



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Rechterlijke toetsing van lagere regelgeving aan rechtsbeginselen:
waarom de burgerlijke rechter explicieter moet aansluiten bij de
toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de
bestuursrechter**

Demper, C.W.

Citation

Demper, C. W. (2023). Rechterlijke toetsing van lagere regelgeving aan rechtsbeginselen: waarom de burgerlijke rechter explicieter moet aansluiten bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter. *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2023(4), 107-118. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3635535>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3635535>

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

Rechterlijke toetsing van lagere regelgeving aan rechtsbeginselen

Waarom de burgerlijke rechter explicieter moet aansluiten bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter

NTBR 2023/13

Enkele jaren geleden formuleerden de hoogste bestuursrechters een nieuwe maatstaf voor de toetsing van lagere regelgeving aan rechtsbeginselen. In 2021 oordeelde de civiele kamer van de Hoge Raad dat de eigen toetsingsmaatstaf naar zijn strekking niet verschilt van de bestuursrechtelijke. Maar wat betekent dat “naar zijn strekking niet verschillen”? In deze bijdrage breng ik de overeenkomsten en verschillen tussen beide maatstaven in kaart. Vanuit het oogpunt van rechtseenheid betoog ik vervolgens dat de burgerlijke rechter explicieter aansluiting moet zoeken bij de bestuursrechtelijke maatstaf.

1. Inleiding

Op 24 september 2021 deed de Hoge Raad uitspraak in een zaak die draaide om de vraag of een wijziging van de gemeentelijke afvalstoffenverordening van Amsterdam, en de handhaving daarvan, in strijd met het recht was.² De Amsterdamse gemeenteraad stemde vanuit milieuoverwegingen in met de invoering van een ‘opt-in-systeem’ voor ongeadresseerd reclamedrukwerk. Daardoor werd het verboden ongeadresseerd drukwerk te bezorgen, tenzij bewoners met een sticker op de brievenbus – een ja/ja-sticker – aangeven dit wel te willen ontvangen. Deze regeling verving het klassieke ‘opt-out-systeem’, waarin bewoners door middel van een nee/ja- of nee/nee-sticker moesten aangeven geen prijs te stellen op reclamefolders. Twee brancheorganisaties kwamen op tegen de wijziging en

handhaving van de verordening. Zij vonden geen gehoor bij de rechtbank en het gerechtshof. In cassatie draaide het voor een belangrijk deel om de vraag op welke wijze de rechter lagere regelgeving mag toetsen aan algemene rechtsbeginselen. De Hoge Raad overwoog daarover dat de maatstaf die de burgerlijke rechter daarbij hanteert naar zijn strekking niet verschilt van de maatstaf die de bestuursrechter onlangs formuleerde.³

In deze bijdrage onderzoek ik of de toetsing door de burgerlijke rechter daadwerkelijk overeenstemt met die door de bestuursrechter, en zo niet, of de burgerlijke rechter explicieter moet aansluiten bij de bestuursrechtelijke methode van toetsing aan rechtsbeginselen. De focus ligt daarbij met name op de redelijkheids- en evenredigheidstoetsing van lagere regelgeving. Ik zal niet ingaan op de toetsing van wetgeving die afkomstig is van de wetgever in formele zin (regering en Staten-Generaal gezamenlijk). Naar geldend recht staat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet namelijk (nog) in de weg aan toetsing van de wet in formele zin aan fundamentele rechtsbeginselen.⁴

In het vervolg van dit artikel schets ik beknopt het huidige systeem, waarin zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter gevraagd kan worden een oordeel te vormen over de rechtmatigheid en/of verbindendheid van bestuurlijke regelgeving (paragraaf 2). Vervolgens ga ik in op het *Landbouwvliegers*-arrest van de Hoge Raad uit 1986, dat gezien kan worden als belangrijk gemeenschappelijk vertrekpunt voor de toetsing van regelgeving aan rechtsbeginselen door de burgerlijke rechter én de bestuursrechter

1 Citeerwijze: C.W. Demper, ‘Rechterlijke toetsing van lagere regelgeving aan rechtsbeginselen’, *NTBR* 2023/13, afl. 4. Mr. C.W. (Niels) Demper is PhD-fellow bij de afdeling Civiel recht van de Universiteit Leiden.

2 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, *NJ* 2022/7, m.nt. L.A.D. Keus, *AB* 2021/143, m.nt. F.J. van Ommeren, *Gst.* 2021/143, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, *M en R* 2021/116, m.nt. B. Arentz, *BNB* 2022/63c, m.nt. R.H. Happé (*Ja/Ja-stickers; Afvalstoffenverordening Amsterdam*). Op dezelfde dag wees de Hoge Raad ook arrest in een procedure over een enigszins vergelijkbare wijziging van de Utrechtse afvalstoffenverordening. De Utrechtse procedure draaide, in tegenstelling tot de Amsterdamse, echter vooral om de gevolgen van de wijziging voor de verspreiding van huis-aan-huisbladen. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden signaleerde in een kort geding een mogelijke strijdigheid met de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM (Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1528). De Hoge Raad liet dat oordeel in stand, zonder te motiveren waarom de cassatieklachten niet opgaan (onder verwijzing naar artikel 81 lid 1 Wet RO). Zie HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1358, *RvdW* 2021/924 (*Ja/Ja-stickers; Afvalstoffenverordening Utrecht*). Over beide arresten: D. Fejzović, ‘Het opt-in-systeem ter afvalpreventie in gemeentelijke afvalstoffenverordeningen’, *MvV* 2022, afl. 5, p. 191-197.

3 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.2.2-3.2.4, met verwijzing naar onder meer CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, r.o. 7.5.1-7.5.2.

4 HR 14 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewet*), r.o. 3.6. Wel mag de rechter een wetsbepaling buiten toepassing laten, indien toepassing van die bepaling in verband met daarin niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel; zie r.o. 3.9 en bijv. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Binnenvaart*), r.o. 3.8.1; ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.7-9.14. Overigens wordt wel gepleit voor afschaffing, of in ieder geval een smallere uitleg van artikel 120 GW, die het wél mogelijk zou maken wetten in formele zin te toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen. Bovendien buigt de grondwetgever zich momenteel over aanpassing van het toetsingsverbod en invoering van constitutionele toetsing (*Kamerstukken II* 2021/22, 35925-VII, nr. 169). Zie uitgebreider over artikel 120 GW in relatie tot toetsing aan rechtsbeginselen de conclusie van A-G’s R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, onder 9.6 en de conclusie van A-G G. Snijders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, onder 5.

(paragraaf 3). Daarna bespreek ik de ontwikkeling die de toetsing door beide rechters sindsdien heeft doorgemaakt (paragrafen 4 en 5). Aan de hand van de overwegingen van de Hoge Raad uit het 'Amsterdamse' *Ja/Ja*-arrest analyseer ik hoe de toetsing door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter zich tot elkaar verhouden (paragraaf 6). Die analyse brengt mij ertoe uiteindelijk te betogen dat er voor de burgerlijke rechter – ondanks de verzoenende woorden van de Hoge Raad – aanleiding bestaat explicieter aan te sluiten bij de maatstaf die door de hoogste bestuursrechters wordt uitgedragen (paragrafen 7 en 8).

2. Burgerlijke rechter én bestuursrechter

De burgerlijke rechter en de bestuursrechter kunnen beiden in de situatie komen dat hen gevraagd wordt te oordelen over de rechtmatigheid en/of verbindendheid van regelgeving.⁵ Van oudsher,⁶ mede in het licht van het klassieke arrest *Guldemond/Noordwijkerhout*, is de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen over een geschil waaraan de eisende partij ten grondslag legt dat een burgerlijk recht is geschonden, bijvoorbeeld omdat een onrechtmatige daad wordt gepleegd. Het gevolg van de uit het arrest voortvloeiende leer is dat de eisende partij de vordering vrijwel steeds zo kan insteken dat de burgerlijke rechter bevoegd is, ook als het geschil in de kern draait om de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid door een overheidsorgaan.⁷ De vraag of de voorbereiding, vaststelling, uitvoering of handhaving van regelgeving rechtmatig is, kan zo in een civielrechtelijke jas worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter. Verschillende acties zijn denkbaar.⁸ Het meest voor de hand ligt de verklaring voor recht dat een regeling onverbindend is,⁹ of, minder verstrekkend, een gebod of verbod dat ertoe strekt dat de regeling in een concreet geval of jegens een specifieke partij buiten toepassing moet worden gelaten.¹⁰ Maar ook indien een dergelijke verklaring voor recht, gebod of verbod niet expliciet gevorderd wordt, kan

de rechter bij de beslechting van een geschil uitspraak doen over het buiten toepassing laten van een regeling.¹¹ Verder valt te denken aan diverse vormen van gebods- en verbodsvorderingen die erop zien dat geen uitvoering wordt gegeven aan de gewraakte regeling. Een bijzondere vorm van zo'n verbodsvordering is de 'buitenwerkingstelling' van een regeling in kort geding: de rechter spreekt dan een in algemene termen vervat verbod uit dat ertoe strekt dat de overheid zich onthoudt van handelingen ter uitvoering van de betreffende regeling, totdat er in de bodemprocedure een definitief oordeel is geveld over de verbindendheid van de regeling.¹² Een vordering tot schadevergoeding, of de daaraan voorafgaande verklaring voor recht dat het overheidsorgaan onrechtmatig jegens de benadeelde handelt, behoort eveneens tot de mogelijkheden.¹³

Wie de rechtmatigheid van regelgeving wil aanvechten bij de bestuursrechter, ziet zich geconfronteerd met artikel 8:3 lid 1, aanhef en sub a, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), dat bepaalt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit inhoudende een algemeen verbindend voorschrift (avv). Ondanks herhaaldelijke pleidooien voor de afschaffing van deze wetsbepaling,¹⁴ houdt de wetgever zich vooralsnog op de vlakte.¹⁵ Toch is het in sommige gevallen wel degelijk mogelijk regelgeving bij de bestuursrechter aan te vechten. Soms staat de wet beroep tegen een avv expliciet, in afwijking van artikel 8:3 Awb, toe, bijvoorbeeld waar het gaat om de vaststelling van een bestemmingsplan.¹⁶ Belangrijker voor deze bijdrage is de mogelijkheid om regelgeving exceptief te toetsen. Daarvan is sprake indien de bestuursrechter bij de beoordeling van een appellabel besluit ook de rechtmatigheid van het avv dat aan het besluit ten grondslag ligt, toetst.¹⁷ De rechter mag bezien of het avv verenigbaar is met hoger recht en of het een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het daarop gebaseerde besluit.¹⁸ Bij geconstateerde onrechtmatigheid kan hij het avv buiten toepassing laten in het

5 Overigens is ook de strafrechter bevoegd om regelgeving exceptief te toetsen aan rechtsbeginselen; dat kan voor de verdachte bijv. leiden tot ontslag van alle rechtsvervolgning; conclusie van A-G R.J.G.M. Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, onder 5.2. De toetsing door de strafrechter laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

6 Al in de 19e eeuw was de rechter bevoegd te toetsen of lagere regelingen verenigbaar waren met hogere; zie, met verdere verwijzingen: R.M. van Male, 'Aanvullende rechtsbescherming tegen bestuurswetgeving', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 166-167.

