

Exceptieve toetsing

Conclusie Staatsraad A-G Withershoven 22 december 2017

'De trias politica anno 2018 – exit Landbouwwiegersarrest?'

Bastiaan Wallage en Remko Vos

Contactgroep Algemeen Bestuursrecht
11 april 2018

Programma

- ❑ Inleidende opmerkingen
- ❑ De casus: LPG-tankstation Purmerend
- ❑ De voorgelegde (rechts)vragen
- ❑ De klassieker: het Landbouwwiegersarrest
- ❑ Ontwikkelingen jurisprudentie en literatuur
- ❑ Opvatting Withershoven: intensievere toetsing avv's
- ❑ Voorgestelde beoordelingskader
- ❑ Discussie
- ❑ Consequenties voor de praktijk

Inleidende opmerkingen

- ❑ Conclusies: rechtsontwikkeling en rechtseenheid
- ❑ Exceptieve toetsing door bestuursrechter
 - ❑ Geen beroep tegen avv's (art. 8:3 Awb)
 - ❑ Dus geen rechtstreekse bestuursrechtelijke toetsing van avv's
 - ❑ Wel mogelijk: exceptief toetsen avv's (m.u.v. formele wet) aan hoger recht en algemene rechtsbeginselen
 - ❑ In het kader van het beroep tegen een appellabel besluit
 - ❑ Gevolg: verbindend verklaren of buiten toepassing laten
- ❑ Exceptieve toetsing door strafrechter
 - ❑ Toets van het 'overtreden' voorschrift aan hoger recht
 - ❑ Gevolg: verdachte ontslaan van rechtsvervolgning

Inleidende opmerkingen

- ❑ Rechtstreeks toetsen door burgerlijke rechter
 - ❑ Ingang: artikel 6:162 BW
 - ❑ Strijd met hoger recht en/of algemene rechtsbeginselen
 - ❑ Gevolg: onverbindend en onrechtmatig verklaren
 - ❑ Landbouwwiegers-arrest (Hoge Raad 16 mei 1986)
 - ❑ Maar: bestuursrechter prioritairere weg bij 'indirect werkende regelingen' (Hoge Raad 9 juli 2010, Staat/Vreemdelingenorganisaties)
- ❑ Rol van bestuursorganen?

De casus: LPG-tankstation Purmerend



De casus: LPG-tankstation Purmerend

- ❑ Gevestigd sinds de jaren '70 nabij woonwijk
- ❑ Bestemmingsplan 1980: tankstation met LPG toegestaan
- ❑ Bevi en Revi (2004): afstandseisen leiden tot saneringsplicht
- ❑ Convenant LPG-Autogas 2005
 - ❑ Hittewerende bekleding en verbeterde vulslang
 - ❑ Verkleinen afstandseisen Revi voor 'bestaande' situaties
 - ❑ Brochure VROM 2005: bij conserverend bestemmingsplan anticiperen op wijziging Revi
- ❑ Onderscheid bestaande en nieuwe situaties in Revi (2007)
 - ❑ Probleem: conserverende bestemmingsplan = 'nieuwe' situatie
 - ❑ Vgl. ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0717
 - ❑ Oplossing: ontwerpbesluit LPG-tankstations milieubeheer 2013 (opleggen eisen)
 - ❑ Maar: ingetrokken wegens strijd met Richtlijn 2008/68/EG

De casus: LPG-tankstation Purmerend

- ❑ Bestemmingsplanherziening 2012: vernietigd door ABRvS
 - ❑ Omwonende (125 m) wijst op externe veiligheidsrisico's
 - ❑ Afstand vulpunt tot kwetsbare objecten in 'nieuwe' situatie <45 m (strijd met Revi)
 - ❑ Geen anticipatie: ontwerpbesluit 2013 ingetrokken
 - ❑ Gevolg: appellant dringt aan op wegbestemmen en saneren
- ❑ Wijziging Revi (28 juni 2016)
 - ❑ Verkleinen afstanden voor alle situaties
 - ❑ Onderkend dat afspraken niet kunnen worden afgedwongen
 - ❑ Maar voldoende waarborg: afspraken met de sector (Safety Deal)

HET TOEGANKELIJKE TOPKANTOOR www.vbk.nl T 030 259 59 59 @VBKnl [LinkedIn](#) << >>

De casus: LPG-tankstation Purmerend

- ❑ Herziening omgevingsvergunning 2016
 - ❑ Voorwaarden: hittewerkende bekleding en verbeterde vulslang
 - ❑ Rb. Noord-Holland 8 juni 2017, ECLI:NL:RBNH:2017:4745
 - ❑ Stelling: voorschriften in strijd met Europees recht
 - ❑ Rechtbank: normen strekken niet tot bescherming belang eiseres (art. 8:69a Awb)
 - ❑ Hoger beroep ABRvS
- ❑ Reparatie bestemmingsplan (2017)
 - ❑ Beroep ABRvS
 - ❑ Vovo afgewezen (Vz. ABRvS 13 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1547)
- ❑ Conclusie gevraagd in de bodemzaken

