Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 Awb en het Europese recht

Gerards, J.H.; Barkhuysen T., Ouden W. den

Citation
Gerards, J. H. (2007). Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 Awb en het Europese recht. In O. W. den Barkhuysen T. (Ed.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht* (pp. 73-113). Alphen aan den Rijn: Kluwer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/13056

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/13056

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

5 Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht

Janneke Gerards ▪

1 INLEIDING

Het vereiste van evenredigheid of proportionaliteit vergt in essentie dat overheidsbesluiten redelijk zijn, in die zin dat zij blijk geven van een redelijke beoordeling en afweging van belangen en een redelijke keuze van middelen. Een evenredig besluit is dus een besluit waarmee een redelijk evenwicht wordt gevonden tussen de veelheid van tegenstrijdige algemene en individuele belangen die bij ieder besluitvormingsproces een rol zullen spelen. Gelet op deze betekenis van het beginsel, dat als zodanig tot de kern van de rechtsstatelijke vereisten wordt gerekend,[1] is het begrijpelijk dat het een belangrijke rol speelt in het bestuursrecht. In een veelheid van rechtszaken wordt het beginsel ingeroepen, vooral door procespartijen die vinden dat met hun belangen onvoldoende rekening is gehouden. Dit is zowel in de Nederlandse als in de Europese rechtsorde het geval.

Gelet op het grote belang van het evenredigheidsvereiste, mag het opvallend heten dat er relatief veel discussie bestaat over zijn inhoud en toepassing. Een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel brengt de rechter in een lastig parket, nu hij daardoor uitspraak moet doen over de redelijkheid van een besluit dat door een ander, daartoe primair bevoegd orgaan is genomen. Ook vanuit het perspectief van machtenscheiding en functionele spreiding van taken zijn vraagtekens te stellen bij deze toetsing.[2] Discussie is eveneens mogelijk over de precieze inhoud van het evenredigheidsvereiste. Sommigen hebben gesteld dat deze beperkt zou moeten blijven tot een algemene redelijkheidstoets

---

▪ Prof. mr. J.H. Gerards is als hoogleraar staats- en bestuursrecht verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden en is fellow bij het E.M. Meijers-Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek. Deze bijdrage is geschreven in het kader van het onderzoeksprogramma 'Securing the rule of law in a world of multi-level jurisdiction'. De auteur is veel dank verschuldigd aan Michiel Tjepkema, Ymre Schuurmans, Tom Barkhuysen en Jos Gerards voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

1 Vgl. bijv. R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 134 en B.W.N. de Waard, 'Marginale toetsing en evenredigheid', in: *Getuigend Staatsrecht. Liber Amicorum A.K. Koekkoek*, Nijmegen: WLP 2005, p. 364.

2 Daarover nader, met bronnen, J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, Oratie Leiden 2006, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006, p. 4 e.v.

of een toets op willekeur, waarbij alleen in algemene zin een oordeel wordt gegeven over de redelijkheid van een besluit of maatregel. Anderen zijn juist voorstander van een uitsplitsing naar verschillende aspecten waarin de onevenredigheid van een besluit tot uitdrukking kan komen: een besluit kan onevenredig zijn omdat er geen goede belangenafweging is gemaakt, maar ook omdat het gekozen bestuursinstrument geen geschikt middel was om het nagestreefde doel te bereiken, of omdat andere, minder belastende instrumenten denkbaar waren. Beide toetsingsmethoden, zowel de redelijkheidstoets als de uitgesplitste evenredigheidstoets, zijn in de literatuur verdedigd en hebben in de bestuursrechtspraak van de Europese lidstaten hun uitwerking gekregen.[3]

Tegen de achtergrond van deze discussies en toepassingsverschillen hebben de Nederlandse bestuursrechters en het Europees Hof van Justitie hun eigen uitwerking gegeven aan het evenredigheidsbeginsel. Het HvJ EG is daarbij sterk beïnvloed door nationale uitwerkingen van het evenredigheidsbeginsel, terwijl de Nederlandse toepassing op haar beurt invloed ondervindt van de Europese benadering. Dit laatste geldt vooral op die terreinen waar het Europese recht rechtstreeks doorwerkt in de bestuursrechtelijke rechtsorde. Bij de toepassing van het Europese recht, bijvoorbeeld in het kader van het nationale milieurecht, gezondheidsrecht of landbouwrecht, is een toepassing van de communautaire evenredigheidsbenadering regelmatig terug te vinden.[4] Op andere rechtsterreinen, waar de Europese invloed zich minder heeft doen gelden, hebben bestuursrechters als de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven hun eigen methoden ontwikkeld, daarbij geleid door de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel in art. 3:4, tweede lid, Awb is gecodificeerd en door de invulling die voor 1994 werd gegeven aan het verbod van willekeur. De in het belangwekkende boek van De Moor-Van Vugt gedane suggestie om het evenredigheidsbeginsel meer in de richting van het Europese recht toe te passen, lijkt daarbij zelden te zijn gevolgd.[5]

De vraag die nu voorligt, ruim tien jaar na het verschijnen van het boek van De Moor-Van Vugt, is of aan de Europese toepassing van het evenredigheidsbeginsel dusdanige voordelen zijn verbonden, dat het wenselijk zou zijn als deze toepassing door de Nederlandse bestuursrechter wordt overgenomen,

3 Zie voor uitgebreide overzichten van de verschillende toepassingen in Europa m.n. O. Koch, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlijn: Duncker & Humblot 2003, p. 48 e.v. en J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2e druk, Baden-Baden: Nomos 2005, p. 661 e.v.

4 Overigens geldt dit niet voor de gehele bestuursrechtspraak: 'zuivere' toepassingen van de Europese toets zijn vooral te vinden in de rechtspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven; zie nader J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 200/201.

5 A. de Moor-Van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, Diss. Tilburg 1995. De Nederlandse toetsingsmethoden zullen, naar de huidige stand van het recht, in par. 3 van deze bijdrage nader worden besproken.

ook buiten de context van het Europese recht. Om daarover een oordeel te kunnen vellen, is het allereerst nodig om een overzicht te geven van de belangrijkste karakteristieken van de actuele Europese en Nederlandse toepassing van het evenredigheidsbeginsel, én om in te gaan op de voor- en nadelen daarvan. Een dergelijk overzicht zal hierna worden geboden in de paragrafen 2 en 3 van deze bijdrage, waarin ook de keuze voor de in dit verband bestudeerde jurisprudentie zal worden toegelicht. In paragraaf 4 zal vervolgens een vergelijking worden gemaakt van de toepassingen met hun voor- en nadelen. Op basis daarvan kunnen ten slotte conclusies worden getrokken over de vraag of het inderdaad verstandig is als de Nederlandse rechter op een meer 'Europese' manier aan het evenredigheidsbeginsel zou toetsen.

2 Het evenredigheidsbeginsel in het Europese recht: belangrijkste karakteristieken

2.1 Inleiding

Het ongeschreven evenredigheidsbeginsel speelt een centrale rol in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG (hierna HvJ of Hof). Of het nu gaat om landbouwvraagstukken, garantiefondsen, vrij verkeer van goederen of Europees burgerschap, het Hof vereist dat ieder besluit en iedere handeling in overeenstemming is met het vereiste van evenredigheid.[6] Dit grote bereik noodzaakt tot beperking bij het beschrijven van de belangrijkste toepassingskarakteristieken. In het kader van deze bijdrage is het ondoenlijk om aan alle subtiele verschillen tussen rechtsterreinen aandacht te besteden. Als belangrijkste beperking is gekozen voor het achterwege laten van een behandeling van het evenredigheidsbeginsel in het sanctierecht. In plaats daarvan is gekozen voor een toespitsing op zaken waarin beleidskeuzes een rol spelen, hetzij bij besluitvorming door de Europese lidstaten, hetzij bij nationale besluiten. Daarbij zal worden geprobeerd een dwarsdoorsnede te geven van de recentere toepassing op de verschillende rechtsterreinen, met een accent op maatregelen die het vrij verkeer en het landbouwrecht betreffen.[7] Juist op deze terreinen zijn de meest interessante algemene toepassingen zichtbaar. Bovendien lijken deze toepassingen voldoende representatief om bredere conclusies mogelijk te maken ten aanzien van de door het Hof gehanteerde toetsingsmethodiek.[8]

6 Zie bijv. T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford: OUP 1999, p. 89/90.

7 Een uitgebreide en recente beschrijving voor de verschillende rechtsgebieden, met meer aandacht voor de verschillen en nuances in de toepassing, kan worden gevonden in Koch 2003, p. 290 e.v. (zie noot 3).

8 Dit blijkt wel uit de verschillende uitgebreide besprekingen van het proportionaliteitsvereiste, zoals die bij Tridimas 1999, p. 93 e.v. (zie noot 6) en Koch 2003, p. 290 e.v. (zie noot 3).

Bij de beschrijving van de karakteristieken wordt een onderscheid gemaakt naar drie belangrijke deelonderwerpen. Allereerst wordt hierna ingegaan op de karakterisering van de toets van het Hof: is dit een klassieke evenredigheidstoets, een algemene redelijkheidstoets of eerder een pure doel-middeltoets (par. 2.2.1)? Vervolgens wordt ingegaan op de belangrijkste toetsingscriteria die het Hof in zijn rechtspraak heeft ontwikkeld om de evenredigheid van een besluit te kunnen beoordelen (par. 2.2.2-2.2.4). Afzonderlijke aandacht wordt besteed aan de vraag of het Hof alleen een abstracte of een concrete toetsing aan het beginsel uitvoert, dan wel kiest voor een combinatie daarvan (par. 2.3). Ook wordt meer specifiek ingegaan op de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel en de belangrijkste factoren die daarbij een rol spelen (par. 2.4). Deze paragraaf wordt afgesloten met een kort résumé (par. 2.5).

2.2 Een klassieke driedeling? Een nadere beoordeling van de toetsing door het Hof

2.2.1 *De drie vereisten van evenredigheid*

Hiervoor is al opgemerkt dat in de literatuur vaak een onderscheid wordt gemaakt tussen de algemene redelijkheidstoets en de eigenlijke evenredigheidstoets. Binnen deze laatste toets wordt in de literatuur een drietal klassieke toetsingscriteria onderscheiden.[9] Om van een evenredig besluit te kunnen spreken, moet dit besluit allereerst een effectief middel vormen om de doelstellingen te realiseren die met het besluit worden nagestreefd (vereiste van geschiktheid). Daarnaast moet het besluit voor het bereiken van deze doelstellingen noodzakelijk zijn. Kan met een minder belastende maatregel worden volstaan, of blijkt dat het besluit niet echt nodig is om de nagestreefde doelstellingen te verwerkelijken, dan is de keuze voor een dergelijk besluit onevenredig belastend (vereiste van noodzakelijkheid en subsidiariteit).[10] Ten slotte geldt dat, zelfs als duidelijk is dat het litigieuze besluit een geschikt en noodzakelijk middel is om de doelstellingen te realiseren, een besluit ontoelaatbaar kan worden bevonden als geen redelijke afweging is gemaakt tussen de doelstellingen en de belangen die door het besluit worden aangetast (vereiste van evenredigheid in strikte zin).

9 Deze driedeling wordt in de literatuur veelvuldig genoemd. Zie bijv. Koch 2003, p. 198 e.v. (zie noot 3), F.G. Jacobs, 'Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law', in: E. Ellis, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart 1999, p. 2 en A.W. Hins, 'Constitutionele toetsing, proportionaliteit en *Verhältnismäßigkeit*', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout, *Proportionaliteit in het Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 69.

10 Het begrip 'subsidiariteit' heeft hier dus een iets andere betekenis dan die van art. 5 EG en mag daarmee niet worden verward.

Vooral in de Duitse doctrine en rechtspraak is deze driedeling sterk ontwikkeld en wordt aangenomen dat iedere toetsing aan het evenredigheidsbeginsel een toetsing vergt aan alledrie de vereisten.[11] Ook buiten Duitsland heeft de drieledige benadering van het evenredigheidsbeginsel ingang gevonden, hoewel sommige staten de voorkeur geven aan de toepassing van een algemene redelijkheidstoets, waarbij van een uitsplitsing in elementen geen sprake is.[12] Het Europese recht blijkt ambigu.[13] Veel auteurs hebben geprobeerd om de klassieke drie elementen in de Europese evenredigheidstoets terug te vinden, maar de meesten hebben daarbij geconstateerd dat het HvJ de drieledige toets vrijwel nooit als zodanig toepast.[14] De realiteit lijkt te zijn dat er geen eenduidige Europese evenredigheidstoets bestaat. Veruit de meeste auteurs beschrijven de toets van het HvJ als een toets van geschiktheid en noodzakelijkheid, waarbij het vereiste van evenredigheid in strikte zin, dus de daadwerkelijke beoordeling van de aan het besluit ten grondslag liggende belangenafweging, zelden of nooit naar voren komt.[15] Er is geen vaste formule die duidelijke criteria omvat waaraan het HvJ stelselmatig toetst.[16] In plaats daarvan zijn er verschillende formules, waaruit in iedere uitspraak een (schijnbaar) willekeurige keuze wordt gemaakt.[17] Weliswaar komen sommige formules vaker voor in het landbouwrecht, terwijl andere formules typischer zijn voor zaken over vrij verkeer, maar geheel consistent is de rechtspraak ook in dit opzicht niet. De verschillende formules lijken nu eens te wijzen op een accent op het vereiste

11 Zie voor een bondige uiteenzetting Koch 2003, p. 54 e.v. (zie noot 3), Schwarze 2005, p. 670/671 (zie noot 3) en Hins 2005, p. 69 (zie noot 9).

12 Dit is bijvoorbeeld het geval in het VK, waar gebruik wordt gemaakt van de algemene test van *Wednesbury unreasonableness*. Zie nader G. Wong, 'Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality', *Public Law* 2000, p. 96 e.v.

13 Dit heeft ongetwijfeld te maken met het feit dat het Hof bij de ontwikkeling van het evenredigheidsbeginsel is geïnspireerd door de sterk verschillende benaderingen waarmee het door prejudiciële vragen te maken kreeg; wellicht heeft het daartussen een middenweg willen zoeken. Vgl. ook De Moor-Van Vugt 1995, p. 66 (zie noot 5).

14 Voor een klassieke beschrijving in de drie deelaspecten, zie G. de Búrca, 'The Principle of Proportionality and its Application in EC Law', *Yearbook of European Law* 1993, p. 113 en R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbeginselen in het Europese recht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004, p. 308. Meer genuanceerd zijn bijv. J.H. Jans, 'Proportionality Revisited', *Legal Issues of Economic Integration* 2000, p. 240 en J. Snell, 'True Proportionality and Free Movement of Goods and Services', *European Business Law Review* 2000, p. 195; vgl. ook W. Van Gerven, 'The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe', in: E. Ellis, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart 1999, p. 37.

15 Tridimas kiest er om die reden zelfs voor om te stellen dat de evenredigheidstoets van het Hof alleen bestaat uit een toets van geschiktheid en noodzakelijkheid; de proportionaliteit in strikte zin laat hij volledig buiten beschouwing; zie Tridimas 1999, p. 91/92 (zie noot 6). Craig heeft er echter, terecht, op gewezen dat proportionaliteit soms wel degelijk onderdeel uitmaakt van de toets, met name wanneer partijen daarop in hun stukken hebben aangestuurd (P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: OUP 2006, p. 670).

16 Zie ook reeds De Moor-Van Vugt 1995, p. 69 (zie noot 5).

17 Vgl. ook Schwarze 2005, p. 831 (zie noot 3).

van geschiktheid, dan weer op een noodzakelijkheids- of subsidiariteitstoets of een combinatie daarvan.[18] In weer andere gevallen voert het Hof een abstracte redelijkheidstoets uit, terwijl het soms ook gebruik maakt van het vereiste dat een besluit de getroffen belangen niet in de kern mag aantasten.[19] Opvallend in al deze formuleringen is dat het vereiste van evenredigheid in strikte zin (dus het vereiste van een redelijke belangenafweging) een ondergeschikte rol speelt. Ook dit kan echter niet in zijn algemeenheid worden gesteld, nu een nieuwe formule de laatste jaren aan belang lijkt te hebben gewonnen:

> 'Het evenredigheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, vereist dat handelingen van de communautaire instellingen niet verder gaan dan geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande dat, wanneer een keuze uit verschillende geschikte maatregelen mogelijk is, de minst belastende moet worden gekozen, en de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan de nagestreefde doelstellingen.'[20]

Deze uitgebreide evenredigheidsformule, waarin alle klassieke elementen duidelijk zichtbaar zijn, wordt echter niet stelselmatig toegepast. Niet alleen wordt de geciteerde formule in lang niet alle uitspraken genoemd,[21] ook laat de toepassing van de formule zien dat het Hof lang niet altijd aan alle daarin

18 Zie voor een fraai overzicht van de verschillende gehanteerde formules vooral Koch 2003, p. 199 e.v. (zie noot 3).

19 De 'kern'-formule wordt vooral gebruikt bij aantastingen van het eigendomsrecht. Zie bijv. HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-280/93, *Duitsland/Raad (bananen)*, Jurispr. 1994, I-4973, punt 78 en HvJ EG 13 juli 1989, zaak 5/88, *Schräder*, Jurispr. 1989, 2609, punt 18.

20 HvJ EG 12 januari 2006, zaak C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH*, Jurispr. 2006, I-679, punt 35. Zie eerder bijv. al GvEA 1 december 1999, gev. zaken T-125/96, *Boehringer*, Jurispr. 1999, II-33427, punt 73 en 76.