7 HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773 (*Guldemond/Noordwijkerhout*), waarover W. Konijnenbelt, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek* 2022/2, p. 15-30. Zie onlangs HR 16 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1866, *RvdW* 2023/36 (*Staat/Woonbond*), r.o. 3.1.2.

8 Zie uitgebreider: R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen; Recht & Praktijk nr. 172), Deventer: Kluwer 2009, p. 75-94; R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 2* 2019/1030; R.M. van Male, 'Landbouwwiegers. Onrechtmatige regelgeving', in T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek* 2022/9, p. 155-158.

9 Bijv. HR 16 mei 1983, *NJ* 1984/361, m.nt. M. Scheltema (*Bullenbaai*), onder 4; HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449, *NJ* 2019/377 (*Rookverbod*).

10 Bijv. (t.a.v. een wet in formele zin) HR 16 november 2001, *NJ* 2002/469, m.nt. E.A. Alkema, T. Koopmans (*Herstructurering varkenshouderij*), r.o. 7.3.

11 Bijv. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Mathilda*), r.o. 3.9.1-3.9.2, waarover meer in par. 5.

12 Deze mogelijkheid werd erkend in HR 1 juli 1983, *NJ* 1984/360, m.nt. M. Scheltema (*Staat/LSV*), r.o. 3.4.

13 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316 (*Pocketbooks II*). Dat kan ook als de regeling in verband met zwaarwegende maatschappelijke belangen niet buiten werking mag worden gesteld; zie HR 18 januari 1991, *NJ* 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (*Leffers/Staat*), r.o. 3.6.

14 Zie bijv. Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermee!', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 809-832; T. Barkhuysen, 'In-spraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften', *NJB* 2015/1949, afl. 39, p. 2729; R.J.B. Schutgens, 'Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooien', in: *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 95-143.

15 Ondanks dat het onderwerp verschillende keren op de agenda stond; zie bijv. *Kamerstukken II* 1996/97, 25383, nr. 1; *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 16, p. 12-13.

16 Zie artikel 2 Bijlage 2 Awb.

17 A.T. Marseille e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 105-106; ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *JB* 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Woningsluiting Harderwijk*), r.o. 7.8.

18 CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, *JB* 2019/151, m.nt. B. Kaya, r.o. 7.5.1; ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, *AB* 2021/14, m.nt. M. van Zanten, r.o. 6.

concrete geval,¹⁹ of, verstrekkender, de regeling als zodanig onverbindend achten.²⁰

De mogelijkheid tot exceptieve toetsing door de bestuursrechter kan consequenties hebben voor de mogelijkheid om civielrechtelijk op te komen tegen een avv. Dat blijkt bij de toetsing van indirect werkende avv's, die slechts afdwingbare rechten of plichten scheppen via een uitvoeringsbesluit. De burgerlijke rechter zal de partij die een indirect werkend avv civielrechtelijk aanvecht namelijk niet-ontvankelijk verklaren, indien het betreffende avv exceptief getoetst kan of kon worden in een bestuursrechtelijke procedure tegen het uitvoeringsbesluit.²¹ Illustratief is de zaak waarin stichting Privacy First de rechtmatigheid betwistte van een op de Paspoortwet gebaseerde verplichting om vingerafdrukken af te staan bij een paspoortaanvraag. De Hoge Raad oordeelde dat de stichting niet-ontvankelijk was, omdat de aanvragers van een reisdocument in bezwaar en beroep konden opkomen tegen deze verplichting en zij zo de bestuursrechter in staat konden stellen de betreffende bepaling uit de Paspoortwet exceptief te toetsen.²² In een dergelijk geval geniet de belanghebbende in de bestuursrechtelijke rechtsgang voldoende rechtsbescherming, zo is de gedachte.²³ Overigens hoeft de omstandigheid dat de bestuursrechter het avv exceptief kan toetsen, niet steeds mee te brengen dat een partij die de regeling via de burgerlijke rechter aanvecht niet-ontvankelijk is. Voor vorderingen die betrekking hebben op direct werkende avv's, zoals gebods- of verbodsbepalingen, geldt iets anders. Een belanghebbende ondervindt dan rechtstreeks de werking van het betrokken voorschrift. Wanneer deze belanghebbende zich tot de burgerlijke rechter wendt om een oordeel te verkrijgen over de verbindendheid of rechtmatigheid van het voorschrift, is zij in beginsel wel ontvankelijk, zo overwoog de Hoge Raad in 2016. Dat is ook het geval "indien de mogelijkheid bestaat om terzake een beslissing van de bestuursrechter te verkrijgen door een voor beroep vatbaar besluit uit te lokken".²⁴

Al met al is zo een systeem ontstaan waarin de burgerlijke rechter én de bestuursrechter mogen oordelen over avv's. Het ligt dan om redenen van rechtseenheid voor de hand dat beide rechters hun toetsing van avv's op elkaar afstemmen, zoals ik verderop in dit artikel nog verder zal uiteenzetten. Het is daarom niet verwonderlijk dat de toetsing door de burgerlijke rechter

en de bestuursrechter geruime tijd voortbouwden op een gemeenschappelijk vertrekpunt: de aan het *Landbouwwliegers*-arrest ontleende toetsingsmaatstaf.

3. **Landbouwwliegers als gemeenschappelijk vertrekpunt**

In 1986 boog de civiele kamer van de Hoge Raad zich over de rechtmatigheid van een algemene maatregel van bestuur, die het door vliegtuigjes besproeien van landbouwgrond met bestrijdingsmiddelen voor een belangrijk deel verbood. De procedure resulteerde in het klassieke *Landbouwwliegers*-arrest, dat rechters richtlijnen gaf voor de toetsing van lagere regelgeving aan het ongeschreven recht.²⁵ De Hoge Raad plaatste zijn overwegingen nadrukkelijk in de sleutel van het verbod op willekeur, dat leidt tot een marginale toetsing:

"geen rechtsregel [staat] eraan in de weg (...) dat de rechter een zodanig, niet door de formele wetgever gegeven, voorschrift onverbindend en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen op de grond dat sprake is van willekeur in dier voege dat het betreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voormelde uitvoeringsbesluit bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot het betreffende voorschrift is kunnen komen."

De uitspraak benadrukte het terughoudende karakter van de toetsing. De Hoge Raad overwoog dat de rechter niet de taak heeft om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. En "de aard van de wetgevende functie" en "de positie van de rechter in ons staatsbestel" – zoals die mede tot uitdrukking komen in artikel 11 Wet algemene bepalingen²⁶ – brengen mee dat de rechter bij de toetsing ook overigens terughoudendheid moet betrachten. De rechterlijke toetsing aan het motiveringsbeginsel kreeg een iets andere behandeling. Een motiveringsgebrek kan niet op zichzelf leiden tot onverbindendheid van de regeling, maar de motivering mag wel mede in aanmerking worden genomen bij de toetsing aan het willekeurverbod. Bij de toetsing aan het willekeurverbod kan bovendien in aanmerking worden genomen of er op enigerlei wijze vergoeding is toegekend aan degenen die nadeel van de regeling ondervinden.²⁷

De civielrechtelijke jurisprudentie nadien borduurde nadrukkelijk voort op het *Landbouwwliegers*-arrest, zoals in paragraaf 5 nog verder aan bod zal komen. Dat gold ook voor de rechtspraak van de bestuursrechter. Uitgangspunt daar was en is dat de bestuursrechter in het kader van exceptieve

19 Zie bijv. ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336, r.o. 6; ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2161, r.o. 5.2.
 20 Zie bijv. ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen (*Alcoholslotprogramma*), r.o. 5.4.
 21 Zie over direct en indirect werkende wetgeving, in relatie tot de ontvankelijkheid van de burgerlijke rechter: Marseille e.a. 2019, p. 408-409.
 22 HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, NJ 2016/262, m.nt. H.J. Snijders (*Staat/Stichting Privacy First*), r.o. 3.3.3.
 23 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, NJ 2017/46, m.nt. T. Barkhuysen & M. Claessens (*Universiteiten/SCAU*), r.o. 4.2.2.
 24 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, NJ 2017/46, m.nt. T. Barkhuysen & M. Claessens (*Universiteiten/SCAU*), r.o. 4.2.2, onder verwijzing naar HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169, NJ 1997/165, m.nt. M. Scheltema (*Leenders/Ubergen*).

