

Rechterlijke belangenafweging in het publiekrecht

Prof. mr. J.H. Gerards*

1. Inleiding

Een typisch kenmerk van publiekrechtelijke rechterlijke toetsing is dat de toetsing zich richt op de rechtmatigheid van een besluit dat is genomen door een bestuursorgaan of een regelgever en waaraan een belangenafweging ten grondslag ligt.¹ De rechter heeft in het publiekrecht dan ook niet zozeer de taak zelf een afweging van belangen te maken, als wel om een toetsing uit te voeren van een afweging die door anderen is gemaakt.² Voor de rechter kan dit een voordeel zijn, nu een ander orgaan zich al heeft gekweten van de lastige taak te inventariseren welke belangen in het spel zijn en hiertussen een keuze te maken. Daardoor is er voor de rechter minder noodzaak om zelfstandig onderzoek te verrichten naar dit soort aspecten. Tegelijkertijd plaatst het gegeven dat de belangenafweging al door een ander orgaan is verricht, de rechter voor bijzondere problemen. De vraag is vooral in hoeverre de rechter nog een eigen oordeel kan geven over de redelijkheid van de door een bestuursorgaan of regelgever gemaakte afweging.³ Daartegen pleiten overwegingen als die van de (indirecte) democratische legitimatie van regelgeving en bestuursdaden, overwegingen van subsidiariteit van supranationale rechterlijke instanties en overwegingen met betrekking tot de grotere capaciteiten van bestuursorganen om een oordeel te geven over de passendheid en redelijkheid van bepaalde besluiten en maatregelen.⁴

In dit licht is het interessant om na te gaan op welke wijze de rechter in het publiekrecht met de toetsing van belangenafwegingen omgaat. Het doel van deze bijdrage is om hiervan een beknopte inventarisatie te maken, die kan dienen als basis voor verdergaand onderzoek naar belangenafwegingen op dit rechtsterrein. Om die reden zal de bijdrage overwegend descriptief van aard zijn – normatieve en argumentatieve vraagstukken blijven buiten beschouwing.

In het hiernavolgende wordt eerst een kort overzicht gegeven van de situaties waarin rechters in verschillende delen van het publiekrecht worden geconfronteerd met zaken over belangenafwegingen en van het juridisch raamwerk dat hen hierbij ter beschikking staat (§ 2). Vervolgens wordt ingegaan op enkele specifieke aspecten van de rechterlijke toetsing van belangenafwegingen in het publiekrecht (§ 3). Aan de orde komen de wijze waarop rechters omgaan met de definitie en het gewicht van belangen, met de problematiek van ongelijkwaardigheid van belangen en met de bijzondere problematiek van de toetsing van afwegingen die primair door anderen zijn gemaakt. In dit verband wordt bijzondere aandacht besteed aan enkele oplossingen en alternatie-

ven voor belangenafweging die in de publiekrechtelijke rechtspraak zichtbaar zijn (§ 4).

2. Rechterlijke belangenafweging in het publiekrecht – een overzicht

2.1 Inleiding

De rechterlijke toetsing van belangenafwegingen speelt in het publiekrecht op velerlei rechtsterreinen een rol, van het belastingrecht tot het bestuurlijke handhavingrecht en van het Europese landbouwrecht tot de grondrechten van het EVRM. Deze toetsing vindt vrijwel steeds plaats in het kader van een toetsing aan algemene beginselen zoals het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.⁵ De vraag die daarbij aan de orde is, is of er een redelijke balans

* Prof. mr. J.H. Gerards is als hoogleraar staats- en bestuursrecht verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden en is fellow bij het E.M. Meijers-Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek. Deze bijdrage is geschreven in het kader van het onderzoeksprogramma 'Securing the rule of law in a world of multi-level jurisdiction' en maakt deel uit van het NWO-Vidi-onderzoeksproject 'Judicial reasoning in fundamental rights cases – national and European perspectives'.

1. Van een dergelijke primaire belangenafweging zal steeds sprake zijn, zelfs als het gaat om een besluit dat is gebaseerd op een gebonden bevoegdheid; in dat geval is de belangenafweging gemaakt door degene die de bevoegdheid in het leven heeft geroepen. Vgl. ook R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid*, Den Haag: Sdu 1998, p. 181.
2. De mate waarin een rechter dit in een publiekrechtelijk systeem kan doen, is afhankelijk van staatsrechtelijke structuren en bevoegdheidsverdelingen; daarover nader W. van Gerven, 'The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe', in: E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart 1999, p. 59.
3. Zie Lord Hoffmann, 'The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law', in: E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart 1999, p. 110.
4. Vgl. F.G. Jacobs, 'Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law', in: E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart 1999, p. 20 en J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 182 en 189.
5. Het gelijkheidsbeginsel omvat in belangrijke mate een beginsel van evenredigheid; zie nader J.H. Gerards, 'Proportionaliteit en gelijke behandeling', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 85; in het hiernavolgende zal hierop niet afzonderlijk worden ingegaan. Het evenredigheidsbeginsel speelt ook een belangrijke rol in het bestuurlijke sanctierecht, maar heeft daar vooral betrekking op de verhouding tussen sanctie en overtreding. Nu in dat verband niet werkelijk kan worden gesproken van een rechterlijke toetsing van een afweging van belangen, zal deze problematiek buiten beschouwing blijven.

bestaat tussen de aangetaste belangen van de benadeelde en de (algemene) belangen die door de besluitvormende instantie (bestuursorgaan of regelgever) worden nagestreefd. De wijze waarop deze afweging door de rechter wordt beoordeeld, verschilt enigszins tussen de diverse deelgebieden van het publiekrecht. In het hiernavolgende zal een kort overzicht worden gegeven van de wijze waarop de rechterlijke toetsing van belangenafwegingen juridisch is ingekaderd op het terrein van het communautaire recht, de grondrechten zoals vastgelegd in Grondwet en EVRM, en het algemene bestuursrecht.