21 Tot nu toe is de formule vooral in landbouwzaken zichtbaar. Gaat het om vrij verkeer, dan hanteert het Hof vooral de 'oude' formules. Zie bijv. HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-406/04, *Gérald de Cuyper*, n.n.g., punt 42: 'Een maatregel is evenredig wanneer hij geschikt is om het nagestreefde doel te verwezenlijken, en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken'; zie ook HvJ EG 28 september 2006, zaak C-434/04, *Ahokainen en Leppik*, n.n.g., punt 31: 'Wat de vraag betreft of de maatregel evenredig is ... is het aan de nationale autoriteiten om het bewijs te leveren dat hun regeling voldoet aan het evenredigheidsbeginsel en dus noodzakelijk is ter verwezenlijking van het gestelde doel ... en dat dit doel niet zou kunnen worden bereikt door verbodsbepalingen of beperkingen die minder ver gaan ...'; verderop in deze uitspraak wordt afzonderlijk nog het vereiste van passendheid genoemd (punt 38).

genoemde elementen toetst.[22] Duidelijkheid over de betekenis van het Europese evenredigheidsvereiste is daardoor ver te zoeken.

Dit alles kan een semantische discussie lijken, waarbij het eerder gaat om de etiketten dan om de inhoud. Duitse rechtswetenschappers zoals Koch hebben echter overtuigend laten zien dat de grote variëteit aan formules duidt op het ontbreken van een duidelijke conceptuele en normatieve basis voor de beoordeling van evenredigheidsvraagstukken.[23] Ook wijst de veelheid aan formules erop dat het Hof de moeilijkheden die zijn verbonden aan de toetsing aan bepaalde criteria misschien wel onderkent, maar hiervoor slechts een oplossing vindt in het nu eens wel, dan weer niet toepassen van deze criteria.

Gelet hierop is het belangrijk dat de juridische doctrine heeft geprobeerd toch lijn te ontdekken in de Europese evenredigheidsrechtspraak, door in de diverse verschillende formules van het Hof de belangrijkste klassieke elementen te onderscheiden en de rechtspraak in deze elementen te beschrijven.[24] De conceptuele verwarring die heerst op het niveau van het HvJ kan daardoor ten dele worden opgevangen en de toepassing van de verschillende evenredigheidselementen kan scherper worden bestudeerd. Ook vergemakkelijkt een dergelijke analytische indeling een vergelijking tussen de Europese toepassing en het Nederlandse recht, zodat beter kan worden beoordeeld of de Nederlandse rechtspraak in het licht van de Europese evenredigheidstoets aanpassing behoeft. Met het oog hierop zal de toetsing door het Hof hierna worden beschreven aan de hand van de drie klassieke evenredigheidselementen, ook al zijn deze zelden alledrie in de uitspraken van het Hof te herkennen.

2.2.2 *Geschiktheid*

In zijn formulering van de evenredigheidstoets vermeldt het Hof met enige regelmaat het vereiste dat een maatregel 'passend' moet zijn om het nagestreef-

22 Vgl. ook bijv. HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-174/05, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, Jurispr. 2006, I-2443, punt 29, waarin het Hof de hierboven weergegeven formule liet volgen door de volgende overweging: 'Hieruit volgt dat ... de wettigheid van een maatregel slechts op losse schroeven komt te staan wanneer deze maatregel kennelijk ongeschikt is om het nagestreefde doel te bereiken.' Alleen de geschiktheidseis komt hier dan nog als toetsingselement aan de orde. Dit geldt overigens ook voor de andere formules: het Hof noemt een toets soms een evenredigheidstoets of een noodzakelijkheidstoets, terwijl het eigenlijk een noodzakelijkheidstoets of een geschiktheidstoets toepast. Zie nader en met voorbeelden Koch 2003, p. 205 e.v. (zie noot 3) en p. 222.

23 Koch 2003, p. 207 en (uitgebreid) p. 254 e.v. (zie noot 3).

24 Vgl. bijv. Schwarze 2005, p. 833 e.v. (zie noot 3). De reductie door Tridimas van de toets tot twee elementen (geschiktheid en noodzakelijkheid) is in dit verband een oversimplificatie te noemen (zie Tridimas 1999, p. 112 (zie noot 6) en recenter ook T. Tridimas, 'The Rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity', in: A. Schauwen (red.), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 112).

de doel te bereiken, of stelt het dat een maatregel niet toelaatbaar is als deze 'kennelijk ongeschikt' is ter verwezenlijking van zijn doelstellingen. Toch blijkt bij bestudering van de rechtspraak dat dit vereiste in de praktijk een ondergeschikte rol speelt. In veruit de meeste gevallen velt het Hof in het geheel geen oordeel over de effectiviteit van een maatregel of besluit, zelfs niet in de situatie van een direct beroep of een inbreukprocedure. Het Hof heeft ook maar weinig concrete maatstaven ontwikkeld waarmee de geschiktheid of effectiviteit kan worden beoordeeld. Dergelijke maatstaven zijn vooral terug te vinden in de rechtspraak waarin de autoriteiten een zekere mate van beoordelingsruimte toekomt. Zo oordeelde het Hof in een uitspraak over een vergunningvereiste voor alcoholimport in Finland dat de nationale rechter zou moeten nagaan of dit vereiste de '... door de Finse regering genoemde verstoringen van de openbare orde en schade voor de volksgezondheid, *al was het slechts ten dele*, [zou] kunnen tegengaan.'[25] Uit deze formulering kan worden afgeleid dat, bij terughoudende toetsing, een gedeeltelijke effectiviteit voldoende is om de toets aan het geschiktheidsvereiste te doorstaan.

Een tweede criterium is dat van 'kennelijke ongeschiktheid', dat vooral in het landbouwrecht wel wordt gebruikt. Dit is verder uitgewerkt in de zaak *Jippes*, waarin het Hof voorop stelde dat het er niet om gaat 'of de door de wetgever vastgestelde maatregel de enig mogelijke of best mogelijke maatregel was' om het gestelde doel te bereiken. Alleen als de gemeenschapswetgever bij de totstandkoming van de regel is uitgegaan van kennelijk onjuiste gegevens met betrekking tot de mogelijke effectiviteit van de maatregelen, kan de regel op deze grond onevenredig worden bevonden.

Deze laatste formulering laat nog een tweede bijzonderheid zien die typisch is voor het landbouwrecht. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet de geschiktheid van een maatregel worden beoordeeld naar de stand van het recht en van de feiten op het tijdstip waarop de maatregelen werden getroffen.[26] Zelfs als in een later stadium is gebleken dat de effectiviteit van de maatregel beperkt is, zal dit zelden reden kunnen vormen om de maatregel alsnog ontoelaatbaar te achten:

> 'Voorts moet eraan worden herinnerd dat de geldigheid van een communautaire handeling niet kan afhangen van beoordelingen achteraf met betrekking tot de graad van doeltreffendheid van die handeling. Wanneer de communautaire wetgever de toekomstige gevolgen van een vast te stellen regeling dient te beoordelen en die gevolgen niet met zekerheid zijn te voorzien, kan zijn beoordeling slechts worden afgekeurd indien zij, gelet op de gegevens waarover de wetgever ten tijde van de vaststelling van de betrokken regeling beschikte, kennelijk onjuist is.'[27]

25 HvJ EG 28 september 2006, zaak C-434/04, *Ahokainen en Leppik*, n.n.g., punt 39, curs. toegevoegd.

26 Vgl. ook Schwarze 2005, p. 834 (zie noot 3), De Moor-Van Vugt 1995, p. 143 (zie noot 5) en Tridimas 1999, p. 92 (zie noot 6).

Dit uitgangspunt is bij een terughoudende rechterlijke opstelling wellicht begrijpelijk, nu de keuze voor instrumenten primair aan de besluitvormende instanties moet worden overgelaten. Toch is het de vraag of, wanneer de benadeelde partij kan aantonen dat een maatregel helemaal niet effectief is, het wenselijk is om de daardoor veroorzaakte belangenaantasting in stand te houden.[28]

Behalve de hier genoemde, kunnen uit de rechtspraak van het Hof weinig algemene aanknopingspunten worden afgeleid. Het Hof benadrukt in veel gevallen dat het oordeel over de geschiktheid sterk is verbonden met een waardering van de feiten. Dit oordeel laat het bij rechtstreekse beroepen tegen gemeenschapsbesluiten bij voorkeur over aan de bevoegde instellingen, en bij prejudiciële vragen over nationale handelingen schuift het Hof de feitelijke waardering door naar de nationale rechter.[29]

2.2.3 *Noodzakelijkheid en subsidiariteit*

De vereisten van noodzakelijkheid en subsidiariteit vormen de kern van de evenredigheidstoets van het Hof, in die zin dat deze vereisten in vrijwel alle uitspraken over het evenredigheidsbeginsel zijn terug te vinden.[30] Opvallend is echter dat het Hof zelden een nadere toelichting geeft op de precieze betekenis van deze vereisten. Dit geldt vooral voor het wat vage en algemene vereiste van 'noodzakelijkheid'. Het gaat hierbij om de noodzakelijkheid van de keuze voor een specifiek besluit, handeling of maatregel als *instrument* ter verwezenlij-

27 HvJ EG 12 januari 2006, zaak C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH*, Jurispr. 2006, I-679, punt 38. Dit is vaste rechtspraak in dit soort zaken; zie eerder bijv. HvJ EG 24 oktober 1973, zaak 43/72, *Merkur*, Jurispr. 1973, 1055, punt 24, HvJ EG 5 oktober 1994, gev. zaken C-133/93, C-300/93 en C-362/93, *Crispoltoni*, Jurispr. 1994, I-4863, punt 43 en HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-189/01, *Jippes*, Jurispr. 2001, I-5689, punt 84.

28 Wel is enige twijfel mogelijk over de vraag of het Hof deze toets altijd toepast. In een aantal gevallen, zelfs bij toepassing van een terughoudende toets, heeft het Hof aangegeven een beroep op het geschiktheidsvereiste te zullen accepteren als de benadeelde partij kan aantonen dat 'de maatregelen kennelijk ongeschikt zijn om het beoogde doel te bereiken' (zie bijv. HvJ EG 7 mei 1998, zaak C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Jurispr. 1998, I-2521, punt 35 en HvJ EG 14 december 2004, zaak C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co.*, Jurispr. 2004, I-11763, punt 78). Deze formulering lijkt erop te wijzen dat wel degelijk van actuele gegevens gebruik kan worden gemaakt om de kennelijke ineffectiviteit van een maatregel aan te tonen. In de rechtspraak van het Hof zijn echter geen duidelijke voorbeelden terug te vinden waaruit blijkt dat een partij in dit bewijs is geslaagd.

29 Zeer gebruikelijk is een formulering als 'De verwijzende rechter dient na te gaan, of de nationale wetgeving gelet op haar concrete toepassingsmodaliteiten echt beantwoordt aan de doelstellingen die haar kunnen rechtvaardigen'; bijv. HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98, *Zenatti*, Jurispr. 1999, I-7289, punt 37.

30 Vgl. ook Schwarze 2005, p. 834 (zie noot 3).

king van een bepaalde doelstelling. Duidelijk wordt bijvoorbeeld niet of dit betekent dat het besluit in kwestie onmisbaar moet zijn, in die zin dat het doel zonder dit besluit niet of duidelijk minder goed zou kunnen worden bereikt.[31] Een dergelijke vergaande eis lijkt echter niet te worden gesteld. Eerder is het tegenovergestelde waar, zeker wanneer de toets een terughoudend karakter heeft. In dat geval acht het Hof het soms voldoende dat de maatregel 'niet overbodig' kan worden geacht.[32] Welke eisen precies worden gesteld lijkt primair afhankelijk te zijn van het onderwerp van de procedure en het rechtsgebied in kwestie. Zo heeft het Hof op het terrein van het dienstenverkeer specifieke criteria ontwikkeld om de noodzaak te kunnen beoordelen van kwaliteitseisen die aan buitenlandse dienstverleners worden gesteld. Daarbij geldt dat, wanneer de bescherming van de belangen van de ontvangers van diensten al voldoende is gegarandeerd door het land van vestiging, het Hof het niet noodzakelijk zal vinden dat vergelijkbare of zelfs verdergaande eisen ook in het land van dienstverlening worden gesteld.[33] Op soortgelijke wijze heeft het Hof specifieke eisen gesteld in gevallen waarin een lidstaat ter rechtvaardiging van een handelsbelemmerende maatregel het voorzorgbeginsel heeft ingeroepen. Het gaat dan om de situatie waarin maatregelen zijn getroffen om, bijvoorbeeld, het milieu of de volksgezondheid te beschermen, terwijl niet volledig aantoonbaar is dat een bepaald additief in voeding of een bepaalde meststof echt schadelijk is. In dat geval vereist het Hof dat een lidstaat op basis van de meest recente wetenschappelijke gegevens vaststelt dat het risico van schade voor volksgezondheid of milieu reëel is. Dit risico moet zo concreet mogelijk worden vastgesteld, waarbij rekening wordt gehouden met specifieke nationale omstandigheden.[34] Alleen bij een dergelijke grondige evaluatie van het risico en de ter bestrijding daarvan te nemen voorzorgsmaatregelen, kan de maatregel noodzakelijk worden bevonden.[35]

Gaat het om prejudiciële beslissingen, dan heeft het Hof de neiging om het noodzakelijkheidsoordeel zoveel mogelijk over te laten aan de nationale

31 Andersom voldoet een evident onmisbare maatregel vanzelfsprekend wel steeds aan het noodzakelijkheidsvereiste; zie bijv. HvJ EG 20 september 1988, *Commissie/Denemarken (Deense flessen)*, Jurispr. 1988, 4607, par. 13.

32 Bijv. HvJ EG 12 januari 2006, zaak C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH*, Jurispr. 2006, I-679, punt 44.

33 Zie bijv. HvJ EG 18 januari 1979, gev. zaken 110 en 111/78, *Van Wesemael*, Jurispr. 1979, 35, punt 30. Deze 'equivalentie-techniek' komt ook in andere uitspraken wel voor; zie nader M. Poiares Maduro, *We, the court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Oxford: Hart 1998, p. 56 en J. Snell, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford: OUP 2002, p. 199.

34 Daarbij is het aan de lidstaat om feiten en omstandigheden aan te voeren om zijn claims te ondersteunen; het Hof stelt hieraan hoge eisen. Zie bijv. HvJ EG 5 februari 2004, zaak C-270/02, Commissie/Italië, Jurispr. 2004, I-1559, par. 24; zie nader Craig 2006, p. 690 (zie noot 15).

35 Zie voor deze criteria bijv. HvJ EG 2 december 2004, zaak C-41/02, *Commissie/Nederland (vitaminen en mineralen in voedingsmiddelen)*, Jurispr. 2004, I-11375, punten 46, 47, 52 en 54.

rechter, zich beroepend op het feit dat dit oordeel sterk samenhangt met de feitelijke situatie. Daarbij laat het de nationale rechter nogal wat ruimte om rekening te houden met de bijzondere nationale situatie, zeker als op het betrokken terrein nog geen sprake is van Europese harmoniserende maatregelen.[36] In de zaak *Omega Spielhallen* gaf het Hof bijvoorbeeld aan dat de Duitse autoriteiten ruimte hadden om het fundamentele beginsel van de menselijke waardigheid op een hoog niveau te verzekeren en de maatregelen te treffen die zij nodig achtten om dit niveau te bereiken. Het feit dat andere lidstaten daarin wellicht een andere keuze zouden maken, achtte het Hof minder relevant.[37] Net als bij het vereiste van geschiktheid biedt de jurisprudentie echter niet veel meer duidelijkheid over de invulling van het algemene vereiste van noodzakelijkheid.

Dit is anders waar het gaat om het specifiekere vereiste van subsidiariteit. Hoewel het Hof dit vaak als apart criterium noemt, gaat het hierbij feitelijk om een verbijzondering van het noodzakelijkheidsvereiste.[38] Duidelijk is immers dat een maatregel niet voldoet aan het subsidiariteitsvereiste als er andere maatregelen of besluiten mogelijk waren geweest waardoor het doel ook kon worden bereikt, maar waardoor de individuele belangen minder zwaar zouden worden aangetast. Het concreet genomen besluit was dan kennelijk niet noodzakelijk om de nagestreefde doelstellingen te realiseren.

Hoewel dit vereiste veel concreter is dan dat van noodzakelijkheid, is het in de praktijk vrij lastig toepasbaar. Het is voor een rechter niet eenvoudig om te achterhalen of er alternatieven bestonden die voor het individu minder belastend zouden zijn. Nog lastiger wordt het als de eis wordt gesteld dat het alternatief even doeltreffend moet zijn. Een dergelijke beoordeling is nog wel doenlijk als wordt gekeken naar één specifieke doelstelling die met een maatregel wordt nagestreefd en naar één specifiek individueel belang dat wordt aangetast, maar besluitvorming speelt zich meestal niet af op een tweedimensionaal vlak.[39] In plaats daarvan moet de besluitvormende instantie jongleren met een groot aantal algemene en individuele belangen die in meerdere of mindere mate door een bepaald besluit kunnen worden gerealiseerd. Het is dan niet zo gemakkelijk om te zeggen dat een alternatief inderdaad minder belastend is, net zomin als het goed mogelijk is om een heldere prognose te

36 Zie daarover nader par. 3.4 en in het bijzonder Jans 2000, p. 253 e.v. (zie noot 14).

37 Het ging in dit geval om het verbieden van lasergames ter bescherming van de menselijke waardigheid; zie HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, Jurispr. 2004, I-9609, punt 38/39.