25 HR 16 mei 1986, NJ 1987/251, m.nt. M. Scheltema (*Landbouwwliegers*).
 26 Artikel 11 Wet AB bepaalt: "De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen."
 27 HR 16 mei 1986, NJ 1987/251, m.nt. M. Scheltema (*Landbouwwliegers*), r.o. 6.1.

toetsing een avv onverbindend kan achten of buiten toepassing kan laten, indien het in strijd is met een hoger wettelijk voorschrift of met een algemeen rechtsbeginsel.²⁸ Door de tijd heen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) de maatstaf op verschillende wijzen geformuleerd.²⁹ Een terugkerend element vormde de op *Landbouwwliegers* geïnspireerde redenering (i) dat het aan het regelgevend bevoegd gezag is de verschillende belangen en de feiten en omstandigheden die bij het nemen van een besluit inhoudende avv's betrokken zijn, tegen elkaar af te wegen, en (ii) dat de rechter niet tot taak heeft om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen.³⁰ In 2016 plaatste de Afdeling de redelijkheidstoets van het willekeurverbod nadrukkelijk op de voorgrond door te overwegen dat een niet door de formele wetgever gegeven voorschrift:

“wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel buiten toepassing [kan] worden gelaten indien het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de feitelijke omstandigheden en de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voorschrift bekend waren of op grond van deugdelijk onderzoek behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot vaststelling van dat voorschrift heeft kunnen komen.”³¹

Die formulering suggereerde dat de toetsing aan rechtsbeginselen steeds geplaatst moest worden in de sleutel van de terughoudende redelijkheidstoets. In de praktijk werd de soep niet altijd zo heet gegeten. In sommige gevallen toetste de bestuursrechter wel degelijk rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb).³² Bovendien liet de Afdeling met de nadruk op de formele zorgvuldigheid ('deugdelijk onderzoek') doorschemeren dat bestuursorganen zich er bij de rechter niet met een jantje-van-leiden van af konden maken – de marginale toetsing ten spijt.³³ Maar het willekeurverbod en de daarmee verbonden marginale toetsing uit het *Landbouwwliegers*-arrest behielden hun zeggingskracht bij de bestuursrechtelijke beoordeling van avv's. Aan die vanzelfsprekendheid kwam enkele jaren geleden een einde.

4. Toetsing aan rechtsbeginselen door de bestuursrechter: nieuwe ontwikkelingen

In 2017 werd de wijze van toetsing van avv's door de bestuursrechter ter discussie gesteld. De Afdeling verzocht

staatsraad A-G Widdershoven toen een conclusie te nemen over intensivering van de toetsing van avv's. Dat verzoek kan niet los gezien worden van kritiek uit de literatuur op de praktijk van marginale toetsing en de roep om intensievere rechterlijke toetsing.³⁴ De Afdeling had zich in enkele jaarverslagen al ontvankelijk getoond voor de kritiek. Zij benadrukte het belang van “een toetsing aan de eisen van het recht (...), waaronder die van evenredigheid en deugdelijke motivering” en rapporteerde intensievere toetsing in enkele zaken.³⁵ Daarbij wees de Afdeling ook op een zaak – die draaide om de exceptieve toetsing van een avv: het alcoholslotprogramma – waarin volgens haar sprake was van indringende toetsing. In de uitspraak ruilde de Afdeling de redelijkheidstoets van het willekeurverbod (oftewel: de marginale toetsing) in voor een rechtstreekse toets aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb. Zij achtte het avv onverbindend en overwoog daartoe onder meer dat de minister, de ter zake bevoegde regelgever, de mogelijke ingrijpende gevolgen van de oplegging van een alcoholslot niet afdoende had afgewogen; de evenredigheid van de opgelegde maatregel was onvoldoende gewaarborgd.³⁶ Met de rechtstreekse toets aan het evenredigheidsbeginsel nam de Afdeling afscheid van de visie uit haar klassieke *Maxis en Praxis*-uitspraak, dat artikel 3:4 lid 2 Awb een tot het bestuur gerichte norm is waaraan de rechter niet rechtstreeks mag toetsen.³⁷ Het betekende ook dat de Afdeling de redelijkheidstoets uit het *Landbouwwliegers*-arrest losliet. Tegen de achtergrond van dit alles verwonderde het niet dat de Afdeling A-G Widdershoven verzocht de mogelijkheid tot intensievere toetsing van avv's te onderzoeken.

In zijn conclusie sloot Widdershoven zich in belangrijke mate aan bij de eerder in de literatuur geuite kritiek. De A-G pleitte ervoor om definitief afscheid te nemen van, wat hij aanduidde als, “de willekeurssluis”: de toetsing aan rechtsbeginselen via het willekeurverbod. Hij was van mening dat bestuursrechters een avv exceptief dienen te toetsen aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen. Bij strijdigheid met een rechtsbeginsel zou de bestuursrechter het avv dan buiten toepassing moeten laten of onverbindend

28 Zie bijv. ABRvS 22 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5239, r.o. 2.3.2; ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3338, AB 2014/51, m.nt. A.T. Marseille, r.o. 6.1; ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, AB 2021/14, m.nt. M. van Zanten, r.o. 6.

29 Zie voor een overzicht de conclusie van A-G R.J.G.M. Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, onder 6.3 e.v.

30 Zie bijv. ABRvS 31 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR6351; ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3120 en ECLI:NL:RVS:2016:3130.

31 ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3120 en ECLI:NL:RVS:2016:3130.

32 Concl. A-G Widdershoven, onder 6.4 e.v.

33 Vgl. Conclusie A-G Widdershoven, onder 6.3, die hierin een toevoeging ziet ten opzichte van *Landbouwwliegers*.

34 Zie onder meer E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks nr. 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58; S.E. Zijlstra, bespreking preadvies E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', *NTB* 2015/16, afl. 4/5, p. 128-133; T. Barkhuysen 2015a, p. 2729; T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht?', *NJB* 2015/1137, afl. 24, p. 1583; L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 271-300; R. Ortlep & W.S. Zorg, 'Marginale rechterlijke toetsing onder druk: een voortgaande tred vooruit?', in: R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, Oosterwijk: WLP 2016, p. 1-18; J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Over de indringendheid van de rechterlijke toetsing in een toekomstig direct beroep tegen algemeen verbindende voorschriften', *NTB* 2017/10, afl. 3, p. 84-95.

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

36 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen (*Alcoholslotprogramma*), r.o. 5.4.

37 ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, AB 1997/93 (*Maxis en Praxis*).

moeten achten. Daarnaast schetste Widdershoven in zijn conclusie een systeem waarin de toetsingsintensiteit afhankelijk is van diverse factoren, zoals de mate van beslissingsruimte van het bestuursorgaan en de ingrijpendheid van het avv voor het leven van de burger.³⁸

De conclusie vormde een directe aanleiding voor de hoogste bestuursrechters om hun jurisprudentielijn ten aanzien van de exceptieve toetsing van avv's te wijzigen. De Centrale Raad van Beroep (de Centrale Raad) zette in 2019 een nieuw kader uiteen,³⁹ dat de Afdeling een halfjaar later volgde.⁴⁰ Dat oordeel houdt in dat de algemene rechtsbeginselen en de abbb een "belangrijk richtsnoer" zijn bij de exceptieve toetsing van avv's. De Centrale Raad en de Afdeling overwogen verder dat de toetsingsintensiteit afhankelijk is van onder meer:

"de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft, gelet op de aard en inhoud van de vaststellingsbevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen. Die beoordeling kan materieel terughoudend zijn als de beslissingsruimte voortvloeit uit de feitelijke of technische complexiteit van de materie, dan wel als bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen kunnen worden of zijn gemaakt. In dat laatste geval heeft de rechter niet de taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Wat betreft de in acht te nemen belangen en de weging van die belangen geldt dat de beoordeling daarvan intensiever kan zijn naarmate het algemeen verbindend voorschrift meer ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn."

Daarmee bevestigden beide hoogste bestuursrechters dat de intensiteit van de exceptieve toetsing kan variëren, afhankelijk van, kort gezegd, de beslissingsruimte van het overheidsorgaan en de aard van de betrokken belangen van de belanghebbende(n). Dat past bij een in de literatuur bepleite "toetsing op maat", waarbij de rechter aan de hand van relevant geachte factoren bepaalt hoe intensief de toetsing is.⁴¹

Het avv kan getoetst worden aan het evenredigheidsbeginsel, maar ook aan ongeschreven materiële beginselen als het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, zo blijkt verder uit de uitspraak van de Afdeling. Daarnaast kunnen de beginselen van zorgvuldige besluitvorming (artikel 3:2 Awb) en deugdelijke motivering een rol spelen. De consequentie van schending van deze formele beginselen van behoorlijk bestuur is echter

niet dezelfde als die van schending van materiële beginselen. De Centrale Raad en de Afdeling kiezen er – in afwijking van het pleidooi van A-G Widdershoven – voor dat de strijd met deze formele beginselen niet kan leiden tot onverbindendheid van het avv. Wel mag de bestuursrechter een avv buiten toepassing laten en een daarop berustend besluit vernietigen indien "als gevolg van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding van het voorschrift door de rechter niet kan worden beoordeeld of er strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur". De door de hoogste bestuursrechters gekozen lijn doet eerder enigszins denken aan de indirecte toetsing van het motiveringsbeginsel via 'de willekeurssluis', uit het *Landbouwwliegers*-arrest. Maar in plaats van de in dat arrest gehanteerde willekeurstoets wordt gekozen voor een nieuwe maatstaf, namelijk of daardoor niet langer kan worden beoordeeld of er strijd is met hogere regelgeving, algemene rechtsbeginselen of de abbb.