HET TOEGANKELIJKE TOPKANTOOR www.vbk.nl T 030 259 59 59 @VBKnl [LinkedIn](#) << >>

De voorgelegde (rechts)vragen

- ❑ Strekken de door appellante ingeroepen rechtsregels of rechtsbeginselen ter bescherming van haar belangen als omwonende van een LPG-tankstation (of moet artikel 8:69a Awb worden tegengeworpen)?
- ❑ Indien de ingeroepen rechtsregels of rechtsbeginselen niet strekken ter bescherming van de belangen van appellante, kunnen mogelijk de ambtshalve toetsing van voorschriften van openbare orde of de toepassing van EU-recht, de bestuursrechter toch roepen tot exceptieve toetsing?

HET TOEGANKELIJKE TOPKANTOOR www.vbk.nl T 030 259 59 59 @VBKnl [LinkedIn](#) << >>

De voorgelegde (rechts)vragen

- ❑ Kan of moet een algemeen verbindend voorschrift bij wijze van exceptieve toetsing onverbindend worden geacht dan wel buiten toepassing worden gelaten wegens strijd met ongeschreven recht, wanneer de onderbouwing mogelijk niet deugdelijk is of het onderzoek dat daaraan ten grondslag is gelegd mogelijk niet zorgvuldig is? Of kan dit alleen bij strijd met het verbod van willekeur?
- ❑ Welke relevantie komt hierbij toe aan:
 - onderscheid formele en materiele rechtsbeginselen
 - aard en omvang van de schending
 - de omstandigheid dat strijd met het ongeschreven recht voortvloeit uit het Unierecht
- ❑ Met welke intensiteit dient de rechter in dit kader een dergelijk algemeen verbindend voorschrift te toetsen en welke omstandigheden zijn daarop van invloed?
 - aard van het gestelde belang
 - het gebrek is wel/niet onderkend
 - democratische legitimatie

HET TOEGANKELIJKE TOPKANTOOR www.vbk.nl T 030 259 59 59 @VBKnl [LinkedIn](#) << >>

Het relativiteitsbeginsel

- ❑ Relativiteit
 - ❑ Art. 8:69a Awb (1 januari 2013)
 - ❑ Conclusie 'correctie Widdershoven' 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680
- ❑ Relativiteit van het Bevi en Revi
 - ❑ Wet milieubeheer en Richtlijn 2012/18/EU
 - ❑ EU-recht: beperken gevolgen industrie voor menselijke gezondheid en het milieu
 - ❑ Bevi-regelgever: vaste afstanden tot kwetsbare objecten
 - ❑ 'door het bestreden besluit dreigt te worden geraakt'
- ❑ Relativiteit Richtlijn 2008/68 en artikel 36 VWEU
 - ❑ Constructievoorschriften volledig geharmoniseerd: geen nationale regels toegestaan
 - ❑ Bescherming interne vervoersmarkt, niet van het (externe) veiligheidsbelang
 - ❑ Ook naar nationaal recht: beroep stuit af op relativiteit

HET TOEGANKELIJKE TOPKANTOOR www.vbk.nl T 030 259 59 59 @VBKnl [LinkedIn](#) << >>

Ambtshalve toetsing

- ❑ Onderscheid ambtshalve toetsing bepalingen van openbare orde en ambtshalve aanvulling rechtsgronden
- ❑ Relativiteit speelt niet bij bepalingen van openbare orde, maar wel bij ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden
- ❑ (On)verbindendheid: meestal geen kwestie van openbare orde
- ❑ Bepalingen van EU-recht ook als zodanig niet van openbare orde (HvJ Van der Weerd)
- ❑ Onverbindendheid Revi is geen kwestie van openbare orde? Geen ambtshalve toets, dus relativiteitsbeginsel geldt onverkort

HET TOEGANKELIJKE TOPKANTOOR www.vbk.nl T 030 259 59 59 @VBKnl [LinkedIn](#) << >>

Exceptieve toetsing

	Wetgevende macht	Uitvoerende macht	Rechterlijke macht
Land	Regering en Parlement	Regering	Hoge Raad
Provincie	Provinciale Staten	Gedeputeerde Staten	Gerechtshof
Gemeente	Gemeenteraad	College van B & W	Rechtbank

Buiten toepassing laten bij EU-recht?