2.2 Toetsing van belangenafwegingen in het Europese recht

De rechterlijke toetsing van belangenafwegingen wordt in het Europese recht veelal geplaatst in de context van het algemene evenredigheidsbeginsel, dat inhoudt dat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen een besluit en de daardoor aangetaste belangen. In *Schröder* gaf het Hof van Justitie van de EG de betekenis van dit beginsel als volgt weer:

‘Volgens het evenredigheidsbeginsel zijn maatregelen waarbij de deelnemers aan het economisch verkeer financiële lasten worden opgelegd slechts rechtmatig, wanneer zij geschikt en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd. Daarbij geldt, dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden

gekozen die de minste belasting met zich brengt; voorts mogen de op te leggen lasten niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel.’⁶

Het op deze manier geformuleerde evenredigheidsbeginsel is allereerst van belang als het gaat om de toetsing van communautaire besluiten, zoals besluiten die genomen worden in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid of het visserijbeleid. Op dat terrein kan het evenredigheidsbeginsel worden beschouwd als een algemeen beginsel van behoorlijk (communautair) bestuur, waaraan bestuurshandelingen en regelgeving kunnen worden getoetst.⁷ Daarnaast speelt het beginsel een voorname rol als het gaat om de toetsing van nationale maatregelen waarmee inbreuk wordt gemaakt op het EG-Verdrag.⁸ Bekend is in dit verband bijvoorbeeld de betekenis van het evenredigheidsbeginsel binnen de *rule of reason* die het Hof van Justitie van de EG heeft ontwikkeld om beperkingen van het vrij verkeer van goederen te kunnen beoordelen.⁹

Het evenredigheidsbeginsel wordt in communautair verband meestal ingeroepen als een ongeschreven en algemeen rechtsbeginsel.¹⁰ Een duidelijke codificatie hiervan is alleen te vinden in art. 5 (3) EG, waarin is gesteld dat het optreden van de Gemeenschap niet verder mag gaan dan wat nodig is om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken.¹¹ Wat dit in het concrete geval betekent, is uit de tekst van het Verdrag echter niet af te leiden en moet door de rechter zelf worden beoordeeld; in dit opzicht biedt de bepaling weinig houvast.¹² Bovendien is de codificatie in mindere mate relevant voor bestuurshandelingen door de Europese instellingen en heeft zij geen betekenis voor de toetsing van nationale handelingen.¹³

Een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel betekent lang niet altijd dat het Hof van Justitie een daadwerkelijke beoordeling geeft van de aan het besluit ten grondslag liggende belangenafweging. Dit heeft als verklaring dat het evenredigheidsbeginsel blijkens de jurisprudentie, zoals het hiervoor genoemde *Schröder*-arrest, meer omvat dan alleen een vereiste van een redelijk evenwicht tussen belangen: het beginsel omvat ook een vereiste van een redelijke verhouding tussen doel en middelen.¹⁴ Is een besluit niet geschikt om de ermee nagestreefde doelstellingen te kunnen bereiken, of waren er andere maatregelen beschikbaar die een minder vergaande belangen aantasting op zouden leveren, dan acht het Hof het niet redelijk om een dergelijk besluit te nemen en oordeelt het dat het besluit niet voldoet aan het evenredigheidsvereiste.¹⁵ In de praktijk blijkt het Hof van Justitie de toetsing van de belangenafweging ondergeschikt te maken aan deze doel-middeltoets. In sommige gevallen vermeldt het in de definitie van het evenredigheidsbeginsel zelfs alleen dit vereiste:

‘Dienaangaande zij herinnerd aan de rechtspraak van het Hof, volgens welke bij het onderzoek van de vraag of een bepaling van gemeenschapsrecht in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, moet worden

6. HvJ EG 11 juli 1989, zaak 265/87, *Jurispr.* 1989, 2237, punt 21.
7. Zie bijvoorbeeld de hiervoor geciteerde zaak *Schröder* en recenter HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-189/01, *Jippes*, *Jurispr.* 2001, I-5689, punt 81.
8. T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford: OUP 1999, p. 90.
9. Verder is een toepassing van het evenredigheidsbeginsel zichtbaar bij toetsing aan de expliciete uitzonderingsbepalingen die in het EG-Verdrag zijn neergelegd en bij de toetsing aan het verbod van (indirect) onderscheid; zie voor een overzicht Tridimas 1999, reeds aangehaald, p. 125/126.
10. Vgl. Jacobs 1999, reeds aangehaald, p. 2 en Tridimas 1999, reeds aangehaald, p. 89.
11. Een uitdrukkelijke, maar momenteel niet bindende codificatie is verder te vinden in het in par. 2.3 te bespreken Handvest voor de Grondrechten.
12. Enige aanwijzing is wel te vinden in het bij het Verdrag van Amsterdam behorende protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel (*Pb.* 1997, C 340), punt 9, waarin is aangegeven dat de Commissie bij het doen van voorstellen alle lasten voor de Gemeenschap, nationale regeringen, lokale overheden, bedrijfsleven en burgers tot een minimum moet beperken en dat deze evenredig moeten zijn met het te bereiken doel (punt 9).
13. De bepaling richt zich vooral op competentieverdeling tussen de lidstaten en de Gemeenschap, waarbij primair regelgevend optreden gedekt wordt; zie R. Barents, *Een grondwet voor Europa. Achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 282 en vgl. J. Jans, ‘Proportionality Revisited’, 27 *Legal Issues of European Integration* (2000), p. 242-243.
14. Zie reeds HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78, *Cassis de Dijon*, *Jurispr.* 1979, 649, punt 8.
15. Vgl. ook Van Gerven 1999, reeds aangehaald, p. 37, die aangeeft dat de rechtspraak van het Hof weinig consistent is op het punt van de keuze tussen een tweeledige (geschiktheid en noodzakelijkheid) of een drieledige (geschiktheid, noodzakelijkheid en redelijke belangenafweging) test.

nagegaan of de aangewende middelen geschikt zijn ter verwezenlijking van het nagestreefde doel en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is ...'.¹⁶

Zelfs als het heeft geconcludeerd dat een bepaald besluit inderdaad een geschikt en noodzakelijk middel is om een bepaald doel te bereiken, ziet het Hof vaak geen reden om ook nog in te gaan op de evenwichtigheid van de gemaakte afweging, of stelt het dat uit het bestaan van evenwichtigheid tussen doel en middel ook kan worden afgeleid dat sprake is van een redelijke afweging van belangen.¹⁷ In de rechtspraak op dit punt lijkt overigens wel een verandering zichtbaar. In recentere uitspraken over het Europese landbouwbeleid, vermeldt het Hof steeds uitdrukkelijk dat 'de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan de nagestreefde doelstellingen' en eist het dat de communautaire wetgever voldoende rekening houdt met alle betrokken belangen.¹⁸ Een vergelijkbare benadering is zichtbaar als sprake is van een botsing van gelijkwaardige belangen, bijvoorbeeld wanneer een inbreuk op het vrij verkeer van goederen gerechtvaardigd wordt met een beroep op een fundamenteel grondrecht.¹⁹ De toetsing van de belangenafweging als zodanig lijkt daardoor aan betekenis te winnen.

