¹⁷ Bij een declaratoir oordeel van de rechter moet de regeling worden geacht nooit te hebben gegolden. Feitelijk hebben een declaratoir oordeel en een constitutieve daad dus eenzelfde werking.¹¹⁸

¹¹³ Bijlage 1 onder vraag 1.

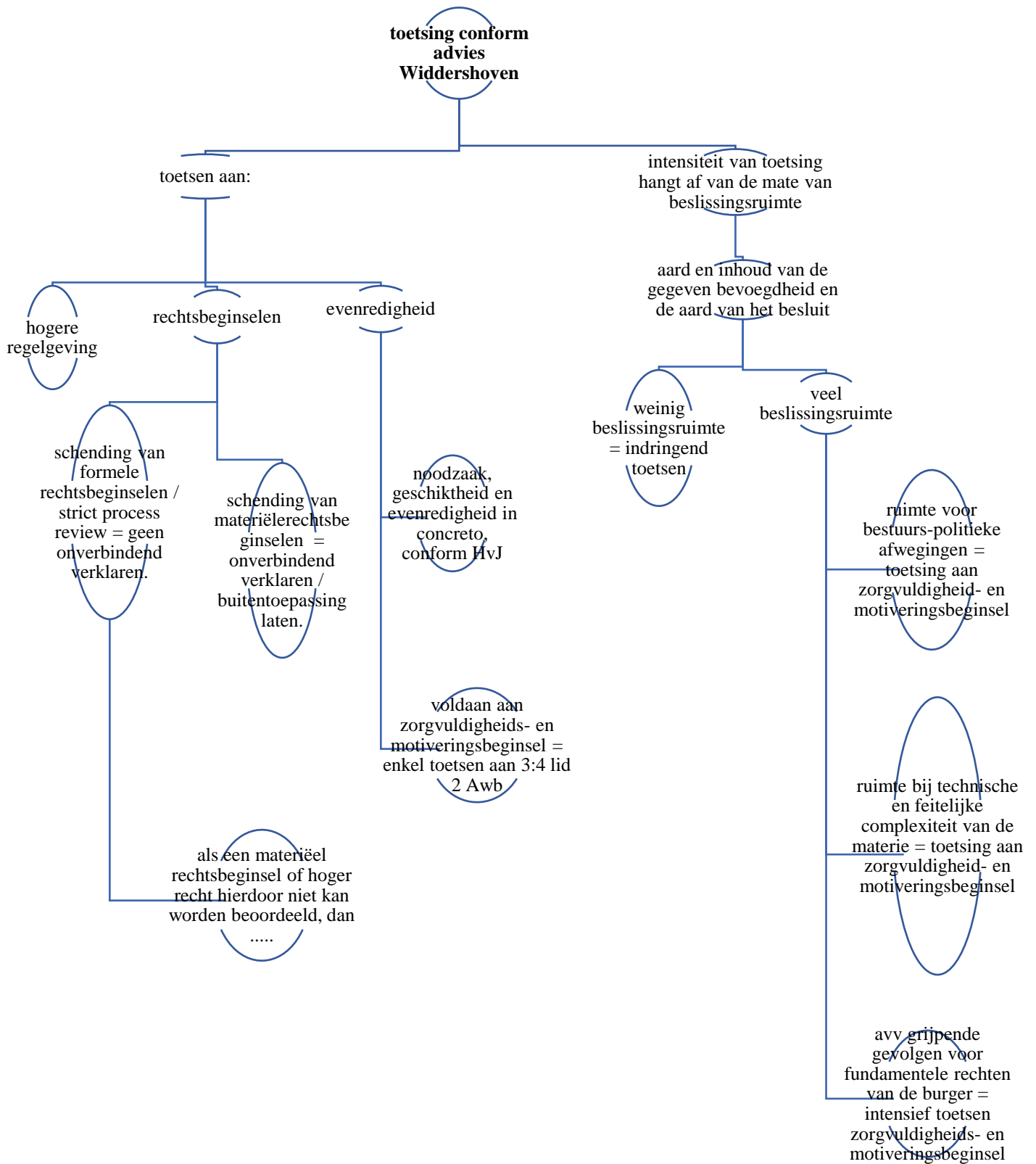
¹¹⁴ Conclusie 22 december 2017 Uitspraak 201701963/3/R1 en 201705745/2/A1.punt 8 en 9.

¹¹⁵ Bijlage 1 onder vraag 3.

¹¹⁶ Bijlage 1 onder vraag 6 laatste paragraaf.

¹¹⁷ Artikel 10:42 Algemene wet bestuursrecht.

¹¹⁸ J.H.M.F. Teunissen, ‘De reikwijdte van onverbindendverklaring’, Gst. 2018/100, p.2-3.



3.2.3 Centrale Raad van Beroep

In de uitspraken van 1 juli 2019¹¹⁹ van de CRvB worden de toetsingscriteria voor avv's verfijnd. Avv's, die geen wet in formele zin zijn, kunnen worden getoetst op: **rechtmatigheid**. De toetsing kijkt naar verenigbaarheid met hogere regelgeving en of aan de wijze van totstandkoming zodanig ernstige gebreken kleven dat dit voorschrift om die reden niet als grondslag kan dienen voor een daarop in concrete gevallen te baseren beslissingen.¹²⁰

Bij de onrechtstreekse toetsing van een avv vormen de algemene **rechtsbeginselen** en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer. De intensiteit van die beoordeling is afhankelijk van de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft, de aard en inhoud van de vaststellingsbevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen.

De beoordeling kan materieel terughoudend zijn als:

- ✓ de beslissingsruimte voortvloeit uit de feitelijke of technische complexiteit van de materie; en
- ✓ bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen kunnen worden of zijn gemaakt.

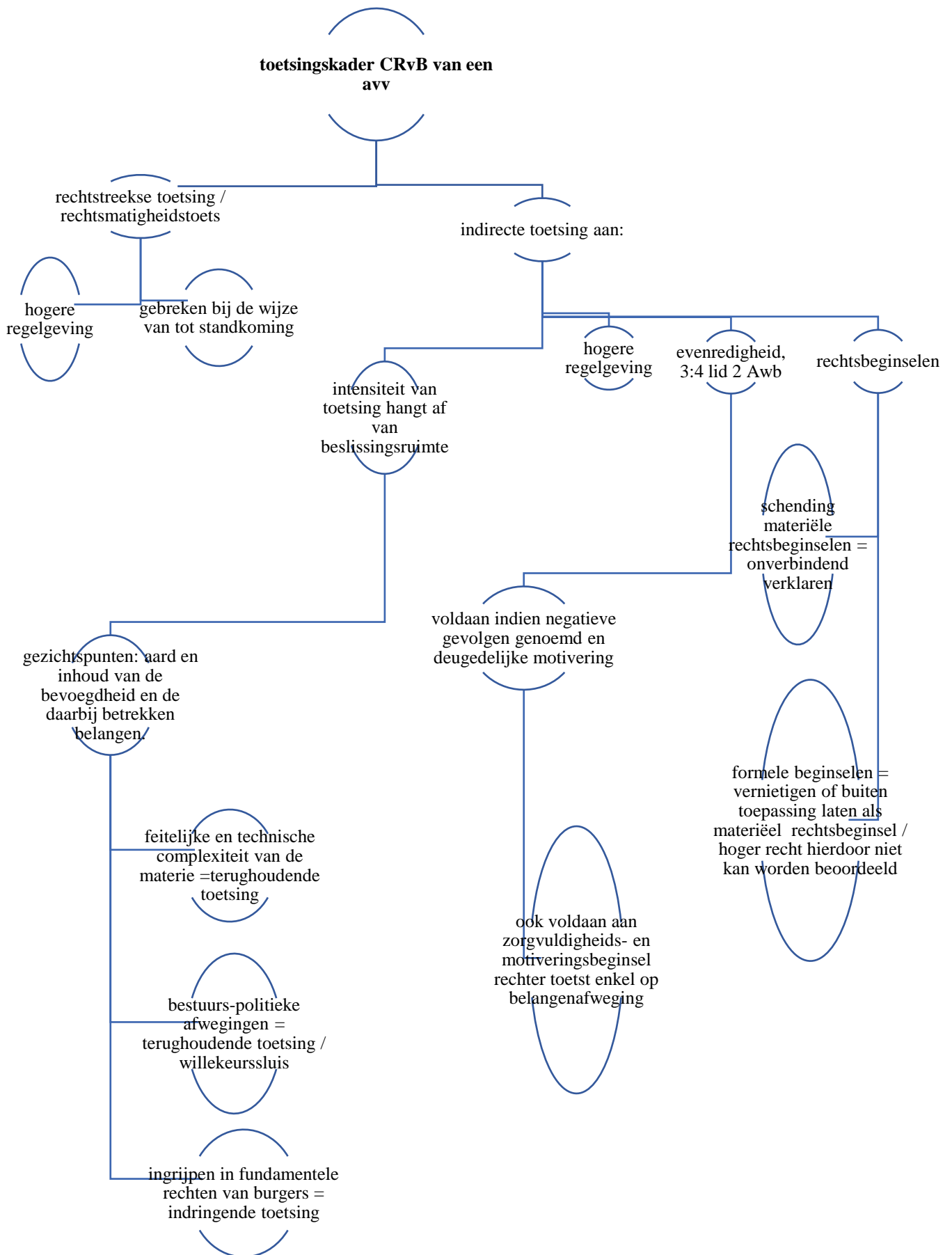
De beoordeling van de afgewogen belangen kan intensiever zijn naarmate een avv meer ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn.

Bij de toetsing van de wijze waarop aan de **beslissingsruimte** inhoud is gegeven kunnen het beginsel van **zorgvuldige besluitvorming** en het **beginsel van een deugdelijke motivering** een rol spelen. Enkele strijd met de formele beginselen kan niet tot het onverbindend verklaren van een avv leiden. 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 of rechtsbeginselen, dit ertoe kan leiden dat de bestuursrechter een avv buiten toepassing laat en een daarop berustend uitvoeringsbesluit om die reden vernietigt. Als het vaststellende orgaan bij het voorbereiden en nemen van een avv de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd, voldoet het avv aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel en toetst de rechter alleen een evenredige belangenafweging.¹²¹

¹¹⁹ CRvB 1 juli 2019: ECLI:NL:CRVB:2019:2016, ECLI:NL:CRVB:2019:2017, ECLI:NL:CRVB:2019:2018 en ECLI:NL:CRVB:2019:2019.