38 Er zij hier nogmaals gewezen op het feit dat het begrip 'subsidiariteit' in verband met de toetsing aan het proportionaliteitsvereiste een specifieke betekenis heeft, die afwijkt van de betekenis die het begrip toekomt in de context van art. 5 EG. Waar in deze bijdrage wordt gesproken over 'subsidiariteit', gaat het dus niet om de vraag op welk niveau een bepaalde maatregel moet worden getroffen, maar om de vraag of er voor een bepaalde maatregel of een bepaald besluit minder belastende of benadelende alternatieven mogelijk waren.

39 Vgl. ook R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel*, Diss. Maastricht 1998, Den Haag: Sdu 1998, p. 182.

geven over de effectiviteit ervan.[40] Niettemin komt dit vereiste in de rechtspraak van het Hof regelmatig naar voren, vooral in prejudiciële beslissingen – de beoordeling wordt dan aan de nationale rechter overgelaten, die immers beter zicht heeft op de feiten.[41] Soms geeft het Hof echter ook zelf een oordeel over de doeltreffendheid van alternatieven of verschaft het aanwijzingen aan de nationale rechter ten aanzien van de subsidiariteitsvraag.[42] In dat geval kiest het Hof er meestal voor om de kwestie tot twee duidelijk afgebakende belangen terug te brengen (een nastrevenswaardig algemeen belang en een aangetast individueel belang), waardoor het de problematiek van een veelheid van belangen omzeilt.[43] Bij directe beroepen legt het de bewijslast voor het aantonen van de doeltreffendheid van eventuele alternatieven bovendien bij degene die zich op het bestaan van deze alternatieven beroept, zodat een eigen onderzoek hiernaar niet nodig is.[44] Interessant is verder dat het Hof soms zelf een suggestie doet voor een minder belastende, alternatieve maatregel. De bron voor zo'n alternatief wordt dan bijvoorbeeld gevonden in het communautaire recht, waarin een vergelijkbare problematiek op een andere manier is geregeld, of in een suggestie die door de Advocaat-Generaal is gedaan.[45] In andere gevallen ontbreekt een duidelijke bron en lijkt het alternatief aan de eigen creativiteit van het Hof te zijn ontsproten. In beide situaties ontbreekt het meestal aan een gemotiveerd oordeel over de doeltreffendheid van de

40 Vgl. Koch 2003, p. 214/215 (zie noot 3).

41 Bijv. HvJ EG 28 september 2006, zaak C-434/04, n.n.g., par. 39.

42 Zie bijv. HvJ EG 26 juni 1997, zaak C-368/95, *Familiapress*, Jurispr. 1997, I-3689, punt 33. Craig wijst erop dat dit vooral lijkt te gebeuren in zaken waarin het Hof zelf maximale controle wil behouden over de rechtsontwikkelingen op een bepaald terrein, of waar de proportionaliteitskwestie zo ingewikkeld lijkt dat het voor de nationale rechter moeilijk zal zijn om tot een bevredigend oordeel te komen (Craig 2006, p. 712 e.v. (zie noot 15)).

43 Zie voor voorbeelden HvJ EG 12 juli 2005, gev. zaken C-154/04 en C-155/04, *Alliance for Natural Health*, Jurispr. 2005, I-6451, punt 70, HvJ EG 9 september 2004, gev. zaken C-184/02 en C-223/02, *Spanje en Finland / EP en Raad (zelfstandige wegvervoerders)*, Jurispr. 2004, I-7789, punt 59 en HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-406/04, *Gérald de Cuyper*, n.n.g., punt44-47. Een uitzonderlijk geval, waarbij het Gerecht van Eerste Aanleg daadwerkelijk rekening bleek te houden met de complexiteit van de beoordeling van alternatieven, is GvEA 1 december 1999, gev. zaken T-125/96, *Boehringer*, Jurispr. 1999, II-33427, punt 86 e.v.

44 Zie GvEA 1 december 1999, gev. zaken T-125/96, *Boehringer*, Jurispr. 1999, II-33427, punt 97.

45 Bijv. HvJ EG 11 mei 1999, zaak C-350/97, *Monsees*, Jurispr. 1999, I-2921, punt 30; deze zaak had betrekking op vervoer van dieren, waarbij Oostenrijk een zeer strenge regeling had vastgesteld die het handelsverkeer belemmerde. Op een later moment was er een richtlijn tot stand gekomen over dit onderwerp, die een minder strenge regeling vaststelde, maar in de onderhavige zaak niet van toepassing was. Niettemin wees het Hof erop dat een regeling zoals getroffen in de richtlijn ook een denkbare oplossing was geweest, die het handelsverkeer minder belemmerde. Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin het Hof naar de conclusie van de AG verwijst HvJ EG 23 november 1999, gev. zaken C-369/96 en C-376/96, *Arblade*, Jurispr. 1999, I-8453, punt 78.

voorgestelde oplossing.[46] De toepassing van de subsidiariteitstoets blijft daardoor wat ongrijpbaar.

2.2.4 *Proportionaliteit in strikte zin*

Vanuit de doctrine beschouwd zou het Hof, als het heeft vastgesteld dat het gekozen instrument een geschikt en noodzakelijk middel vormt om een legitiem doel te bereiken, vervolgens moeten nagaan of het besluit niet toch uitdrukking vormt van een onredelijke belangenafweging. Om daarover een goede uitspraak te kunnen doen, zou het verschillende elementen in zijn beoordeling moeten betrekken. Vastgesteld moet bijvoorbeeld worden welke belangen in de primaire afweging betrokken waren (en juridisch gezien daarin betrokken mochten worden), hoe zwaarwegend deze belangen zijn en hoe ernstig de inbreuk is die op het aangetaste belang is gemaakt. Daarnaast moet worden onderzocht of het bestuursorgaan of de instelling terecht heeft aangenomen dat de nagestreefde doelstellingen zwaarder wogen dan de belangen die door het besluit zijn aangetast.

De vraag is hoe het Hof omgaat met de afwegingstoets. Duidelijk is dat een algemene beoordeling van de gemaakte belangenafweging in de rechtspraak van het Hof soms wel is terug te vinden, zeker als de partijen daarop in hun stukken hebben aangestuurd.[47] Een voorbeeld is de zaak *Dokter*, waar het ging om maatregelen die waren getroffen op een agrarisch bedrijf waar mond- en klauwzeer was geconstateerd.[48] Deze maatregelen waren meteen na bekendmaking van de resultaten van een laboratoriumonderzoek getroffen. De agrariërs voelden zich aangetast in hun grondrechten, nu zij hun standpunt over de onderzoeksresultaten en de te treffen maatregelen niet bekend hadden kunnen maken. Het Hof oordeelde dat het snelle treffen van de maatregelen noodzakelijk was geweest ter bestrijding van het risico van verspreking van de ziekte. Daardoor waren klagers weliswaar in hun procedurele belangen aangetast, maar deze aantasting was niet onevenredig: redelijkerwijze kon worden aangenomen dat het belang van het tegengaan van besmetting zwaarder woog dan het belang van klagers om voorafgaand aan de besluitvorming gehoord te worden.

Buiten sporadische (en relatief evidente) gevallen als *Dokter*, geeft het Hof slechts zelden een oordeel over de belangenafweging die aan een besluit ten grondslag heeft gelegen.[49] Het is niet geheel duidelijk waarom het Hof in zijn rechtspraak maar zo weinig waarde hecht aan dit element. Waarschijnlijk

46 Bijv. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-387/99, *Commissie/Duitsland (vitaminenpreparaten)*, Jurispr. 2004, I-3751, punt 81.

47 Vgl. Craig 2006, p. 670 (zie noot 15).

48 HvJ EG 15 juni 2006, zaak C-28/05, *Dokter*, n.n.g., punt 74-76.

49 Zoals eerder aangegeven (par. 2.2.1) lijkt dit in recentere oordelen iets anders, hoewel ook daarin de proportionaliteit in strikte zin vaker genoemd dan beoordeeld wordt. Vgl. ook Koch 2003, p. 223 e.v. (zie noot 3) en Snell 2000, p. 52 (zie noot 14).

is de reden dat een belangenafweging door een rechter moeilijk objectief en aan de hand van juridische maatstaven valt te beoordelen. De vraag of een nagestreefd belang *terecht* door het bestuur als zwaarwegender is aangemerkt dan het aangetaste individuele belang is veel lastiger te beantwoorden dan de feitelijke vraag of een maatregel een geschikt en noodzakelijk instrument vormt. Juist om die reden staan ook veel wetenschappers kritisch tegenover toepassing van een strikte evenredigheidstoets door het Hof, of stellen zij dat de rechter zich hierbij in ieder geval uiterst terughoudend moet opstellen.[50] Daarnaast hebben sommige auteurs, zoals Snell, benadrukt dat de toepassing van de strikte proportionaliteitstoets van het Hof gevoelig ligt vanuit het perspectief van de verticale machtsverdeling tussen de lidstaten en het Europese niveau – als het Hof zou aangeven welke belangen prevaleren boven andere, zou dat een sterk centraliserend effect kunnen hebben.[51] Gelet op de eigen bevoegdheden van de lidstaten, kan dit effect van de proportionaliteitstoets aanleiding vormen voor een terughoudende toepassing.

Het Hof heeft in deze bezwaren echter, zoals eerder opgemerkt, geen reden gezien om helemaal af te zien van deze toets. Interessant is daarbij dat enkele van de eerdergenoemde aspecten van de afwegingstoets in de rechtspraak wel zijn terug te vinden. Dit geldt zeker voor het vereiste van het vaststellen van de betrokken belangen. Het Hof stelt in ieder geval vrijwel steeds vast welke doelstelling met een maatregel wordt nagestreefd, hetgeen ook nodig is om een oordeel te kunnen geven over de verhouding tussen middel en doel (geschiktheid, noodzakelijkheid). Bij deze vaststelling baseert het zich meestal op informatie die het heeft gekregen van de partijen, maar voert het soms ook een eigen onderzoek uit van de relevante wettelijke regeling. Daarnaast beoordeelt het Hof vaak, soms vrij specifiek, of een maatregel een handelsbelemmerend karakter heeft of op andere wijze inbreuk maakt op een door het EG-Verdrag beschermd belang. Het Hof vereist daarbij dat een dergelijke vaststelling van belangen door het bevoegde nationale of communautaire orgaan heeft plaatsgevonden en dat bij de besluitvorming ook daadwerkelijk met al deze belangen rekening is gehouden.[52] In hoeverre het specialiteitsbeginsel hierbij een rol speelt is niet helemaal duidelijk: de door het Hof gehanteerde formule

50 Zie bijv. Jans 2000, p. 241 (zie noot 14), De Búrca 1993, p. 107 (zie noot 14) en Snell 2000, p. 50/51 (zie noot 14).

51 Snell 2002, p. 201 (zie noot 33). Daarbij komt nog dat het voor het HvJ EG nog moeilijker kan zijn dan voor een nationale rechter om de redenen voor een bepaalde afweging echt goed in te schatten. De 'dubbele constitutionele gelaagdheid' is dan reden voor een terughoudende opstelling; zie nader Jans e.a. 2002, p. 189 (zie noot 4) en Snell 2002, p. 201 (zie noot 33). De laatste heeft echter ook aangegeven dat dit geen reden hoeft te zijn om de toets dan maar helemaal niet uit te voeren; aan de bezwaren kan ook tegemoet worden gekomen door het uitvoeren van een marginale toets.

52 Bijv. HvJ EG 10 maart 2005, gev. zaken C-96/03 en C-97/03, *Tempelman*, Jurispr. 2005, I-1895, punt 48. Ditzelfde vereiste geldt als het gaat om een communautaire maatregel; vgl. HvJ EG 12 januari 2006, zaak C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH*, Jurispr. 2006, I-679, punt 37.

dat 'ten volle rekening moet worden gehouden met alle in geding zijnde belangen' laat zowel ruimte voor de stelling dat *alle* belangen moeten worden meegewogen, inclusief belangen die de wetgever bij het verlenen van een bevoegdheid niet op het oog had, als voor de stelling dat alleen *relevante* belangen mogen worden meegewogen. Het Hof heeft tot nu toe geen uitspraak gedaan die hierover, in algemene zin, uitsluitsel biedt. Wel wijst het er, zeker in het verband van het vrij verkeer, regelmatig op dat bepaalde doelstellingen niet met een beperkende regeling mogen worden nagestreefd. Zo heeft het Hof in een reeks van uitspraken gesteld dat beperkingen op kansspelen en weddenschappen alleen zijn toegestaan als duidelijk is dat ze echt zijn gericht op het tegengaan van gokbeperking – eventuele financiële doelstellingen (zoals het financieren van sociale activiteiten met de opbrengst van gereguleerde kansspelen) mogen nooit het hoofddoel vormen.[53] Ook in andere zaken gaat het na of de ter rechtvaardiging aangevoerde algemene belangen voldoende zijn in te passen in de door het EG-Verdrag toegelaten doelstellingen.[54] In dit opzicht beperkt het Hof de selectie van belangen die door de nationale autoriteiten mogen worden meegewogen, al doet het dit niet stelselmatig en baseert het dit niet op een duidelijk specialiteitsbeginsel.

Hoe zorgvuldig de vaststelling van belangen door de communautaire of nationale instanties moet zijn, is evenmin eenduidig uit de rechtspraak van het Hof af te leiden. Uit de daarover beschikbare uitspraken van het Hof kan worden afgeleid dat deze eisen sterk afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Eerder is al gewezen op de rechtspraak over het voorzorgbeginsel, waar het Hof vrij concreet heeft aangegeven met welke mate van precisie een bedreiging van een bepaald belang (bijvoorbeeld volksgezondheid of milieubescherming) moet worden vastgesteld om een handelsbelemmerende maatregel te kunnen rechtvaardigen. Gaat het niet om handelsbelemmerende maatregelen, dan zijn de eisen minder hoog – het Hof neemt dan ook wel genoegen met de vaststelling dat de besluitvormende instantie de voor- en nadelen van een besluit 'globaal' heeft beoordeeld.[55]

Een beoordeling van het gewicht van de betrokken belangen en de ernst van de aantasting daarvan zijn met enige regelmaat in de rechtspraak van

53 Zie vooral HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98, *Zenatti*, Jurispr. 1999, I-7289, punt 36.

54 Bij beperkingen van het vrij verkeer van goederen geldt bijvoorbeeld een beperking tot de doelstellingen van art. 30 EG en de 'dringende behoeften' genoemd in *Cassis de Dijon* (HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78, *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, Jurispr. 1979, 649, punt 8) – staten mogen alleen handelsbelemmerende maatregelen treffen als zij daarmee één van deze doelstellingen nastreven. Daarbij is bovendien nog discussie mogelijk of de *Cassis de Dijon*-doelstellingen ook bij discriminatoire belemmeringen kunnen worden ingeroepen. Daarover nader Poiares Maduro 1998, p. 51 (zie noot 33).

55 Zie bijv. HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-174/05, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, Jurispr. 2006, I-2443, punt 32.

het Hof terug te vinden, al gebeurt dit niet altijd zorgvuldig.[56] Bij de vaststelling van het gewicht van de belangen lijkt het Hof zich vooral te baseren op de argumenten van partijen[57] of op vaststellingen op dit punt door besluitvormende instanties die beschikken over een grote mate van beoordelings- of beleidsvrijheid.[58] Ook verwijst het Hof soms naar het beschermingsniveau dat door het primaire gemeenschapsrecht wordt nagestreefd.[59]

Ten aanzien van de ernst van de aantasting zijn ook wel enige algemenere criteria in de rechtspraak terug te vinden. Zo heeft het Hof over een verbod op het in de handel brengen van een bepaald product vastgesteld dat dit de meest ingrijpende belemmering denkbaar is, waartegenover zeer zwaarwegende belangen ter rechtvaardiging moeten staan.[60] Ook discriminatoire handelsbeperkingen zullen uiterst kritisch worden bekeken vanwege het risico van protectionisme.[61] Het Hof hecht verder veel betekenis aan het bestaan van procedurele waarborgen en overgangsmaatregelen. Zijn soepele overgangsmaatregelen getroffen, waardoor producenten of agrariërs zich relatief geleidelijk kunnen aanpassen aan een nieuw, minder gunstig regime, dan acht het de belangenaantasting in het algemeen minder ernstig dan wanneer zulke maatregelen ontbreken.[62] Op dezelfde manier hecht het Hof waarde aan het

56 Vgl. Koch 2003, p. 260/261 (zie noot 3). Een uitzondering is GvEA 1 december 1999, gev. zaken T-125/96, *Boehringer*, Jurispr. 1999, II-33427, punt 102, waarin het Hof expliciet stelde dat '... het belang van de nagestreefde doelstellingen, te weten de bescherming van de volksgezondheid en het herstel van het vertrouwen van de consumenten, de zelfs aanzienlijke negatieve gevolgen voor bepaalde marktdeelnemers rechtvaardigt ... en dat de bescherming van de volksgezondheid prioriteit heeft boven alle andere overwegingen ... en meer in het bijzonder boven de overwegingen die verband houden met het dierenwelzijn of verzoeksters eigendomsrechten.'