De nadruk op andere beginselen neemt niet weg dat beide hoogste bestuursrechters een belangrijke rol voor het evenredigheidsbeginsel zien weggelegd. Wanneer de regelgever de negatieve gevolgen van het avv voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken in zijn afweging en die afweging deugdelijk heeft gemotiveerd, voldoet deze keuze aan het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. De toetsing door de bestuursrechter beperkt zich dan in het algemeen tot de vraag of de regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, aldus de Afdeling.⁴² Het nieuwe toetsingskader lijkt in het verlengde te liggen van de eerder aangehaalde *Alcoholslotprogramma*-uitspraak, waarin toetsing aan het evenredigheidsbeginsel eveneens op de voorgrond werd geplaatst. Bovendien bleek daar al dat de evenredigheidstoetsing niet beperkt is tot de redelijkheidsmaatstaf van het willekeurverbod.

Ook de andere hoogste bestuursrechters hebben inmiddels verwezen naar de nieuwe maatstaf.⁴³ Dat deed de vraag rijzen of ook de civiele kamer van de Hoge Raad zou volgen. Die vraag kwam expliciet aan bod in het *Ja/Ja*-arrest van de Hoge Raad van 24 september 2021. Om die uitspraak goed te kunnen begrijpen, helpt het om te bestuderen hoe de rechtspraak van de burgerlijke rechter zich heeft ontwikkeld sinds het *Landbouwwliegers*-arrest, en hoe de huidige civielrechtelijke toetsingsmaatstaf zich verhoudt tot de nieuwe bestuursrechtelijke maatstaf. Dat doe ik in de volgende twee paragrafen.

38 Concl. A-G Widdershoven, onder 8.1 e.v.

39 CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, JB 2019/151, m.nt. B. Kaya, r.o. 7.5.1-7.5.2.

40 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, AB 2021/14, m.nt. M. van Zanten, r.o. 6.

41 Zie bijv. R. Ortler & W.S. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', AA 2018, afl. 1, p. 20-25.

42 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, AB 2021/14, m.nt. M. van Zanten, r.o. 6.

43 Zie voor de Belastingkamer van de Hoge Raad: HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1988, r.o. 2.3.2 en HR 8 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:34, r.o. 5.1; en voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven bijv.: Cbb 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240, r.o. 7.1; Cbb 22 februari 2022, ECLI:NL:CBB:2022:81, r.o. 6.1. Hieruit is nog niet goed op te maken of beide instanties zich volledig hebben aangesloten bij de nieuwe maatstaf; aldus ook: M. van Zanten, 'Het 'hernieuwd' exceptief toetsen van algemeen verbindende voorschriften. Naar een meer verfijnde toepassing van het evenredigheidsbeginsel', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 112, voetnoot 7.

5. Toetsing aan rechtsbeginselen door de burgerlijke rechter

Ook in het burgerlijk recht riep het *Landbouwwliegers*-arrest de vraag op of toetsing van lagere regelgeving aan rechtsbeginselen steeds moest plaatsvinden in de sleutel van de willekeurstoets. Een aanwijzing voor ontkenkende beantwoording van die vraag kwam een jaar na *Landbouwwliegers*, in het *IKON*-arrest uit 1987. Daarin oordeelde de Hoge Raad – ten aanzien van de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid – dat een overheidslichaam de abbb, waaronder het gelijkheidsbeginsel, in acht dient te nemen, en dat de opvatting dat deze beginselen enkel aan de orde mogen komen in het kader van “*een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf*” onjuist is.⁴⁴ Volgens het arrest staat het de burgerlijke rechter dus, net als de bestuursrechter, vrij om zulk overheidshandelen rechtstreeks te toetsen aan de abbb.⁴⁵ Maar geldt dat ook voor de rechterlijke toetsing van avv's? Het lijkt van wel. Zo overwoog de Hoge Raad in 2009 dat lagere regelgeving door de rechter “(met terughoudendheid) aan algemene rechtsbeginselen kan worden getoetst”, en in 2018, in het *Binnenvaart*-arrest, dat de rechter kan toetsen aan “algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht”.⁴⁶ Beide uitspraken lijken geen toetsing aan rechtsbeginselen via ‘de willekeursluis’ te eisen. Het *Binnenvaart*-arrest geeft de meeste handvatten over hoe de toetsing van een avv aan ongeschreven recht vorm moet krijgen.

Het *Binnenvaart*-arrest laat zien dat de rechter ook in een procedure waarbij de overheid geen partij is, gevraagd kan worden lagere regelgeving aan rechtsbeginselen te toetsen. Met name de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan reden zijn een avv buiten toepassing te laten. Daarvoor moet beoordeeld worden of een tussen partijen geldende, uit het avv voortvloeiende rechtsregel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (vergelijk artikel 6:2 lid 2 BW, en voor contractuele rechtsverhoudingen artikel 6:248 lid 2 BW). In 2018 zette de Hoge Raad in het *Binnenvaart*-arrest het kader uiteen voor toetsing van lagere regelgeving aan de redelijkheid en billijkheid. Dat kader stelt geen strengere of andere eisen dan een toetsing van avv's aan andere algemene rechtsbeginselen (niet zijnde de redelijkheid en billijkheid), zo blijkt.⁴⁷ De Hoge Raad herhaalt allereerst de overwegingen uit *Landbouwwliegers*, dat de rechter niet tot taak heeft om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen, en dat de aard van de wetgevende

functie en de positie van de rechter in het staatsbestel meebrengen dat hij ook overigens terughoudendheid moet betrachten. Ook de redelijkheidstoetsing passeert de revue, al laat de Hoge Raad daarbij de term ‘willekeur’ achterwege. Wel koppelt hij de toetsing expliciet aan artikel 3:4 Awb, dat in lid 2 bepaalt dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.⁴⁸ Bij het formuleren van de toetsingsmaatstaf voegt de Raad toe dat de rechter “*onder meer*” kan toetsen of de wetgever bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de betrokken regeling of regel heeft kunnen komen.⁴⁹ Vervolgens schetst hij twee gevallen waarin een lagere regeling buiten toepassing kan worden gelaten, omdat een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Allereerst kan de rechter de regeling buiten toepassing laten indien “*sprake is van bijzondere omstandigheden die niet of niet ten volle zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever (in dit geval dus de lagere wetgever)*”. Buiten toepassing laten volgt dan “*indien die niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden de toepassing van de (...) bepaling zozeer in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht dat die toepassing achterwege moet blijven*”. Ten tweede kan de rechter een regeling buiten toepassing laten, indien de uitkomst van de toetsing aan de op artikel 3:4 Awb gebaseerde redelijkheidsmaatstaf is dat de wetgever niet tot die regeling heeft kunnen komen.⁵⁰ Hoewel de uitspraak op dit punt helderder had gekund, hoeft de toetsing zich mijns inziens niet te beperken tot de twee geschetste gevallen. In de voorafgaande rechts-overweging wordt immers gesproken van toetsing aan “*algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht*” en toetsing aan “*onder meer*” de redelijkheidsmaatstaf. Daarin klinkt door dat de schending van andere rechtsbeginselen eveneens reden kan zijn om een regeling buiten toepassing te laten. De toetsing aan andere rechtsbeginselen beperkt zich daarbij niet tot de redelijkheidsmaatstaf (‘willekeursluis’).⁵¹

De burgerlijke rechter mag dus rechtstreeks toetsen aan andere rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het verbod op détournement de pouvoir en het vertrouwensbeginsel. Niettemin speelt de redelijkheidsmaatstaf uit *Landbouwwliegers* nog steeds een belangrijke rol, net als een terughoudende opstelling van de rechter.⁵² Daarnaast wijst het *Leffers/Staat*-arrest uit 1991 erop dat toetsing aan andere rechtsbeginselen, zoals het beginsel van égalité devant

44 HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, NJ 1987/727, m.nt. M. Scheltema (*Amsterdam/IKON*), r.o. 3.4.

45 M. Scheltema, ‘IKON. Beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk handelen van bestuursorganen’, in T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek* 2022/10, p. 177-178.

46 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0146, NJ 2010/53, m.nt. M.R. Mok (*MKZ-crisis*), r.o. 3.6; HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, NJ 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Binnenvaart*), r.o. 3.9.1.

47 L.A.D. Keus, ‘De relatie tussen burgerlijke rechter en wetgever’, *RegelMaat* 2018, afl. 5, p. 257.

48 Uit artikel 3:1 lid 1 Awb volgt dat de in afdeling 3.2 Awb gecodificeerde abbb – zoals het evenredigheidsbeginsel – van toepassing zijn op besluiten, inhoudende avv's “*voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet*”.

49 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, NJ 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Binnenvaart*), r.o. 3.9.1.

50 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, NJ 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Binnenvaart*), r.o. 3.9.2, met verwijzing naar r.o. 3.8.1 (niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden) en r.o. 3.9.1 (redelijkheidstoetsing).

51 Vgl. Keus 2018, p. 257.

52 Zie naast het aangehaalde *Binnenvaart*-arrest bijv. HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1668, NJ 2005/67, m.nt. T. Koopmans (*Besluit paraverterinaren*), r.o. 3.5.

les charges publiques, eveneens geplaatst kan worden in de sleutel van het willekeurverbod.⁵³ Noodzaak is dat echter niet. In een zaak over een import- en handelsverbod presenteert de Hoge Raad hetzelfde égalité-beginsel bijvoorbeeld als verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel waaraan door de rechter kan worden getoetst, zonder dat hij rept van het willekeurverbod en/of de redelijkheidsmatstaf.⁵⁴ Zo bezien is de toetsing aan algemene rechtsbeginselen niet beperkt tot toetsing aan de redelijkheidsmatstaf van het willekeurverbod.⁵⁵ Overigens ligt dat anders voor de toetsing aan formele beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het motiveringsbeginsel en het beginsel van zorgvuldige voorbereiding. In het licht van *Landbouwwliegers* wordt wel aangenomen dat die toetsing nog steeds moet plaatsvinden aan de hand van de redelijkheidsmatstaf.⁵⁶

De geschetste toetsingsmaatstaf van de burgerlijke rechter kent overeenkomsten met de 'nieuwe' bestuursrechtelijke maatstaf. Toch vallen op het eerste oog met name de verschillen in formulering op. Dat roept de vraag naar de onderlinge verhouding tussen de maatstaven op. In de volgende paragraaf bespreek ik die onderlinge verhouding aan de hand van het *Ja/Ja*-arrest.