¹²⁰ CRvB 1 juli 2019: ECLI:NL:CRVB:2019:2016, R.o. 7.5.1.

¹²¹ R.o.7.5.2.



3.3 Jurisprudentieanalyse

Aan de hand van een tiental uitspraken is geanalyseerd hoe de bestuursrechter een avv toetst nadat respectievelijk het advies van Widdershoven en de uitspraken van 1 juli 2019 van de CRvB zijn gepubliceerd.

De eerste uitspraak die wordt besproken is een uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uit december 2018.¹²² In deze uitspraak wordt verwezen naar de toetsing conform het advies van Widdershoven. Het gerechtshof stelt dat intensief getoetst moet worden aan rechtsbeginselen (in casu het gelijkheidsbeginsel) zonder toepassing van enkel de willekeurssluis.¹²³ Het gerechtshof stelt dat: *‘De hiervoor aan de wetgever toegedichte ruime beoordelingsbevoegdheid geldt naar het oordeel van het Hof in aanzienlijk mindere mate voor de lagere regelgever zoals, in dit geval, de minister’*.¹²⁴ **Ondanks de aanwezige beslissingsruimte wordt de lagere regelgever dus intensief getoetst.** De vraag moet derhalve worden beantwoord of voor de ongelijke behandeling een redelijke rechtvaardiging is te vinden. Een rechtvaardiging die de toets der redelijkheid kan doorstaan is in de casus niet gegeven. De **motivering** van de inspecteur **ontbreekt** het aan nadere aanduiding en vastlegging, waardoor de veronderstelling niet te toetsen is. Zo heeft de inspecteur de duur en aantal gevallen genoemd wat de toepassing van het bestreden avv rechtvaardigt. De inspecteur heeft verder nog aangevoerd dat aan de mogelijke ongelijke behandeling waarschijnlijk spoedig een einde zal komen. Ook die mededeling van de inspecteur kan echter niet op realiteit worden getoetst en kan naar het oordeel van het gerechtshof derhalve niet een redelijke rechtvaardiging vormen voor de ongelijke behandeling. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel is daarom terecht.¹²⁵ Een schending van een formeel rechtsbeginsel (motivering), waardoor een toetsing op het materiële beginsel (gelijkheid) niet mogelijk is, leidt tot de vernietiging van het besluit dat op het gebrekkige avv is gebaseerd. Het avv wordt door de rechter buiten toepassing gelaten. Het gerechtshof handelt conform de toetsingscriteria van Widdershoven en de CRvB.

De rechtbank Amsterdam¹²⁶ toetst ook een avv. Bij de motivering wordt verwezen naar het toetsingskader van de CRvB zoals omschreven in de uitspraken van 1 juli 2019 van de CRvB.¹²⁷ De rechtbank is van oordeel dat onderdeel 5 van het Inrichtingsbesluit **niet ondeugdelijk is**

¹²² Hof Arnhem-Leeuwarden, 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10971.

¹²³ R.o. 4.10.-4.11.

¹²⁴ R.o.4.11.

¹²⁵ R.o. 4.16-4.17

¹²⁶ Rb. Amsterdam 27 augustus 2019: ECLI:NL:RBAMS:2019:6364.

¹²⁷ R.o.16.

gemotiveerd. De motivatie is karig en het staat verspreid over verschillende plaatsen in de voordracht en de gebruikte bewoordingen zijn soms onhandig gekozen. Desondanks is de rechtbank van oordeel dat de kern van de motivering, wel is te lezen in de tekst van de voordracht. Het besluit bevat:

- **de negatieve gevolgen** voor de vaste marktplaathouders die willen uitbreiden; en
- **de afweging tussen de belangen** van de vaste marktplaathouders en de sollicitant-winkeliers.

Deze onderdelen zijn namelijk doorslaggevend genoeg om de motivering van het Inrichtingsbesluit te kunnen dragen.¹²⁸ De rechtbank volgt het toetsingsschema van de CRvB. Er wordt niet getoetst aan de noodzaak of geschiktheid van het avv. Ook zorgt een schending van een formeel beginsel in principe niet voor onverbindendheid van het avv. De CRvB stelt dat: Als het vaststellende orgaan de negatieve gevolgen voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging hiervan deugdelijk heeft gemotiveerd, voldoet het avv aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel en toetst de rechter alleen een evenredige belangenafweging.¹²⁹ De rechtbank heeft de toetsing exact conform dit toetsingskader van de CRvB vormgegeven.

De rechtbank Den Haag¹³⁰ toetst een avv aan een formeel beginsel. De rechtbank stelt **dat uit de motivering niet blijkt dat er sprake is geweest van een gedegen onderzoek** voor het vaststellen van de periode van vijf jaar. Hierdoor is niet voldaan aan de formele zorgvuldigheid- en **motiveringsbeginsel**. De gemeenteraad had de verordening, voor zover deze ziet op de vergunningsduur, wegens strijd met het bepaalde in de artikelen 3:2, 3:4, eerste lid, en 3:46 Awb, ten aanzien van eiseres buiten toepassing moeten laten.¹³¹ De rechtbank volgt het toetsingskader van de CRvB. De noodzaak of geschiktheid worden niet getoetst. De schending van een formeel beginsel zorgt op zich niet voor onverbindendheid. In de casus kan door een gebrekkige motivering en onzorgvuldige voorbereiding echter niet worden getoetst aan materiële beginselen. Om deze reden wordt het avv buiten toepassing gelaten. De rechtbank toetst terughoudend.

¹²⁸ R.o.19-20.

¹²⁹ CRvB 1 juli 2019: ECLI:CRVB:2019:2016, R.o.7.5.2.

¹³⁰ Rb. Den Haag 27 augustus 2019 ECLI:NL:RBDHA:2019:8907.

¹³¹ R.o. 7.

Een maand later toetst de rechtbank Den Haag¹³² nogmaals een avv aan een formeel rechtsbeginsel: *‘De rechtbank ziet, terughoudend toetsend, onvoldoende aanleiding om te oordelen dat de wetgever destijds tot die keuzes is gekomen op basis van een onvoldoende onderzoek, dan wel dat de wetgever onmiskenbaar in strijd heeft gehandeld het gelijkheidsbeginsel of het verbod van willekeur. De rechtbank merkt daarbij op dat, hoewel niet voor alle destijds gemaakte keuzes om bepaalde functies wel en andere niet aan te merken als substantieel bezwarend een gedetailleerde motivering voorhanden is, er voldoende aanknopingspunten zijn om aan te nemen dat sprake is geweest van weloverwogen keuzes en relevante verschillen.’*¹³³ Ook hier toetst de rechtbank nogmaals terughoudend aan een formeel beginsel, namelijk zorgvuldigheid.

De ABRvS heeft zich ook uitgelaten over de intensiteit van toetsing van een avv. De ABRvS stelt dat een regelgevende bevoegdheid een bepaalde mate van beslissingsruimte met zich meebrengt, maar dit niet mag leiden tot onduidelijkheden met betrekking tot de werking van een avv. De termen hoeven niet enkel juridisch van aard te zijn, maar over de gebruikte termen die in een avv zijn opgenomen mag geen verwarring bestaan. De ABRvS geeft hier een oordeel over het avv aan de hand van het motiveringsbeginsel. Conform het toetsingsschema van de CRvB, wordt het avv niet onverbindend verklaard wegens strijdigheid met een formeel rechtsbeginsel (het motiveringsbeginsel). De ABRvS stelt enkel dat het avv moet worden aangevuld om onduidelijkheden te voorkomen.¹³⁴ De ABRvS lijkt in deze uitspraak de toetsing van de CRvB te volgen met betrekking tot de terughoudendheid bij het schenden van formele rechtsbeginselen. De ABRvS geeft in een latere uitspraak ook aan dat ondanks dat er een mate van beslissingsruimte is gegeven bij de regelgevende bevoegdheid dit niet kan leiden tot het opstellen van een gedoogbeleid. **Het bestuur is dus gehouden aan de intentie van de wetgever bij het opstellen en uitvoeren van de regelgevende bevoegdheid.**¹³⁵ De ABRvS lijkt hier indringender te toetsen ondanks de mate van beslissingsruimte. De intentie van de wetgever beperkt de vrijheid van het bestuur om naar eigen inzichten regelgeving op te stellen en uit te voeren.

De ABRvS laat zich op 12 februari 2020 uitdrukkelijk uit over het toetsingskader van een avv bij exceptieve toetsing.¹³⁶ De ABRvS herhaalt en verwijst uitdrukkelijk naar het toetsingskader

¹³² Rb. Den Haag 30 oktober 2019; ECLI:NL:RBDHA:2019:12475.

¹³³ R.o. 3.8.

¹³⁴ ABRvS 24 december 2019; ECLI:NL:ABRVS:2019:4454 r.o.6.6

¹³⁵ ABRvS 29 januari 2020; ECLI:NL:ABRVS:2020:261, R.o. 4.1-4.2.

¹³⁶ ABRvS 12 februari 2020; ECLI:NL:ABRVS:2020:452.

van de CRvB.¹³⁷ De ABRvS kijkt bij de beoordeling van het avv in de casus naar hogere regelgeving en naar de intentie van de wetgever.¹³⁸ **Het bestuur mag bij de invulling van de regelgevende bevoegdheden aanvullende regels vaststellen indien deze regels niet in hogere regelgeving zijn opgenomen.** Deze (aanvullende) regels zijn dan enkel op de desbetreffende avv van toepassing.¹³⁹ Het opstellen van aanvullende regels is niet toegestaan wanneer de hogere regelgeving uitputtend is.¹⁴⁰ De ABRvS toetst in deze casus niet aan de noodzaak voor het opstellen van een avv, maar kijkt of hogere regelgeving niet wordt doorkruist door de aanvullende regels.¹⁴¹ Wel wordt gekeken of een avv niet onevenredig bezwarend is voor een belanghebbende.¹⁴²

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de tweede deelvraag: *‘Wat is de evolutie betreffende de intensiteit van de exceptieve toetsing door de bestuursrechter met betrekking tot algemeen verbindende voorschriften naar aanleiding van de conclusie van 22 december 2017 door staatsraad AG Widdershoven en de 1 juli 2019 arresten van de CRvB?’* centraal.