57 Zie bijv. de hiervoor genoemde zaak *Säger*, waarin het Hof zich baseerde op een argument dat de Commissie had ingebracht in een prejudiciële procedure en dat het kennelijk overtuigend achtte; vgl. ook bijv. HvJ EG 6 december 2005, gev. zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, *ABNA*, Jurispr. 2005, I-10423, punt 82.

58 Zie voor dit laatste bijvoorbeeld HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-189/01, *Jippes*, Jurispr. 2001, I-5689, punt 120, waarin het Hof een stelling van de Nederlandse regering overnam waaruit bleek dat de benadeelde groep ook een zeker voordeel had bij de regeling, waardoor hun belang minder zwaarwegend kon worden geacht.

59 Bijv. HvJ EG 2 december 2004, zaak C-41/02, *Commissie/Nederland (vitamines en mineralen)*, Jurispr. 2004, I-11375, punt 45.

60 Interessant is overigens dat het Hof in het kader van zaken tegen communautaire beslissingen die de intracommunautaire handel in bepaalde goederen onmogelijk maken, anders heeft benaderd. Zo stelde het Gerecht in *Boehringer* dat een verbod op bepaalde toepassingen van producten leidde tot een geografisch en materieel beperkt effect, nu de handel in deze producten buiten de gemeenschap wel nog mogelijk was en binnen de gemeenschap voor andere toepassingen (GvEA 1 december 1999, gev. zaken T-125/96, *Boehringer*, Jurispr. 1999, II-33427, punt 103). Dit lijkt een wat merkwaardig 'met twee maten meten'.

61 Poiares Maduro 1998, p. 52 (zie noot 33).

62 Zo achtte het Hof in de *Duitse flessen*-zaak een probleem juist gelegen in het feit dat de Duitse regeling buitenlandse producenten te weinig tijd bood om zich aan te passen aan een nieuw regime; juist daardoor was de maatregel erg belemmerend; zie HvJ EG 14 december 2004, zaak C-463/01, *Commissie / Duitsland (Duitse flessen)*, Jurispr. 2004, I-11705, punt 80-82.

bestaan van procedures die kunnen worden gebruikt om, bijvoorbeeld, een vanwege het voorzorgsbeginsel verboden voedingssupplement relatief gemakkelijk te laten herbeoordelen.[63] In die gevallen wordt de aantasting van het individuele belang minder snel onevenredig geacht. Een laatste criterium dat het Hof in dit verband soms gebruikt is de vraag of een maatregel een bepaald belang 'in de kern' aantast.[64] Hoewel de betekenis daarvan niet helemaal duidelijk is, lijkt dit volgens de rechtspraak vooral te betekenen dat uitoefening van een bepaald recht of belang onmogelijk of in ieder geval zeer moeilijk wordt gemaakt.[65] Is dat het geval, dan zal het bijna ondoenlijk zijn de maatregel nog te rechtvaardigen – daar zijn dan uiterst zwaarwegende belangen voor nodig, net als in de situatie waarin een maatregel een fundamentele communautaire vrijheid heeft aangetast. Een dergelijke rechtvaardiging kan vrijwel alleen worden gevonden in een 'werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang'.[66] Administratieve, uitvoeringstechnische of financiële overwegingen zijn daarbij onvoldoende.[67]

2.2.5 *Conclusie*

Uit het voorgaande is gebleken dat het HvJ EG alledrie de elementen van de klassieke evenredigheidstoets met enige regelmaat toepast, al is toepassing van de drie elementen in één uitspraak relatief zeldzaam. Ook valt bij bestudering van de rechtspraak op dat het Hof relatief weinig duidelijkheid heeft geboden over de invulling van de verschillende toetsingselementen.[68] Zeker waar het gaat om de vereisten van geschiktheid en noodzakelijkheid heeft het Hof regelmatig vastgesteld dat deze een sterk feitelijke beoordeling vergen, die primair aan de nationale rechter moet worden overgelaten (in prejudiciële procedures) of aan de besluitvormende organen (bij rechtstreekse beroepen). Bij de vaststelling van de betrokken belangen, bij het bepalen van hun relatieve gewicht en bij het beoordelen van de ernst van de inbreuk zijn evenmin veel

63 Zie bijv. HvJ EG 12 juli 2005, gev. zaken C-154/04 en C-155/04, *Alliance for Natural Health*, Jurispr. 2005, I-6451, punt 72 e.v.

64 Zie reeds HvJ EG 13 december 1979, zaak 44/79, *Hauer*, Jurispr. 1979, 3727, punt 23.

65 Zie bijv. HvJ EG 9 september 2004, gev. zaken C-184/02 en C-223/02, *Spanje en Finland / EP en Raad (zelfstandige wegvervoerders)*, Jurispr. 2004, I-7789, punt 54. De betekenis is niet geheel duidelijk, in die zin dat de beantwoording van de vraag of een recht in de kern is aangetast volgens de rechtspraak van het Hof als zodanig een belangenafweging vergt (zie bijv. de hiervoor genoemde zaak *Hauer*) – dit is een beoordeling die de enkele vaststelling van het gewicht van het recht overstijgt.

66 Bijv. HvJ EG 14 maart 2000, zaak C-54/99, *Église de scientology*, Jurispr. 2000, I-1335, punt 17 en HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, *Omega Spielhallen*, Jurispr. 2004-I-9609, punt 30.

67 Zie bijv. HvJ EG 26 januari 1999, zaak C-18/95, *Terhoeve*, Jurispr. 1999, I-345, punten 44 en 45. Zie nader Snell 2002, p. 174 (zie noot 33).

68 Kritisch hierover is ook Schwarze 2005, p. 831 (zie noot 3).

aanknopingspunten terug te vinden. Ook daar ontbreken in veel uitspraken relevante toetsingselementen en blijft de precieze beoordeling van evenredigheid ongrijpbaar.

2.3 Abstracte en concrete toetsing aan het evenredigheidsbeginsel

Een tweede aspect waaraan in het kader van de bestudering van de Europese evenredigheidstoets aandacht moet worden besteed, betreft de vraag of deze toets alleen *in abstracto* of alleen *in concreto* wordt uitgevoerd, of dat beide toetsingsvormen gecombineerd worden toegepast in een soort 'tweefasentoets'. Wanneer een concreet besluit wordt aangevochten (bijvoorbeeld een weigering van een subsidie), is het mogelijk om alleen de evenredigheid van dit concrete besluit vast te stellen. Het is immers denkbaar dat, bij het nemen van het besluit, onvoldoende rekening is gehouden met individuele belangen en dat het besluit om die reden disproportioneel wordt bevonden. Ook de geschiktheid en noodzakelijkheid van een individueel besluit kunnen worden beoordeeld, op vergelijkbare wijze als het geval is bij de toetsing van beleid of regelgeving. Op basis van een dergelijke concrete toets is het mogelijk een zaak te behandelen, zonder dat gekeken wordt naar de abstracte (on)evenredigheid van de aan een concreet besluit ten grondslag liggende beleidslijnen of algemene regels. Vooral in het communautaire sanctierecht is een dergelijke toetsing regelmatig zichtbaar: het is dan alleen de hoogte van de concreet opgelegde sanctie die aan een toets wordt onderworpen.[69]

Daarnaast is het mogelijk om de toetsing te beginnen met een beoordeling van de evenredigheid van de regel of het beleid dat aan een concreet besluit ten grondslag ligt. Het ligt zelfs voor de hand om dit te doen, nu de onevenredigheid van een concreet besluit juist het resultaat kan zijn van de toepassing van een regel die als zodanig onevenredig moet worden geacht. Blijkt de algemene regel wél te voldoen aan het evenredigheidsvereiste, dan zijn er in theorie twee mogelijkheden. Een eerste mogelijkheid is dat de abstracte toets wordt gevolgd door een concrete toets van het besluit, waarbij beoordeeld wordt of de individuele toepassing van de regel niet dusdanig belastend is dat het concrete besluit toch onevenredig moet worden bevonden. In dat geval wordt dus een soort 'tweefasentoets' uitgevoerd. De tweede mogelijkheid is dat geen concrete toets meer wordt uitgevoerd. Deze keuze berust dan op de aanname dat, als de algemene regeling proportioneel is, dat eveneens zal gelden voor de daaruit resulterende besluiten. Beide mogelijkheden hebben hun voor- en nadelen. Een 'tweefasentoets' doet het meeste recht aan het aangetaste individuele belang. Wordt immers vastgesteld dat, ondanks de redelijkheid van de algemene regeling, de individuele belangen onevenredig

69 Vgl. Koch 2003, p. 228 (zie noot 3).

zwaar zijn aangetast, dan kan dit grondslag vormen voor schadevergoeding of zelfs, als daarvoor ruimte bestaat, voor een afwijkend besluit in het concrete geval. Een nadeel van deze benadering, en daarmee een voordeel van het alleen uitvoeren van een abstracte toets, is dat een concrete evenredigheidstoets afbreuk kan doen aan de algemeenheid van een bepaalde regel – deze kan immers niet meer in alle gevallen (zonder compensatie) worden toegepast. Juist dit laatste argument blijkt voor het Hof reden te zijn om, zeker bij terughoudende toetsing op dicht gereguleerde beleidsterreinen als de landbouw, alleen een abstracte toets uit te willen voeren:

> '... de instellingen [moeten] in de uitoefening van hun bevoegdheden weliswaar ervoor ... waken aan de deelnemers van het economisch verkeer zwaardere lasten op te leggen dan nodig om de door de overheid te realiseren doeleinden te bereiken, doch ... daaruit [volgt] niet ... dat deze verplichting moet worden afgemeten aan de bijzondere situaties van een bepaalde groep deelnemers; ... een zodanige benadering [is], gezien de menigvuldige en ingewikkelde economische situaties, niet slechts onuitvoerbaar ..., maar zou bovendien een eeuwige bron van rechtsonzekerheid ... vormen ...'.[70]

Ook in zaken over het vrij verkeer heeft het Hof een dergelijke abstracte benadering gekozen, zeker waar het gaat om prejudiciële procedures.[71] Daarbij beoordeelt het Hof primair de algemene regeling die de inbreuk op het gemeenschapsrecht heeft veroorzaakt, zonder een specifiek oordeel te geven over de concrete belangen van de procespartijen op nationaal niveau.[72] Eerder worden deze belangen veralgemeniseerd tot een belang bij vrije dienstverlening of een belang van producenten om een bepaald goed te kunnen distribueren, om zodoende de vergelijking met het door de wetgever nagestreefde belang (openbare orde, gezondheid) te vergemakkelijken. Een concrete toets van het voorgelegde besluit is daarbij niet aan de orde – deze toets zal door de nationale rechter moeten worden uitgevoerd. In de meeste gevallen is in het Europese recht dan ook alleen een abstracte evenredigheidstoets zichtbaar.

70 HvJ EG 24 oktober 1973, zaak 5/73, *Balkan-Import-Export*, Jurispr. 1973, 1091, punt 22. Zie ook GvEA 11 juli 1997, zaak T-267/94, *Olifeici Italiani SpA*, Jurispr. 1997, II-1239, punt 59 en HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-189/01, *Jippes*, Jurispr. 2001, I-5689, punt 99; vgl. ook Tridimas 1999, p. 92 (zie noot 6). Deze benadering wordt echter zeker niet altijd toegepast. In ieder geval is dit anders als het gaat om het opleggen van sancties of terugvordering van subsidies; zie bijv. GvEA 13 maart 2003, zaak T-34/00, *Comunità montana della Valnerina*, Jurispr. 2003, II-811, punt 53-55 en GvEA 11 december 2003, zaak T-305/00, *Conserve Italia*, Jurispr. 2003, II-5659, punt 110 e.v. De situatie waarin het Hof geen concrete toetsing uitvoert is dan ook vooral beperkt tot de beoordeling van algemene benadelende effecten.

71 Zie ook Koch 2003, p. 228 (zie noot 3).

72 Vgl. ook Koch 2003, p. 229/230 (zie noot 3), die aangeeft dat zelfs bij een aantasting van een individueel grondrecht zelden een concrete toetsing wordt uitgevoerd.

2.4 Toetsingsintensiteit

Een laatste te bespreken karakteristiek is de intensiteit van de toetsing aan het brede beginsel van proportionaliteit. In veel gevallen stelt het Hof zich terughoudend op en toetst het slechts marginaal of aan de vereisten van geschiktheid of noodzakelijkheid is voldaan. In dit soort gevallen geldt bijvoorbeeld als toetsingscriterium dat de getroffen maatregel niet 'kennelijk ongeschikt' of 'kennelijk onevenredig' mag zijn, of dat de maatregel niet op een 'kennelijke dwaling' mag berusten.[73] Verder heeft het Hof benadrukt dat in gevallen waarin beoordelingsruimte is toegekend, een gemeenschapsinstelling zich bij het vaststellen van de regeling mag baseren op 'globale vaststellingen'.[74] In veel van deze gevallen gaat het Hof overigens, met inachtneming van de beleidsvrijheid, daadwerkelijk in op het aangevoerde bewijsmateriaal en de deugdelijkheid daarvan.[75] Dergelijke zaken laten zien dat rechterlijke terughoudendheid niet noodzakelijkerwijze gepaard hoeft te gaan met een minimale rechterlijke motivering.[76]

In andere zaken kiest het Hof voor een veel intensievere toetsing, waarbij het hogere eisen stelt aan het bewijs van de noodzaak van een maatregel en aan het gewicht van de daarmee nagestreefde doelstellingen. Zo vereist het in zaken waarin handelsbelemmerende maatregelen zijn getroffen vaak dat deze worden gerechtvaardigd door 'dwingende redenen van algemeen belang' en stelt het juist in dit verband vrij hoge eisen aan de subsidiariteit.[77] Dergelijke maatregelen zullen evident minder snel toelaatbaar worden geacht dan maatregelen die aan de toets van 'kennelijke ongeschiktheid' worden onderworpen.

Een interessante vraag hierbij is hoe het Hof zijn keuze bepaalt voor een marginale of meer intensieve toetsing. Het Hof lijkt daarbij een vrij groot aantal factoren te betrekken. Zeer belangrijk is allereerst de aard van het aangetaste belang. Gaat het om een communautair belang, zoals dat van het vrije verkeer,

73 Bijv. HvJ EG 12 juli 2005, gev. zaken C-154/04 en C-155/04, *Alliance for Natural Health*, Jurispr. 2005, I-6451, punt 52 ('kennelijk ongeschikt'), HvJ EG 6 december 2005, gev. zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, *ABNA*, Jurispr. 2005, I-10423, punt 69 ('kennelijk onevenredig') en HvJ EG17 juli 1997, gev. zaken C-248/95 en C-249/95, *SAM Schiffahrt*, Jurispr. 1997, I-4475, punt 69 ('kennelijke dwaling').

74 Bijv. HvJ EG17 juli 1997, gev. zaken C-248/95 en C-249/95, *SAM Schiffahrt*, Jurispr. 1997, I-4475, punt 69. Zie voor andere uitdrukkingen van terughoudendheid De Búrca 1993, p. 112 (zie noot 14).

75 Bijv. GvEA 1 december 1999, gev. zaken T-125/96, *Boehringer*, Jurispr. 1999, II-3427 en HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-189/01, *Jippes*, Jurispr. 2001, I-5689.

76 Vgl. ook Craig 2006, p. 669 (zie noot 15), die terecht wel aangeeft dat de uitgebreidere motivering ook een meer gedetailleerde toetsing vereist, die de kans vergroot dat fouten in het besluit worden gevonden. Als gevolg daarvan is de toetsing iets minder marginaal dan een criterium als dat van 'kennelijke disproportionaliteit' zou doen verwachten.

77 Zie bijv. HvJ EG 23 november 1999, gev. zaken C-369/96 en C-376/96, *Arblade*, Jurispr. 1999, I-8453, punt 78 (mogelijkheid van minder belemmerende controlemaatregelen).

dan is de toetsing veelal uiterst strikt, nu de maatregel dan knaagt aan de grondvesten van de Europese Unie.[78] Het Hof zal een dergelijke maatregel daarom vaak uiterst kritisch beoordelen.[79] Is daarentegen geen communautair belang aangetast, maar eerder een nationaal of individueel belang (geen grondrecht), dan laat het Hof meestal meer ruimte voor beperkingen. Dit doet zich vooral voor als maatregelen zijn getroffen ter uitvoering van communautaire regelgeving of beleid, zoals uitvoeringsbesluiten op het terrein van de landbouw. Of deze maatregelen zijn getroffen door een gemeenschapsinstelling of door een lidstaat, lijkt dan verder niet zo relevant, net zomin als de vraag of ze in het kader van een direct beroep of een prejudiciële procedure aan het Hof zijn voorgelegd.[80]

Hoeveel ruimte het Hof precies laat, lijkt daarnaast afhankelijk te zijn van de aard van de bevoegdheid die aan de beperking ten grondslag ligt. Gaat het om een zeer ruim geformuleerde bevoegdheid, waarvan de uitoefening politieke keuzes en ingewikkelde economische of sociale beoordelingen vergt, dan is er alle reden voor een terughoudende toetsing aan het proportionaliteitsvereiste:

> 'De gemeenschapswetgever beschikt op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid over een ruime discretionaire bevoegdheid, in overeenstemming met de hem bij de artikelen 34 EG en 37 EG toegekende politieke verantwoordelijkheid. Het Hof heeft immers geoordeeld, dat aan de wettigheid van een op dit gebied genomen maatregel slechts afbreuk wordt gedaan, indien deze kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instelling nagestreefde doel. Deze beperking van de rechterlijke toetsing is in het bijzonder geboden, wanneer de Raad en de Commissie zich genoopt zien, bij de totstandbrenging van een gemeenschappelijke marktordening uiteenlopende belangen tegen elkaar af te wegen en aldus in het kader van de onder hun eigen verantwoordelijkheid vallende politieke beslissingen een keuze te maken.'[81]

Nu de gemeenschapsinstellingen beter dan het Hof in staat zijn om politieke afwegingen te maken en daartoe bovendien beter gelegitimeerd zijn, dient

78 Dit geldt nog in het bijzonder als het ook nog gaat om een vergaande aantasting, zoals een 'vermomd' importverbod – zie bijv. HvJ EG 11 mei 1999, zaak C-350/97, *Monsees*, Jurispr. 1999, I-2921 en de analyse van deze zaak door Jans 2000, p. 253 (zie noot 14).