2.3 Belangenafwegingen bij grondrechten

Als het gaat om de beoordeling van inbreuken op grondrechten, lijkt het voor de hand te liggen dat de rechter een toetsing uitvoert van de daaraan ten grondslag liggende afweging. De redelijkheid en aanvaardbaarheid van een inbreuk op een grondrecht is immers in belangrijke mate afhankelijk van de redelijkheid van de afweging die is gemaakt tussen het individuele grondrecht in kwestie en de (algemene) belangen die met een inbreuk daarop worden nagestreefd. In de Nederlandse rechtspraak over de grondwettigheid van inbreuken op grondrechten is een afwegingstoets echter zelden zichtbaar. De verklaring daarvoor is gelegen in de vormgeving van de grondwettelijke beperkingsclausules. De beperkingscriteria die daarin zijn vastgelegd zijn overwegend formeel: de belangrijkste waarborg is gelegen in het vereiste van een wettelijke grondslag. De Grondwet vergt slechts in een beperkt aantal gevallen dat met de inbreuk bepaalde belangen of doelstellingen worden nagestreefd, zoals de bescherming van de volksgezondheid of de openbare orde en veiligheid²⁰, en bevat geen expliciete verwijzing naar een vereiste van een redelijke afweging van belangen.²¹ Het is dan ook niet verrassend dat de rechtspraak hierover zelden voorbeelden laat zien van de toetsing van een belangenafweging.²²

Dit is anders waar het gaat om de toetsing aan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Daarin wordt, naast het vereiste van een wettelijke grondslag en een gerechtvaardigd doel, in veel bepalingen het vereiste genoemd van de 'noodzakelijkheid in een democrati-

sche samenleving' van een inbreuk. Dit vereiste is in de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) consequent uitgelegd als een breed vereiste van evenredigheid, dat vergt dat er zowel sprake is van een redelijke verhouding tussen het gehanteerde middel en het daarmee nagestreefde doel, als van een redelijke balans tussen het nagestreefde doel en de daardoor aangetaste (grondrechtelijke) belangen.²³ Dit laatste element vergt een daadwerkelijke beoordeling van de op nationaal niveau gemaakte belangenafweging. Nog explicieter in dit opzicht is de algemene beperkingsclausule die is neergelegd in art. 52 van het Handvest van de Grondrechten van de EG: 'Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.' Op basis van eerdere rechtspraak van het HvJ EG kan worden verondersteld dat bij de toepassing van dit evenredigheidsbeginsel ook een oor-

16. HvJ EG 13 mei 1997, zaak C-233/94, *Duitsland/Raad en Parlement, Jurispr.* 1997, I-2405, punt 54.
17. Voor een voorbeeld van dit laatste, zie HvJ EG 25 juni 1997, zaak C-114/96, *Strafzaak tegen René Kieffer en Romain Thill, Jurispr.* 1997, I-3629, punt 38.
18. Zie bijv. GvEA 1 december 1999, gev. zaken T-125/96 en T-152/96, *Boehringer, Jurispr.* 1999, II-3427, punt 63 en 102, HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-189/01, *Jippes, Jurispr.* 2001, I-5689, HvJ EG 10 maart 2005, zaak C-96/03 en C-97/03, *Tempelman, Jurispr.* 2005, I-1895, punt 48/49, HvJ EG 12 januari 2006, zaak C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH, n.n.g.*, punt 35-37 en HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-174/05, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, n.n.g.* Overigens resulteert dit niet altijd in een daadwerkelijke afwegingstoets; zie bijv. HvJ EG 12 januari 2006, zaak C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH, n.n.g.*, punt 52, waaruit blijkt dat noodzakelijkheid en geschiktheid toch doorslaggevend zijn.
19. Bijv. HvJ EG 26 juni 1997, zaak C-368/95, *Familiapress, Jurispr.* 1997, I-3689 en HvJ EG 12 juni 2003, zaak 112/00, *Schmidberger, Jurispr.* 2003, I-5659, punt 81. Het Hof is overigens niet geheel consistent: er zijn ook grondrechtenuitspraken waarin alleen een noodzakelijkheidstoets wordt uitgevoerd en op basis daarvan wordt geconstateerd dat aan het evenredigheidsvereiste is voldaan. Zie bijv. HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, *Omega Spielhallen, Jurispr.* 2004, I-9609.
20. Bijv. art. 6 lid 2 Grondwet.
21. Vgl. ook Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bull.* 2003, nr. 3a, p. 229.
22. De zeldzame voorbeelden treffen veelal connexe rechten, zoals het verspreidingsrecht, waar de grondwettelijke beperkingsterminologie minder dwingend is; zie bijv. ABRvS 5 januari 1996, *AB* 1996, 179, m.nt. Hofman. Nader H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse Grondwet niet zou misstaan', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend Staatsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kummeling*, Deventer: Kluwer 2001, p. 245.
23. Voor het eerst expliciet in EHRM 7 december 1976, *Handyside/VK*, Series A, Vol. 24, *NJ* 1978, 236; nader M.-A. Eissen, 'The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993, p. 126. Dit vereiste wordt overigens ook toegepast in situaties waarin het vereiste van 'noodzakelijkheid in een democratische samenleving' niet in de betreffende bepaling is opgenomen, bijvoorbeeld in art. 14 (discriminatieverbod) en art. 6 (toegang tot de rechter). Wel heeft het dan soms een iets andere invulling gekregen; ook daarover Eissen, p. 131.