- ☐ Ook lokale overheid is verplicht om regels buiten toepassing te laten bij strijdigheid met EU-recht.
- ☐ Ook bij internationaal recht is lokale overheid (bestuursorgaan) gehouden om op grond van artikel 94 Gw bij strijdigheid lagere regelgeving buiten beschouwing te laten, tenzij... (Sinterklaasoptocht-uitspraak, ECLI:NL:RVS:2014:4117).
- ☐ Ook aan hoger nationaal recht → bestuur mag en moet regel buiten toepassing verklaren (120 Gw?). Ook 'eigen' algemeen verbindende voorschriften? → omstandigheden van het geval.
- ☐ Terughoudende beoordeling van bestuursorgaan (verhouding Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten → gedragslijn consultatie ministerie).

Geen beroep bij bestuursrechter?

☐ Artikel 8:3 lid 1 Awb:

☐ Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit:

- ☐ a. inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel,
- ☐ b. inhoudende de intrekking of de vaststelling van de inwerkingtreding van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel,
- ☐ c. inhoudende de goedkeuring van een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel of de intrekking of de vaststelling van de inwerkingtreding van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel.

Uitspraken Hoge Raad in 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BM2314) en 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1296) en 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1049).
→ Bestuursrechter is prioritairere weg (specialisatieargument).

Geen beroep bij bestuursrechter?

☐ Wel toetsing aan algemene beginselen, waaronder begrepen de beginselen van behoorlijk bestuur?

☐ Artikel 3:1 lid 1 Awb

- ☐ Op besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften:
 - ☐ a. is afdeling 3.2 slechts van toepassing, voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet.



De klassieker: het Landbouwwlegers-arrest

☐ Hoge Raad 16 mei 1986, AB 1986, 574

☐ Toetsing via verbod van willekeur

☐ Strijd met andere rechtsbeginselen? → leidt niet tot onverbindendheid/buiten toepassing verklaring, tenzij via willekeursluit. Gebreken in de motivering in beginsel onvoldoende voor exceptieve toetsing.

☐ Artikel 11 wet AB: "De regter moet volgens de wet recht spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen".

Ontwikkelingen jurisprudentie en literatuur

☐ Materiele rechtsbeginselen (gelijkheidsbeginsel, verbod van terugwerkende kracht/rechtszekerheid) → willekeursluit wordt niet/minder toegepast.

☐ Formele rechtsbeginselen (formele zorgvuldigheidsbeginsel / motiveringsbeginsel / belangenafweging) → willekeursluit geldt: alleen overbindend/buiten toepassing verklaard indien de avv niet in redelijkheid vastgesteld kon worden (verbod van willekeur).

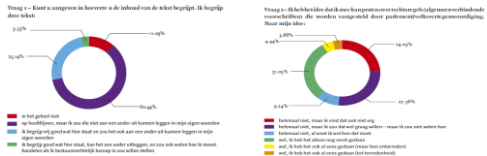
☐ Voorbeeld beoordeling vertrouwensbeginsel / evenredigheidsbeginsel (alcoholslot-zaak, ECLI:NL:RVS:2015:622).

Discussie over exceptieve toetsing

- ❑ Van Male: terughoudende toetsing bij democratisch gelegitimeerde avv's → ook benadeelde groepen geconsulteerd?
- ❑ Democratische legitimiteit? → bestuur is niet gekozen en politieke afwegingen los van rechtsbescherming (Hirsch Ballin). *"Terughoudende toetsing heeft geen democratisch alibi"*.
- ❑ Steeds meer beschikkingen zijn gebaseerd op algemene regels (De Poorter & Capkurt). *"In dit mechanisme trekt het bestuur de macht naar zich toe, wordt de rechter op afstand gezet en laat de volksvertegenwoordiger dit gebeuren"*.
- ❑ Bevindingen: rechterlijke toetsing als compensatie voor het democratisch legitimiteitsdeficit.

VAR Preadvies 2017 – democratische controle en publieke participatie dan maar?

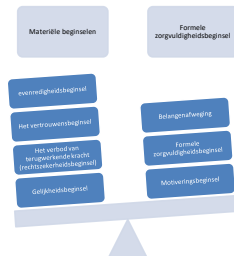
"De kern van dat idee die bij de definitieve uitsluiting van bestuursrechtelijk beroep tegen regels zo'n belangrijke rol speelde, klopt gewoonweg niet meer. Als de rechter al op een stoel zou gaan zitten bij de toetsing van niet-parlementaire wetgeving (wetgeving in formele zin), dan gaat hij zitten op de stoel van het bestuur, en niet op die van de wetgever."



