

1. Nieuwe kijk op exceptieve toetsing verordeningen oude wijn?

MR. R.E. WANNINK EN MR. R.J. BOOGERS

In Nederland is een directe toetsing van verordeningen, oftewel algemeen verbindende voorschriften (bekendste voorbeeld is de gemeentelijke Algemene Plaatselijke Verordening), niet toegestaan. Indirect komt de bestuursrechter wel aan toetsing toe. Recent lijkt de Afdeling bestuursrecht een nieuw sausje over de eerder uitgezette lijn gegoten te hebben. De vraag is of de nieuwe saus een echte smaakverandering tot gevolg heeft.

Inleiding

In de uitspraak *Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding* van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: 'de Afdeling') van 30 juni 2021¹ werd onder meer antwoord gegeven op de vraag of het Activiteitenbesluit milieubeheer (hierna: het Activiteitenbesluit) en de Activiteitenregeling milieubeheer (hierna: de Activiteitenregeling) gebreken vertonen. Het ging specifiek om de bepalingen uit de paragrafen 3.2.3 Activiteitenbesluit en 3.2.3 Activiteitenregeling, voor het in werking hebben van een windturbine of een combinatie van windturbines.

Los van de inhoudelijke discussie is voor dit artikel van belang op welke wijze (en hoe diepgaand) de rechter deze bepalingen kan toetsen omdat art. 8:3 lid 1 sub a Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bepaalt dat tegen een besluit inhoudende een algemeen verbindend voorschrift geen beroep kan worden ingesteld en de ruimte voor toetsing derhalve beperkt is. Overigens is het zeker het vermelden waard dat het de bedoeling was dat deze beperking een tijdelijk karakter had bij de invoering van de eerste twee tranches van de Awb in 1994, maar inmiddels is gebleken dat deze beperking een 'blijvertje' is conform de Memorie van Toelichting².

Exceptieve toetsing

Voor de bestuursrechter ligt de sleutel bij een indirecte toetsing: de toetsing van een besluit, dat gebaseerd is op een algemeen verbindend voorschrift. Maar dus geen directe

toetsing van het besluit tot vaststelling van de verordening of beleidsregels zelf. Deze wijze van indirecte toetsing wordt exceptieve toetsing genoemd.

In de uitspraak *Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding* zegt de Afdeling in algemene bewoordingen over de exceptieve toetsing het volgende:

'Zoals de Afdeling eerder heeft geoordeeld, kan de rechter een algemeen verbindend voorschrift dat niet een wet in formele zin is, in een zaak over een besluit dat op dat voorschrift is gebaseerd, toetsen op rechtmatigheid. In het bijzonder gaat het daarbij om de vraag of het voorschrift niet in strijd is met hogere regelgeving. De rechter komt ook de bevoegdheid toe om te beoordelen of dat algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het besluit waarover de zaak gaat. Bij die indirecte toetsing van het algemeen verbindend voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer, waarbij de toetsing wordt verricht op de wijze zoals de Afdeling die heeft uiteengezet in haar uitspraak van 12 februari 2020 (...)'³

De uitspraak van 12 februari 2020⁴ waarnaar verwezen wordt, betreft het beroep tegen het gemeenteraadsbesluit van de gemeente Mill en Sint Hubert van 8 oktober 2018 waarbij het bestemmingsplan 'Buitengebied Mill en Sint Hubert, herziening 2018' is vastgesteld. De vereniging Producenten Organisatie Varkenshouderij (hierna: POV) heeft tegen dit besluit beroep ingesteld.

Het bestemmingsplan heeft onder meer tot doel de planologische mogelijkheden voor veehouderijen in overeen-

1 ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395.

2 Memorie van Toelichting bij de wet van 20 december 2012, *Stb.* 2012, 682 (Wet aanpassing bestuursprocesrecht; Kamerstukken 32450): 'Zoals uiteengezet in het kabinetsstandpunt over de tweede evaluatie van de Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29279, nr. 16, p. 12-13), acht de regering handhaving van deze uitzondering geboden.'

3 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.