6. Het *Ja/Ja*-arrest: een vergelijking

6.1 Overeenkomsten

In de inleiding kwamen al kort de feiten aan bod die ten grondslag lagen aan de *Ja/Ja*-uitspraak van de Hoge Raad in de Amsterdamse procedure. De gemeente Amsterdam was overgegaan tot invoering van een opt-in-systeem: bewoners ontvangen geen ongeadresseerd reclamedrukwerk, tenzij zij door een sticker op de brievenbus expliciet aangeven daar wel prijs op te stellen. Het Koninklijk Verbond van Grafische Ondernemingen en de vereniging Mail Distributie Bedrijven kwamen hiertegen in rechte op. Zij vorderden een verklaring voor recht dat het opt-in-systeem onrechtmatig is en eisten dat handhaving verboden werd. Na al bot gevangen te hebben bij rechtbank en hof Amsterdam, verwerpt de Hoge Raad ook hun cassatieberoep. Na een verhandeling over de bevoegdheid van de gemeente Amsterdam om op grond van de Wet milieubeheer en de

Gemeentewet een opt-in-systeem in te voeren, reflecteert de Hoge Raad op de toetsing van regelgeving aan algemene rechtsbeginselen. Het cassatiemiddel nodigde uit stil te staan bij de verhouding tussen de toetsingsmaatstaf van de hoogste bestuursrechters en die van de burgerlijke rechter. Het betoogde dat het hof geen blijk had gegeven van een intensieve toetsing conform de (hiervoor, in paragraaf 4 besproken) jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep van 1 juli 2019. De Hoge Raad verwerpt de cassatieklacht. Daartoe citeert hij allereerst zijn eigen overwegingen uit het *Binnenvaart*-arrest (zie paragraaf 5), alsmede die van de Centrale Raad van Beroep van 1 juli 2019 (zie paragraaf 4).⁵⁷ Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de maatstaf uit het *Binnenvaart*-arrest "naar zijn strekking" niet verschilt van de maatstaf die de Centrale Raad van Beroep hanteert.⁵⁸ Dat het hof uitging van de *Binnenvaart*-maatstaf, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de intensiteit van de te verrichten toetsing, zo oordeelt de Hoge Raad. Daarbij neemt hij mede in aanmerking "de overweging van het hof dat aan de gemeenteraad beleidsruimte toekomt bij het vaststellen van een verordening en dat de invoering van een opt-in-systeem past binnen het gemeentelijk beleid en bovendien aansluit op het landelijk afvalbeheerplan".⁵⁹

Het oordeel dat de maatstaven van hoogste bestuursrechter en hoogste civiele rechter naar hun strekking niet van elkaar verschillen, bouwt gedeeltelijk voort op de conclusie voor het arrest van A-G Wissink. Wissink veronderstelde dat er geen wezenlijke inhoudelijke verschillen (meer) ten grondslag liggen aan de *Binnenvaart*-maatstaf en die van de twee hoogste bestuursrechters.⁶⁰ En eerder schreef Keus eveneens geen wezenlijk verschillen te zien tussen de *Landbouwwliegers*-maatstaf en de door Widdershoven in zijn conclusie bepleite wijze van toetsing.⁶¹ Toch is mij daarmee nog niet duidelijk wat het "naar zijn strekking niet verschillen" in deze context betekent. Ik licht dit verder toe.

Er kan mijns inziens onderscheid worden gemaakt tussen de *methode* van toetsing enerzijds en de *uitkomst* van toetsing anderzijds. De methode van toetsing ziet op hoe de rechter tot het oordeel komt. Daarbij horen vragen als: hoe intensief toetst de rechter en hoe bepaalt hij of zij de toetsingsintensiteit? Welke rol spelen rechtsbeginselen zoals het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel binnen de toetsing? De uitkomst van de toetsing heeft betrekking op de eindconclusie over de verbindendheid, toepasselijkheid en/of onrechtmatigheid van het avv, en volgt logisch uit toepassing van de toetsingsmethode. In de vergelijking tussen de toetsing door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter zijn dan vier situaties denkbaar: (i) methode én uitkomst zijn bij beide maatstaven hetzelfde; (ii) de methodes zijn verschillend, maar de

53 HR 18 januari 1991, NJ 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (*Leffers/Staat*), r.o. 3.5-3.8. De willekeur zou er dan voor wat betreft het égalité-beginsel uit bestaan dat de overheid onrechtmatig handelt door uitvaardiging en uitvoering van een regeling, zonder daarbij een vergoeding toe te kennen aan een in onevenredige mate in hun belangen getroffen groep benadeelden.

54 HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7902, NJ 2005/189, m.nt. M.R. Mok (*Staat/Harrida*), r.o. 3.5.2. Als grondslag wordt mede verwezen naar artikel 3:4 lid 2 Awb. Zie eerder, in de context van strafvorderlijk optreden HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615, m.nt. M. Scheltema (*Staat/Lavrijsen*).

55 In dezelfde zin: Keus 2018, p. 271; J.J. van der Helm, 'Toetsing van het bestuurshandelen in het privaatrecht (Nederland)', in: L. Wiggers-Rust e.a. (red.), *Naar een eenvormige(r) toetsing?*, Oisterwijk: WLP 2020, p. 44-45; G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht. Bijzonder deel* (Mon. BW A26b), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 29d, p. 93-94; Conclusie A-G M.H. Wissink van 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:98, onder 7.5.3; F.J. van Ommeren, annotatie bij HR 24 september 2021, AB 2021/343, onder 4.

56 Concl. A-G Wissink, onder 7.5.3; Van Male 2015, p. 171; en voor het motiveringsbeginsel: G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht. Algemeen deel* (Mon. BW A26a), Deventer: Kluwer 2011, nr. 19c, p. 80-81.

57 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.2.1-3.2.3.

58 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.2.4.

59 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.2.5.

60 Concl. A-G Wissink, onder 7.9.2.

61 L.A.D. Keus, 'De relatie tussen burgerlijke rechter en wetgever', *RegelMaat* 2018, afl. 5, p. 271.

materiële uitkomst is hetzelfde; (iii) de methode is hetzelfde, maar de uitkomsten verschillen; (iv) zowel methodes als uitkomsten verschillen. Daarbij merk ik meteen op dat gelijke uitkomsten slechts tot op zekere hoogte haalbaar zullen zijn. In de praktijk zal de uitkomst van de toetsing in belangrijke mate afhangen van de specifieke context, het partijdebat en de rechterlijke weging daarvan.⁶²

De overweging van de Hoge Raad dat de maatstaven naar hun strekking niet van elkaar verschillen, maakt dat optie (iv), verschil in methode én uitkomst, afvalt. Evenmin is aannemelijk dat de Hoge Raad optie (iii), een gelijke methode maar verschillende uitkomst, wenselijk acht. Dan blijven over de opties (i) en (ii): methode en uitkomst zijn hetzelfde, ofwel de methodes zijn verschillend maar de materiële uitkomst komt overeen.

Voor de gedachte dat de methode van toetsing hetzelfde is, pleiten enkele belangrijke overeenkomsten. Beide maatstaven benadrukken dat de rechter bij de toetsing niet tot taak heeft om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Wel relateren de Centrale Raad en de Afdeling die taakopvatting specifiek aan het geval dat het regelgevend orgaan bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen gemaakt heeft of kan maken.⁶³ Bij aanwezigheid van beslissingsruimte van het vaststellend orgaan kan volgens de bestuursrechters ook sprake zijn van een beoordeling die “materieel terughoudend” is. Die formulering doet dan weer denken aan de overweging van de Hoge Raad, dat de rechter bij toetsing ook overigens terughoudendheid moet betrachten. Daarnaast hoeft de burgerlijke rechter, net als de bestuursrechter, geen extra ‘willekeursluis’ te hanteren, maar kan hij rechtstreeks aan rechtsbeginselen toetsen. Keus en Van Ommeren hechten ook expliciet waarde aan de omstandigheid dat de Hoge Raad in de *Binnenvaart*-maatstaf niet letterlijk de term ‘willekeur’ gebruikt.⁶⁴ Ik meen echter dat aan het weglaten van de – wellicht wat verouderde en verwarrende⁶⁵ – term door de Hoge Raad niet te veel betekenis moet worden toegekend. Historisch gezien is het willekeurverbod immers onlosmakelijk verbonden met de redelijkheidstoetsing.⁶⁶ Een laatste overeenkomst betreft de rol die is weggelegd voor formele beginselen, aangenomen dat de burgerlijke rechter op dit punt nog steeds vasthoudt aan de *Landbouwwliegers*-maatstaf.

Binnen beide maatstaven kan schending van formele beginselen op zichzelf niet leiden tot onverbindendheid.

De Hoge Raad heeft in deze overeenkomsten kennelijk aanleiding gezien om vast te kunnen houden aan de eerder door hem geformuleerde toetsingsmaatstaf.⁶⁷ De conclusie van A-G Wissink bood daarvoor een springplank, al lijkt de A-G wel een voorkeur te hebben voor het expliciet aansluiten bij de bestuursrechtelijke maatstaf.⁶⁸ De overweging van de Hoge Raad is wellicht ook ingegeven doordat het hof in zijn oordeel vasthield aan de *Binnenvaart*-maatstaf. Wanneer de Hoge Raad ervoor had gekozen zich te committeren aan de formulering uit het bestuursrecht, had hij zich, gelet op het cassatiemiddel, eveneens moeten buigen over mogelijke verschillen met de door het hof gehanteerde *Binnenvaart*-toetsingsmaatstaf.⁶⁹ Zo bezien lijkt de gekozen oplossing recht te doen aan het oordeel van het hof én een brug te slaan naar de bestuursrechtelijke maatstaf.