deel moet worden gegeven over de gemaakte belangenafweging.²⁴

Opvallend in de rechtspraak van het EHRM is dat dit Hof niet altijd een op nationaal niveau gemaakte belangenafweging toetst, zoals voor de hand ligt, maar in een vrij groot aantal gevallen *zelf* een afweging maakt.²⁵ Deze benadering is vooral zichtbaar in situaties waarin niet zozeer sprake is van een toetsing van de 'noodzakelijkheid in een democratische samenleving' van een inbreuk, als wel van de beoordeling of een staat een positieve verplichting heeft geschonden tot effectieve bescherming van een grondrecht. In het kader van de toetsing van positieve verplichtingen past het Hof zijn bekende 'fair balance'-test toe, waarbij het een afweging

maakt tussen het belang van de staat om een grondrecht niet op een bepaalde manier te hoeven garanderen en het individuele belang bij een dergelijke actieve bescherming.²⁶ Nu een dergelijke afweging op nationaal niveau vaak niet expliciet is gemaakt, en juist daarin de beweerde verdragsschending is gelegen, moet het Hof hierbij zelf aan het werk gaan. De benadering is soms echter ook zichtbaar bij de toetsing van negatieve inbreuken op grondrechten. Er zijn talrijke zaken te noemen waarin het Hof eerder een eigen afweging lijkt te maken dan dat het een echte (marginale) redelijkheidstoets uitvoert.²⁷ Van belang is wel dat de uitvoerig gemotiveerde afwegingstoetsen van het Hof al snel blijk lijken te geven van een activistische opstelling, terwijl een kortweg geformuleerde willekeurstoets dezelfde uitkomst kan hebben.²⁸ Het is daardoor niet helemaal duidelijk of de benadering van het EHRM nu daadwerkelijk zoveel verschilt van die van de Nederlandse bestuursrechter of het HvJ EG, zeker niet in gevallen waarin de zaak aanleiding geeft tot rechterlijke terughoudendheid.

Door de structuur van de beperkingsclausules en de rechtspraak van het Hof hierover legt het EVRM ook de nationale autoriteiten tot op zekere hoogte een verplichting op tot (toetsing van een) belangenafweging. Zeker in Nederland hebben de materiële eisen van het EVRM een grote betekenis. Als gevolg van het toetsingsverbod én door de relatief sterke bescherming die door deze materiële eis wordt geboden, wordt het EVRM in een groot aantal situaties ingeroepen. Om een klacht over het EVRM te kunnen beoordelen, zal de nationale rechter dan een beoordeling moeten geven van de aan die inbreuk ten grondslag liggende belangenafweging. Bij een toetsing aan het EVRM is in de Nederlandse rechtspraak dan ook vrijwel steeds een beoordeling van evenredigheid zichtbaar.²⁹

2.4 Belangenafweging in het algemeen bestuursrecht

In het algemene bestuursrecht bestaat veel aandacht voor de rechterlijke toetsing van bestuurlijke afwegingen.³⁰ Art. 3:4 lid 1 Algemene wet bestuursrecht draagt het bestuur op om alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen tegen elkaar af te wegen.³¹ Artikel 3:4 lid 2 Awb bevat vervolgens een algemeen evenredigheidsvereiste: de nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Als bekend is er de nodige discussie geweest over de vraag of dit evenredigheidsvereiste primair moet worden gezien als een opdracht aan het bestuursorgaan, of (ook) kan worden beschouwd als een rechterlijke toetsingsmaatstaf. Als dit laatste het geval zou zijn, zou het tweede lid van art. 3:4 Awb de rechter de mogelijkheid bieden om de redelijkheid van de door het bestuur gemaakte afweging te toetsen.³² Vanwege het risico van een te ver gaand rechterlijk ingrijpen in de bestuurlijke vrijheid is inmiddels algemeen geaccepteerd dat de rechter weliswaar aan dit artikel mag toetsen, maar hierbij een zekere afstand moet bewaren ten opzichte van het bestuursorgaan. De

24. Zie de rechtspraak van het HvJ EG waarin de grondrechten worden toegepast als algemene beginselen van gemeenschapsrecht; een voorbeeld is reeds HvJ EG 13 juli 1989, zaak 5/88, *Wachauf*, *Jurispr.* 1989, 2609, punt 18. Zie ook de in noot 18 genoemde uitspraken.
25. Een soortgelijke benadering is zichtbaar in de hiervoor genoemde grondrechtenrechtspraak van het HvJ EG. Daar is dit wel verklaarbaar vanuit het feit dat HvJ EG vaak gevraagd wordt een oordeel te geven in een nog aanhangige nationale procedure, waarbij de nationale rechter juist de vraag stelt naar de onderlinge verhouding tussen een grondrecht en een fundamentele vrijheid van gemeenschapsrecht. Het HvJ EG kan dan niet blind varen op een op nationaal niveau gemaakte afweging, maar zal daadwerkelijk aanknopingspunten moeten bieden om zo'n afweging te kunnen beoordelen.
26. De vormgeving van de fair balance-toets verschilt nogal. Er zijn ook situaties waarin de afweging meer lijkt op die bij een inbreuk; zie bijv. EHRM 18 april 2006, *Dickson/VK*, n.n.g. Voor meer klassieke voorbeelden zie EHRM 16 november 2004, *Moreno Gómez/Spanje*, *EHRC* 2005/12, m.nt. Janssen, *NJ* 2005, 344, m.nt. EJD, *JB* 2005/1, m.nt. AMJL, EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin/VK*, *EHRC* 2002/74, m.nt. Janssen/Van der Velde en EHRM 18 mei 2006, *Rozanski/Polen*, n.n.g., m.n. § 79.
27. Vooral zaken over vrijheid van meningsuiting laten hiervan voorbeelden zien. Vgl. bijv. EHRM 15 februari 2005, *Steel en Morris/VK*, *EHRC* 2005/37, m.nt. Gerards.
28. Zie bijv. EHRM 18 april 2006, *Dickson/VK*, n.n.g., waarin het Hof uitvoerig motiveerde waarom sprake was van een fair balance, maar zich daarbij feitelijk baseerde op het oordeel van de nationale autoriteiten hierover (m.n. § 37/38). Andersom heeft Van der Vlies wel aangegeven dat achter een simpel redelijkheidsoordeel van de bestuursrechter een vrij strikte toetsing schuil kan gaan; zie I.C. van der Vlies, 'Kwantum-belangenafweging', *Ars Aequi* 1997, p. 47.
29. Zie bijv. HR 25 november 2005, *LJN AU4019 (Lycos)*, waarin daadwerkelijk een oordeel wordt gegeven over een belangenafweging in het kader van toetsing aan art. 8 lid 2 EVRM en HR 16 november 2001, *AB* 2002, 35 (m.nt. Van Buuren), *NJ* 2002, 469, m.nt. Koopmans en Alkema, *JB* 2002/2, m.nt. AWH (Wet herstructurering varkenshouderij).
30. Gesteld wordt vaak dat deze belangstelling vooral het resultaat is van de doorwerking van het communautaire evenredigheidsbeginsel in het nationale recht (Jans e.a. 2002, p. 198), maar een Nederlandse variant – het willekeurverbod – werd al in 1976 in de Arob vastgelegd en vormde ook ruim daarvoor een belangrijke toetsingsgrond voor de rechter (vgl. HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558 (*Doetinchemse woonruimtevoorziening*)). Aangenomen moet dan ook worden dat het vooral het ruime evenredigheidsbeginsel is (dat naast een evenwichtige belangenafweging ook een redelijke verhouding tussen doel en middel vergt), dat door het communautaire recht is geïntroduceerd.
31. Vanzelfsprekend geldt dit alleen in gevallen waarin het bestuur beschikt over een discretionaire bevoegdheid. Is daarvan geen sprake, dan zal ook geen sprake kunnen zijn van een vaststelling en afweging van belangen. Zie *PG Awb I*, p. 209.
32. Zie voor de discussie hierover *PG Awb I*, p. 211 en 212.