Opvatting Widdershoven: intensievere toetsing avv's

- ❑ Om het evenwicht binnen de Trias te herstellen, is een indringender rechtelijke toetsing nodig.
- ❑ Geen willekeurssluis meer.
- ❑ Intensievere toetsing bij schending van materiele én formele rechtsbeginselen.
- ❑ Argumenten:
 - ❑ Onderscheid in intensiviteit toetsing van avv en beschikking onterecht ook geleet op parlementaire geschiedenis (conclusie para. 7.2).
 - ❑ Rechterlijk toets is een principiële andere dan de politieke controle (*"als die er al is geweest"*) door de vertegenwoordigende lichamen (conclusie para. 8.1)

Materiële en formele rechtsbeginselen



Intensievere toets – beoordelingskader Widdershoven

- ❑ Schrapen willekeurssluis bij toetsing aan materiele en formele rechtsbeginselen. Materiele rechtsbeginselen → geen willekeurssluis → geen verandering met de praktijk.
- ❑ Verschil besluitvorming representatieve organen en bestuur? → Nee, alleen bij invulling formele zorgvuldigheidsbeginsel.
- ❑ Intensiteit? ABRvS 13 april 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:890)
 - ❑ Beslissingsruimte bestuursorgaan;
 - ❑ Aard en inhoud van de uitgeoefende bevoegdheid;
 - ❑ Kan onderscheid worden gemaakt in intensiteit van rechterlijke toetsing tussen onderdelen van een besluit en besluitvorming.

Intensievere toets – beoordelingskader Widdershoven

- ❑ Exceptieve toetsing aan voornamelijk zorgvuldigheid, rechtszekerheid en motivering → de formele rechtsbeginselen (en minder redelijkheidsbeginsel). → door procedurele toetsing weg blijven van politieke discussies. Onderzoeksplicht regelgever.
- ❑ Evenredigheidsbeginsel → drietrapstoets (geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid) toepassen Hof van Justitie → zwaardere onderzoeksplicht bestuursorgaan. Toetsing Maxis/Praxis: *"in redelijkheid tot een besluit had kunnen komen"* willekeurig? → naar noodzakelijkheidsbeoordeling?
- ❑ Motiveringsbeginsel: ondeugdelijke motivering dan exceptieve toetsing (6:22 Awb).

Beoordeling bestuursrechter bij externe veiligheid?

- ☒ Externe veiligheid factor die van belang is bij beoordeling/intensiteit bestuursrechter?
 - ☒ Ja, aard en aangetaste belangen spelen een rol
 - ☒ Bij externe veiligheid spelen het recht op leven (2 EVRM), privacy (8 EVRM) en het recht op eigendom (1 EP) een rol
 - ☒ Intensieve toets aan evenredigheid, zorgvuldigheid en motivering
 - ☒ Maar: strijd algemene rechtsbeginselen in deze procedure niet met zoveel woorden aangevoerd
 - ☒ Aanvulling rechtsgronden?

Conclusies

- ☒ Exceptieve toetsing aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen: willekeursluis geen extra drempel
- ☒ Intensiteit beoordeling afhankelijk van beslissingsruimte regelgever, daarbij gelden 4 vuistregels:
 - ☒ Terughoudendheid bij ruime beslissingsruimte en politieke afwegingen. Altijd toetsen aan formele rechtsbeginselen (motivering)
 - ☒ Toetsing intensiever naarmate voorschrift meer ingrijpt in leven van de burger
 - ☒ Negatieve gevolgen voor bepaalde groep expliciet meegewogen bij AVV → alleen toetsing aan evenredigheidsbeginsel mogelijk
 - ☒ Geen principieel verschil tussen beoordeling voorschrift van gekozen orgaan of bestuur
- ☒ Bestuursorgaan gehouden en verplicht door hen toegepaste avv's te toetsen aan hoger internationaal en nationaal recht

Consequenties voor praktijk

- ☒ Bij ingrijpende regelingen/voorschriften voor de burger toetst de rechter indringender aan zowel materiële als formele rechtsbeginselen
- ☒ Exceptieve toetsing aan de hand van de formele rechtsbeginselen → toenemend belang onderzoeksplicht regelgever
- ☒ Bij totstandkoming regeling/voorschrift toets van bestuursorgaan of sprake is van strijdigheid met hoger recht, maar ook bij toepassing avv hoger bestuursorgaan
- ☒ Aansprakelijkheid centrale vs. decentrale overheid

Discussie?

- ☒ De conclusie van Widdershoven brengt de balans binnen de trias politica terug?

Vragen?

- ☒ Bastiaan Wallage
e-mail: bastiaanwallage@vbk.nl
tel: 06-41183088
- ☒ Remko Vos
e-mail: remkovos@vbk.nl
tel: 06-20144285