79 Vgl. Tridimas 1999, p. 90 (zie noot 6) en zie nader, met voorbeelden, Craig 2006, p. 689 e.v. (zie noot 15).

80 Vgl. ook De Búrca 1993, p. 125 (zie noot 14). Een voorbeeld van een beslissing over een nationale uitvoeringsregeling waarbij een ruime beoordelingsmarge werd erkend is HvJ EG 13 april 2000, zaak C-292/97, *Karlsson*, Jurispr. 2000, I-2737, punt 60.

81 HvJ EG 3 februari 2005, zaak T-19/01, *Chiquita Brands International, Inc.*, Jurispr. 2005, II-315, punt 228. Zie voor een andere formulering (met dezelfde strekking) op het terrein van het vervoersbeleid HvJ EG 9 september 2004, gev. zaken C-184/02 en C-223/02, *Spanje en Finland / EP en Raad (zelfstandige wegvervoerders)*, Jurispr. 2004, I-7789, punt 56.

de besluitvorming primair door hen plaats te vinden.[82] Dit argument wordt door het Hof in het algemeen nog zwaarwegender geacht dan het gegeven dat met een gemeenschapsmaatregel een fundamenteel gemeenschapsrecht wordt aangetast. Dit blijkt wel uit de geciteerde uitspraak, waarin het ging om gemeenschapsregels die het algemene belang van de volksgezondheid dienden, maar tegelijkertijd een beperking opleverden van de handel in bepaalde producten, zoals voedingssupplementen. Hoewel de maatregel daarmee duidelijk een aantasting van een fundamenteel gemeenschapsbelang opleverde, resulteerde dit niet in een strenge toetsing.

Het Hof lijkt verder soms voor enige terughoudendheid te opteren als door de lidstaat weliswaar een communautair belang is aangetast, maar het daarmee een doelstelling nastreeft waarover binnen de EU geen consensus bestaat of waarbij de primaire bevoegdheid om het belang te behartigen bij de lidstaten berust.[83] Dit speelt bijvoorbeeld bij het belang van de openbare orde, zoals dat door Duitsland werd ingeroepen als grond voor het verbieden van lasergames.[84] Duitsland achtte dit verbod noodzakelijk met het oog op de bescherming van de menselijke waardigheid, een invulling die in lang niet alle Europese lidstaten wordt ondersteund. Het Hof oordeelde in dit verband dat, gelet op de verschillende mogelijke invullingen van het begrip 'openbare orde', de nationale autoriteiten een beoordelingsmarge toekomt, die inhoudt dat zij zelf kunnen bepalen of zij een bepaalde beperking noodzakelijk vinden ter bescherming van het gestelde belang.[85] Ook in andere zaken, bijvoorbeeld over volksgezondheid, is een dergelijke stelling wel terug te vinden.[86] Dit geldt vooral als een beroep wordt gedaan op het voorzorgbeginsel en de wetenschap geen duidelijkheid biedt over de noodzaak of wenselijkheid van bepaalde handelsbelemmerende maatregelen voor het beschermen van gezondheid of milieu – in dat geval hebben de staten meer ruimte om tot preventieve beperkingen

82 Zie nader Craig 2006, p. 658 (zie noot 15). Daarnaast heeft Schwarze aangegeven dat ook de formulering van de bevoegdheid relevant is: naarmate deze preciezer is afgebakend (en de beleids- en beoordelingsvrijheid dus geringer worden), zal de evenredigheidstoets door het Hof intensiever kunnen zijn (Schwarze 2005, p. 838 (zie noot 3)).

83 Vgl. Craig 2006, p. 709 (zie noot 15). Zie over de laatste factor nader Snell 2002, p. 212/213 (zie noot 33); voor een duidelijk voorbeeld zie HvJ EG 15 juni 1999, zaak C-394/97, *Heinonen*, Jurispr. 1999, I-3599, punt 43. Vgl. ook J. Langer en J. Wiers, 'Danish Bottles and Austrian Animal Transport: The Continuing Story of Free Movement, Environmental Protection and Proportionality', *Review of European Community and International Environmental Law* 2000, p. 188.

84 Zie HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, *Omega Spielhallen*, Jurispr. 2004-I-9609.

85 Dit is vaste rechtspraak van het Hof. Zie eerder bijv. ook HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92, *Schindler*, Jurispr. 1994, I-1039, punt 61 en, uitgebreider, HvJ EG 21 september 1999, zaak C-124/97, *Läärä*, Jurispr. 1999, I-6067, punt 36-39. Overigens betekent dit niet dat het Hof in het geheel geen toetsing uitvoert: het gaat wel na of het beroep op de uitzonderingsgrond van de openbare orde terecht is gedaan en of de opvattingen van de lidstaten over de invulling daarvan daadwerkelijk redelijkerwijs verschillen.

86 Bijv. HvJ EG 28 september 2006, zaak C-434/04, *Ahokainen en Leppik*, n.n.g., punt 31. Vgl. ook Craig 2006, p. 709 (zie noot 15).

over te gaan.[87] Opvallend is wel dat het Hof deze stelling vaak vooraf laat gaan door de mededeling dat beperkingen van het vrij verkeer strikt moeten worden uitgelegd. Bovendien heeft het, vooral in de zaken waarin het voorzorgbeginsel is ingeroepen, vrij hoge eisen gesteld aan het door de lidstaat te leveren bewijs. De beoordelingsmarge van de lidstaten is in dit soort gevallen kennelijk toch iets beperkter, en de toetsing intensiever, dan het geval is bij maatregelen die een uitwerking vormen van het communautaire recht.

Ten slotte kan ook de aard van het aangetaste belang nog een rol spelen bij de vaststelling van de toetsingsintensiteit. Is dit belang grondrechtelijk van aard, dan zal de toetsing van het Hof kritischer zijn dan wanneer alleen financiële belangen zijn getroffen.[88] Ook deze regel geldt echter niet absoluut. Het enkele feit dat een grondrechtelijk belang is aangetast door een communautaire of nationale regeling, levert niet automatisch een strikte toets op. Het Hof conformeert zich veeleer aan de rechtspraak van het EHRM over de *margin of appreciation* van de lidstaten, die verschilt naar gelang de omstandigheden van het geval. Bij de beoordeling van een beperking van vergelijkende reclame resulteerde dit bijvoorbeeld in een terughoudende toets, nu het EHRM bij dergelijke commerciële uitingen meestal een ruime *margin of appreciation* laat.[89] Daarnaast zijn er verschillende voorbeelden van zaken waarin het Hof de toetsing aan een grondrecht en de evenredigheid van de inbreuk daarop, koppelt aan de toetsing aan het zelfstandige proportionaliteitsbeginsel. Heeft het in verband met het proportionaliteitsbeginsel een terughoudende toetsing toegepast, dan zal het dit ook doen in verband met het grondrecht.[90]

Van belang is verder dat het in dit soort gevallen gaat om een *aantasting* van een grondrecht door een bepaalde maatregel. Daarvan moet de situatie worden onderscheiden waarin een maatregel juist is bedoeld om een grondrecht te *beschermen*. Die situatie deed zich voor in de eerdergenoemde zaak over de Duitse lasergames, maar bijvoorbeeld ook in de zaak *Schmidberger*, waar de Oostenrijkse regering het vrije handelsverkeer beperkte om ruimte te geven aan een demonstratie op de Brennerpas.[91] In dit soort gevallen laat het Hof de lidstaten juist een ruime vrijheid om te beoordelen welke maatrege-

87 Zie reeds HvJ EG 14 juli 1983, zaak 174/82, *Sandoz*, Jurispr. 1983, 2445, punt 19 en, recenter, bijv. HvJ EG 23 september 2003, zaak C-192/01, *Commissie/Denemarken (levensmiddelenadditieven)*, Jurispr. 2003, I-9693, punt 43.

88 Zie voor een voorbeeld het al genoemde arrest *Familiapress*, HvJ EG 26 juni 1997, zaak C-368/95, Jurispr. 1997, I-3689, punt 24; vgl. ook Schwarze 2005, p. 839 (zie noot 3) en P. Craig, 'Judicial Review, Intensity and Deference in EU Law', in: D. Dyzenhaus, *The Unity of Public Law*, Oxford: Hart 2004, p. 343.

89 Zie HvJ EG 25 maart 2004, zaak C-71/02, *Karner*, Jurispr. 2004, I-3024, punt 51.

90 Zie bijv. HvJ EG 10 december 2002, zaak C-491/01, *British American Tobacco*, Jurispr, 2002, I-11453, punten 123, 149 en 153. Zie voor andere voorbeelden in het bijzonder Craig 2006, p. 676 e.v. (zie noot 15).

91 Zie HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Schmidberger*, Jurispr. 2003, I-5659, punt 82 en 93.

len noodzakelijk zijn om de grondrechten effectief te beschermen. De toetsing is daarbij eerder marginaal dan intensief.

2.5 Résumé

Het evenredigheidsbeginsel speelt in het gemeenschapsrecht een belangrijke rol en is in rechterlijke uitspraken op vrijwel alle beleidsterreinen terug te vinden. De uiteenzetting van de belangrijkste karakteristieken van deze toets heeft laten zien dat de communautaire toepassing van het beginsel verre van eenduidig is. Niet alleen hanteert het Hof verschillende definities van het evenredigheidsbeginsel, maar ook past het de drie onderscheiden elementen van evenredigheid (geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin) lang niet altijd toe. Ook in de toepassing als zodanig zijn verschillen zichtbaar, die voor een deel kunnen worden verklaard door verschillen in toetsingsintensiteit: de eisen die worden gesteld aan de geschiktheid of noodzakelijkheid van een maatregel verschillen naar gelang een marginale of juist intensieve toetsing wordt toegepast. Opmerkelijk is verder dat het Hof meestal alleen een abstracte evenredigheidstoets uitvoert. Bij prejudiciële beslissingen wordt een concreet oordeel overgelaten aan de nationale rechter, bij directe beroepen wordt aangegeven dat een concrete toets niet is aangewezen met het oog op rechtszekerheid en algemene gelding van regels. Bij die laatste keuze lijkt ook de intensiteit van de toetsing een rol te spelen. Bij veel directe beroepen gaat het immers om gemeenschapsmaatregelen die zijn getroffen in het kader van de uitoefening van een sterk discretionaire bevoegdheid. In dat geval past het Hof standaard een terughoudende toets toe, waarbij het bij voorkeur geen inhoudelijke beoordeling geeft van de redelijkheid van het besluit of de maatregel in kwestie. De intensiteit van die toetsing is als zodanig afhankelijk van een groot aantal factoren, waarbij de aard en specificiteit van de bevoegdheid en de aard van het recht waarop een maatregel inbreuk maakt de belangrijkste lijken te zijn. Eén doorslaggevend criterium lijkt echter te ontbreken.[92]

Het is de vraag of het overnemen van deze rechtspraak van het Hof kan leiden tot een verbetering van de nationale toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Gelet op de in deze paragraaf genoemde kritiekpunten, is het moeilijk die vraag eenduidig met 'ja' te beantwoorden. Alvorens nader in te kunnen gaan op deze vraag, dient echter eerst een algemene beschrijving te worden gegeven van de Nederlandse bestuursrechtelijke toepassing: alleen dan is een goede vergelijking mogelijk.

92 Vgl. ook Craig 2004, p. 339 (zie noot 88).

3 Het evenredigheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht: belangrijkste karakteristieken

3.1 Inleiding

Voor het Nederlandse bestuursrecht bestaat een algemene codificatie van het evenredigheidsbeginsel in art. 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Volgens deze bepaling mogen de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Op deze bepaling wordt sinds de inwerkingtreding van de Awb in 1994 regelmatig een beroep gedaan, maar ook het ongeschreven evenredigheidsbeginsel wordt in veel zaken ingeroepen.[93] Wordt een beroep op het evenredigheidsbeginsel gedaan in een Europeesrechtelijke aangelegenheid, dan zal de bevoegde bestuursrechter in het algemeen een toetsing uitvoeren die voldoet aan de door het HvJ EG gestelde eisen.[94] Deze toepassing van het Europese evenredigheidsbeginsel door de nationale bestuursrechter is elders uitgebreid beschreven en zal hier dan ook buiten beschouwing blijven.[95] Een interessantere vraag vanuit de thematiek van dit boek is of de toepassing van het evenredigheidsbeginsel *buiten* de communautaire context baat zou vinden bij een aanpassing aan de Europeesrechtelijke uitgangspunten. Gelet hierop zal in het hiernavolgende een beeld worden geschetst van de belangrijkste karakteristieken van de Nederlandse bestuursrechtelijke toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Bijzondere toepassingen van dit beginsel, zoals die in het sanctierecht en bij nadeelcompensatie, worden met het oog op de vergelijkbaarheid met de Europese rechtspraak buiten beschouwing gelaten.[96] Ook is ervoor gekozen om primair uitspraken te

93 Zie voor enkele voorbeelden van beide vormen van toetsing A.J. Bok, 'Onrechtmatige wetgeving, revisited. Over toetsing van geschreven aan ongeschreven recht en rechterlijke bevelen tot wetgeving', in: L.E. de Groot-Van Leeuwen, A.M. van den Bossche en Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter*, Deventer: Kluwer 2006, p. 102/103; hij geeft aan dat vooral de Afdeling nog steeds een voorkeur heeft voor toetsing aan het ongeschreven verbod van willekeur, vooral als het gaat om de toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

94 Zie voor een klassiek voorbeeld HR 15 december 1998, NJ 1999/553, m.nt. B.H. ter Kuile, zoals besproken in Jans e.a. 2002, p. 197 (zie noot 4). Belangrijk hierbij is dat, zoals in par. 2 is toegelicht, de toepassing door het HvJ EG zelf ook niet altijd duidelijk is. De Nederlandse toepassing zal dan ook vrijwel steeds neerkomen op een interpretatie van deze eisen. Is de onduidelijkheid te groot, dan moeten prejudiciële vragen worden gesteld.

95 Zie vooral Jans e.a. 2002, p. 195 e.v. (zie noot 4) en, voor de periode tot 1995, De Moor-van Vugt 1995, p. 219 e.v. (zie noot 5).

96 Elders is hierover uitgebreid gepubliceerd; zie over het sanctierecht o.a. F.M.J. den Houdijker, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?', in: *Bestuurlijke punitieve sancties*, Preadviezen Jonge VAR 2005, Jonge VAR-reeks 4, Den Haag: Boom 2006, p. 32/33, E.E.V. Lenos, 'Boeten en maatregelen met mate? Toetsing door de rechter aan het evenredigheidsbeginsel', *Sociaal Recht* 1999, p. 184 e.v. en O.J.D.M.L. Jansen, 'Punitief en evenredig? Jurisprudentiële ontwikkelingen bij punitieve sancties en het evenredigheidsbeginsel', *JBPlus* 2000, p. 38 e.v. Zie over het evenredigheidsbeginsel

bespreken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: CBb) – de bestuursrechtelijke evenredigheidsuitspraken van de Hoge Raad of de Centrale Raad van Beroep zijn relatief vaak gericht op het Europese recht, nadeelcompensatie of sancties en zijn daardoor veelal minder relevant voor het doel van deze bijdrage.

De hierna volgende beschrijving is ingericht op vergelijkbare wijze als de bespreking van de Europese toets. Begonnen wordt met de vraag of de klassieke dogmatische indeling in drie toetsingselementen ook in de Nederlandse toepassing zichtbaar is en, zo niet, hoe de toetsing dan vorm heeft gekregen (par. 3.2). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de vraag hoe in Nederland wordt omgegaan met de abstracte en concrete evenredigheidstoets (par. 3.3), waarna afzonderlijk wordt ingegaan op de door de Nederlandse bestuursrechters gekozen toetsingsintensiteit (par. 3.4). De paragraaf wordt afgesloten met een korte samenvatting van de belangrijkste bevindingen (par. 3.5).