leidende uitspraak *Maxis-Praxis* geeft hieraan uitwerking door te stellen dat de rechter pas mag ingrijpen als evenredigheid duidelijk ontbreekt.³³ In de praktijk komt het daardoor maar zelden voor dat een besluit wordt vernietigd wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel.³⁴ In dit opzicht lijkt de benadering in het algemene bestuursrecht te verschillen van de soms door het EHRM gekozen actieve benadering bij de toetsing van grondrechten, hoewel dit ook een verschil kan zijn in de wijze van motiveren. Een belangrijk verschil met de rechtspraak van het EHRM en die van het HvJ EG is daarnaast dat art. 3:4 lid 2 Awb uitdrukkelijk is gericht op de belangenafweging als zodanig. De aspecten van noodzakelijkheid en geschiktheid, die prominent aanwezig zijn in de rechtspraak van de Europese hoven, ontbreken in de bestuursrechtelijke definitie van het evenredigheidsbeginsel.³⁵ Dit neemt overigens niet weg dat deze aspecten in de rechterlijke toetsing sporadisch wel degelijk een rol spelen.³⁶

Behalve het algemene evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb, wordt in het algemene bestuursrecht een aantal andere beginselen onderscheiden die relevant kunnen zijn voor de rechterlijke toetsing van een belangenafweging. Belangrijk zijn in de eerste plaats het specialiteitsbeginsel en het nauw verwante verbod van *détournement de pouvoir*.³⁷ Het specialiteitsbeginsel verschafft de rechter een aanknopingspunt bij zijn beoordeling van de gemaakte belangenafweging, in die zin dat volgens dit beginsel alleen belangen in de afweging mogen worden betrokken waarop de wetgever bij het creëren van de besluitvormende bevoegdheid het oog heeft gehad. Blijkt dat het bestuur ten onrechte een bepaald belang in zijn afweging heeft betrokken, dan kan de rechter volstaan met het constateren van strijd met het specialiteitsbeginsel, zonder dat hij daarnaast nog hoeft in te gaan op de redelijkheid van de gemaakte belangenafweging. Eenzelfde betekenis komt toe aan het verbod van *détournement de pouvoir*, dat kort gezegd inhoudt dat het bestuursorgaan geen besluiten mag nemen met het oog op het verwezenlijken van andere doelstellingen dan die waarvoor de bevoegdheid is verleend.³⁸ Een belangrijk flankerend beginsel is verder dat van de materiële zorgvuldigheid, dat vereist dat het bestuursorgaan alle relevante informatie over de betrokken belangen verzamelt en deze ook daadwerkelijk in de besluitvorming betreft.³⁹ Ook dit beginsel kan de rechter behulpzaam zijn als hij een oordeel moet geven over de redelijkheid van de door het bestuursorgaan gemaakte afweging.⁴⁰

3. Problemen van belangenafweging in het publiekrecht

3.1 Vaststelling van de betrokken belangen

Als eerder aangegeven heeft de rechter in het publiekrecht het (relatieve) voordeel dat zijn toetsing is gericht op een besluit dat zelf het resultaat is van een belangenafweging. Dit betekent dat de betrokken belangen al zullen zijn vastgesteld en gedefinieerd in het stadium

van de primaire besluitvorming, zodat de rechter hier geen zelfstandige taak heeft. De rechter kan echter niet blind varen op de vaststelling door een bestuursorgaan of regelgever. Een besluit kan immers juist onredelijk zijn doordat bepaalde belangen ten onrechte niet of juist wel in de afweging zijn meegenomen. De rechter zal dus op zijn minst een marginale beoordeling moeten geven van de wijze waarop dit is gebeurd.⁴¹ In het bestuursrecht vindt hij hierbij aanknopingspunten in het eerdergenoemde materiële zorgvuldigheidsbeginsel, in het specialiteitsbeginsel en het verbod van *détournement de pouvoir*.⁴² In het Europese recht en bij de toetsing aan grondrechten ontbreken dergelijke 'hulpbeginselen'. De praktijk lijkt daar te zijn dat de rechter afgaat op de vaststelling zoals die door het besluitvormende orgaan heeft plaatsgevonden, tenzij er gegronde redenen zijn

33. ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996/158.

34. Vgl. Nieuwenhuis/Schueler/Zoethout 2005, reeds aangehaald, p. 217, waar zij aangeven dat in veel gevallen van een onredelijke afweging eerder wordt vernietigd wegens strijd met het motiveringsbeginsel dan wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel. Zie voor een duidelijk voorbeeld van een zaak waarin geen sprake was van een redelijke afweging: ABRvS 8 mei 2002, *AB* 2003, 137, m.nt. NV.

35. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de Nederlandse literatuur en rechtspraak het onderscheid tussen instrumentaiteit en afweging niet goed lijken te zien, maar een wonderlijk amalgaam creëren. Zo wordt in de parlementaire geschiedenis van de Awb nu eens gesproken over evenredigheid tussen doel en middel, dan weer over evenredigheid tussen belangen, alsof het gaat om synoniemen. Bijzonder is ook de volgende definitie van het evenredigheidsbeginsel, gegeven in Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken Bestuursrecht*, dertienste druk, Den Haag: Elsevier 2005, p. 330: 'De materiële onzorgvuldigheid die daaruit bestaat, dat de uit een besluit voortvloeiende lasten disproportioneel zwaar zijn in vergelijking met het effect daarvan op de met het besluit te dienen belangen, betreft de verhouding tussen het middel (*de bezwarende aspecten van het besluit*) en het doel (het algemeen belang dat in casu in het geding is)'. De gecursiveerde passage lijkt te verwijzen naar de individuele belangen die zijn aangetast, hetgeen op een zuivere afweging tussen belangen duidt, maar de definitie zelf verwijst alleen naar de verhouding tussen doel en middel. Zoals hierna nog zal blijken (par. 4.2) is de redelijkheidstoets die in dit verband wordt uitgevoerd echter zo algemeen en globaal, dat het inderdaad mogelijk is dat deze toets zich op beide aspecten van het evenredigheidsbeginsel richt.