De exceptieve toetsing van de bestuursrechter heeft een evolutie doorgemaakt. Van een willekeurssluis waarin enkel werd gekeken of het bestuur *in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen*, naar de directe toetsing aan het evenredigheidsbeginsel conform het Alcohol-slotprogramma-arrest. Widdershoven is van mening dat de exceptieve toetsing nog niet indringend genoeg is. Het avv zou op evenredigheid conform de proportionaliteitstoetsing van het HvJ-EU getoetst moeten worden. Daarnaast zou de bestuursrechter een avv onverbindend moeten verklaren of buiten toepassing laten, indien een materieel rechtsbeginsel is geschonden of door schending van een formeel rechtsbeginsel, hier niet op getoetst kan worden.¹⁴³ Widdershoven laat zich (nog) niet uit over de keuze tussen onverbindend verklaren of buiten toepassing laten van avv's. Widdershoven geeft het bestuur wel ruimte, wanneer er beslissingsruimte is gegeven, door een minder indringende materiële exceptieve toetsing.

¹³⁷ R.o. 6.

¹³⁸ R.o. 10.1.

¹³⁹ R.o. 12.2.

¹⁴⁰ R.o. 13.5.

¹⁴¹ R.o.18-18.4

¹⁴² R.o. 21.1.

¹⁴³ Bijlage 1 onder vraag 6.

De CRvB pleit ook voor een exceptieve toetsing van een avv waarin de rechtsbeginselen een belangrijke richtsnoer vormen. Daarnaast moet de evenredigheidstoets conform artikel 3:4 lid 2 Awb worden uitgevoerd. De toetsing van de noodzaak en geschiktheid van een avv wordt door de CRvB echter niet opgenomen in het toetsingskader.

Aan de hand van de jurisprudentieanalyse kan gesteld worden dat er geen sprake is van een zeer indringende materiële toetsing. De bestuursrechters volgen de toetsingscriteria van de CRvB. Zij geven het bestuur veel ruimte om de regelgevende bevoegdheid naar eigen inzichten vorm te geven. De rechters toetsen de evenredigheid van een avv middels het motiveringsbeginsel. Het motiveringsbeginsel is een formeel beginsel. Formele beginselen worden terughoudender getoetst en leiden in beginsel niet tot onverbindendheid van een avv. De toetsing van evenredigheid is gewijzigd doordat er een formele toetsing van is gemaakt. De enige rechtsbescherming die de rechter de belanghebbende kan geven is het avv buiten toepassing laten als door schending van de formele beginselen, het onmogelijk is te toetsen aan materiële beginselen of hoger recht.

Is de intensiteit van de toetsing van een avv indringender geworden door de gewijzigde toetsing op basis van formele beginselen? Uit de jurisprudentieanalyse blijkt niet dat de rechter zeer indringend toets aan materiële rechtsgedingen of hoger recht door middel van de formele toetsing. Widdershoven zegt hierover het volgende: “[...] *De toetsing door de bestuursrechter mag zich nog wel wat verder ontwikkelen. Tot nu toe moeten we het doen met twee uitspraken, waaruit nog niet al te veel conclusies kunnen worden getrokken. Kijk je naar het HvJ, dan kun je vaststellen dat die proces review zich in de loop der jaren serieus heeft ontwikkeld. Aanvankelijk toetste het HvJ avv’s alleen materieel zeer terughoudend en werden beroepen veelal met één of twee overwegingen verworpen. Inmiddels past het HvJ steeds vaker process review toe, waarbij het proces van totstandkoming in tientallen overwegingen (soms 20 pagina’s) kritisch wordt beoordeeld. Dat lijkt mij vooruitgang en maakt de rechtspraak ook overtuigender[...]*”¹⁴⁴ Desondanks geeft Widdershoven wel aan dat: ” [...] *Die ‘formele’ toetsing kan behoorlijk indringend zijn en in dat geval is die rechtsbescherming zeker effectief [...]*.”¹⁴⁵

¹⁴⁴ Bijlage 1 onder vraag 8.

¹⁴⁵ Bijlage 1 onder vraag 1.

Hoofdstuk 4 Beslissingsruimte en de Trias Politica

In dit hoofdstuk staat de deelvraag: ‘*Wat is de invloed van de mate van beslissingsruimte op de intensiteit van de exceptieve toetsing door de bestuursrechter op een algemeen verbindend voorschrift in het licht van de machtenscheiding?*’ centraal. Als eerste zullen het belang van een evenwichtige machtenscheiding en checks and balances worden besproken. Vervolgens wordt ingegaan op de toetsing van een avv voor het gegeven advies van Widdershoven en de uitspraken van 1 juli 2019 van het CRvB. Daarna wordt middels een jurisprudentieanalyse gekeken hoe de bestuursrechter omgaat met beslissingsruimte.

4.1 Machten in (dis)balans

De rechter toetst van oudsher terughoudend aan regelgeving. De rechterlijke terughoudendheid is gebaseerd op toetsverboden.¹⁴⁶ De discussie over de indringendheid van de rechterlijke toetsing wordt al langere tijd gehouden. Het kabinet heeft zich in 2004 uitgelaten over de noodzakelijkheid van het directe toetsverbod van een avv. Het kabinet gaf als argumenten tegen een directe toetsing van avv's: de verslechtering van verhouding tussen burger en bestuur, de mogelijke afbreuk aan de slagvaardigheid van het bestuur, de uitholling van politieke democratie (een niet-democratisch gekozen macht controleert een direct of indirect gekozen macht), de toetsing brengt onzekerheid over de werking van een avv en de toetsing zorgt voor meer belasting van de rechterlijke macht.¹⁴⁷ Thierry Baudet pleit voor een terugtred van de rechterlijke toetsing aan de rechtmatigheid van wetgeving: ‘*Een rechtsstaat is geen rechtersstaat. Ook zonder rechterlijke toetsing blijft de rechtsstaat behouden. [...] je kunt vinden dat de beslissingen van het Nederlandse parlement overstemd moeten worden door de 'internationale gemeenschap' en door anonieme, niet-gekozen rechters - maar met 'rechtsstaat' heeft dat even weinig te maken als met democratie. Eerder met een tirannie van de minderheid [...]*’¹⁴⁸

Anderzijds kan gesteld worden dat de rechtsbescherming van de burger wordt verminderd. Burgers en ondernemingen hebben namelijk, in vergelijking met beschikkingen, minder mogelijkheden tot inspraak bij algemeen verbindende voorschriften.¹⁴⁹ De toetsingsverboden kunnen leiden tot niet controleerbare machtsuitoefening door het bestuur.¹⁵⁰ Het traditionele

¹⁴⁶ Artikel 120 Grondwet en artikel 8:3 Algemene wet bestuursrecht.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, 16 p.12-13.

¹⁴⁸ Thierry Baudet en Bastiaan Rijkema, “Wie laat zich nou de wet voorschrijven?” NRC-Handelsblad, 30 november 2013.

¹⁴⁹ J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, ‘Rechterlijke toetsing van algemeen verbindend voorschriften’, NTB 2017/10, p.2.

¹⁵⁰ J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, ‘Rechterlijke toetsing van algemeen verbindend voorschriften’, NTB 2017/10, p.1.

denken over de rolverdeling van de machten lijkt zich niet langer te verhouden met de werkelijkheid van de administratieve state.¹⁵¹ Het traditionele denken van de trias politica bestaat uit de opvatting dat het bestuur uitvoeringsorgaan is van wat de wetgever beslist en laat daarnaast politieke controle en politieke verantwoording aan een democratisch gekozen orgaan. De politieke controle verschaft legitimatie. Maar democratische legitimatie van de regeling met betrekking tot bestuurswetgeving is vaak beperkt. Hierbij is te denken aan regelgeving van een zelfstandig bestuursorgaan, door een ambtelijk orgaan of bij decentralisatie. Het koppelen van legitimatie van de regelgeving aan volksvertegenwoordigende betrokkenheid lijkt in praktijk niet (altijd) te worden verwezenlijkt. Rechtsgeleerden pleiten voor: het schrappen van het toetsingsverbod zoals is opgenomen in artikel 8:3 lid 1 sub a Awb en het uitbreiden van de evenredigheidstoets bij het exceptief toetsen.¹⁵²

4.2 Beslissingsruimte van het bestuur

In deze paragraaf wordt besproken hoe indringend de rechter de beslissingsruimte heeft getoetst voorafgaand aan het advies van Widdershoven en in de uitspraken van 1 juli 2019 van de CRvB.

Beslissingsruimte kan worden opgedeeld in beoordelings- en beleidsruimte. De rechter toetst terughoudend bij aanwezige beoordelingsruimte en / of beleidsruimte bij het opstellen van een avv. De rechter toetst ook bij beleidsruimte terughoudend of een avv niet onevenredig bezwarend is.¹⁵³ Wanneer de beleidsruimte weinig tot geen ruimte laat voor interpretatie, toetst de rechter indringend.¹⁵⁴ Beleidsruimte en beoordelingsruimte moeten gezien worden als een glijdende schaal. Een voorbeeld biedt de bevoegdheid van de burgemeester om te handhaven voor behoud van de ‘openbare orde’.¹⁵⁵ Dit veronderstelt dat de burgemeester het belang van de openbare orde tegen de andere relevante belangen afweegt. Deze keuze ziet op de beleidsruimte. Het bestuursorgaan zal daarnaast ook op basis van feitelijkheden moeten aangeven dat de openbare orde verstoord wordt. Deze bestuurlijke keuze ziet op de beoordelingsruimte.¹⁵⁶

De toetsing van een avv, waarbij het bestuursorgaan een grote mate van beslissingsruimte geniet, kan op verschillende manieren worden uitgevoerd. Widdershoven en de CRvB stellen

¹⁵¹ J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, ‘Rechterlijke toetsing van algemeen verbindend voorschriften’, NTB 2017/10, p.6.