3.2 Een klassieke driedeling? Een nadere beoordeling van de toetsing door de Nederlandse bestuursrechter

3.2.1 Evenredigheid of redelijkheid?

Het hiervoor genoemde art. 3:4, tweede lid, Awb geeft een zeer algemene formulering van het evenredigheidsbeginsel. Strikt genomen staat weinig eraan in de weg om de drie klassieke elementen van evenredigheid in deze formulering in te lezen. Een besluit kan immers onevenredig benadelend zijn omdat het getuigt van een onredelijke belangenafweging (proportionaliteit in strikte zin), maar ook omdat het geen geschikt of noodzakelijk middel vormt om het gestelde doel te bereiken. In de Memorie van Toelichting bij de Awb is ook wel melding gemaakt van deze elementen en is de evenredigheidstoets zelfs in termen van een doel-middeltoets omschreven.[97] Toch is de driedeling in de meeste bestuursrechtelijke uitspraken nauwelijks terug te vinden.[98] In plaats daarvan is het voor de Afdeling en het CBb gebruikelijk om een soort algemene toets van redelijkheid of willekeur uit te voeren, die eerder doet denken aan de Engelse toets van *Wednesbury unreasonableness* dan aan de Duitse

en het leerstuk van nadeelcompensatie o.a. B.J. Schueler, 'Proportionaliteit en gelijkheid voor de openbare lasten', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout, *Proportionaliteit in het Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 165 e.v. en M.K.G. Tjepkema, 'Het referentiekader van het égalité-beginsel. Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2004, p. 15.

97 PG Awb I, p. 211 – daarin worden overigens de toets van de belangenafweging als zodanig en de toets van de geschiktheid en noodzakelijkheid met elkaar verward, waardoor niet geheel duidelijk is wat nu de kern van het artikel vormt.

98 Vgl. ook Widdershoven 2003, p. 310 (zie noot 14).

toets van *Verhältnismäßigkeit*. Zo stelde de Afdeling in haar klassieke *Maxis-Praxis*-uitspraak het volgende over de wijze van toetsing aan art. 3:4, tweede lid:

> 'De rechtbank had zich dienen te beperken tot de vraag of sprake is van een zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen, dat moet worden geoordeeld dat appellanten sub 1 [het college van B&W van Venlo] niet in redelijkheid tot verlening van de gevraagde vrijstelling hebben kunnen komen.'[99]

Ten aanzien van de toetsing van de evenredigheid van algemene regelgeving heeft de Afdeling voor een vergelijkbare formule gekozen:

> 'Voormelde bepaling ... is een algemeen verbindend voorschrift. Geen rechtsregel staat ... eraan in de weg dat de rechter kan oordelen dat een dergelijk niet door de formele wetgever gegeven voorschrift onverbindend en in dat verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig is op de grond dat sprake is van willekeur in dier voege dat het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging ... bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift heeft kunnen komen.'[100]

In de rechtspraak van andere bestuursrechters, zoals het CBb, zijn vergelijkbare overwegingen te vinden. In het algemeen komt de toetsing die in dit verband wordt uitgevoerd neer op een negatieve redelijkheidstoets. Toetssteen daarbij is of een besluit of regeling 'niet onredelijk' is, of 'niet onevenwichtig'. Opmerkelijk is ook dat de toets aan dit criterium vaak beperkt wordt gemotiveerd, waardoor het niet altijd mogelijk is om te achterhalen hoe precies tot het oordeel is gekomen dat een besluit wel of niet aan het redelijkheidsvereiste voldoet.[101]

Voor deze algemene, weinig gespecificeerde toepassing van het evenredigheidsbeginsel kunnen verschillende verklaringen worden gegeven. Van belang is dat de codificatie van het evenredigheidsbeginsel in de Awb een bestuursrechtelijk novum vormde. In de bestuursrechtspraak tot 1994 werd, buiten de strikte context van het Europese recht of het sanctierecht, het evenredig-

99 ABRvS 9 mei 1996, JB 1996/158, m.nt. F.A.M.S.

100 ABRvS 20 juli 2005, LJN: AT9708. In de rechtspraak van andere bestuursrechters, zoals het CBB, zijn vergelijkbare overwegingen te vinden; zie bijv. CBB 21 juni 1995, AB 1995/576, m.nt. JHvdV, CBB 7 januari 2003, LJN: AF2741 en CBB 18 april 2006, AB 2006/255, m.nt. I. Sewandono. Zie nader hierover Bok 2006, p. 94/95 (noot 94), die aangeeft dat alle bestuursrechters hebben gekozen voor een vergelijkbare formule van terughoudendheid.

101 Kritisch over dit gebrek aan een systematische, gestructureerde toets is Van der Vlies in haar annotatie bij *Maxis-Praxis*: I.C. van der Vlies, 'Kwantum-belangenafweging', *Ars Aequi* 1997, p. 46/47.

heidsbeginsel nauwelijks als zodanig toegepast.[102] Eerder werd getoetst aan het algemene verbod van willekeur, zoals dat in de rechtspraak tot ontwikkeling was gekomen en was gecodificeerd in art. 8, aanhef en eerste lid, sub c, van de Wet Arob. Dit willekeurverbod vergde een algemene toetsing van redelijkheid en kende niet de specifieke onderverdeling in drie elementen die eigen is aan het klassieke evenredigheidsbeginsel.[103] Wel komen beide beginselen in essentie op hetzelfde neer: het evenredigheidsbeginsel kan worden beschouwd als een specificering van de verplichting om op een redelijke, niet arbitraire manier tot besluiten te komen.[104] Het is dan ook niet vreemd dat veel bestuursrechters in de codificatie van het willekeurverbod in de vorm van een proportionaliteitsbeginsel geen reden hebben gezien om over te gaan op een andere methode van toetsen.

Een bijkomende verklaring bestaat in de wens van bestuursrechters om de afstand tot het bestuur zorgvuldig te bewaken. Het willekeurverbod vormde daarvoor een uitstekende methode. Rechterlijk ingrijpen is daarbij slechts nodig als evident sprake is van arbitrair overheidsoptreden, hetgeen vrijwel automatisch zorgt voor de gewenste terughoudendheid. De klassieke evenredigheidstoets met zijn drie subcriteria kan weliswaar op een zeer terughoudende manier worden toegepast, maar de indruk kan bestaan dat hierbij een preciezere toets is vereist.[105] Behalve de algemene (on)redelijkheid van het besluit moeten immers ook meer feitelijke elementen als die van geschiktheid en noodzakelijkheid worden beoordeeld. De keuze voor een voortzetting van de pre-Awb-lijn van algemene redelijkheidstoetsing is in dit licht begrijpelijk.

Als gevolg van de hierboven beschreven ontwikkelingen wordt in de Nederlandse bestuursrechtspraak, buiten de toepassing van het Europese recht, slechts zelden aandacht besteed aan elementen als die van geschiktheid of subsidiariteit. Wel laat de rechtspraak van de verschillende bestuursrechters verschillen zien. Het geschiktheidsvereiste komt in de uitspraken van de Afdeling bijvoorbeeld nauwelijks aan bod, terwijl het CBb soms wel nog een oordeel uitspreekt over de doeltreffendheid van een maatregel.[106] Ook voorbeelden van toepassing van het subsidiariteitsbeginsel, vanuit de bestuursrechtelijke literatuur bekend als het 'beginsel van de minste pijn', zijn vooral

102 Vgl. ook G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999, p. 170/171.

103 Zie over de ontwikkeling van het willekeurverbod nader Addink 1999, p. 94 e.v. (zie noot 103).

104 Vgl. M.A. Heldeweg en R.J.N. Schlössels, 'Willekeur getoetst; terug naar Doetinchem?', JB 1996/212, p. 907, die het willekeurverbod in verband brengen met het vereiste van een rationeel, consistent, kenbaar en deugdelijk proces van belangenafweging – ook dit duidt op nauwe banden met het evenredigheidsbeginsel, dat eveneens een dergelijk proces van belangenafweging vergt. Zie verder Addink 1999, p. 105 (zie noot 102).

105 Vgl. Heldeweg/Schlössels 1996, p. 910 (zie noot 104).

106 Zie CBB 11 februari 2005, AB 2006/115, m.nt. G.J.M. Cartigny. Is sprake van een toetsing aan het Europese recht, dan is deze toets vaker zichtbaar en soms ook iets zorgvuldiger; zie bijv. CBB 6 november 1996, AB 1997/161, m.nt. JHvdV.

zichtbaar in de rechtspraak van het CBb.[107] Toepassingen door de Afdeling zijn uiterst zeldzaam.[108]

Het noodzakelijkheidsvereiste speelt in de bestuursrechtspraak een iets grotere rol. Interessante toepassingen zijn, behalve in sommige uitspraken van de CBb, vooral te vinden in de handhavingsrechtspraak.[109] Als bekend geldt daarbij de door de Afdeling vastgestelde beginselplicht tot handhaving, waarbij geldt dat alleen onder bijzondere omstandigheden van handhaving kan worden afgezien. Dergelijke omstandigheden kunnen bestaan in een concreet uitzicht op legalisatie, of in de situatie dat de handhaving duidelijk onevenredig is in verhouding tot de ermee na te streven doelen.[110] Hoewel de Afdeling dit nooit met zoveel woorden heeft gesteld, kan uit de toepassing van deze formule worden afgeleid dat daarbij een noodzakelijkheidstoets wordt toegepast.[111] Zo blijkt dat handhaving al snel onevenredig wordt gevonden als concreet uitzicht bestaat op legalisatie – in die situatie bestaat er immers maar weinig noodzaak om een vooralsnog illegale situatie te bestrijden.[112] Verder gaan zowel de Afdeling als het CBb vaak na welk concreet belang met een maatregel wordt gediend en beoordelen zij in hoeverre handhaving echt nodig is om dit belang te realiseren. Is van een dergelijke noodzaak nauwelijks sprake, dan is het algemene, abstracte handhavingsbelang als zodanig niet van voldoende gewicht om bestuurlijke handhaving te rechtvaardigen.[113]

107 Bijv. CBB 13 juli 1999, AB 1999/431, m.nt. JHvdV. Zie voor een specifiekere toepassing CBB 18 juli 2000, AB 2000/451, m.nt. JHvdV.

108 Zie bijv. CBB 6 november 1996, AB 1997/161, m.nt. JHvdV. Zie voor een uitzonderlijke toepassing door de Afdeling (hoewel zij het beginsel niet expliciet noemt) ABRvS 12 mei 2004, AB 2004/336, m.nt. OJ; daarin aanvaardde de Afdeling de bruikbaarheid van minder vergaande alternatieven, die echter ook minder doeltreffend waren. De reden voor deze benadering was gelegen in de aard van het aangetaste belang: het ging om een vergaande aantasting van de persoonlijke levenssfeer. Verder zijn in de toepassing van de evenredigheidstoets soms elementen van het subsidiariteitsbeginsel herkenbaar. Zo ging de Afdeling in het kader van de evenredigheidstoets bij het gebruik van de handhavingsbevoegdheid in een uitspraak over de opslag van gevaarlijke stoffen na of aan het doel van bepaalde voorschriften ook tegemoet kon worden gekomen (en handhavend optreden dus kon worden afgewend) door de stoffen op een andere manier op te slaan. Omdat niet aannemelijk was dat een dergelijke minder vergaande oplossing niet mogelijk was, achtte de Afdeling het handhavingsbesluit niet onredelijk. Zie ABRvS 9 december 2004, AB 2005/51, m.nt. ABB.

109 Zie voor voorbeelden uit de CBB-rechtspraak CBB 15 juli 2003, AB 2004/15, m.nt. JHvdV en CBB18 april 2006, AB 2006/255, m.nt. I. Sewandono.

110 Zie voor de handhavingsformule bijv. ABRvS 21 juli 2004, AB 2004/293, m.nt. JSt.

111 Overigens komt deze noodzakelijkheidstoets ook soms voor in de CBB-rechtspraak (bijv. CBB 24 februari 2004, JB 2004/167), maar in de Afdelingsrechtspraak is deze het meest duidelijk ontwikkeld.

112 Voor een voorbeeld zie ABRvS 7 september 2005, JB 2005/298, m.nt. C.L.G.F.H.A., waarin de stelling dat er concreet uitzicht op legalisatie bestond overigens nogal losjes werd beoordeeld.

113 Overigens is dit een voorbeeld van een geval waarbij evenredigheid in strikte zin en noodzakelijkheid dicht bij elkaar komen: in dit soort gevallen zou immers ook kunnen worden gesteld dat handhavend optreden niet noodzakelijk is om het door de regeling ge-

Een voorbeeld daarvan is een uitspraak van de Afdeling van 21 juli 2004 over een vrijstellingsvoorwaarde in Nederweert, die inhield dat op één meter afstand van een muur leiplatanen dienden te worden geplant. Toen bleek dat de leiplatanen in afwijking van dit voorschrift op slechts 60 cm afstand waren neergezet, werd verzocht om handhaving. De Afdeling stelde in haar uitspraak vast dat het voorschrift was bedoeld om inkijk in een achtertuin te beperken. Door de gewraakte overtreding werd aan het verwezenlijken van deze doelstelling feitelijk geen afbreuk gedaan. Ook verder constateerde de Afdeling dat er geen concrete belangen waren waarop door de overtreding inbreuk werd gemaakt. De uitkomst was helder: nu met handhavend optreden feitelijk geen enkel belang gediend zou zijn, zou een dergelijk optreden onevenredig zijn. Inmiddels is dit vaste rechtspraak, waarbij de noodzaak van handhavend optreden steeds concreet wordt afgemeten aan de mate waarin daarmee recht kan worden gedaan aan de door de wet gediende belangen.[114]

In veruit de meeste gevallen passen de Afdeling en het CBb echter een toets toe die lijkt op een toetsing van de evenredigheid in strikte zin. Daarbij wordt in algemene zin de redelijkheid beoordeeld van de belangenafweging die aan een besluit of maatregel ten grondslag heeft gelegen. Met het oog hierop is het waardevol om te onderzoeken hoe deze toets wordt uitgevoerd. Interessant is bijvoorbeeld de vraag of en hoe de bestuursrechter onderzoekt welke belangen bij de besluitvorming zijn betrokken, welk gewicht daaraan toekomt en hoe ernstig de daarop gemaakte inbreuk is. Daarop zal in het hiernavolgende nader worden ingegaan.

3.2.2 *De rol van specialiteit en zorgvuldigheid*

Zoals hiervoor is aangegeven richt de toetsing door de Nederlandse bestuursrechter zich primair op de wijze waarop het bestuursorgaan de bij de besluitvorming betrokken belangen heeft vastgesteld en afgewogen. In dit verband kennen de ABRvS en het CBb bijzondere betekenis toe aan twee specifieke beginselen van behoorlijk bestuur, te weten het specialiteitsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Volgens het specialiteitsbeginsel mag het bestuur alleen die belangen in zijn afweging betrekken die rechtstreeks relevant zijn in verband met het doel waartoe de relevante bestuursbevoegdheid is verleend.[115] Daarbij lijkt het uitgangspunt te gelden dat het bestuur de niet rechtstreeks relevante

stelde doel te realiseren. Strikt genomen zou dat een zuiverder redenering zijn, maar dit is niet de benadering die de Afdeling kiest.

114 Zie bijv. ABRvS 9 december 2004, AB 2005/51, m.nt. ABB, ABRvS 19 januari 2005, JB 2005/78, m.nt. C.L.G.F.H.A., ABRvS 23 maart 2005, AB 2005/236, m.nt. FM, ABRvS 30 maart 2005, AB 2005/237, m.nt. FM en ABRvS 5 april 2006, AB 2006/207, m.nt. F.R. Vermeer.

115 Zie bijv. ABRvS 25 augustus 1998, JB 1998/219, m.nt. R.J.N.S. Ook in uitspraken van het CBB is dit vereiste soms terug te vinden, in die zin dat het CBB nagaat of het nagestreefde doel past binnen de doelstellingen die met de bevoegdheidstoedelende wet worden gediend; zie bijv. CBB 11 februari 2005, AB 2006/115, m.nt. G.J.M. Cartigny.

belangen (zoals particuliere belangen van derden, maar ook abstracte algemene belangen) wel *in aanmerking* moet nemen in de besluitvorming, maar dat deze belangen geen bepalende invloed mogen hebben op de besluitvorming of het vaststellen van voorschriften.[116] Dit uitgangspunt is terug te vinden in een klassieke uitspraak van de Afdeling over een vrijstelling voor het bouwen van een duivenhok in Velp.[117] De buren van de vergunninghouder stelden dat het bestuur te weinig rekening had gehouden met hun belangen: zij waren bang voor gezondheidsklachten door de aanwezigheid van de duiven, voor geluidshinder en voor overlast door uitwerpselen. Volgens hen was het besluit daardoor niet evenredig. De Afdeling stelde dat met die belangen inderdaad rekening moest worden gehouden, maar dat zij slechts in een verwijderd verband stonden tot de planologische en stedenbouwkundige belangen die relevant zijn voor vrijstellingen van de Bouwverordening. Het bestuur had de vrijstelling dan ook terecht niet geweigerd vanwege de belangen van de buren. Wel wees de Afdeling erop dat klachten van de buren in de toekomst zorgvuldig zouden moeten worden onderzocht en dat eventueel gebruik kon worden gemaakt van andere bestuursrechtelijke middelen om daartegen op te treden.

Dit gebruik van het specialiteitsbeginsel heeft verschillende consequenties die voor het evenredigheidsbeginsel relevant zijn. Zo kan ervan uit worden gegaan dat, als een keuze mogelijk is uit verschillende bestuursinstrumenten, gekozen moet worden voor dat instrument dat voor derden het minst belastend is. In dat opzicht komt de test neer op een bijzondere toepassing van het vereiste van subsidiariteit.[118] Daarnaast is denkbaar dat in dit soort gevallen wordt voorzien in een andere vorm van tegemoetkoming aan derden, bijvoorbeeld nadeelcompensatie, om op die manier een eventuele onevenredigheid weg te nemen.[119] Duidelijk is echter vooral dat de belangenafweging *zelf* niet

116 Een recenter voorbeeld is ABRvS 22 juni 2005, AB 2005/281, m.nt. AvH. Kritisch over deze benadering van de Afdeling is bijvoorbeeld de annotatie van Van Hall bij ABRvS 12 maart 1999, AB 1999/213, waarin hij stelt dat het onredelijk voorkomt dat de functionele gerichtheid van een bestuursoptreden een vrijbrief vormt om wat verder verwijderde belangen niet bij de afweging te betrekken.