36. Zie bijv. CBB 15 juli 2003, *AB* 2004, 15, m.nt. JHvdV, waarin de onredelijkheid van een besluit gevonden werd in het gebrek aan noodzaak voor dit besluit.

37. Zie over de betekenis van deze beginselen en hun onderlinge verhouding nader Schlössels 1998, reeds aangehaald, hoofdstuk 3, 4 en 5.

38. Vgl. art. 3:3 Awb.

39. Vgl. art. 3:2 Awb in samenhang met art. 3:4 lid 1 Awb en zie *PG Awb I*, p. 209.

40. Een voorbeeld waarin de bestuursrechter concludeerde dat geen sprake kon zijn van een redelijke belangenafweging omdat het bestuursorgaan de betrokken belangen onvoldoende zorgvuldig had vastgesteld is CBB 10 november 2005, *AB* 2006, 60, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

41. Vgl. Van Gerven 1999, reeds aangehaald, p. 58. In de Nederlandse rechtspraak gebeurt dit zelden expliciet en op een gestructureerde manier; kritisch is Van der Vlies 1997, reeds aangehaald, p. 46.

42. Zie hierover m.n. Schlössels 1998, reeds aangehaald, p. 340.

om aan de juistheid daarvan te twijfelen.⁴³ Daarbij is het vooral aan de belanghebbende om dergelijke redenen aan te voeren.⁴⁴ Daarnaast lijkt het erop alsof rechters soms zelf vaststellen welke belangen betrokken zijn. Vooral de rechtspraak over positieve verplichtingen van het EHRM laat daarvan voorbeelden zien. Dit spreekt vanzelf, nu het Hof daar een eigen afweging maakt.

Interessant is ook de rechtspraak van het EHRM over negatieve verplichtingen. Erkend is dat daarin meestal maar weinig aandacht wordt besteed aan de toetsing van de legitimiteit van de nagestreefde doelstellingen. Meestal neemt het Hof genoeg met heel algemeen geformuleerde doelen, zoals de bescherming van

volksgezondheid of nationale veiligheid.⁴⁵ Deze doelstellingen blijken echter niet altijd leidend bij de beoordeling van de belangenafweging. Dit kan worden geïllustreerd door een zaak als *Ždanoka/Letland*, die betrekking had op de uitsluiting van klaagster van het passief kiesrecht.⁴⁶ In zijn uitspraak stelt het Hof in algemene zin dat Letland legitieme doelstellingen nastreefde, te weten 'the protection of the State's independence, democratic order and national security'.⁴⁷ Dit soort abstracte doelstellingen lijkt nauwelijks aanknopingspunten te bieden voor een goede afwegingstoets. In het vervolg van zijn uitspraak specificeert het Hof de doelstellingen echter aanzienlijk, om op die manier beter te kunnen beoordelen of de uitsluiting in dit specifieke geval kon worden gerechtvaardigd.⁴⁸ Deze specificatie is echter over een groot aantal overwegingen gespreid, waardoor het moeilijk is om in één oogopslag te zien welke belangen nu eigenlijk betrokken zijn en welke rol zij uiteindelijk spelen in de afweging. Ook is niet helemaal duidelijk welke bron het Hof gebruikt voor de vaststelling van de belangen. Aangenomen kan worden dat deze wordt gevonden in de aan het Hof voorgelegde stukken, maar het is ook denkbaar dat het Hof uitgaat van wat het zelf redelijke en aanvaardbare doelstellingen zou vinden. Gebeurt dit, dan kleurt het Hof de uiteindelijke afweging aanzienlijk en is zelfs bij een terughoudende toetsing de nodige rechterlijke invulling zichtbaar.⁴⁹

3.2 Gewicht van de betrokken belangen; ernst van de inbreuk

Om een oordeel te kunnen geven over de redelijkheid van een belangenafweging, heeft de rechter enige informatie nodig over het gewicht van de betrokken belangen en over de ernst van de inbreuk die daarop is gemaakt (of zou worden gemaakt als het bestreden besluit niet was genomen). Waar de verschillende onderzochte rechterlijke instanties relatief weinig aandacht besteden aan de vaststelling van de betrokken belangen, lijkt dit element een belangrijker rol te spelen, vooral in de grondrechtenrechtspraak van het HvJ EG en het EHRM. Zo stelde het HvJ EG met betrekking tot de afweging tussen het recht op privacy en het belang bij het tegengaan van concurrentievervalsingen zelfs expliciet vast dat 'de evenredigheid door [de] nationale instantie niet kan worden onderzocht zonder rekening te houden met zaken als de ernst van de vermoedelijke inbreuk, de aard van de betrokkenheid van de betrokken onderneming en het belang van het voorwerp van het onderzoek'.⁵⁰

Het HvJ EG heeft voor een aantal brede categorieën van belangen vastgesteld of hieraan een minder groot of juist groter gewicht toekomt. In zaken over ongelijke behandeling wordt een beroep op puur financiële belangen bijvoorbeeld als weinig indrukwekkend gezien.⁵¹ terwijl groot gewicht wordt toegekend aan het belang van de bevordering van de interne markt en de bescherming van de fundamentele vrijheden (bijvoorbeeld vrijheid van dienstverrichting).⁵² Een preciezer beeld van de factoren die het Hof van Justitie hanteert om het

43. Een typisch voorbeeld voor het Europese recht is te vinden in de goed gemotiveerde zaak *Boehringer*, waarin het Gerecht van Eerste Aanleg de doelstellingen van een bepaalde richtlijn als volgt vaststelde: 'Wat in de eerste plaats het met de betrokken maatregelen nagestreefde doel betreft, zij erop gewezen dat richtlijn 96/22, blijkens de zesde en achtste overweging van de considerans ervan, zowel de bescherming van de volksgezondheid beoogt als de verwezenlijking van doelstellingen van gemeenschappelijk landbouwbeleid in het kader van de gemeenschappelijke ordening van markten ...' (GvEA 1 december 1999, gev. zaken T-125/96 en T-152/96, *Boehringer*, *Jurispr.* 1999, II-3427, punt 77). Opmerkelijk is overigens dat het GvEA aan deze doelstellingen en de onderliggende belangen in punt 98 nog toevoegt dat 'ook belang dient te worden gehecht aan de bescherming van het vertrouwen van de consumenten'; het GvEA leidt dit kennelijk af uit de processtukken. Ook buiten de strikt omschreven doelstellingen kan het dus belangen vinden die in de afweging betrokken zijn geweest.