4 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452; P.B. Bokelaar analyseert de uitspraak uitgebreid in: «JM» 2020/7, gedateerd 29 juni 2020 onder de titel: 'De Verordening ruimte Noord-Brabant getoetst.'

stemming te brengen met de regels in de provinciale Verordening ruimte Noord-Brabant (hierna: de Verordening) die op 15 juli 2017 in werking is getreden. Het beroep van POV houdt in dat de gemeenteraad bij de vaststelling van het bestemmingsplan de desbetreffende regels uit de Verordening niet in acht had mogen nemen omdat deze regels onverbindend zijn dan wel buiten toepassing moeten worden gelaten. Volgens POV is art. 71 van het Besluit uitvoering Chw in strijd met art. 2.4 Chw, is de norm voor de cumulatieve geurhinder in strijd met de Wet geurhinder en veehouderij (hierna: Wgv), is de norm voor de achtergrondbelasting fijnstof in strijd met de Wet milieubeheer, zijn de regels in de Verordening over een zorgvuldige veehouderij en een zorgvuldige dialoog, de cumulatieve geurhinder en de salderingsregeling in strijd met art. 4.1 lid 1 Wro en zijn de desbetreffende regels in strijd met bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Bij die, niet rechtstreekse, toetsing van het algemeen verbindende voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer

Omdat de beroepsgronden betrekking hebben op algemeen verbindende voorschriften, beoordeelt de Afdeling deze aan de hand van de exceptieve toetsing. De Afdeling zet uiteen wat een exceptieve toetsing inhoudt voor de beoordelingsruimte van de rechter, waarbij de Afdeling verwijst naar de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 1 juli 2019 (ECLI:NL:CRVB:2019:2016).

In rechtsoverweging 6 overweegt de Afdeling als volgt:

‘(...) De rechter komt tevens de bevoegdheid toe te bezien of het betreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding zijnde besluit. Bij die, niet rechtstreekse, toetsing van het algemeen verbindende voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer.

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

ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn.

Bij de toetsing van de wijze waarop door het regelgevende orgaan aan de hem toekomende beslissingsruimte inhoud is gegeven, kunnen, naast toetsing aan artikel 3:4 Awb en aan ongeschreven materiële beginselen als het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, ook het beginsel van zorgvuldige besluitvorming (artikel 3:2 Awb) en het beginsel van een deugdelijke motivering een rol spelen. De enkele strijd met deze formele beginselen kan echter niet leiden tot het onverbindend achten van een algemeen verbindend voorschrift. Dat laat onverlet dat, indien als gevolg van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding van het voorschrift door de rechter niet kan worden beoordeeld of er strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dit ertoe kan leiden dat de bestuursrechter het voorschrift buiten toepassing laat en een daarop berustend besluit om die reden vernietigt. Als het vaststellende orgaan bij het voorbereiden en nemen van een algemeen verbindend voorschrift de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd, voldoet deze keuze aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel en beperkt de toetsing door de bestuursrechter zich in het algemeen tot de vraag of de regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel (vergelijk de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016).’

De diepgang van de beoordeling door de rechter wordt hier geduid als de ‘intensiteit van die beoordeling’. Wij hebben de aspecten hieronder nog eens op een rijtje gezet:

- De beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft, gelet op de aard en inhoud van de bevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen.
- De beoordeling kan materieel terughoudend zijn als de beslissingsruimte voortvloeit uit de feitelijke of technische complexiteit van de materie.
- Een andere reden voor een terughoudende beoordeling is dat bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen kunnen worden of zijn gemaakt. Als dat zo is 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.

Dit alles volgt uit de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017.⁵ Volgens Widdershoven ‘(...) zijn er gegronde redenen om alge-

⁵ ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

meen verbindende voorschriften indringender (exceptief) te toetsen en de zogenoemde “willekeurstoetsing” – die sinds het Landbouwwliegers-arrest in 1986 door rechters wordt toegepast – los te laten. Bestuursrechters zouden het voorschrift daarbij moeten toetsen aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen, waaronder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Bestuursrechters moeten het voorschrift buiten toepassing laten of onverbindend verklaren als het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel.’

Kortom: de rechter toetst een algemeen verbindend voorschrift exceptief aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen. De rechter laat het algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing of verklaart het onverbindend als het desbetreffende voorschrift in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel.