6.2 Verschillen

Toch zie ik ook verschillen tussen de toetsingsmaatstaf van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Een op het oog relatief klein verschil betreft de doorwerking van schending van formele beginselen. De burgerlijke rechter zal die schending meewegen bij de redelijkheidstoets, terwijl de bestuursrechter beoordeelt of als gevolg van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding door de rechter niet kan worden beoordeeld of er strijd is met hogere regelgeving of rechtsbeginselen. Belangrijker lijken mij twee andere, met elkaar samenhangende verschillen.

Een eerste verschil is dat het – in artikel 3:4 lid 2 Awb gecodificeerde – evenredigheidsbeginsel bij de bestuursrechter een prominentere rol binnen de toetsing speelt. Als het vaststellend orgaan bij het voorbereiden en uitvoeren van een avo de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd, beperkt de toetsing zich in het algemeen tot de vraag of de regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Een dergelijke vuistregel gebruikt de burgerlijke rechter niet. Bovendien houdt de Hoge Raad vast aan de redelijkheidsmaatstaf, weliswaar onder verwijzing naar artikel 3:4 Awb. Dat doet denken aan ‘de *Maxis en*

62 Vgl. G. Snijders, ‘Gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard’, in: G. Snijders & A.G. Castermans, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht* (preadviezen VASR), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 24.

63 Het verschil moet niet worden overdreven, aangezien de overwegingen door de Hoge Raad historisch eveneens zijn ingegeven door de aanwezigheid van beslissingsruimte bij de overheid.

64 Keus 2018, p. 271; Van Ommeren 2021, onder 4-5.

65 De term ‘willekeur’ is verwarrend, omdat daaronder in het maatschappelijk taalgebruik iets anders wordt verstaan dan in de juridische werkelijkheid; vgl. Snijders 2011, nr. 18b, p. 76.

66 HR 25 februari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1963, NJ 1949/558, m.nt. E.M. Meijers (*Doetinchemse woonruimtevoorziening*).

67 Ook de Belastingkamer van de Hoge Raad lijkt weinig verschil tussen de bestuursrechtelijke en de civielrechtelijke maatstaf te zien. Waar hij in eerdere arresten verwees naar de bestuursrechtelijke maatstaf (zie paragraaf 4, slot), verwees hij in een recente zaak juist naar het *Binnenvaart*- en het *Ja/Ja*-arrest (‘vgl.’). De Hoge Raad leidt uit artikel 3:4 lid 2 Awb, in verbinding met artikel 3:1, aanhef en onder a, Awb, af dat de rechter “dus onder meer [kan] toetsen of de wetgever bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de betrokken regeling heeft kunnen komen”. In casu zijn de gevolgen van de regeling (hier: te maken kosten) “niet van een zodanige omvang dat zij onevenredig zijn in verhouding tot de (...) – gerechtvaardigde – doelen die de Staatssecretaris met de wijziging van [de regeling] heeft nagestreefd”. Ook overigens heeft de Staatssecretaris in redelijkheid tot de gemaakte keuzes kunnen komen. Zie HR 2 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1787 (*eHerkenning*), r.o. 4.5.1-4.5.4.

68 Concl. A-G Wissink, onder 7.9.1-7.10.

69 A-G Wissink meent overigens dat – zelfs als de maatstaven inhoudelijk van elkaar verschillen – dit verschil in maatstaf niet van invloed is geweest op de beoordeling door het hof; zie zijn conclusie, onder 7.10-7.11.2.

Praxis-wijze' van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel: er wordt niet rechtstreeks aan het 'tot het bestuur gerichte' evenredigheidsbeginsel getoetst, maar slechts aan de terughoudende redelijkheidstoets van het willekeurverbod. Zoals gezegd, toetste de Afdeling in de *Alcoholslotprogramma*-uitspraak juist rechtstreeks aan het evenredigheidsbeginsel. Zij bestempelde dit later, in het jaarverslag, als een indringende toets.⁷⁰ Dat wekt de suggestie dat het verschil niet zuiver tekstueel is. Die gedachte wordt versterkt doordat de Afdeling de evenredigheidsbeoordeling in haar *Harderwijk*-uitspraak van 2 februari 2022 – dus na het wijzen van het *Ja/Ja*-arrest – verder heeft geoperationaliseerd. De Afdeling onderschrijft de gedachte dat de bestuursrechter bij voorkeur (rechtstreeks) moet aansluiten bij de bewoordingen van artikel 3:4 lid 2 Awb, en dat zijzelf niet langer het willekeurcriterium voorop zal stellen.⁷¹ Van groot gewicht is dat de Afdeling zich aansluit bij een toetsingsmodel dat al eerder werd bepleit door diverse auteurs, waaronder de A-G's Widdershoven en Wattel. Volgens dat, op het Unierecht gebaseerde, model kunnen de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid een rol spelen bij de toetsing aan artikel 3:4 lid 2 Awb. Hoewel de rechter niet steeds 'categorisch' een drietrapstoets hoeft uit te voeren, valt uit de uitspraak af te leiden dat hij consequenties mag verbinden aan de antwoorden op de volgende vragen:

- “(i) Is het besluit geschikt om het doel te bereiken? Die geschiktheidstoets houdt een effectiviteitstoets en een coherentietoets in;
- (ii) Is het besluit noodzakelijk om het doel te bereiken? Is een keuze mogelijk tussen meer geschikte maatregelen, dan moet op basis van deze toets die maatregel worden gekozen die de belanghebbenden het minst belast;
- (iii) Is de maatregel evenwichtig (evenredigheid *stricto sensu*)? Is de op zichzelf geschikte en noodzakelijke maatregel in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend voor de belanghebbende?”⁷²

Het ligt voor de hand dat bestuursrechters dit kader ook zullen hanteren bij de evenredigheidstoets van *avv*'s.⁷³ De deelcriteria helpen de rechter bij de oordeelsvorming en bieden structuur aan het partijdebat en de motivering van het rechterlijk oordeel. Of het ook de burgerlijke rechter is toegestaan een *avv* te toetsen op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid blijft vooralsnog onduidelijk;

het *Ja/Ja*-arrest van de Hoge Raad biedt daartoe onvoldoende aanknopingspunten, terwijl het gerechtshof eerder zelfs overwoog dat het niet aan de burgerlijke rechter is om te oordelen over de geschiktheid van de door de gemeente gekozen methode om het nagestreefde doel te behalen.⁷⁴

Een tweede verschil is dat de bestuursrechter expliciteert welke omstandigheden de intensiteit van toetsing beïnvloeden. De beoordeling van het *avv* kan materieel terughoudend zijn als het bestuursorgaan beschikt over beslissingsvrijheid, en intensiever naarmate het *avv* meer ingrijpt in het leven van een belanghebbende en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn. In haar *Harderwijk*-uitspraak licht de Afdeling verder toe dat de intensiteit van de rechterlijke toetsing een “*glijdende schaal*” betreft, “*waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend toegepast moeten kunnen worden*”:

“De intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wordt bepaald door onder meer de aard en de mate van de beleidsruimte van het bestuursorgaan, de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen en de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten, zal de toetsing intensiever zijn.”⁷⁵

De *Binnenvaart*-maatstaf spreekt slechts van het betrachten van terughoudendheid bij de toetsing. Ook de redelijkheidsmaatstaf suggereert een terughoudende, marginale toetsing.⁷⁶ Toch moet dit verschil niet overdreven worden. De toetsing van *avv*'s door de hoogste bestuursrechters kenmerkt zich eveneens nog steeds in belangrijke mate door terughoudendheid.⁷⁷ Daarnaast lijkt de Hoge Raad in het *Ja/Ja*-arrest de terughoudende opstelling nadrukkelijker te relateren aan de beleidsruimte die *in het specifieke geval* aan de regelgever toekomt.⁷⁸ Bovendien is het aannemelijk dat de rechter zich ook binnen de redelijkheidstoetsing kritischer kan opstellen als dat gewenst is. Interessant in deze context is een arrest van de Hoge Raad uit 2020, dat draaide om de vraag of de Staat verplicht was Nederlandse

70 Jaarverslag Raad van State 2015, p. 65.

71 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Woningsluiting Harderwijk*), r.o. 7.6. Vgl. ook ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:828, r.o. 7.3 (“niet evenredig”).

72 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.7-7.8.

73 Vgl. ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10. Een (vroeger) voorbeeld vormt ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1120, r.o. 4.3. Uit het rechtspraakonderzoek van Van Heusden blijkt overigens dat de hoogste bestuursrechters in hun toetsing vooralsnog meestal slechts de evenredigheid *stricto sensu* expliciteren; L.A. van Heusden, *Rechterlijke toetsing van de rationaliteit van algemeen verbindende voorschriften. Naar een intensievere toetsing?*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 200-201. De uitspraak van 2 februari 2022 kan in de toekomst echter als katalysator werken voor de drietrapstoets bij exceptieve toetsing; vgl. ook Van Heusden 2022, p. 220, voetnoot 1026.

74 Hof Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3423, r.o. 3.38. Wel lijkt het hof de geschiktheid te betrekken in het kader van de vraag of de gemeente de gevolgen van de maatregel voor de papierverspilling en het milieu adequaat heeft onderzocht (r.o. 3.35).

75 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.9-7.10

76 Vgl. Van Wijk, die de willekeurs-/redelijkheidstoets bestempelde tot marginale toetsing; H.D. van Wijk, *Voortgaande terugtred* (inaugurele rede VU Amsterdam), Alphen aan de Rijn: N. Samson 1959, herdrukt in: *Besturen met recht. Een keuze uit het werk van prof. mr. H.D. van Wijk*, Den Haag: VNG 1974, p. 99.