44. Zie bijv. EHRM 21 februari 1986, *James e.a./VK*, Series A, Vol. 98, § 48, waarin het Hof inging op de bewering van klagers dat een besluit door andere motieven was ingegeven dan gesuggereerd door de Engelse regering, of EHRM 16 maart 2006, *Ždanoka/Letland*, EHRC 2006/57, m.nt. Broeksteeg, § 122, waarin het Hof inging op een controverse tussen partijen over de precieze bedoelingen van een wettelijke regeling.

45. Zie bijv. EHRM 20 oktober 2005, *United Macedonian Organisation Ilinden en PIRIN/Bulgarije*, EHRC 2005/119, § 55 ('national security'). In zeldzame gevallen laat het Hof zich kritisch uit over de doelstellingen zoals die door de regering zijn aangevoerd; zie bijv. EHRM 23 maart 2006, *Vitiello/Italië*, n.n.g., § 53 e.v.

46. EHRM 16 maart 2006, EHRC 2006/57, m.nt. Broeksteeg.

47. § 118.

48. Zie o.a. § 121 ('The impugned restriction ... must be assessed with due regard to its very special historico-political context'), § 122 ('In the Court's opinion ... it was to protect the integrity of the democratic process by excluding from participation in the work of a democratic legislature those individuals who had taken an active and leading role in a party which was directly linked to the attempted violent overthrow of the newly-established democratic regime' en 'the intention of the legislature was clearly motivated by prevention rather than by punishment') en § 134 ('... the needs of [the] society in building confidence in the new democratic institutions, including the national Parliament...').

49. Zeer kritisch hierover is S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Brussel: Bruylant 2001, p. 307.

50. HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Frères*, *Jurispr.* 2002, I-9011, punt 79.

51. Bijv. HvJ EG 20 maart 2003, zaak C-187/00, *Kutz-Bauer*, *Jurispr.* 2003, I-2741, punt 59/60 en HvJ EG 16 februari 2006, zaak C-137/04, *Rockler*, n.n.g., punt 24.

52. Zie bijv. HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, *Omega Spielhallen*, *Jurispr.* 2004, I-9609, punt 30, waarin het Hof aangeeft dat de vrijheid van dienstverrichting is zodanig een dusdanig zwaarwegend belang is dat inbreuken daarop alleen toelaatbaar zijn ter voorkoming van een 'werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang'.

gewicht van een belang te kunnen bepalen is moeilijk te geven; het Hof beoordeelt het gewicht in sterke mate per geval.⁵³

Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft zich iets actiever betoond in het ontwikkelen van dergelijke criteria, vooral waar het gaat om het aangestaste grondrecht. Het EHRM hanteert daarbij soms een kernrechtachtige benadering, waarbij het nagaat of de voorgelegde klacht betrekking heeft op de kern van een door het EVRM gegarandeerd grondrecht, of eerder op de periferie daarvan. Bij deze beoordeling slaat het EHRM acht op het bestaan van een meer of minder nauw verband met de achterliggende redenen voor bescherming van een bepaald grondrecht. Een belangrijke reden om het recht op vrijheid van meningsuiting te beschermen is bijvoorbeeld gelegen in de waarde van vrije meningsuiting voor het functioneren van de democratische rechtsstaat. Om die reden rekent het Hof rechten als persvrijheid en het recht om politici te kunnen bekritisieren tot de kern van art. 10 EVRM, terwijl het uitingen met een meer commercieel karakter, zoals reclame, tot de periferie rekent.⁵⁴ Daarnaast maakt het Hof bij het bepalen van het gewicht van een bepaald grondrecht soms gebruik van een 'common ground'-methode, waarbij het nagaat of in de lidstaten consensus bestaat met betrekking tot het gewicht van een bepaald grondrecht. Vooral bij het recht op gelijke behandeling is deze methode zichtbaar. Onderscheid op grond van ras wordt internationaal en binnen Europa bijvoorbeeld vrijwel steeds beschouwd als onaanvaardbaar. Het belang dat moet worden toegekend aan het recht op non-discriminatie moet dan ook aanzienlijk worden geacht; inbreuken hierop zijn vrijwel niet te rechtvaardigen.⁵⁵

Een soortgelijke benadering is in veel mindere mate zichtbaar waar het gaat om de vaststelling van de nagestreefde belangen. In de rechtspraak van het EHRM zijn maar weinig aanknopingspunten te vinden voor het bepalen van het gewicht van algemene belangen.⁵⁶ Overigens is dit wel afhankelijk van het onderwerp van de zaak. In specifieke categorieën van gevallen, zoals familierechtelijke zaken, besteedt het Hof juist wel aandacht aan het nagestreefde belang (bescherming van het belang van het kind) en wijst het ook op het zwaarwegende karakter daarvan.⁵⁷

Ook de aard en ernst van de belangen aantasting zijn van groot belang bij de beoordeling van een belangenafweging. Zijn individuele belangen ernstig aangetast door een besluit of regeling, bijvoorbeeld doordat sprake is van een onomkeerbare, zeer nadelige situatie voor een individuele belanghebbende, dan zal de rechter vereisen dat daar zwaarwegende algemene belangen tegenover staan. Een goed voorbeeld hiervan is te vinden in de rechtspraak van het EHRM over preventieve beperkingen van de vrijheid van meningsuiting. Naar EVRM-recht kunnen dergelijke beperkingen toelaatbaar zijn, maar omdat ze een zeer vergaande inbreuk maken op de mogelijkheid om gedachten en meningen onder de aandacht te brengen, accepteert het Hof een dergelijke beperking alleen als daar uiterst zwaarwegende argu-

menten voor kunnen worden aangevoerd.⁵⁸ Ook het Europese recht laat voorbeelden zien van deze benadering, waarbij blijkt dat zelfs een toetsing op een terrein als het landbouwwrecht, waarbij het HvJ EG normaal gesproken een zeer terughoudende toets toepast, kan worden geïntensiveerd als sprake is van een ernstige aantasting van belangen.⁵⁹

Andersom wordt bij een lichtere inbreuk in het algemeen aangenomen dat sprake is van een minder ernstige (gemakkelijker te rechtvaardigen) belangen aantasting. Dit is bijvoorbeeld het geval als de belangen aantasting vermijdbaar was, in die zin dat de betrokken belanghebbende eenvoudig aan de negatieve werking van het besluit had kunnen ontkomen.⁶⁰ Ook is een