De intensiteit van die beoordeling is afhankelijk van onder meer de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft

Deze toetsing is ruimer dan voorheen. Widdershoven haalt daarvoor terecht het arrest *Landbouwwliegers*⁶ aan. De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat een algemeen verbindend voorschrift mag worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen.

De Hoge Raad overwoog in dit arrest immers onder meer:

‘(...) geen rechtsregel eraan in de weg staat de rechter een (...) niet door de formele wetgever gegeven voorschrift onverbindend en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen op de grond dat sprake is van willekeur in dier voege dat het desbetreffende overheidsorgaan (...) in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift is kunnen komen.’

En:

‘Daarbij heeft de rechter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moeten worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen, terwijl zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in ons staatsbestel, zoals deze mede in artikel 11 Wet Algemene Bepalingen tot uiting komt, meebrengen dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten. Voorts zullen gebreken in de motivering van het desbetreffende voorschrift of van de bepaling waarop het voorschrift is gegrond op zichzelf niet tot onverbindendheid leiden.’

Met andere woorden: er kan getoetst worden aan het verbod van willekeur en de toetsing dient terughoudend te zijn.

Reikwijdte en wijze van toetsen

De reikwijdte van de toetsing en de wijze van toetsing zijn door Widdershoven op de schop genomen.

Reikwijdte toetsing

Widdershoven geeft immers aan (en de Afdeling volgt hem daarin) dat bestuursrechters het algemeen verbindend voorschrift moeten toetsen aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen, waaronder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Als de toetsing negatief uitpakt voor het algemeen verbindend voorschrift is de sanctie dat de bestuursrechter het voorschrift buiten toepassing laat of onverbindend verklaart als het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel.

Wijze van toetsing

Widdershoven brengt een gradatie aan bij de wijze van toetsing. Terughoudendheid is op zijn plaats als een bestuursorgaan een ruime beslissingsruimte heeft of omdat het bij die beslissing politieke afwegingen moet maken. Als het voorschrift meer ingrijpt in het leven van de burger en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn, is de toetsing van de bestuursrechter intensiever, aldus Widdershoven.

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)

De woorden van Widdershoven over ingrijpende voorschriften voor burgers, sluiten overigens naadloos aan bij de conclusies⁷ die de Afdeling trekt uit het reflectierapport ‘Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken’:

‘Bij het uitzetten van lijnen moeten deze niet meteen worden “dichtgetimmerd”. Lijnen moeten ruimte laten voor een rechtvaardige uitkomst in het individuele geval. Als toepassing van de wet te streng uitpakt, moet de bestuursrechter zijn rechterlijk instrumentarium inzetten om te kijken of deze hardheid kan worden weggenomen of beperkt. Als een eerder gekozen strenge lijn door wijziging van omstandigheden niet langer billijk uitpakt, dan moet de bestuursrechter die lijn herijken en zo nodig bijstellen.’

6 HR 16 mei 1986, *NJ* 1987/251.

7 Tekst op de website www.raadvanstate.nl met als titel: ‘Uitkomst van het reflectieprogramma in kinderopvangtoeslagzaken’, gepubliceerd op 19 november 2021.

Het is aan de Afdeling om deze wijze van toetsing verder vorm te geven.⁸ Als de voorschriften ingrijpend zijn in het leven van de burger, zal zeker in de praktijk na de toeslagenaffaire geen ruimte bestaan voor een terughoudende beoordeling van de situatie voor de burger.

Zoals Plambeck in zijn noot (vgl. noot 8 bij dit artikel) al aangaf, neemt de Afdeling, net als de Centrale Raad van Beroep, het standpunt van Widdershoven over voor wat betreft de mate van beslissingsruimte en de betekenis daarvan voor de intensiteit van de toetsing.

Plambeck meent dat de nieuwe lijn niet zoveel afwijkt van de vorige. Volgens Plambeck zal de terughoudende toetsing gangbaar blijven, tenzij de beslissingsruimte beperkt is of het algemeen verbindend voorschrift meer ingrijpt en fundamentele rechten aan de orde zijn. Een toetsing aan materiële rechtsbeginselen vond al plaats zonder de toepassing van de ‘willekeursluis’, aldus Plambeck.