¹⁵² J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, ‘Rechterlijke toetsing van algemeen verbindend voorschriften’, NTB 2017/10, p.7 en bijlage 1 onder vraag 5.

¹⁵³ Artikel 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht.

¹⁵⁴ Jaarverslag Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 2017, p. 61.

¹⁵⁵ Artikel 172 lid 1 Gemeenwetwet.

¹⁵⁶ P.J. Huisman & N. Jak, ‘Beslissingsruimte: handvaten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit’, NTB 2019/20, p.215 en 216.

dat de intensiteit van de toetsing met betrekking tot materiële rechtsbeginselen van een avv, waarbij het bestuursorgaan een grote mate van beslissingsruimte geniet, terughoudend moet zijn. De mate van beslissingsruimte heeft te maken met de aard en inhoud van de gegeven bevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen.¹⁵⁷ Om te beoordelen of hier sprake van is zijn een aantal gezichtspunten opgesteld wanneer sprake moet zijn van een terughoudende toetsing met betrekking tot materiële rechtsbeginselen. Hiervan is sprake indien: het bestuur een **bestuurlijk-politieke afweging** heeft kunnen maken of als de **feitelijke of technische complexiteit van de materie** hoog is. De rechter toetst wel indringend indien een avv **ingrijpende gevolgen voor fundamentele rechten** van belanghebbende(n) heeft.¹⁵⁸

4.3 Jurisprudentieanalyse met betrekking tot beslissingsruimte

Aan de hand van de bovenstaande gezichtspunten wordt door middel van een jurisprudentieanalyse gekeken hoe de rechter met de beslissingsruimte van het bestuur omgaat.

De CRvB heeft zich in juli 2019¹⁵⁹ en in oktober 2019¹⁶⁰ uitgelaten over de intensiteit van toetsing. De CRvB geeft het bestuur de mogelijkheid om **bestuurlijk-politieke afwegingen** te maken indien het ook de intentie van de wetgever is geweest hiervoor de mogelijkheid te geven. Een gemeentelijk bestuursorgaan is vrij om invulling te geven aan een wettelijke bevoegdheid voor het opstellen van een verordening. De beslissingsruimte kan zelfs door een verordening van de gemeenteraad (APV) worden doorgegeven aan de burgemeester bij het opstellen van een op de verordening gebaseerd besluit.¹⁶¹ De rechtbank Oost-Brabant¹⁶² geeft ook aan dat de intentie van de wetgever een zwaarwegende factor is bij de beoordeling van de indringendheid van de toetsing van de bestuurlijk-politieke keuze aan de hand van de gegeven beslissingsruimte.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden¹⁶³ is van mening dat de lagere regelgever een aanzienlijk mindere mate van beoordelingsruimte geniet bij de invulling van een avv. De lagere regelgever is immers gebonden aan hogere regelgeving en de intentie van de wetgever. Het gerechtshof toetst daarom indringender aan de beoordelingsruimte. De ABRvS¹⁶⁴ geeft aan dat ondanks dat

¹⁵⁷ Zie paragraaf 3.2.2 en 3.2.3 van dit onderzoek.

¹⁵⁸ Paragraaf 3.2.1 van dit onderzoek.

¹⁵⁹ CRvB 1 juli 2019 ECLI:NL:CRVB:2019:2263, r.o. 4.3 en 4.6.

¹⁶⁰ CRvB 9 oktober 2019 ECLI:NL:CRVB:2019:3206, r.o. 4.7.

¹⁶¹ CRvB 9 oktober 2019 ECLI:NL:CRVB:2019:3206

¹⁶² Rb. Oost-Brabant 25 oktober 2019: ECLI:NL:RBOBR:2019:6082, r.o. 5.4.

¹⁶³ Hof Arnhem-Leeuwarden, 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10971. R.o. 4.16-4.17.

¹⁶⁴ ABRvS 29 januari 2020: ECLI:NL:ABRVS:2020:261 r.o. 4.1-4.2.

in een verordening een bepaalde (bestuurlijk-politieke) keuze gemaakt kan worden, een bestuursorgaan niet de vrijheid geniet om een gedoogbeleid op te stellen. Het bestuursorgaan is verplicht conform hogere regelgeving te handhaven en geniet niet het privilege om naar eigen inzichten te gedogen indien hiervoor geen wettelijke grond is gegeven. Bij het uitvoeren van een wettelijk gegeven taak is het bestuur wel bevoegd aanvullende normen te stellen om een effectieve regeling op te stellen.¹⁶⁵ Deze aanvullende normen gelden enkel voor de desbetreffende regelgeving waarvoor ze zijn opgesteld en mogen geen inbreuk maken op hogere regelgeving.

Het tweede gezichtspunt dat terug te vinden is in de uitspraken is de **feitelijke of technische complexiteit van de materie**. Dit gezichtspunt zorgt voor een terughoudende toetsing. De rechtbank Oost-Brabant¹⁶⁶ heeft zich hierover uitgelaten. De uitspraak maakt inzichtelijk dat bij de exceptieve toetsing van een avv, de bestuursrechter het bestuur een zeer grote mate van beslissingsruimte geeft als er onduidelijkheden bestaan over de feitelijkheden. Er bestaan onduidelijkheden over het meetprotocol dat in het avv wordt gehanteerd. De rechtbank laat de belangenafweging en vaststelling van de feiten geheel over aan het bestuur. Ondanks een foutieve vaststelling van de waarden op basis van het avv, wordt het avv nog steeds toegepast. Het bestuur heeft uitgebreid gemotiveerd waarom een dergelijk besluit is genomen. Ook zijn de belangen van de partijen meegenomen in het avv.¹⁶⁷ De rechtbank laat de mogelijk nadelige gevolgen van derden ook meewegen als criteria in de uitspraak. De rechtbank toetst enkel aan het evenredigheidsbeginsel omdat aan de motiverings- en zorgvuldigheidsplicht is voldaan. De rechtbank toetst terughoudend conform het toetsingskader van de CRvB.¹⁶⁸

De rechter zou daarnaast zeer indringend moeten toetsen wanneer een avv **inbreuk maakt op de fundamentele rechten van een burger**. In de besproken uitspraken heeft zich geen situatie voorgedaan waarin een fundamenteel recht van de burger wordt geraakt. De rechtbank Den Haag¹⁶⁹ heeft wel een uitspraak gedaan waarin werd gesteld dat een economisch belang niet de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen raakt. Hoe de bestuursrechter zal omgaan met dit gezichtspunt zal dus nog moeten blijken.

¹⁶⁵ ABRvS 12 februari 2020: ECLI:NL:ABRVS:2020:452.

¹⁶⁶ Rb. Oost-Brabant 3 januari 2020: ECLI:NL:RBOBR:2020:423.

¹⁶⁷ R.o. 8.9.

¹⁶⁸ Paragraaf 3.2 van dit onderzoek.

¹⁶⁹ Rb. Den Haag, 18 oktober 2019: ECLI:NL:RBDHA:2019:14652.

4.4 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag: ‘*Wat is de invloed van de mate van beslissingsruimte op de intensiteit van de exceptieve toetsing door de bestuursrechter van een algemeen verbindend voorschrift in het licht van de machtenscheiding?*’ centraal. De gezichtspunten die door de CRvB en Widdershoven worden gegeven bij de vraag hoe intensief aan de materiële rechtsbeginselen getoetst moet worden bij de aanwezige beslissingsruimte bij het opstellen van een avv, worden gevolgd door de bestuursrechters. De terughoudende toetsing van de bestuursrechters gebeurt in de praktijk vooral via een procedurele toetsing, namelijk aan de formele beginselen van motivering en zorgvuldigheid. De rechters geven in de uitspraken niet aan of de toetsing aan het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel afwijkt bij een niet direct democratisch gekozen bestuursorgaan, zoals de CRvB en (in beginsel ook) Widdershoven bepleiten.

De indringendheid van toetsing van een avv is dermate summier bij een (grote) mate van beslissingsruimte dat het bestuur nog steeds alle ruimte geniet om naar eigen inzichten te handelen. Hierbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat beslissingsruimte alleen door de rechter wordt gerespecteerd indien het de intentie was van de wetgever deze ruimte ook daadwerkelijk aan het bestuur te geven. Op deze manier wordt de uitvoerende macht alsnog gecontroleerd door een andere macht. De rechter kan een avv onverbindend verklaren als de beslissingsruimte niet was beoogd door de wetgever.

De intensiteit van de rechterlijke toetsing is niet of nauwelijks toegenomen en de machtenscheiding of het principe van checks and balances is hierdoor dus ook niet aangetast. De regelgevende bevoegdheid blijft bij de wetgever en het bestuur liggen. De vrees voor een dikastocratie met betrekking tot de toetsing van een avv, lijkt ongegrond.¹⁷⁰ Aan de andere kant lijkt het gevaar voor een administrative state wel toe te nemen bij een gebrek aan politieke controle en verantwoording en daarnaast ook een materieel terughoudende rechterlijke toetsing.¹⁷¹ Widdershoven is van mening dat een materieel terughoudende toetsing geen probleem hoeft te vormen. *“[...] een materieel terughoudende exceptieve toetsing van avv’s wordt gecompenseerd door een serieuze formele toetsing (strict process review) aan zorgvuldigheid en motivering is mijns inziens het perfecte compromis tussen het verlenen van effectieve rechtsbescherming tegen de administrative state enerzijds, en toch voldoende afstand houden van de politieke keuzes anderzijds (zodat dikastocratie-kritiek wordt voorkomen). De rechter zegt immers niet dat de politiek inhoudelijk een foute keuze heeft gemaakt, maar wel dat de zorgvuldigheid en motivering van die keuze niet voldoet aan de eisen van het recht.[...]”*¹⁷²

¹⁷⁰ Thierry Baudet en Bastiaan Rijkema, “Wie laat zich nou de wet voorschrijven?” NRC-Handelsblad, 30 november 2013.