77 Van Heusden 2022, p. 222-223. Al zijn er ook voorbeelden van intensievere toetsing; bijv. ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:828, r.o. 7.3, waarin de Afdeling onverkorte toepassing van een ministeriële regeling in de gegeven omstandigheden niet evenredig en in strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb acht.

78 Vgl. HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.2.5, waarin hij mede in aanmerking neemt “de overweging van het hof dat aan de gemeenteraad beleidsruimte toekomt bij het vaststellen van een verordening”.

moeders en hun kinderen terug te halen uit Syrië, waar ze gevangenzaten omdat ze waren afgereisd naar door terreurorganisatie IS bezet gebied. De Hoge Raad overwoog dat de rechter zich terughoudend moest opstellen met betrekking tot de door de Staat gemaakte afwegingen; het is niet aan de rechter om deze afwegingen zelf te maken. Voor zover het handelen van de Staat valt binnen de hem toekomende beleids- en beoordelingsruimte kan de rechter slechts nagaan of de Staat alle betrokken belangen heeft afgewogen en of hij daarbij in het licht van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid heeft kunnen komen tot zijn handelwijze, aldus de Hoge Raad, onder verwijzing naar artikel 3:4 Awb.⁷⁹ Ten aanzien van het oordeel van het hof, dat voor de vrouwen en kinderen hun (meest) fundamentele belangen op het spel staan, vervolgde de Hoge Raad:

“Hoewel de omstandigheid dat belangen op het spel staan die door mensenrechtenverdragen worden beschermd, moet worden betrokken bij de beoordeling of de Staat bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid heeft kunnen komen tot zijn handelwijze (...), maakt die omstandigheid niet dat een andere maatstaf moet worden aangelegd of dat de rechter zich minder terughoudend moet opstellen, ook niet als het gaat om mensenrechten als het recht op leven en het recht op vrijheid en veiligheid.”⁸⁰

Hoewel dit arrest niet ging over de toetsing van een avv, lijkt de algemenere lijn van terughoudende toetsing indien fundamentele belangen op het spel staan, op gespannen voet te staan met de bestuursrechtelijke lijn. Maar het arrest gaat verder. De omstandigheid dat de mensenrechtenverdragen de belangen beschermen die de vrouwen en kinderen hebben ingeroepen, moet bij de belangenafweging worden betrokken en maakt dat aan die belangen groot gewicht toekomt. Vanwege de aard van de betrokken belangen mogen aan de belangenafweging van de Staat “*hoge eisen*” worden gesteld, en “*ligt het op de weg van de Staat om [zijn] betoog voldoende te onderbouwen door gemotiveerde feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit kan volgen dat hij in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Dat de rechter zich terughoudend dient op te stellen bij de toetsing van de door de Staat binnen de hem toekomende grote beleids- en beoordelingsruimte gemaakte afwegingen (...), maakt dat niet anders.*”⁸¹ De burgerlijke rechter kan de belangenafweging op deze wijze wel degelijk kritisch controleren, hoewel dat strikt genomen niet leidt tot aanpassing van de toetsingsintensiteit. Het is aannemelijk dat op deze wijze materieel tot dezelfde uitkomst kan worden gekomen. De gekozen methode om dat te bereiken is echter anders: waar de bestuursrechter kiest voor “*intensievere toetsing*”, kent de burgerlijke rechter “*groot gewicht*” toe aan de betrokken belangen en stelt hij “*hoge eisen*” aan de belangenafweging.

Terugkerend naar de vier geschetste opties, concludeer ik dat er verschillen zijn in de methode van toetsing door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Althans: dat onvoldoende duidelijk is dat géén verschillen bestaan. In het gunstigste scenario stemt de materiële uitkomst van de toetsing door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter wél met elkaar overeen. Daar zijn aanwijzingen voor, zoals hiervoor werd aangegeven. Toch bestaat het risico dat de geschetste verschillen wel degelijk leiden tot een verschil in uitkomst. Het is maar de vraag of de rechter die de terughoudendheid van de toetsing principieel vooropstelt, steeds komt tot eenzelfde oordeel als de rechter die aanneemt dat een intensievere toetsing aangewezen is wanneer fundamentele belangen op het spel staan. En of een rechter die toetst aan de redelijkheidsmaatstaf van het willekeurverbod materieel steeds dezelfde uitkomst bereikt als een rechter die de evenredigheid van een avv controleert aan de hand van de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid *stricto sensu*.⁸² Bovendien valt bij afwijkende wijzen van beoordeling moeilijk te controleren of inderdaad hetzelfde resultaat bereikt wordt als gebruikgemaakt zou zijn van de andere maatstaf. Vanuit redenen van rechtseenheid pleit ik er daarom voor dat de burgerlijke rechter zich explicieter aansluit bij de methode van toetsing door de bestuursrechter.

7. Rechtseenheid bij toetsing van algemeen verbindende voorschriften

De rechtseenheid vergt dat verschillende rechters binnen één rechtsorde dezelfde rechtswetten consistent, op eenzelfde wijze, uitleggen.⁸³ Dat is niet alleen vanuit academisch oogpunt van belang, maar ook om redenen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en het tegengaan van willekeur.⁸⁴

Zoals hiervoor bleek, toetsen zowel burgerlijke rechter als bestuursrechter avv's aan de abbb. De Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters baseren de redelijkheidstoetsing respectievelijk de evenredigheidstoetsing ook beide op dezelfde wetsbepaling, namelijk op artikel 3:4 Awb. Er bestaat geen goede reden waarom dezelfde beginselen door burgerlijke rechter en bestuursrechter verschillend moeten

79 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, NJ 2020/293, m.nt. C.M.J. Ryngaert (IS-moeders), r.o. 3.10.3-3.10.4.

80 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.10.5.

81 HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.13.2 en 3.15.2.

82 Zo oordeelde het hof in de *Ja/Ja*-zaak dat het niet aan de burgerlijke rechter is om te oordelen over de geschiktheid van de door de gemeente gekozen methode (Hof Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3423, r.o. 3.38). Als burgerlijke rechters inderdaad de geschiktheidstoets aan het bestuur laten, kan dat resulteren in een verschil in uitkomst met een rechterlijke toetsing waarin de geschiktheid wel nadrukkelijk wordt bevestigd.

83 Vgl. M.J.C. Stip & S.E. Zijlstra, 'Rechtseenheid: concepten, motieven, actoren en instrumenten', *RegelMaat* 2015, afl. 6, p. 408-409; B.J. van Ettehoven, 'Rechtseenheid en afstemming tussen de hoogste bestuursrechters', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 649-650.

84 *Rechtseenheid tussen de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State* (rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht), bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16*, 34389, nr. 9. Het rapport wijst er tevens op dat het vertrouwen in het recht, de rechtspraak en het gezag van de rechter ondermijnt kan worden, indien rechters in gelijke gevallen tot uiteenlopende uitspraken komen. Vgl. ook T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, p. 31-33.

worden geïnterpreteerd en toegepast. Die visie lijkt ook ten grondslag te liggen aan de hiervoor aangehaalde *IKON*-uitspraak (paragraaf 5). Uit dat arrest bleek dat abbb bij de burgerlijke rechter geen “zwakkere werking dan in het bestuursrecht” hebben.

Ook meer in het algemeen bestaat aanleiding om de invulling van de toetsing van avv's tussen rechters af te stemmen.⁸⁵ Het object van toetsing is immers hetzelfde: een avv.⁸⁶

Waar het object van toetsing én de rechtsnormen waaraan getoetst moet worden hetzelfde zijn, ligt het om redenen van rechtseenheid voor de hand dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter eenzelfde toetsingsmaatstaf hantieren.⁸⁷ Niet voor niets voelt de Hoge Raad zich in de *Ja/Ja*-uitspraak geroepen te verduidelijken dat de toetsing door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter in essentie overeenkomen. Terecht is er de wens aan te sluiten bij de vernieuwde wijze van toetsing van avv's door de bestuursrechter.

A-G Wissink en annotator Van Ommeren wijzen op een aanvullend argument dat ervoor pleit dat de burgerlijke rechter aansluiting zoekt bij de toetsing door de bestuursrechter.⁸⁸ Zoals in paragraaf 2 al aan bod kwam, dient de burgerlijke rechter zich niet-ontvankelijk te verklaren als een avv door de bestuursrechter exceptief getoetst kan worden. Volgens Van Ommeren is deze jurisprudentielijn gebaseerd op de vooronderstelling dat:

“de rechtsbescherming die de rechtzoekende bij de bestuursrechter krijgt tot op zekere hoogte dezelfde is als de rechtsbescherming die de civiele rechter zou bieden. Zou dat niet het geval zijn, dan kan de mogelijkheid van een bestuursrechtelijke rechtsgang niet reeds voldoende zijn om de civiele rechtsgang af te snijden. Dat veronderstelt dat in elk geval de toetsingsmaatstaven in beide rechtsgangen naar hun strekking identiek zijn. Zouden de toetsingsmaatstaven van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften van wezenlijk verschillende aard zijn, dan zou het fundament onder deze jurisprudentiële lijn komen weg te vallen.”

De argumentatie van Van Ommeren – in het kielzog van Wissink – sluit aan bij de overwegingen van de Hoge Raad in het *World Online*-arrest uit 2009. De Hoge Raad overwoog daar dat:

“een behoorlijke taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, mede met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, meebrengt dat in het geval de daartoe bij uitstek aangewezen hoogste bestuursrechter in een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang onherroepelijk de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken, de burgerlijke rechter – behoudens bijzondere omstandigheden – in beginsel van dat oordeel van de bestuursrechter dient uit te gaan en zich niet opnieuw zelfstandig een oordeel over de verbindendheid van het desbetreffende voorschrift vormt”.⁸⁹

Hoewel deze overweging vooral lijkt te zijn ingegeven door de taakverdeling tussen rechters, acht ik ook hier de door Van Ommeren geschetste vooronderstelling van toepassing: de rechtsbescherming door de bestuursrechter en burgerlijke rechter is tot op zekere hoogte dezelfde.