117 ABRvS 1 april 1996, JB 1996/155, m.nt. R.J.N.S.

118 Vgl. de annotatie van Schlössels in JB 1998/219. Zie nader ook Schlössels 1998, p. 385 (zie noot 39).

119 Vgl. de annotatie van Schlössels in JB 1996/155. Het is overigens twijfelachtig of deze vorm van nadeelcompensatie naar huidige rechtspraak juridisch nog mogelijk is: het is waarschijnlijk dat bij het ontbreken van de mogelijkheid van het afwegen van belangen, of bij het in de weg staan van het specialiteitsbeginsel aan het meewegen van een bepaald belang, van het bestuur ook niet mag worden verlangd dat dit belang wel financieel wordt gecompenseerd. Dit geldt in ieder geval bij onzuivere schadebesluiten, gebaseerd op art. 3:4 lid 2, maar waarschijnlijk ook op zuivere schadebesluiten die zijn gebaseerd op het ruimere vereiste van de *égalité devant les charges publiques* (vgl. ABRvS 13 maart 2005, LJN: AT0552). Dit geldt ongeacht het feit dat bij dit laatste vereiste het specialiteitbeginsel een minder grote rol speelt. Zie nader B.P.M. van Ravels, 'De reikwijdte van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten: een grensverkenning', in: P.F.A. Bierbooms, H. Pasman

door dit soort 'externe' belangen mag worden bepaald. Voor de bestuursrechter vergt dit een vaststelling van de doelstellingen van een bepaalde bevoegdheidverlenende regeling en een beoordeling van de belangen die in dit verband mogen worden meegenomen. Anders dan de beoordeling van de daadwerkelijke afweging van die belangen, wordt deze selectie kennelijk beschouwd als een voor de rechter goed uitvoerbare taak. De Afdeling kwijt zich hier dan ook regelmatig van, bijvoorbeeld onder verwijzing naar de in de wet zelf genoemde doelstellingen en de daarmee verbonden belangen.[120] Voordeel hiervan is dat, als de Afdeling tot de conclusie komt dat het bestuur 'verkeerde' belangen heeft meegewogen, het niet meer nodig is om de redelijkheid of evenredigheid van de besluitvorming als zodanig nog te beoordelen.

Het tweede relevante beginsel, dat van een zorgvuldige besluitvorming, vergt dat het bestuur zelf onderzoek heeft gedaan naar alle relevante belangen. Daarbij geldt een tamelijk complexe taakverdeling tussen belanghebbenden en bestuursorgaan, maar in zijn algemeenheid geldt een zorgplicht voor het bestuur om al die informatie te verzamelen die relevant kan zijn bij het afwegen van belangen en het nemen van besluiten.[121] Dat geldt in het bijzonder als het besluit nadelige consequenties heeft voor de belangen van individuen.[122] Heeft het bestuursorgaan niet alle relevante belangen onderzocht, dan kan het besluit onzorgvuldig worden bevonden en kan ervan worden uitgegaan dat een redelijke belangenafweging niet heeft plaatsgevonden. Hoewel in dit soort gevallen meestal een specifieke schending van het zorgvuldigheidsvereiste wordt vastgesteld, zou daarbij ook kunnen worden gesproken van het ontbreken van een volwaardige belangenafweging.[123] Vooral in de rechtspraak van het CBb wordt het zorgvuldigheidsbeginsel vaak op deze manier toegepast, waarbij ook wordt onderzocht of het bestuursorgaan de vastgestelde belangen daadwerkelijk tegen elkaar heeft afgewogen.[124]

en G.M.F. Snijders (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom 2005, p. 81/82 en Schueler in zijn noot onder ABRvS 12 november 2003, AB 2003/244.

120 Zij het dat dit niet altijd uitgebreid wordt beargumenteerd; zie bijv. ABRvS 16 februari 2000, AB 2000/265, m.nt. JV.

121 Zie nader bijv. Addink 1999, p. 192 e.v. en 204 (zie noot 102). Ten aanzien van de taakverdeling is bijvoorbeeld ook relevant dat het bestuur vaak een zekere beoordelingsvrijheid toekomt bij het vaststellen van relevante belangen en risico's; zie bijv. CBB 7 januari 2003, LJN: AF2741.

122 Vgl. CBB 23 november 1994, AB 1995/234, m.nt. JHvdV.

123 Evenredigheid en zorgvuldigheid lopen hier dus door elkaar. De rechtspraak geeft in dit verband niet altijd duidelijkheid over de precieze grond voor vernietiging. Een voorbeeld is ABRvS 14 september 2005, JB 2005/301, waar de Afdeling constateerde (overigens met een relatief vergaande toetsing) dat de nadelen van een bepaald besluit voor appellant niet voldoende waren onderzocht (zorgvuldigheid), waardoor het besluit geen blijk gaf van een behoorlijke belangenafweging (evenredigheid) en onvoldoende was gemotiveerd (motiveringsvereiste).

124 Bijv. CBB 12 juni 1997, AB 1997/339, m.nt. JHvdV en CBB 10 november 2005, AB 2006/24, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

3.2.3 *Gewicht van de betrokken belangen; ernst van de aantasting*

Wordt niet getoetst aan de vereisten van specialiteit en zorgvuldigheid, of heeft een besluit de toetsing aan deze vereisten doorstaan, dan voeren Afdeling en CBb veelal de eerdergenoemde algemene redelijkheidstoets uit. Meestal besteden zij daarbij geen afzonderlijke aandacht aan het gewicht van de betrokken belangen of de ernst van de inbreuk die daarop is gemaakt (of zou worden gemaakt als het bestreden besluit niet zou zijn genomen). In sporadische gevallen komt dit echter toch wel voor, vooral wanneer tot het oordeel wordt gekomen dat een besluit als onevenredig moet worden aangemerkt.

Een iets uitgebreidere rechtspraak is ontwikkeld waar het gaat om de toepassing van handhavingsbevoegdheden. Zoals hiervoor is opgemerkt geldt daarbij als uitgangspunt dat handhavend moet worden opgetreden.[125] Uit deze formulering kan worden afgeleid dat de ABRvS het abstracte belang van handhaving als zwaarwegend aanmerkt: in beginsel zal hieraan voorrang moeten worden gegeven, tenzij zeer zwaarwegende belangen zich hiertegen verzetten. De concrete toepassing van de evenredigheidstoets laat echter vooral een noodzakelijkheidstoets zien: een daadwerkelijke beoordeling van de gemaakte belangenafweging vindt vrijwel niet plaats.

Ook in andere uitspraken hebben de Afdeling en het CBb soms een oordeel uitgesproken over de ernst van de belangenaantasting of het gewicht van de betrokken belangen. Algemene lijnen kunnen echter slechts in beperkte mate uit de rechtspraak worden afgeleid. Duidelijk is wel dat de belangenaantasting minder groot is wanneer de betrokkene een relatief ruime termijn is gegund om zich in te stellen op een voor hem nadelig besluit.[126] Andersom geldt dat, wanneer een belangenaantasting niet voorzienbaar is en ook geen overgangstermijn wordt gegund, de inbreuk op het individuele belang groot wordt geacht.[127] In sommige gevallen wordt dit gekoppeld aan het normaal maatschappelijk risico: gaat een maatregel verder dan op basis van dit risico voorzien zou kunnen worden, dan is sprake van een ernstige belangenaantasting.[128] Duidelijk is verder dat belangen van derden die parallel lopen met algemene belang dat door de maatregel wordt gediend, het gewicht van dit

125 Bijv. ABRvS 21 juli 2004, AB 2004/293, m.nt. JSt.

126 Bijv. ABRvS 15 januari 2001, AB 2001/155, m.nt. J.G. Brouwer/A.E. Schilder, over de sluiting van een coffeeshop; de Afdeling merkte hierover op dat de eigenaar ruim de tijd had gekregen om op een andere wijze in zijn inkomsten te voorzien. Vgl. ook CBB 21 juni 1995, AB 1995/576, m.nt. JHvdV, over een algemene beleidswijziging ten nadele van appellant.

127 Bijv. CBB 10 november 2005, AB 2006/24, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, waar dit vooral in het kader van de zorgvuldige voorbereiding van het besluit werd geplaatst.

128 Bijv. CBB 24 juni 2003, JB 2003/320. Deze problematiek komt veel pregnanter naar voren bij het leerstuk van nadeelcompensatie, waar de voorzienbaarheid van de schade en het tot het normaal maatschappelijk risico behoren eveneens belangrijke maatstaven zijn. Zie bijv. T. Barkhuysen en M.K.G. Tjepkema, 'Aansprakelijkheid uit 'rechtmatige' overheidsdaad: het samenspel tussen nationale égalité en het Europese eigendomsrecht', *RM Themis* 2006, p. 179 e.v., p. 185 e.v.

belang kunnen versterken.[129] Ook blijken bestuursrechters rekening te houden met de ernst van de materiële consequenties van een overheidsoptreden voor een individu. Een volledig premieverlies wordt bijvoorbeeld gezien als een ernstige aantasting, net als vergaande consequenties van een besluit voor iemands bedrijfsvoering.[130] Veel meer algemene aanknopingspunten kunnen in de bestuursrechtspraak echter niet worden gevonden.

3.3 Abstracte en concrete toetsing

In par. 2.3 is al aangegeven dat een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel abstract of concreet kan zijn. In het eerste geval wordt een algemene regeling of een beleidsregel onderworpen aan een evenredigheidstoets, in het tweede geval is het de concrete bevoegdheidsuitoefening (bijvoorbeeld het weigeren van een vergunning of het nemen van een besluit tot handhaving) die op haar evenredigheid wordt beoordeeld. Wordt voor de Afdeling of het CBb geklaagd over een onevenredig besluit, dan blijken deze rechters in veel gevallen een 'tweefasentoets' uit te voeren.[131] Dit betekent dat eerst op basis van een exceptieve toetsing een oordeel wordt gegeven over de redelijkheid van het algemeen verbindend voorschrift of de beleidsregel die aan het bestreden besluit ten grondslag ligt. Doorstaat de regel deze toets, dan bekijkt de rechter vervolgens of ook de individuele toepassing van dat besluit door de beugel kan. Een voorbeeld is te vinden in een uitspraak van de Afdeling over de weigering een parkeervergunning te verlenen aan appellant, omdat deze beschikte over een parkeerplaats op eigen terrein.[132] De Afdeling beoordeelde in dit verband allereerst het algemene beleid van het College:

> 'De Afdeling acht het door appellant gevoerde beleid om geen parkeervergunning te verlenen aan een aanvrager die beschikt over een parkeerplaats op eigen terrein ... in het algemeen niet kennelijk onredelijk. In beginsel wordt daaraan voorts geen onredelijke toepassing gegeven als daarbij onder een 'parkeerplaats op eigen terrein' ook een plaats wordt verstaan die in een parkeergarage kan worden gehuurd.'

Vervolgens ging de Afdeling in op de stelling van appellant dat de toepassing van deze regel in zijn geval onredelijk was, omdat hij alleen een plaats in een parkeergarage kon krijgen op aanvraag en tegen betaling. Bovendien kon de

129 Zie bijv. ABRvS 14 september 2005, AB 2005/416, m.nt. FM.

130 Bijv. CBB 6 november 1996, AB 1997/161, m.nt. JHvdV (volledig premieverlies) en ABRvS 8 mei 2002, AB 2003/137, m.nt. NV.

131 Zie bijv. ook ABRvS 22 juni 2005, AB 2006/4, m.nt. P. van Duijvenvoorde en G.A.C.M. van Ballegooij en CBB 6 november 1996, AB 1997/161, m.nt. JHvdV. Nader ook Heldeweg/Schlössels 1996, p. 909 (zie noot 104).

132 ABRvS 10 september 2003, JB 2003/296.

parkeerplaats slechts gedurende een beperkte tijd (maximaal 10 dagen) worden ingenomen. De Afdeling concludeerde het volgende:

> 'Gelet hierop heeft appellant in de gegeven omstandigheden niet in redelijkheid toepassing kunnen geven aan het hiervoor weergegeven beleid.'[133]

Kennelijk zien de bestuursrechters geen bezwaren van rechtszekerheid of algemene wetstoepassing die in de weg zouden staan aan een concrete evenredigheidstoets, zoals die wél van belang zijn voor het HvJ EG. Vernietigt de bestuursrechter een concreet besluit wegens onevenredigheid, dan betekent dit ook niet dat daarmee de geldigheid van het beleid als zodanig wordt aangetast – het hiervoor genoemde voorbeeld over de parkeervergunningen laat dit wel zien. De onevenredigheid school daar niet in de regeling als zodanig, maar vooral in de toepassing van een beleidsvrije bevoegdheid door het bestuur. Die toepassing kon worden vernietigd, zonder dat daarmee de rechtsgeldigheid van de (beleids)regel werd aangetast. Als vernietiging van het individuele besluit niet mogelijk is zonder daarmee afbreuk te doen aan de rechtsgeldigheid of de praktische betekenis van het daaraan ten grondslag liggende, als zodanig niet onredelijke beleid, dan biedt bovendien het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad uitkomst. Ook dan is een concrete toetsing van bestuursbesluiten goed mogelijk zonder de geldigheid van hun grondslagen in twijfel te trekken en zonder de rechtszekerheid in gevaar te brengen.[134]

3.4 Toetsingsintensiteit

Het is welbekend dat de codificatie van het evenredigheidsbeginsel in art. 3:4, tweede lid, Awb in de jaren '90 heeft geleid tot enige discussie over de wijze waarop de bestuursrechter die evenredigheid zou moeten beoordelen. Een veel gehoorde stelling was dat de nieuwe formulering, die in de plaats was gekomen van het algemene willekeurverbod van de Wet Arob, zou kunnen leiden tot een specifiekere toetsing door de rechter, waarbij deze met enige

133 De vraag is wel of in dit geval echt kan worden gesproken van een concrete evenredigheidstoets. Het gebrek lijkt hier eerder te zijn gelegen in het feit dat in het concrete geval een onjuiste interpretatie of toepassing was gegeven aan de eis dat iemand geen parkeerplaats op eigen terrein mag hebben. Niettemin motiveert de Afdeling zijn conclusie in termen van redelijkheid en komt het tot de conclusie dat het besluit in strijd was met art. 3:4, tweede lid, Awb.

134 Overigens gaat het dan wel steeds om besluiten waarbij beleidsvrijheid bestaat en het bestuursorgaan zelf een afweging mocht maken. Is sprake van gebonden beschikkingen, dan ligt een tweefasentoets minder voor de hand, hoewel het niet ondenkbaar is dat een wettelijke grondslag eerst wordt beoordeeld op eventuele strijd met bepalingen van verdragen. In het geval van gebonden beschikkingen geldt ook dat nadeelcompensatie niet mogelijk is (vgl. ABRvS 16 maart 2005, LJN: AT0552).

precisie zou kunnen bepalen of een besluit redelijk of evenwichtig moest worden geacht.[135] Deze suggestie werd echter afgewezen in de *Maxis-Praxis* uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak, waarin zij uitsluitend een negatieve beoordeling toestond: de bestuursrechter mag niet beoordelen of een besluit als zodanig *redelijk* is, maar alleen of sprake is van een dusdanige besluitvorming dat moet worden geoordeeld dat het bestuur *niet in redelijkheid* tot het bestreden besluit heeft kunnen komen.[136] Het CBb heeft vergelijkbare oordelen uitgesproken, vooral ten aanzien van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan het evenredigheidsbeginsel.[137]

Voor de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel betekent dit dat de bestuursrechter niet mag beoordelen of een ander besluit redelijker of passender zou zijn geweest, maar alleen of geen enkel redelijk denkend bestuursorgaan, gegeven de betrokken belangen, tot dit besluit had kunnen komen.[138] Het CBb heeft in dit verband wel aangegeven dat het aan het bestuur moet worden gelaten om het gewicht van de betrokken belangen te bepalen en om een rangorde te maken van de verschillende belangen.[139] Ook als sprake is van een toepassing van het subsidiariteits- of geschiktheidsvereiste, worden hierbij weinig eisen gesteld: een maatregel hoeft niet volledig effectief te zijn, noch hoeft het bestaan van mogelijk minder belastende alternatieven altijd reden te vormen om daarvoor te kiezen.[140] Een laatste consequentie lijkt te zijn dat de bewijslast wordt neergelegd bij degene die zich op de onredelijkheid of onevenredigheid van het besluit beroept.[141] Zoals hierboven is weergegeven bij de bespreking van de handhavingsjurisprudentie, moet de benadeelde

135 Vgl. bijv. Heldeweg/Schlössels 1996, p. 910 en 916/917 (zie noot 104), waar zij aangeven dat er in het bijzonder ruimte zou kunnen zijn voor een iets intensievere toetsing van concrete besluiten, in vergelijking met de toetsing van abstracte regels. Een intensivering van de abstracte toets zou ook niet in overeenstemming zijn met de parlementaire geschiedenis van de Awb, waarin dit uitdrukkelijk van de hand werd gewezen; zie PG Awb I, p. 212. Zie ook Addink 1999, p. 169 (zie noot 102).