¹⁷¹ J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, ‘Rechterlijke toetsing van algemeen verbindend voorschriften’, NTB 2017/10, p.1 en 6.

¹⁷² Bijlage 1 onder vraag 8.

Hoofdstuk 5 Conclusie

Dit onderzoek is uitgevoerd om volgende vraag te beantwoorden: ‘*Welke invloed heeft de huidige intensiteit van de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften op de constitutionele verhouding tussen de uitvoerende, wetgevende en rechterlijke macht?*’

Het bestuursrecht zorgt ervoor dat overheidshandelen gelegitimeerd wordt op basis van een wettelijk verkregen bevoegdheid.¹⁷³ Overheidshandelen moet op een wet zijn gebaseerd en aan rechterlijke toetsing kunnen worden onderworpen.¹⁷⁴ De machten controleren elkaar door middel van checks and balances. Dit betekent dat de machten bevoegdheden krijgen voor de controlefunctie ten opzichte van elkaar, zodat geen enkele macht absolute zeggenschap heeft op zijn terrein.¹⁷⁵ De rechter houdt toezicht op de regelgevende bevoegdheid van het bestuur door onder andere exceptief te toetsen of een avv rechtmatig is. De bestuursrechter voert de exceptieve toetsing uit aan de hand van rechtsbeginselen, hoger recht en het evenredigheidsbeginsel, conform artikel 3:4 lid 2 Awb.

Indien de bestuursrechter in de toekomst de (gehele) conclusie van Widdershoven zou volgen, zou de exceptieve toetsing met betrekking tot de evenredigheidstoetsing intensiever worden. Widdershoven pleit voor de drietrapsproportionaliteitstoets van het HVJ-EU hiervoor te gebruiken. Deze toetsing *is een stuk controleerbaarder dan een algemene kreet van evenredigheid*.¹⁷⁶ De toetsing van evenredigheid wordt in dat geval een meer procedurele toetsing, waarbij een terughoudende inhoudelijke toetsing (aan materiële rechtsbeginselen) wordt gecompenseerd.¹⁷⁷ Deze toetsing beoogt de balans tussen rechtsbescherming en terughoudendheid bij politieke afwegingen te waarborgen.¹⁷⁸ Een intensievere toetsing zou ervoor kunnen zorgen dat het handelen van het bestuur aanzienlijk wordt beperkt door de rechter. De checks and balances (lees: controle) van de rechter op het bestuur kan dan dermate indringend worden dat er inbreuk wordt gemaakt op de machtenscheiding. De bestuursrechters volgen – vooralsnog – het advies van Widdershoven niet inzake het invoeren van een intensievere evenredigheidstoets conform de proportionaliteitstoets van het HvJ-EU.

¹⁷³ Artikel 42 juncto 81 juncto 112 juncto 115 van de Grondwet.

¹⁷⁴ R.J.N. Schlossels en S.E. Zijlstra, ‘Bestuursrecht in de sociale rechtstaat’, zevende druk Wolters Kluwer Deventer 2017, p.9.

¹⁷⁵ H. Gommer, De machtenscheiding begripsmatig door het putje. Strafblad 2019, 3(5),p.3.

¹⁷⁶ Bijlage 1 onder vraag 4.

¹⁷⁷ Conclusie 22 december 2017 Uitspraak 201701963/3/R1 en 201705745/2/A1, punt. 8.5.

¹⁷⁸ Conclusie 22 december 2017 Uitspraak 201701963/3/R1 en 201705745/2/A1, punt. 8.7.

Het toetsingskader van de CRvB wordt wel in zijn geheel gevolgd door de bestuursrechters. De CRvB stelt dat bij de exceptieve toetsing rechtsbeginselen de belangrijkste richtsnoer vormen. Het CRvB stelt dat bij een politieke overweging van het bestuur, het niet aan de rechter is om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzichten vast te stellen.¹⁷⁹ Deze rechterlijke terughoudendheid lijkt erg op de willekeurssluis conform het Landbouwvliegers-arrest.¹⁸⁰ Widdershoven pleit voor afschaffing van de willekeurssluis.¹⁸¹ De toetsingscriteria met betrekking tot de toetsing op evenredigheid lopen op dit punt ver uit elkaar. Uit de jurisprudentieanalyse blijkt dat de rechter het bestuur nog steeds alle ruimte geeft om afwegingen te maken bij het opstellen van een avv. De rechters toetsen de materiële rechtsbeginselen middels formele rechtsbeginselen. Dit zorgt ervoor dat een avv buiten toepassing gelaten kan worden omdat niet geoordeeld kan worden over materiële beginselen of hoger recht. Deze uitvoering van exceptieve toetsing lijkt voor nu een voldoende gewaarborgde rechtsbescherming voor de burger te garanderen. De vraag rijst of dit een houdbare situatie is.

Wanneer het bestuur de regelgevende taak steeds vaker overneemt van de wetgever, kan – of moet – de rechterlijke macht hierop inspelen en een tegenmacht bieden door een intensievere toetsing. De rol van de rechterlijke macht zou in dat geval evolueren. De rechter zou de proportionaliteitstoetsing van het HvJ-EU kunnen gebruiken om de noodzaak en doelmatigheid van een avv te toetsen. Deze toetsing wordt immers ook al gebruikt in EU-zaken.¹⁸² Vervolgens is het de vraag hoe de rechter omgaat met een onrechtmatig avv. De rechter zal meer stappen moeten ondernemen dan enkel de onverbindendheid uitspreken, om het geschil definitief te beslechten.¹⁸³ Indien de rechter kiest om zelf in de zaak te voorzien, zal hij zichzelf een regelgevende bevoegdheid toebedelen. Een andere mogelijkheid is het bestuur een nieuw avv laten maken. Het nieuwe avv zal opgesteld worden aan de hand van de meegegeven voorwaarden van de bestuursrechter, waardoor de rechter feitelijk alsnog deelneemt de regelgevende taak. De vraag is in hoeverre het parlement bereid is de wetgevende taak te delen met niet alleen het bestuur maar eventueel in de toekomst ook de rechter. Wellicht zou een dergelijke ontwikkeling de wetgever stimuleren de bestuursrechter concrete toetsings- en uitspraakbevoegdheden voor een avv te geven.

¹⁷⁹ CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, AB 2019/463, punt 7.5.1.

¹⁸⁰ Hoge Raad 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354.Punt 6.1.

¹⁸¹ Bijlage 1 onder vraag 6.

¹⁸² Bijlage 1 onder vraag 6.

¹⁸³ Artikel 8:41a Algemene wet bestuursrecht

Bibliografie

Artikelen

Aarts & Heusden, van, NTB 2020

J.C.A. Aarts & L.A. van Heusden, 'Exceptieve toetsing: over de operationalisering van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', NTB 2020/72.

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, 2017

Jaarverslag Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 2017.

Ballin, NTB 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', NTB 2015/16.

Baudet & Rijpkema, NRC-Handelsblad 2013

Thierry Baudet en Bastiaan Rijpkema, "Wie laat zich nou de wet voorschrijven?" NRC-Handelsblad, 30 november 2013.

Buuren, van, AB 1986,574

P.J.J. van buuren, 'Landbouwvliegers', AB 1986,574.

Buijs, Gst. 2019

H. Nummerdor-Buijs, 'Exceptieve toetsing van het verdeelmodel uitkeringsbudget Participatiewet', Gst 2019/155.

Gommer, Strafbblad2019

H. Gommer, De machtenscheiding begripsmatig door het putje. Strafbblad 2019, 3(5).

Greef & Haaren-Dresens, van, Gst. 2011/ 116

R.J.M.H. de Greef en C.B.M. van Haaren-Dresens, 'Spontane vernietiging wegens strijd met het algemeen belang', Gst. 2011/116.

Goossens & Berge, van den, NTB 2018/28

J. Goossens & L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte', NTB 2018/28.

Goossens, NTB 2018/36

J. Goossens, 'De Rijzende ster van responsieve bestuursrechtspraak in Nederland, Frankrijk en België', NTB 2018/36.

Houten, NTM/NJCM-bull. 2003

M. van Houten, 'Rechterlijke toetsing van de wet aan de grondwet', NTM/NJCM-bull. 2003.

Huisman & Jak, 2019

P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvaten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', NTB 2019/20.

Marseille, NTB 2018/23

B. Marseille, 'Hoeveel denkkracht en bedenktijd gunt de rechter zich', NTB 2018/23.

Polak, 1985

Het rapport Orde in de regelgeving, commissie Polak.

Poorter & Boer, de & Lange, de & Merckx & Stoepker, NTB 2018/ 27

J.C.A. de Poorter, J.A. de Boer, C.J. de Lange, C.J.A.M. Merckx en G.J. Stoepkert, 'Bestuursrecht', NTB 2018/27.

Poorter & Capkurt, NTB 2017/10

J.C.A. de Poorter en F. Capkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften', NTB 2017/10.

Schuelert, NTB 2018/45

B. Schuelert, 'Wat is daarop uw antwoord', NTB 2018/45.

Schuermans, NTB 2017/15

Y.E. Schuurmans, 'Rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften: een voltooide discussie?', NTB 2017/15.

Stijnen, AB2015/160

R. Stijnen, 'Alcoholslotprogramma. Exceptieve toetsing van de regeling. onverbindendverklaring asp-regeling.', AB2015/160.

Teunissen, NTB 2018/13

J.H.M.F. Teunissen, 'De reikwijdte van onverbindendverklaring', Gst. 2018/100

Verbrug, NTB 2018/31

A. Verbrug, 'De responsieve rechter', NTB 2018/31.

Widdershoven, NTB 2018/30

R. Widdershoven, 'Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht', NTB 2018/30.

Zanten, AB 2019/463

M. van Zanten, 'Exceptieve toetsing', AB 2019/463.

Boeken

Broring, Damen, De Graaf, Van Montfront, Schueler en Winter, 2016

H.E. Broring, L.J.A. Damen, K.J. de Graaf, A.J.G.M. van Montfront, B.J. Schueler en H.B. Winter, 'Bestuursrecht 2 rechtsbescherming tegen de overheid', zesde druk, Boom Juridisch Den Haag 2016.