Plambeck stelt dit ons inziens terecht. Een voorbeeld uit de jurisprudentie van de Afdeling biedt de uitspraak van 24 januari 2018⁹, waarbij een dynamische verwijzing in de Brabantse Ontgrondingenverordening tot gevolg had dat de Afdeling strijdigheid met het rechtszekerheidsbeginsel aangetoond achtte en derhalve oordeelde dat de betreffende bepaling onverbindend werd verklaard:

‘Indien een algemeen verbindend voorschrift in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, kan daaraan verbindende kracht worden ontzegd. De rechtbank heeft, door te overwegen dat artikel 9a van de Verordening onverbindend is, voor zover ingevolge dit artikel de melding van de ontgroning zelfstandig zou moeten voldoen aan het provinciaal natuurbeleid niet onderkend dat het niet mogelijk is om artikel 9a van de Verordening slechts in zoverre onverbindend te verklaren. Het onverbindend verklaren van alleen de zinsnede “die in overeenstemming zijn met het provinciaal natuurbeleid” maakt dat het artikel zinledig wordt, nu met het artikel juist is beoogd om onder meer ontgrondingsactiviteiten alleen vergunningvrij te laten zijn als deze activiteiten in overeenstemming zijn met het provinciaal natuurbeleid. De Afdeling ziet daarom aanleiding om aan artikel 9a van de Verordening in zijn geheel verbindende kracht te ontzeggen.’

Voor een toetsing aan formele rechtsbeginselen lijkt theoretisch gezien iets meer ruimte gekomen te zijn, maar de praktijk laat zien dat de Afdeling stilaan de toetsingsruimte al groter maakte.

De Hoge Raad vond in het *Landbouwwliegers*-arrest het motiveringsbeginsel geen op zichzelf staande toetsings-

maatstaf, maar een motiveringsgebrek kon wel betrokken worden in de evenredigheidstoetsing. Dit lijkt volgens Plambeck toch wel erg veel op de toets zoals deze nu geformuleerd is door de Afdeling.

Voor een toetsing aan formele rechtsbeginselen lijkt theoretisch gezien iets meer ruimte gekomen te zijn, maar de praktijk laat zien dat de Afdeling stilaan de toetsingsruimte al groter maakte

Als aan de formele beginselen is voldaan, dan blijft uiteindelijk de evenredigheidstoetsing of ‘willekeursluis’ gelden, volgens Plambeck. Wel zal het leiden tot beter gemotiveerde en nog zorgvuldiger voorbereide uitspraken van de bestuursrechter en hopelijk noopt dit ook de regelgever tot een zorgvuldigere totstandkoming van algemeen verbindende voorschriften, zo concludeert Plambeck.

Conclusie

De nieuwe lijn over de (exceptieve) toetsing van algemeen verbindende voorschriften lijkt ruimer te zijn dan het oude *Landbouwwliegers*-arrest mogelijk beoogde, maar de praktijk laat zien dat de Afdeling al een ruime toetsing toepaste. Widdershoven formuleert het als volgt:

‘Bestuursrechters zouden het voorschrift daarbij moeten toetsen aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen, waaronder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.’

Hoe dan ook wordt het ruime toetsingsbereik formeel uitgezet en toegelicht. Dat geeft rechtzoekenden meer duidelijkheid en valt alleen al daarom toe te juichen. Of de uitgezette lijn daadwerkelijk in de praktijk anders zal uitpakken valt nog te bezien, we houden de ontwikkelingen scherp in de gaten en komen daar later – als daarvoor goede redenen zijn – uiteraard graag op terug.

Dit artikel is afgesloten op 2 maart 2022.

Over de auteurs



Mr. R.E. (Robert) Wannink
Advocaat/partner bij Wannink Advocatuur B.V. en tevens redacteur van dit blad.



Mr. R.J. (Rutger) Boogers
Advocaat bij BG.legal en tevens vaste medewerker van dit blad.

⁸ E.J.H. Plambeck, ‘De intensiteit van exceptieve toetsing is afhankelijk van onder meer de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft, gelet op de aard en inhoud van de vaststellingsbevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen’, *JM* 2020/61.

⁹ ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:235.