136 Deze benadering wordt in beginsel ook gevolgd door andere bestuursrechters, zoals het CBB. Zie voor een recent voorbeeld CBB18 april 2006, AB 2006/255, m.nt. I. Sewandono.

137 Zie CBB 21 juni 1995, AB 1995/576, m.nt. JHvdV.

138 Zie vooral De Waard 2005, p. 369 (zie noot 1). Vgl. ook Heldeweg/Schlössels 1996, p. 908 (zie noot 104): 'De rechterlijke toetsing dient zich in geval van beleidsvrijheid (discretie) te beperken tot grensbewaking in de zuiverste zin van het woord.'

139 CBB 12 juni 1997, AB 1997/339, m.nt. JHvdV.

140 Bijv. CBB 13 juli 1999, AB 1999/431, m.nt. JHvdV ('Hoewel een andere heffingsopzet, waarbij rekening zou zijn gehouden met inspanningen die veehouders zich op individuele basis reeds hebben getroost, niet ondenkbaar is, kan van de gekozen systematiek, gelet op de overwegingen die het Landbouwschap daartoe hebben gebracht, niet worden gezegd dat zij op willekeur berust') en CBB 11 februari 2005, AB 2006/115, m.nt. G.J.M. Cartigny ('aannemelijk' dat 'in ieder geval een deel' van de nagestreefde doelstelling wordt bereikt).

141 Bijv. CBB 7 januari 2003, LJN: AF2741.

daarbij bijvoorbeeld aantonen dat het besluit feitelijk geen enkel algemeen belang dient.[142]

Het voordeel van deze terughoudende toetsing, en daarmee meteen ook haar belangrijkste ratio, is dat de vrijheid van wetgever en bestuur optimaal worden gerespecteerd en zo goed mogelijk recht wordt gedaan aan de scheiding der machten.[143] Een bijkomende reden is die van het bestaan van specialistische kennis bij het bestuursorgaan die nodig is om feitelijke of technische aspecten van besluiten te beoordelen.[144] Vooral bij beoordelingsvrijheid rechtvaardigt dit laatste argument een terughoudende toetsing van de vaststelling van belangen.[145]

Opvallend is hierbij dat de Nederlandse benadering nauwelijks ruimte laat voor variatie in de toetsingsintensiteit: de toetsing van evenredigheid staat vrijwel gelijk aan een marginale willekeurtoets. Het lijkt (formeel) bijna niet mogelijk om de toetsing te intensiveren, bijvoorbeeld als blijkt dat in het concrete geval een ernstige inbreuk is gemaakt op een zwaarwegend individueel belang. Misschien is dit ook niet nodig, nu de redelijkheidstoets de rechter voldoende ruimte laat om corrigerend op te treden en een besluit onredelijk of willekeurig te achten.[146] In de praktijk wordt een intensievere toetsing echter wel soms toegepast, bijvoorbeeld als het Europese recht aan de orde is of wanneer inbreuk is gemaakt op een grondrecht.[147] In die gevallen blijken meer correcties mogelijk op de bewijslast[148] en ook is dan soms een subsidia-

142 Zie bijv. ABRvS 15 januari 2001, AB 2001/155, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder. Een voorbeeld buiten de context van de handhaving is ABRvS 10 september 1999, JB 1999/267, m.nt. FV-dJ ('Ook anderszins hebben de VCV en P. Voulon niet aannemelijk gemaakt dat de voor- en nadelen van de in geding zijnde bochtconstructie en verkeersmaatregelen op onevenwichtige wijze tegen elkaar zijn afgewogen').

143 Deze ratio is niet alleen expliciet te vinden in *Maxis-Praxis* (ABRvS 9 mei 1996, JB 1996/158, m.nt. F.A.M.S.), maar ook in uitspraken waarin de terughoudende toetsing bij wetgeving is neergelegd. Zie bijv. ABRvS 20 juli 2005, LJN: AT9708: '... de rechter [heeft] niet tot taak om de waarde of het maatschappelijke gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen, terwijl zowel de aard van de wetgevende functie als de plaats van de rechter in ons staatsbestel, zoals deze mede in artikel 11 Wet Algemene Bepalingen tot uiting komt, meebrengen dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten.'

144 Bijv. ABRvS 8 juli 1996, JB 1996/188. Vgl. R.J.N. Schlössels, 'Ongehoorzame bestuursrechters? Over stoutmoedige rechters, gedurfde rechtsvorming en de hardheid van de wet', in: L.E. de Groot-Van Leeuwen, A.M. van den Bossche en Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter*, Deventer: Kluwer 2006, p. 148/149.

145 Vgl. bijv. ABRvS 25 augustus 2000, JB 2000/273, m.nt. E.J. De Lange-Bekker.

146 Zie voor een voorbeeld ABRvS 8 mei 2002, AB 2003/137, m.nt. NV, waarin zonder intensivering van de toetsing toch tot een schending van het evenredigheidsbeginsel werd geconcludeerd.

147 Een voorbeeld is CBB 18 juli 2000, AB 2000/451, m.nt. JHvdV.

148 Het is dan primair de overheid die moet bewijzen dat deze inbreuken daadwerkelijk geschikt en noodzakelijk waren; zie bijv. CBB 18 april 2006, AB 2006/255, m.nt. I. Sewandono, waarbij deze bewijslastverdeling overigens niet nader werd gemotiveerd.

riteitstoets zichtbaar, waar die normaal gesproken ontbreekt.[149] Verder heeft Schlössels aangegeven dat de rechter vooral bij de toetsing aan beginselen als die van zorgvuldigheid en een deugdelijke motivering vrij strenge maatstaven toepast.[150] In naam is de toetsing dan nog steeds marginaal, maar feitelijk is deze relatief strikt. In al deze gevallen expliciteert de rechter echter niet dát sprake is van een keuze voor een minder marginale toetsing, laat staan dat hij de redenen aangeeft waarom hij voor strengere maatstaven heeft gekozen dan anders. De Nederlandse bestuursrechtspraak is in dit opzicht bijzonder ondoorzichtig.

3.5 Résumé

Zoals hiervoor is beschreven, is in de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak en het CBb nauwelijks een klassieke evenredigheidstoets zichtbaar, in de zin dat zorgvuldig aandacht wordt besteed aan de elementen geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit in strikte zin. In plaats daarvan wordt meestal een algemene redelijkheidstoets toegepast, waarbij in zeer algemene zin wordt beoordeeld of de door het bestuur gemaakte belangenafweging niet kennelijk onredelijk is. Alleen in sporadische gevallen is een toets van geschiktheid of subsidiariteit zichtbaar, of speelt het vereiste van noodzakelijkheid een rol. Opvallend is wel dat in de bestuursrechtspraak veel aandacht wordt besteed aan de vaststelling van belangen, zowel vanuit het perspectief van het specialiteitsbeginsel (welke belangen mogen worden meegewogen?) als vanuit het perspectief van het zorgvuldigheidsbeginsel (zijn alle relevante belangen zorgvuldig vastgesteld en ook daadwerkelijk in de afweging betrokken?). Is een besluit deze horden eenmaal gepasseerd, dan wordt de bepaling van het gewicht en de rangorde van de belangen vooral aan het bestuur gelaten. Een terughoudende toetsing is uitgangspunt, vooral als het gaat om de abstracte beoordeling van een algemene regeling of een beleid dat aan een concreet beleid ten grondslag ligt.

149 Zie bijv. ABRvS 12 mei 2004, AB 2004/336, m.nt. OJ, waarin de Afdeling een subsidiariteitstoets uitvoerde bij een besluit dat een vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer opleverde; daarbij vereiste zij bovendien niet eens een gelijke mate van effectiviteit van het minder vergaande alternatief, hetgeen wijst op een heel andere houding ten aanzien van het overheidsbesluit dan gebruikelijk is. Een voorbeeld buiten de sfeer van de grondrechten, waarbij de reden voor intensivering van de toetsing niet geheel duidelijk is, is CBB 18 juli 2000, AB 2000, 451, m.nt. JHvdV.

150 Schlössels 2006, p. 148 (zie noot 144). Ook Van der Vlies heeft aangegeven dat een in naam terughoudende toets soms vrij intensief kan zijn, als beter wordt gekeken naar de wijze waarop de rechter een zaak echt heeft beoordeeld; zie Van der Vlies 1997, p. 48 (zie noot 101).

4 VERGELIJKING EN CONCLUSIE

In het voorgaande is een analyse gegeven van de evenredigheidsjurisprudentie van het Europees Hof van Justitie, de Afdeling Bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Verschillende punten vallen daarbij op. Allereerst is duidelijk dat in de Europese rechtspraak in het algemeen een klassiekere toepassing van de evenredigheidstoets zichtbaar is, terwijl de Nederlandse rechtspraak meer een algemene redelijkheidstoets laat zien. Waar het Hof van Justitie in veel uitspraken aandacht besteedt aan elementen als die van noodzakelijkheid en geschiktheid, zijn deze elementen in de Nederlandse jurisprudentie slechts bij uitzondering terug te vinden. Andersom richt de Nederlandse rechtspraak zich, veel sterker dan de Europese, op een beoordeling van de belangenafweging, dus op een toets van evenredigheid in strikte zin. Daarnaast maakt de Nederlandse rechter meer dan de Europese gebruik van 'flankerende' beginselen, zoals het beginsel van specialiteit en zorgvuldigheid. Weliswaar zijn elementen daarvan ook wel terug te vinden in de Europese rechtspraak, maar in Nederland wordt hiervan op meer stelselmatige wijze gebruik gemaakt. Dit leidt tot een accent op de beoordeling van de (wijze van) vaststelling van belangen, in plaats van de beoordeling van de afweging als zodanig. Bezien vanuit het perspectief van de rechterlijke positie ten opzichte van het bestuur, is daar zeker iets voor te zeggen.

Een tweede opvallend verschil betreft de abstracte en concrete toetsing aan het proportionaliteitsvereiste. In Nederland wordt vrijwel steeds eerst een oordeel geveld over de redelijkheid van de algemene regel of het beleid dat aan een bepaald besluit ten grondslag ligt, waarna een afzonderlijk oordeel wordt gegeven over de evenredigheid van het concreet voorliggende besluit. Het Europese Hof doet dit bij voorkeur niet en voert veelal alleen een abstracte toets uit. De reden daarvoor is institutioneel en procedureel van aard. Zeker bij prejudiciële procedures ligt het voor de hand de concrete toepassing over te laten aan de nationale rechter. Bij directe beroepen, zoals in het landbouwrecht, kiest het Hof vooral voor de abstracte benadering vanwege de risico's van concrete toetsing voor de rechtsgeldigheid van de algemene regel en de rechtszekerheid. In Nederland spelen die risico's een minder grote rol, zoals is aangegeven in par. 3.3.

Een laatste verschil is gelegen in de intensiteit van de toetsing. In Nederland is de evenredigheidstoets vrijwel per definitie een toets op willekeur of een algemene redelijkheidstoets, hetgeen betekent dat de bestuursrechter zich zeer terughoudend zal opstellen. Onder omstandigheden wordt deze toets wel iets geïntensiveerd, bijvoorbeeld als grondrechten een rol spelen, maar daarover bestaat niet veel duidelijkheid. De Europese rechtspraak is in dit opzicht veel meer verfijnd en genuanceerd. Daar kan de toetsing intensiever of marginaler zijn naar gelang van een aantal intensiteitbepalende factoren, zoals de aard van het aangetaste belang of het karakter van de bevoegdheid die aan het bestreden besluit ten grondslag lag. Deze intensiteit wordt vervol-

gens vertaald naar vrij concrete eisen op het terrein van bewijs, of in toetsingscriteria voor de beoordeling van geschiktheid of noodzakelijkheid. Hoewel een bepalend criterium daarbij ontbreekt, maakt dit de vaststelling van de toetsingsintensiteit wel tamelijk inzichtelijk.

Met het oog op deze verschillen kan dan de vraag worden gesteld of de Nederlandse bestuursrechtspraak gebaat zou zijn met het overnemen van de Europeesrechtelijke evenredigheidstoets. Daarbij moet goed in het oog worden gehouden dat de Europese toepassing op een aantal punten problematisch is. De consistentie van de toepassing is relatief gering – in veel uitspraken worden niet alle elementen van de evenredigheidstoets toegepast, ook niet wanneer daartoe wel aanleiding zou bestaan. Het ontbreekt vaak aan een vaststelling van de betrokken belangen en de ernst van de aantasting daarvan, de keuze voor een *ex ante*-toepassing van de geschiktheidstoets wordt niet gemotiveerd en de invulling van de noodzakelijkheidstoets is in veel gevallen onduidelijk. Kritiek is ook te leveren op de keuze voor beperking tot een abstracte toets, zeker in gevallen waarin duidelijk is dat juist een individuele toepassing tot grote problemen leidt.

Desondanks is de Europese toepassing van het evenredigheidsbeginsel van grote waarde. De beoordeling van elementen als die van geschiktheid, noodzakelijkheid en subsidiariteit zorgt ervoor dat de rechter zich in veel gevallen kan beperken tot een relatief feitelijke beoordeling en dat hij zelden hoeft toe te komen aan het geven van een waardeoordeel over de gemaakte belangenafweging. De toetsing is bovendien aanzienlijk meer gefocust en gestructureerd dan de Nederlandse algemene redelijkheidstoets. Het mogelijke bezwaar dat een geschiktheidstoets en een noodzakelijkheidstoets zouden leiden tot te grote rechterlijke interventie blijkt onterecht. De Europese landbouwrechtspraak laat wel zien dat een terughoudende rechterlijke opstelling goed te verenigen is met de toepassing van de doel-middeltoets. Ook valt veel te zeggen voor de genuanceerde benadering van de toetsingsintensiteit, waarbij enkele relevante factoren invloed hebben op de precieze eisen die de rechter stelt aan het bewijs van ongeschiktheid of gebrek aan noodzakelijkheid. Ten slotte is vooral de vaak iets ruimere motivering van de toetsing navolgenswaardig. Juist daardoor is het vaak goed mogelijk om te zien op welke gronden het Hof bepaalde conclusies heeft bereikt. Voor de nationale rechter, of de betrokken Europese instelling, is het daardoor gemakkelijker om te beoordelen op welk punt een nationaal of Europees besluit tekortschiet of moet worden aangepast.

De conclusie kan dan ook zijn dat het waardevol zou zijn om elementen uit de communautaire evenredigheidstoets in te voegen in de evenredigheidstoets van de Afdeling Bestuursrechtspraak en het CBb. De tekst van art. 3:4, tweede lid Awb staat daaraan zeker niet in de weg, nu de algemene redelijkheidstoets en de gespecificeerde evenredigheidstoets in wezen hetzelfde toetsen.[151] Het verschil is vooral gelegen in de zorgvuldigheid en gestructureerde opbouw van de motivering en de begrijpelijkheid van de rechterlijke argumentatie. Die is aanmerkelijk groter bij een goed toegepaste evenredigheidstoets dan bij een simpele toets op willekeur.[152] Zeker nu de Afdeling en het CBb een dergelijke evenredigheidstoets tot op zekere hoogte wel al toepassen als het gaat om de toepassing van het Europese recht, of bij de toetsing van grondrechten, is er geen goede reden om dit niet ook te doen buiten die specifieke context. Het overnemen van Europese elementen is echter alleen aangewezen als daarbij tegelijkertijd wordt geprobeerd de bezwaren tegen de Europese toets weg te nemen. Het formuleren van een heldere, in alle uitspraken eenduidig toe te passen, drieledige evenredigheidsformule biedt in dit opzicht uitkomst, net als het formuleren van enkele relevante factoren die van invloed kunnen zijn op de toetsingsintensiteit – gedacht kan worden aan factoren als de aard van de toegekende bevoegdheid en het gewicht en het karakter van het aangetaste individuele recht.[153] Ook is het van belang om duidelijke eisen te stellen aan de bewijsmaatstaven en de bewijslastverdeling die zijn gekoppeld aan een bepaalde toetsingsintensiteit. Aangegeven kan bijvoorbeeld worden dat bij een terughoudende toets geen bewijs van volledige geschiktheid is vereist, en dat het bestuur niet tot in detail hoeft te verklaren waarom het niet een iets minder vergaand alternatief heeft gekozen. Geen verandering hoeft ten slotte te worden aangebracht in de gebruikelijke toetsing in twee fasen: de waarde van een combinatie van een abstracte en een concrete toets is groot. Hetzelfde geldt voor de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel en het specialiteitsbeginsel. De toepassing van al deze elementen heeft een belangrijke toegevoegde waarde en is als zodanig ook zeker niet in strijd met het Europese recht. Sterker nog, op deze punten zou juist de Europese benadering kunnen worden aangepast en zou daarop via prejudiciële vragen kunnen worden aangedrongen – wellicht kan dat voor de toekomst een mooi voorbeeld van kruisbestuiving vormen.

151 Bovendien is in de parlementaire geschiedenis juist al gewezen op de mogelijkheid van een doel-middeltoets in dit verband (PG Awb I, p. 211). De Moor-Van Vugt pleitte er dan ook al in 1995 voor om deze bepaling meer in de richting van het Europese recht toe te passen (1995, p. 272 (zie noot 5)).

152 Zie ook reeds De Moor-Van Vugt 1995, p. 272 (zie noot 5).

153 Voor een nadere uitwerking van mogelijk relevante factoren, zie J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Diss. Maastricht 2002, Den Haag: Sdu 2002, p. 699 e.v.