Eijlander & Voermans, 2000

P. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Boom Juridische Uitgevers: 2000.

Michiels & Blomberg, 2019

F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg, L.A.J. Spaans, 'Hoofdzaken van het Bestuursrecht', negende druk, Wolters Kluwer Deventer 2019.

Prechal & Widdershoven, 2017

S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'inleiding in het Europese bestuursrecht', Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2017.

Voerman & Schutgens & Meuwese, 2017

W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens en A.C.M. Meuwese, 'Algemene regels in het bestuursrecht', Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Tjepkema & Huijts, 2019

mr. dr. M. Tjepkema, mr. J. Huijts, 1 december 2018, 18.3 Tweede akte: toch nadeelcompensatie bij de burgerlijke rechter bij niet-appellabele besluiten en handelingen?', 25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid 2019/18.3

Schaaijk, 2011

G.A.M.F. van Schaaijk, 'Praktijkgericht juridisch onderzoek' Boom juridische uitgevers, Den Haag 2011.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, nr.3.

Kamerstukken II 1993/94 23 700, nr. 3.

Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3.

Kamerstukken II 2003/04, 29279, nr. 16.

Kamerstuk II 2003/04 28331.

Kamerstukken II 2013/14, 33 359 (R 1986), nr. 4.

Jurisprudentie

Hoge Raad 25 februari 1949: ECLI:NL:PHR:1949:AG1963

Hoge Raad 24 januari 1969, NJ 1963/316 (pocketbooks II)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 23 oktober 1985: ECLI:NL:XX:1985:AC9055 (Benthem)

Hoge Raad 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354

HR 16 mei 1986, NJ 1987/251 (landbouwvliegers-arrest)

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 4 december 1990, AB 1991/ 597 en 687 (vangstquotering)

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State: 9 mei 1996:

ECLI:NL:ABRVS:1996:ZF2153 (Kwantum Nederland B.V., Praxis en Maxis)

Hoge Raad: 11 oktober 1996, nj 1997/165 en AB 1997/1 (leenders / Ubbergen)

Hoge Raad: 17 december 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO9556, NJ 1987/251

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 22 juni 2005,
ECLI:NL:ABRVS:2005:AT8009, AB2006/4 en JB 2005/250

Hoge Raad 28 maart 2008;ECLI:NL:HR:2008:BC0256 (Asha Horeca)

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 17 september
2014;ECLI:NL:ABRVS:2014:3379

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, 4 maart 2015:
ECLI:NL:ABRVS:2015:622 (alcoholslotprogramma)

Conclusie 22 december 2017 Uitspraak 201701963/3/R1 en 201705745/2/A1

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 21 maart 2018ECLI:NL:CRVB:2018

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 18 december 2018: ECLI:NL:GHARL:2018:10971

Rechtbank Den Haag 4 februari 2019: ECLI:NL:RBDHA:2019:890

Rechtbank Den Haag 20 februari 2019: ECLI:NL:RBDHA:2019:1465

Rechtbank Den Haag 27 augustus 2019 ECLI:NL:RBDHA:2019:8907

Centrale Raad van Beroep 1 juli 2019: ECLI:NL:CRVB:2019:2016,
ECLI:NL:CRVB:2019:2017, ECLI:NL:CRVB:2019:2018 & ECLI:NL:CRVB:2019:2019

Rechtbank Amsterdam 27 augustus 2019: ECLI:NL:RBAMS:2019:6364

Rechtbank Den Haag 30 oktober 2019: ECLI:NL:RBDHA:2019:12475

Centrale Raad van Beroep 9 oktober 2019: ECLI:NL:CRVB:2019:3206

Rechtbank Oost-Brabant 25 oktober 2019: ECLI:NL:RBOBR:2019:6082

College voor Beroep en Bedrijfsleven 3 december 2019: ECLI:NL:CBB:2019:655

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 24 december 2019:
ECLI:NL:ABRVS:2019:4454

Rechtbank Midden-Nederland 3 januari 2020: ECLI:NL:RBMNE:2020:426

Rechtbank Oost-Brabant 28 januari 2020: ECLI:NL:RBOBR:2020:423

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 29 januari 2020;
ECLI:NL:ABRVS:2020:261

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 12 februari 2020;
ECLI:NL:ABRVS:2020:452

Digitale bronnen

Duitslandinstituut.nl

Nederlandserechtsstaat.nl

Parlement.com

Vng.nl

Wetgeving

Algemene wet bestuursrecht

Burgerlijke Wetboek

Gemeentewet

Grondwet

Provinciewet

Wet op de rechterlijke organisatie

Bijlage 1 Interview met de heer R.J.G.M. Widdershoven

Heeft digitaal plaatsgevonden op 4 april 2020 om 10:40 uur

1. Conform prof. Ernst Hirsch Ballin wordt het bestuur regelgevende bevoegdheid toegekend onder meer vanwege de praktische noodzaak en de complexiteit van de beslissingssituatie. In uw conclusie (punt 8.4 p. 66-67) geeft u in dat opzicht aan dat de *“intensiteit van de rechterlijke toetsing afhankelijk is van de ‘beslissingsruimte’ die de materiële wetgever heeft ‘wegens de aard en inhoud van de uitgeoefende bevoegdheid’”* en *“Daarbij kan de beslissingsruimte van de materiële wetgever gelet op ‘aard van de bevoegdheid’ om een algemeen verbindende voorschrift vast te stellen ruim zijn vanwege de feitelijke complexiteit en de noodzakelijke deskundigheid, maar ook omdat de daarin gemaakte politieke keuzes moeten worden gerespecteerd. Naarmate de toepassing van die bevoegdheid meer wordt bepaald door het hogere recht, is de beslissingsruimte minder groot en kan de rechterlijke toetsing indringender zijn.”*

Naarmate de beslissingsruimte van het bestuur, feitelijke complexiteit en noodzakelijke deskundigheid van de materie toeneemt, stelt u dus een minder intensieve of minder indringende toetsing voor.

Riskeert de burger zo niet zo dat deze in complexe materies een minder effectieve rechtsbescherming krijgt?

Alleen de materiële exceptieve toetsing van avv's wordt minder intensief. Dat moet je wel even benaderen. Dit is in lijn met het HvJ en – eveneens in lijn met het HvJ – zouden de Nederlandse bestuursrechters die terughoudende materiële toetsing moeten compenseren door een serieuze formele toetsing, of te wel in EU-termen: strict process review. In Nederland vindt zo'n toetsing plaats door middel van de beginselen van zorgvuldigheid en motivering. Die 'formele' toetsing kan behoorlijk indringend zijn en in dat geval is die rechtsbescherming zeker effectief.

Zou deze formele toetsing dan ook veel indringender moeten zijn naar mate de materiëletoetsing ruimer is?

Zeker zou dit het geval moeten zijn, net zoals bij individuele besluiten (beschikkingen). Neem de Groningse Gaswinningszaak, daar stelt de Afdeling dat de rechterlijke toetsing vanwege het feit dat fundamentele rechten van burgers door het winningsbesluit worden geraakt indringend

moet zijn en die wens wordt gerealiseerd door een indringende toetsing op zorgvuldigheid en motivering. Nederlandse bestuursrechters hebben nu eenmaal de gewoonte om de materiële normen – wettelijke normen maar bijvoorbeeld ook evenredigheid – te toetsen via de beginselen van zorgvuldigheid en motivering te doen. Bij avv's zou dit ook kunnen.

Dat de bestuursrechter in geval van complexe deskundigheidsoordelen materieel terughoudend toetst is logisch omdat de rechter (een jurist) op allerlei terreinen (milieu, economie, zoönose et cetera) nu eenmaal inhoudelijk niet deskundiger is dan het bestuur. Wat hij wel kan beoordelen is of een deskundigheidsoordeel bepaalde aspecten over het hoofd heeft gezien, of de redenering consistent is, of gebruik is gemaakt van de relevante theorieën et cetera. Kortom, hij kan wel beoordelen of het deskundigenoordeel zorgvuldig is voorbereid en deugdelijk is gemotiveerd. Op die wijze kan de rechter wel degelijk een serieuze toetsing verrichten. Dit is, als gezegd, ook de lijn van het HvJ, die materiële terughoudendheid ook combineert met een strikte proces review.

PS: leidt het gebruik van algoritmen bij het besluitvormingsproces volgens u ook tot 'feitelijke complexiteit en noodzakelijke deskundigheid van de materie'?

Een algoritme is een hulpmiddel om een wettelijk kader toe te passen op bepaalde feiten, maar zegt op zich niets over de complexiteit van die feiten. Om bijv. AOW toe te kennen gebruikt de SVB ook algoritmen, maar die zijn niet ingewikkeld omdat het wettelijke normering niet ingewikkeld is. De enige norm is dat iemand 67 jaar is geworden. Kortom, het nemen van besluiten wordt niet ingewikkeld omdat een algoritme wordt gebruikt, maar omdat het wettelijke kader ingewikkeld is. Op zich kun je dus niet zeggen dat een materie ingewikkeld wordt omdat een algoritme wordt gebruikt. Wel zal een ingewikkelde materie sneller tot een ingewikkeld algoritme leiden.

Kan het ook niet complexer worden omdat er moderne techniek bij betrokken wordt of de afweging achter het besluit niet meer te herleiden is?

Ja, maar dat is een ander probleem. Jij refereert nu aan het transparantiebeginsel op grond waarvan het bestuur inzicht zal moeten geven in de aannames et cetera van het algoritme ten einde te kunnen vaststellen dat daarbinnen het wettelijk kader op juiste wijze wordt toegepast. Dat is in feite een formele toets. De rechter gaat geen algoritme maken.

Wat je misschien kunt zeggen is dat bij ingewikkelde feiten het algoritme in de regel ook ingewikkelder zal zijn, zodat die transparantietoets des te belangrijker is.

De rechter heeft de mogelijkheid om zelf een deskundige te raadplegen conform artikel 8:47 Awb.