In aanvulling op deze argumentatie wijs ik erop dat het in sommige gevallen min of meer toevallig is of de burgerlijke rechter dan wel de bestuursrechter zich als eerste over een avv buigt. Soms mag de burgerlijke rechter namelijk oordelen over de verbindendheid of rechtmatigheid van een avv, ondanks dat het voor de bestuursrechter mogelijk zou zijn dat avv exceptief te toetsen. In gevallen waarin de belanghebbende de werking van het avv rechtstreeks ondervindt – zoals bij een verbod – kan van haar niet gevergd worden dat zij een voor beroep vatbaar besluit, zoals handhavend optreden, uitlokt.⁹⁰ De toevalligheid van de eerst oordelende rechter zou niet mogen leiden tot een andere beoordeling van het avv, en pleit dus voor afstemming in toetsing.

Er bestaat dus om redenen van rechtseenheid voldoende aanleiding voor de burgerlijke rechter om aansluiting te zoeken bij de toetsing door de bestuursrechter.⁹¹ De bestuursrechtelijke maatstaf biedt ruimte voor de ontwikkeling van een evenwichtig en verfijnd systeem met verschillende toetsingsintensiteiten en een beter geoperationaliseerde evenredigheidstoets. Hoewel het te waarderen is dat de Hoge Raad in zijn *Ja/Ja*-arrest een overweging wijdt aan de verhouding tot de bestuursrechtelijke toetsingsmaatstaf, ware het beter geweest als hij zich expliciet had aangesloten bij die maatstaf. Nu ligt – vanwege de geschetste verschillen in de toetsingsmethode – niet alleen het gevaar op de loer dat de uitkomsten uiteen gaan lopen, maar bestaat ook het risico dat door de uiteenlopende methodes minder inzichtelijk is of de uitkomsten naar hun strekking daadwerkelijk op hetzelfde neerkomen. Het is dan maar de

85 Van Ettekovén 2015, p. 653. Vgl. ook de annotaties van H.J. Snijders (*NJ* 2016/262, onder 5 (*Staat/Stichting Privacy First*)), en T. Barkhuysen & M. Claessens (*NJ* 2017/46, onder 9 (*Universiteiten/SCAU*)) en de conclusie van A-G B.J. Drijber van 1 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:346, onder 7.30.

86 Van Ommeren 2021, onder 11.

87 Vgl. de conclusie van A-G Wissink, onder 7.9.2 en L.F. Wiggers-Rust, ‘Goed voorbeeld doet goed volgen! Over de coördinatie van bestuursrecht en privaatrecht op het hoogste én op lager rechterlijk niveau’, *NJB* 2022, afl. 37, p. 3037-3038.

88 Concl. A-G Wissink, onder 7.9.3; Van Ommeren 2021, onder 12.

89 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*), r.o. 4.38.2.

90 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, *NJ* 2017/46, m.nt. T. Barkhuysen & M. Claessens (*Universiteiten/SCAU*), r.o. 4.2.2, onder verwijzing naar HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169, *NJ* 1997/165, m.nt. M. Scheltema (*Leenders/Ubbergen*). Schutgens wijst erop dat de burgerlijke rechter soms ook mag oordelen over indirect werkende avv's; zie Schutgens 2017, p. 100-101.

91 Van Ettekovén 2015, p. 653.

vraag of volgehouden kan worden dat beide maatstaven inderdaad naar hun strekking niet van elkaar verschillen.

Dat neemt niet weg dat de uitspraak van de Hoge Raad in de praktijk wel degelijk kan bijdragen aan het bereiken van meer rechtseenheid in de toetsing. De uitspraak kan een opstapje vormen naar een volledig geharmoniseerde maatstaf. Zo wijst Scheltema erop dat de Hoge Raad zich mogelijk “meer nauwkeurig” bij de bestuursrechtelijke maatstaf zal aansluiten, indien de bestuursrechtelijke jurisprudentie over de toetsing van avv’s verder is uitgekristalliseerd.⁹² Verder is goed denkbaar dat lagere burgerlijke rechters zich door het *Ja/Ja*-arrest laten inspireren om de ‘bestuursrechtelijke’ wijze van toetsing expliciet te volgen. Ter illustratie wijs ik op een vonnis in kort geding van het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao, dat – onder verwijzing naar het *Ja/Ja*-arrest – voor de toetsing van een regeling aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur aansluit bij de bestuursrechtelijke maatstaf.⁹³ Het Gerecht aarzelt vervolgens de civielrechtelijke maatstaf los te laten. In de omschrijving van het juridisch toetsingskader lopen de bestuursrechtelijke en de civielrechtelijke maatstaf namelijk door elkaar. Het Gerecht overweegt dat de burgerlijke rechter pas tot het oordeel kan komen dat de regeling onrechtmatig is “indien de minister in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift heeft kunnen komen (verbod van willekeur) of als de nadelige gevolgen van een besluit voor één of meer belanghebbers onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (onevenredigheidsbeginsel)”.⁹⁴ Zelfs als juist is dat de maatstaven inhoudelijk niet van elkaar verschillen, kan vermenging van de toetsingskaders spraakverwarring veroorzaken. Die kan worden voorkomen door uitdrukkelijke harmonisatie.

Eenzelfde toetsingsmaatstaf wil uiteraard niet zeggen dat er in de praktijk geen verschillen in methode en uitkomst van toetsing meer kunnen of mogen ontstaan. Ik wees hiervoor bijvoorbeeld al op de rol van de specifieke context, het partijdebat en de rechterlijke weging daarvan. Daarnaast leert de praktijk – ook in dit dossier – dat de wijze van rechterlijke toetsing zich onvermijdelijk doorontwikkelt. Ik zie op dit punt echter bijkomende voordelen van eenzelfde toetsingsmaatstaf. Het is inzichtelijker of er verschillen in toepassing en uitkomst zijn. Daarmee kan beter bestudeerd worden hoe toetsing door de burgerlijke rechter zich precies verhoudt tot die door de bestuursrechters. Onnodige verschillen kunnen worden bekritiseerd en noodzakelijke verschillen gerechtvaardigd. Wat betreft de toetsing van regelgeving, zal er bovendien nadrukkelijker een

dialogo kunnen ontstaan tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Het ‘rechtseenheidsoverleg’ in de Commissie rechtseenheid bestuursrecht, waaraan leden van de hoogste bestuursrechters maar ook een raadsheer van de civiele kamer van de Hoge Raad deelnemen, kan hierbij een rol vervullen.⁹⁵ Verder kunnen de zogenoemde kruisbenoemingen, die het mogelijk maken om staatsraden van de Afdeling en raadsheren van de Hoge Raad in elkaars colleges te benoemen, de gedachte-uitwisseling en zoektocht naar een gemeenschappelijke koers stimuleren.⁹⁶ De rechterlijke dialoog kan bijdragen aan het aan elkaar knopen van de nog vele ‘open eindjes’ betreffende de precieze invulling van de evenredigheidstoetsing en de glijdende schaal in toetsingsintensiteit, en helpen bij het verduidelijken van de rol die is weggelegd voor het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. Daarbij is de rechtsontwikkeling, maar ook de rechtsbescherming van burgers, gebaat.

8. Conclusie

De Hoge Raad heeft de *Ja/Ja*-uitspraak terecht aangegrepen om te reflecteren op de verhouding tussen zijn eigen en de bestuursrechtelijke maatstaf voor toetsing van avv’s. Door het arrest weten we nu dat beide maatstaven dezelfde strekking hebben. Maar wat betekent dat? Het lijkt er immers op dat de methode van toetsing van de burgerlijke rechter en van de bestuursrechter verschillen. Een risico is dat als gevolg van een onderling afwijkende toetsing ook verschillen in uitkomst kunnen ontstaan, of in ieder geval, dat onvoldoende inzichtelijk is of de uitkomsten van de toetsing overeenkomen. Dergelijke verschillen en dreigende verschillen zijn onwenselijk voor zover zij veroorzaakt worden door toetsingsmaatstaven die, op papier, naar hun strekking niet van elkaar verschillen. Ik heb daarom bepleit dat de burgerlijke rechter zich explicieter moet aansluiten bij de wijze van toetsing door de bestuursrechter. Dat komt de consistentie en eenheid van het recht ten goede en draagt bij aan de voorspelbaarheid van de rechterlijke toetsing van regelgeving. De bestuursrechter én de burgerlijke rechter kunnen zo samen bouwen aan een verfijnd systeem van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid.

92 Scheltema 2022, p. 180.

93 GiEA Curaçao 31 oktober 2022, ECLI:NL:OGEAC:2022:300, r.o. 4.4.

94 GiEA Curaçao 31 oktober 2022, ECLI:NL:OGEAC:2022:300, r.o. 4.4. De uitspraak lijkt te suggereren dat het om alternatieve, van elkaar losstaande beoordelingskaders gaat. Zie namelijk r.o. 4.12, waarin het Gerecht oordeelt dat in strijd is gehandeld met “niet alleen het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, maar ook met het verbod van willekeur en het evenredigheidsbeginsel”. Dat roept de vraag op hoe het willekeurverbod en het evenredigheidsbeginsel zich volgens het Gerecht precies tot elkaar verhouden.

95 Illustratief is dat de conclusie van A-G Widdershoven (zie par. 4) is bediscussieerd in de Commissie; zie het jaarverslag 2019, p. 3.

96 Zie hierover bijv. M.C.A. Hermans, ‘Amicus curiae en kruisbenoemingen bij de hoogste bestuursrechters. Een analyse’, *NJB* 2021, afl. 12, p. 894-897. Behulpzaam voor kruisbenoemingen is de mogelijkheid voor (onder meer) de Afdeling om op grond van artikel 8:10a lid 4 Awb de zaak “met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling” door te verwijzen naar een “grote kamer”, bestaande uit vijf rechters.