Zou het voor de rechtsbescherming van de burger een goed idee zijn om de bestuursrechter te verplichten van deze bevoegdheid gebruik te maken bij de exceptieve toetsing van een avv in een materie met feitelijke complexiteit en noodzakelijke deskundigheid?

Verplicht niet. Ze mogen wat mij betreft van zo'n deskundige wel vaker gebruik maken. Tegelijkertijd lost dat lang niet alle problemen op, omdat deskundigen over een bepaalde materie nu eenmaal verschillende opvattingen kunnen hebben. Denk aan de mondkapjes-discussie, waarbij de Nederlandse RIVM stelt dat ze nutteloos zijn, en buitenlandse 'RIVM's' een andere opvatting hebben. Wie gelijk heeft kan een rechter op grond van inhoudelijk deskundigheid niet uitmaken, ook niet of de deskundige van het bestuur meer of minder deskundig is dan die van de rechter. Wel of (de vaststelling van) het deskundigenrapport aan bepaalde kwaliteitscriteria wat betreft zorgvuldigheid en motivering voldoet.

Onafhankelijkheid van de rechterlijke deskundige staat wel vast. Kan dat geen voordeel zijn?

Ja, maar ook onafhankelijkheid en onpartijdigheid zijn formele criteria. Datzelfde geldt voor kwaliteitscriteria die aan deskundigen (bijv. wat betreft opleiding) kunnen worden gesteld. Op zichzelf kan daarmee het vermoeden bestaan dat de rapporten van zo'n deskundige materieel beter zijn dan die van een minder opgeleide deskundige, Maar of dat voor concreet rapport altijd geldt en of bijvoorbeeld de statistiek van zo'n deskundige beter is dan die van een minder onafhankelijke, lager-opgeleide deskundige, dat weet de rechter niet.

2. U geeft ook aan dat het bestuur geregeld ruimte heeft om een bestuurlijke-politieke afweging te maken. **Dezelfde terughoudendheid bij de toetsing bepleit u bij situaties waar politieke keuzes moeten worden gemaakt.**

Riskeert de burger ook hier in de administrative state waarin er weinig controle plaatsvindt van de formele wetgever op het bestuur en geen democratische controle mogelijk is door de burger dat deze burger te weinig mogelijkheden heeft zich te beschermen tegen het bestuur dat politieke keuzes maakt waarop ook geen democratische controle plaatsvindt? Zijn avv's waarbij veelal politieke motieven een rol spelen dus niet het soort besluiten die onderworpen moeten worden net aan een meer

intensieve toetsing als tegengewicht ten aanzien van het ontstaan van de *administrative state*?

Het is een beetje hetzelfde antwoord. De rechter gaat niet bepalen of in een buitengebied woningen moeten komen of bedrijven. Dat zijn politieke afwegingen. Daar gaat de gemeenteraad over. Dat is met politiek toch al snel. Als er werkelijk beleidsruimte is, dat is immers ook niet altijd het geval, dan kan ook daartegen effectieve bescherming worden geboden door een strikte procedurele toetsing op zorgvuldigheid van het onderzoek en de deugdelijkheid van de motivering. De rechter heeft niet de legitimatie om te bepalen of een lijn links of rechts moet komen te liggen. Die afweging zou hij ook niet willen maken.

Met een strikte formele toetsing refereert u aan de toetsing conform het HvJ-EU?

Ja, en in zekere in ook de toetsing die de bestuursrechter uitvoert bij individuele besluiten (beschikkingen). Is het onderzoek volledig? Zijn alle belangen afgewogen etc.? Dat zijn de vragen en niet of daar dan wel of niet een woning moet komen. Zo'n formele toetsing kan behoorlijk indringend zijn. Ik denk dat dat de weg is. Evidence-based is een formele eis, die een bepaalde invulling geeft aan zorgvuldigheid en motivering.

Zou de toetsing meer evidence-based moeten zijn?

Ja, in beginsel wel, ook al weet ik nog hoe hoog de eisen zijn die je aan de 'evidence' zou moeten stellen. Is 'aannemelijkheid' voldoende of moeten bepaalde effecten van een avv vaststaan. Ik heb hierover nog wel enige twijfel. Hier ben ik nog niet aan uit. Politiek is niet altijd evidence-based.

3. U geeft aan "Dat een algemeen verbindend voorschrift is vastgesteld door een **direct gekozen orgaan**, zoals de gemeenteraad of provinciale staten, is geen reden om het voorschrift wat betreft rechterlijke toetsing principieel anders te benaderen dan andere voorschriften, maar kan wel een rol spelen bij de concrete toetsing aan artikel 3:2 Awb en artikel 3:4, tweede lid, Awb." (punt 9 p. 74).

Waarom wordt net/enkel voor deze twee bepalingen een uitzondering voorgesteld?

De hoofdlijn van mij is dat avv's van vertegenwoordigende organen principieel niet anders worden getoetst als avv's van 'echte' bestuursorganen. In je vraag leg je nu de nadruk op de uitzonderingen. De al dan niet indringendheid van de formele toetsing betreft drie aspecten:

zorgvuldigheid, motivering en evenredigheid. Wat betreft motivering geldt dat de eisen voor avv's afkomstig van vertegenwoordigende organen niet anders zijn dan die van andere avv's. In zoverre is er qua toetsing geen verschil.

Bij zorgvuldigheid zie ik wel een (klein) verschil. In dit verband is van belang dat ik bij dit beginsel onderscheid maak tussen het onderzoek (punt 8.8) en de wijze van totstandkoming-mate van participatie (punt 8.9.). Wat betreft het onderzoek is er geen verschil tussen een avv vastgesteld door een vertegenwoordigend orgaan en andere avv's. Wat betreft de wijze van totstandkoming (participatie) kan wat mij betreft het feit dat een avv is vastgesteld door een vertegenwoordigend orgaan positief worden gewaardeerd. Dan is de kiezer immers indirect bij die vaststelling betrokken. Zie voor dit alles punt 8.9.

Bij evenredigheid zie ik ook een mogelijk verschil in rechterlijke toetsing van avv's van vertegenwoordigende organen en andere avv's, omdat het wettelijke kader van die eerste avv's doorgaans ruimer is dan dat van de tweede. Zie in dit verband punt 8.2, waarin ik wijs op het criterium voor de vaststelling van gemeentelijke verordeningen door de gemeenteraad ('in belang van de gemeente nodig oordeelt'). Aan zo'n vaag criterium valt voor rechter weinig te toetsen. Een niet vertegenwoordigend orgaan, bijv. de minister, heeft vaak een wettelijk beperkte en afgekaderde bevoegdheid. Dat biedt voor de rechter meer aanknopingspunten voor de toetsing.

Welke verantwoording ziet u om een onderscheid te maken betreffende de rechterlijke toetsing tussen een al dan niet gekozen orgaan en denkt u dat de jurisprudentie de door u voorgestelde lijn zal volgen?

De verantwoording voor dit onderscheid zit deels in het feit dat de organen de kiezer vertegenwoordigen (zorgvuldigheid) en deels in het wettelijk kader (evenredigheid). Op het tweede deel van uw vraag kom ik hierna terug.

Als u zegt dat juist de vertegenwoordigde organen veel ruimte genieten, zouden deze organen dan juist niet indringend op rechtmatigheid gecontroleerd moeten worden?

Jawel, maar hangt ervan af wat je toetst. Als in de wet staat dat de gemeenteraad verordeningen mag maken die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt, dan valt er voor de rechter materieel niet zoveel te toetsen. Wat ik eigenlijk zeg: bestuurswetgevers in strikte zin hebben vaak wat extra eisen vanuit de regelgeving die ze toepassen dus daar zal dan ook wel meer te toetsen zijn dan bij vertegenwoordigde organen die een vrije bevoegdheid hebben. Of dit

theoretische onderscheid zal worden overgenomen door de bestuursrechter weet ik niet. Ik sluit echter niet uit dat als we achteraf zouden kijken bij bijvoorbeeld 100 avv's welke er door de rechter worden afgekeurd, het aandeel van avv's van niet vertegenwoordigde organen hoger zal zijn dan dat van vertegenwoordigende organen. Misschien niet omdat de rechter dit bewust doet, maar omdat het feitelijk zo uitpakt. Van de andere kant wordt in een zaak als van de Groningse gaswinning uitdrukkelijk overwogen dat het gewraakte besluit tot stand is gekomen, nadat daarover discussie heeft plaatsgevonden in de Tweede Kamer. Kennelijk is dat van belang voor de wijze van rechterlijke toetsing. Iets dergelijks is ook denkbaar bij de rechterlijke toetsing van avv's.

4. In uw conclusie geeft u aan dat u de willekeurssluis graag zou willen vervangen door de **drietrapsproportionaliteitstoetsing** van het HvJ-EU. Deze proportionaliteitstoetsing heeft niet alleen betrekking heeft op evenredigheid in concreto maar ook op noodzakelijkheid en geschiktheid, maar blijkt **materieel terughoudend** te zijn (punt 7.8 op p.61) 'de niet zozeer inhoudelijke redelijkheid van een nationaal besluit of wettelijke regeling betreft maar juist de kwaliteit van de voorafgaande besluitvormingsprocedure' (punt 8.5 p.68).

Waarom is deze uitbreiding dan noodzakelijk? Valt de terughoudende, procedurele toetsing van noodzakelijkheid en geschiktheid ook al niet onder het zorgvuldigheidsbeginsel van art. 3:2 Awb en het motiveringsbeginsel?

De drietrapstoets is een stuk controleerbaarder dan een algemene kreet van evenredigheid. Misschien kan ik op dit punt verwijzen naar het artikel van Aarts en Van Heusden. In paragraaf 4 met betrekking tot het Alcoholslot geven ze precies aan wat een (formele) toetsing aan geschiktheid en noodzakelijkheid had kunnen toevoegen aan toetsing van de evenredigheid stricto sensu die de Afdeling heeft toegepast. Daaruit blijkt heel duidelijk dat zo'n formele drietrapstoets iets toevoegt.

5. Er zijn een aantal argumenten waarom een **avv niet direct kan worden getoetst door de bestuursrechter** bijvoorbeeld:
 - te veel druk op de rechterlijke macht; en
 - rechtsonzekerheid m.b.t. de verbindendheid van het voorschrift.

U geeft aan dat deze argumenten wat u betreft geen stand houden (punt 8.2 op pagina 65).

Wat geniet wat u betreft de voorkeur en waarom: een exceptieve toetsing of schrapping van artikel 8:3 lid 1 sub a van de Awb?

Beide moet mogelijk zijn. Dat betekent dat art. 8:3(1)(b) idd geschrapt moet worden, zodat direct beroep tegen avv's bij de bestuursrechter mogelijk wordt. Dat leidt niet tot rechtsonzekerheid, want de rechtmatigheid van een avv staat dan juist eerder vast. De praktijk van een dergelijk direct beroep in landen als Frankrijk en België geeft geen aanleiding om te vrezen dat zo'n beroep te veel druk zou leggen op de rechtspraak. Bovendien, als dat al een probleem is, dan kun je dat oplossen door procesrechtelijke aanpassingen. Je zou wellicht kunnen denken aan verplichte procesvertegenwoordiging of een wat hoger griffierecht dan bij beroepen tegen beschikkingen.

De invoering van zo'n directe beroepsmogelijkheid zou volgens mij niet moeten betekenen dat exceptieve toetsing niet meer mogelijk is als eiser geen (of tevergeefs) gebruik heeft gemaakt van die directe beroepsmogelijkheid. De aangevochten avv krijgt wat mij betreft geen formele rechtskracht. Wel kan de vraag worden opgeworpen hoe ver die exceptieve toetsing nog kan gaan? Op dit punt zit de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters niet helemaal op één lijn. Bij het CBB kan een appellabele avv nog volledig exceptief worden getoetst. Bij de Afdeling is de exceptieve toetsing van appellabele bestemmingsplannen om redenen van rechtszekerheid beperkt tot evidente onrechtmatigheden. Ook in het buitenland, bijvoorbeeld Frankrijk, worstelt men met dit probleem. Ik kan over deze kwestie in dit interview geen standpunt innemen, omdat ik niet uitsluit dat zij op enig moment aan mij als AG wordt voorgelegd. Wel lijkt mij dit een mooi onderwerp voor een scriptie.

6. De Centrale Raad van Beroep (1 juli 2019 arresten) en de Raad van State (uitspraak van 12 februari 2020) **volgen uw advies niet** met betrekking tot het overnemen van de **proportionaliteitstoets** conform het HvJ-EU en het onverbindend verklaren bij **loutere schending van formele rechtsbeginselen**.

Welke verklaring ziet u hiervoor en acht u de kans reëel dat hier in de toekomst nog verandering in komt?

In deze vraag bevat diverse sub-vragen en overlapt deels met vraag 7. Ik probeer een zo volledig mogelijk antwoord te geven.

De vraag betreft in de eerste plaats de drietrapstoetsing aan evenredigheid. Waarom de bestuursrechters deze nu niet hebben overgenomen, weet ik niet. Wel verwacht ik dat zij dat op enig moment zullen doen, omdat zij in EU-zaken een dergelijke drietrapstoets steeds vaker moeten toepassen. Vergelijk de vele beroep naar aanleiding van de zaak Appingedam, waarin de Afdeling veelvuldig bestemmingsplannen moet toetsen aan het in art. 15 Dienstenrichtlijn gecodificeerde evenredigheidsbeginsel. In al die zaken vindt een drietrapstoetsing plaats. Die ziet men ook in de vele kansspelzaken van de Afdeling en in zaken waarin beperkingen van fundamentele rechten aan de orde zijn (51(1) Hv, EVRM). Op enig moment is het aantal zaken waarin de Nederlandse bestuursrechter, gedwongen door het Unierecht en EVRM, een drietrapstoets aan evenredigheid toepast, zo groot, dat die toets naar mijn inschatting ook zal worden toegepast in louter nationale zaken.

In de tweede plaats betreft jouw vraag (i.h.b. vraag 7) de stelling van de bestuursrechters dat dat een onzorgvuldige voorbereiding of gebrekkige motivering alleen tot onrechtmatigheid zal leiden als de bestuursrechter daardoor niet kan beoordelen of de avv strijdig is met hoger recht (inclusief algemene rechtsbeginselen, beginselen van behoorlijk bestuur). Met die stelling ben ik het eens. Dat blijkt wat betreft zorgvuldigheid klip en klaar uit punt 8.9, derde alinea, van de conclusie, waarin een vrijwel gelijklopende zin staat. De door mij voorgestane toetsing aan formele beginselen impliceert niet het afvinken van formaliteiten. Mede daarom, zo stel ik in punt 8.9, is het evenmin bezwaarlijk dat artikel 6:22 niet van toepassing is op avv's. Ter zijde merk ik op dat de door mij en de bestuursrechters voorgestane toetsing van avv's aan formele beginselen niet veel anders is dan die bij individuele besluiten (beschikkingen). Ook daarbij geldt dat schendingen van formele beginselen alleen tot een (definitieve) vernietiging leiden als daardoor niet kan worden geoordeeld dat het besluit materieel rechtmatig is. Is het besluit materieel correct, dan wordt de formele schending gepasseerd met behulp van 6:22 Awb of worden de rechtsgevolgen van het besluit in stand gelaten (art. 8:72(3)(a) Awb).

Wel heb ik blijkens de CRvB-uitspraak verwarring gewekt met mijn opmerking in punt 8.2 en 8.10, dat de enkele schending van een formeel beginsel al zou moeten kunnen leiden tot het onverbindend verklaren/buiten toepassing laten van de avv. Die opmerking is opgevat als zou ik van mening zijn dat elke vormfout desastreus voor de avv zou moeten zijn. Dat ben ik echter niet van mening (zie hiervoor). Wat ik bedoelde met die zin is dat er geen toepassing meer moet worden gegeven aan de willekeursluis van Landbouwwliegers. Dat had ik duidelijker moeten

opschrijven. Zie voor deze uitleg ook de annotatie onder de CRvB-uitspraak van Melanie van Zanten in de AB.

In de derde plaats betreft die vraag de opvatting van de bestuursrechters dat de schending van een formeel beginsel alleen kan leiden tot het buiten toepassing laten van de avv en niet tot onverbindendverklaring. Ik heb in mijn conclusie over dit punt geen principieel standpunt ingenomen. In zijn algemeenheid geldt dat de rechter voor onverbindendheid kiest als geen goede toepassing van de avv denkbaar is. Het buiten toepassing laten geldt alleen in het concrete geval, ook al heeft zo 'n oordeel wel vaak reflexwerking in andere vergelijkbare zaken. Misschien hebben de bestuursrechters wel gelijk, maar ik twijfel hier nog steeds over. Na een formele toets is het in beginsel mogelijk dat het bestuursorgaan een inhoudelijk gelijklopende avv vaststelt, nadat het een zorgvuldiger onderzoek heeft verricht en de avv deugdelijker heeft gemotiveerd. Dat is bij individuele besluiten ook mogelijk. Als je die herstelbaarheid wil openhouden, is het wellicht inderdaad beter om te kiezen voor buiten toepassing laten. Maar, als gezegd, op dit punt ben ik nog niet uitgedacht. Ook dit lijkt mij een mooi onderwerp voor een scriptie.

7. De Centrale Raad van Beroep geeft aan dat **indien door een onzorgvuldige voorbereiding of gebrekkige motivering de rechter niet goed kan toetsen aan hogere regelgeving**, algemene rechtsbeginselen en abbb de rechter het **avv wél buiten toepassing kan laten**.

Zorgt dit criterium voor voldoende bescherming van het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel?

U heeft deze vraag eigenlijk al beantwoord.

Ja, Voor mij is dit dezelfde problematiek. En nogmaals, de beste vergelijking is toch bij beschikkingen doen we niet anders. Dat doen we al jaren zo en dat is toch ook rechtsbescherming.

8. Tot slot: Hoe bekijkt u de evoluties en voorstellen betreffende de intensiteit van de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften in het licht van wijzigende constitutionele verhoudingen en spanningen tussen de uitvoerende, wetgevende en rechterlijke macht (cfr. opkomst van de *administrative state* en 'dikastocratie'-kritiek)?

Mijn voorstel waarbij een materieel terughoudende exceptieve toetsing van avv's wordt gecompenseerd door een serieuze formele toetsing (strict process review) aan zorgvuldigheid

en motivering is mijns inziens het perfecte compromis tussen het verlenen van effectieve rechtsbescherming tegen de administrative state enerzijds, en toch voldoende afstand houden van de politieke keuzes anderzijds (zodat dikastocratie-kritiek wordt voorkomen). De rechter zegt immers niet dat de politiek inhoudelijk een foute keuze heeft gemaakt, maar wel dat de zorgvuldigheid en motivering van die keuze niet voldoet aan de eisen van het recht. In dit verband verwijs ik onder punt 7.9 naar een citaat van Lenaerts (huidige president van het HvJ), dat 'process review increases judicial scrutiny over the decisions-making process of the EU institutions', maar tegelijkertijd 'prevents the ECJ from intruding into the realm of politics'. Dat lijkt mij een correcte observatie, die evenzeer geldt voor de door mij voorgestane exceptieve toetsing van avv aan algemene rechtsbeginselen. Of iedereen het daarmee eens is, weet ik natuurlijk niet.

U bent van mening dat de huidige situatie een mooie compromis is?

De situatie zoals ik hem wil. De toetsing door de bestuursrechter mag zich nog wel wat verder ontwikkelen. Tot nu toe moeten we het doen met twee uitspraken, waaruit nog niet al te veel conclusies kunnen worden getrokken. Kijk je naar het HvJ, dan kun je vaststellen dat die proces review zich in de loop der jaren serieus heeft ontwikkeld. Aanvankelijk toetste het HvJ avv's alleen materieel zeer terughoudend en werden beroepen veelal met één of twee overwegingen verworpen. Inmiddels past het HvJ steeds vaker process review toe, waarbij het proces van totstandkoming in tientallen overwegingen (soms 20 pagina's) kritisch wordt beoordeeld. Dat lijkt mij vooruitgang en maakt de rechtspraak ook overtuigender.