53. Niet ongebruikelijk is een benadering zoals in de zaak *Boebringner*, waarin het Gerecht van Eerste Aanleg het volgende stelde: 'Wat ... de evenredigheid stricto sensu betreft, dat wil zeggen de afweging van de aan individuele belangen veroorzaakte schade en de daartegenover staande voordelen in het algemeen belang, zij erop gewezen dat het belang van de nagestreefde doelstellingen, te weten de bescherming van de volksgezondheid en het herstel van het vertrouwen van de consumenten, de zelfs aanzienlijke negatieve gevolgen voor bepaalde marktdeelnemers rechtvaardigt, en dat de bescherming van de volksgezondheid prioriteit moet hebben boven alle andere overwegingen ...' (GvEA 1 december 1999, gev. zaken T-125/96 en T-152/96, *Boebringner*, *Jurispr.* 1999, II-3427, punt 102). Hieruit blijkt dat het GvEA groot gewicht toekent aan het belang van de volksgezondheid, zonder dit nader te motiveren.

54. Zie bijv. EHRM 15 februari 2005, *Steel en Morris/VK*, *EHRC* 2005/37, m.nt. Gerards, § 88 en EHRM 9 juni 1998, *Incal/Turkije*, *Reports* 1998-IV, § 46, tegenover EHRM 25 oktober 1989, *Market intern Verlag*, *Series A*, Vol. 165, *NJCM-Bull.* 1990, p. 67 (m.nt. Van der Velde/Schokkenbroek), § 33. Deze benadering wordt overigens ook gevolgd door het HvJ EG (zie bijv. HvJ EG 25 maart 2004, zaak C-71/02, *Karner*, *Jurispr.* 2004, I-3025, punt 51) en de Nederlandse rechter (bijv. HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361, m.nt. EJD, tegenover HR 14 juni 2001, *KG* 2001, 173). Zie verder Gerards 2005, reeds aangehaald, p. 93.

55. Zie m.b.t. ras bijv. EHRM 13 december 2005, *Timishev/Rusland*, *EHRC* 2005/19, m.nt. Henrard, § 56 en 58.

56. Soms wordt hieraan wel aandacht besteed; bijv. EHRM 6 juni 2006, *Segestedt-Wiberg/Zweden*, n.n.g., § 90 en 91, waarin het Hof aangaf dat tijdverloop een algemeen belang (in dit geval het belang bij de opslag van persoonsgegevens door inlichtingendiensten) minder zwaarwegend kan maken. Ook kan worden aangenomen dat doelstellingen waarvan duidelijk is dat zij daadwerkelijk van belang zijn voor het goede functioneren van een samenleving, zwaarwegend worden gevonden. Zie nader Gerards 2005, reeds aangehaald, p. 94.

57. Bijv. EHRM 13 juli 2000, *Scozzari en Giunto/Italië*, *EHRC* 2000/74, m.nt. Van der Velde, § 169 e.v.

58. Bijv. EHRM 29 maart 2005, *Alinak/Turkije*, *EHRC* 2005/57, m.nt. Gerards, § 37. Op soortgelijke wijze heeft het Hof voor het eigendomsrecht aangenomen dat van een zeer vergaande inbreuk sprake is bij eigendomsontnemning zonder enige compensatie; ook daarvoor kan alleen in heel uitzonderlijke omstandigheden een rechtvaardiging worden aangenomen; zie bijv. EHRM 15 november 2005, *Pye/VK*, *EHRC* 2006/4, m.nt. Milo, § 71/72.

59. Bijv. HvJ EG 6 december 2005, gev. zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, *ABNA e.a.*, n.n.g., punt 82; vooral het onderzoek van de noodzaak van de beperkende maatregel is in deze zaak intensiever dan gebruikelijk.

60. Een voorbeeld uit de Nederlandse bestuursrechtspraak is ABRvS 4 februari 2004, *AB* 2004, 144, m.nt. Vermeer, waarin de Afdeling Bestuursrechtspraak wees op een alternatief dat aan belanghebbende was aangeboden en waardoor de belangen aantasting sterk zou zijn verminderd. Zie verder EHRM 18 oktober 2005 (ontv. besl.), *Perrin/VK*, *EHRC* 2006/12, m.nt. Groothuis.

inbreuk minder ernstig als het gaat om een tijdelijke maatregel.⁶¹ of als aan de hand van andere objectieve gegevens kan worden vastgesteld dat de inbreuk een beperkt karakter had. Een voorbeeld van dit laatste is zichtbaar in het arrest *Schmidberger* van het HvJ EG, dat betrekking had op een demonstratie op de Brennerpas die het goederenvervoer gedurende enige tijd blokkeerde.⁶² Dit leverde een beperking op van het vrij verkeer van goederen, die door de Oostenrijkse autoriteiten gerechtvaardigd werd met een beroep op de verplichting de demonstratievrijheid te garanderen. Bij de beoordeling van de afweging tussen deze fundamentele belangen hechtte het Hof veel waarde aan het feit dat de inbreuk op het vrij verkeer van goederen van geringe omvang was, nu het ging om een blokkade die slechts 30 uur duurde en alleen het goederenvervoer over deze autoweg stillegde. De overheid had bovendien allerlei maatregelen getroffen om de hinder zo veel mogelijk te beperken, zoals het uitzetten van omleidingsroutes. Gelet hierop was het Hof van mening dat de Oostenrijkse autoriteiten een redelijke afweging van belangen hadden gemaakt.

3.3 Incommensurabiliteit

Een in de theoretische literatuur veel genoemd probleem bij de toetsing van belangenafwegingen betreft de incommensurabiliteit van belangen.⁶³ Dit probleem houdt kort gezegd in dat het niet goed mogelijk is om een rationele afweging te maken tussen ongelijksoortige belangen (zoals die van de bescherming van de nationale veiligheid tegenover het recht op privacy), omdat er geen gemeenschappelijke schaal is waarop deze belangen geplaatst kunnen worden. Nu juist in de rechtspraak hoge eisen worden gesteld aan rationaliteit en objectiviteit, zou verwacht kunnen worden dat dit voor rechters een uiterst lastig probleem is. Voor het pu-

blikrecht wordt in de rechtswetenschappelijke literatuur echter aangenomen dat het probleem van incommensurabiliteit een minder grote rol speelt, nu de primaire afweging daar is gemaakt door een bestuursorgaan of regelgever.⁶⁴ Deze besluitvormende instanties zijn in staat op basis van politieke of beleidsmatige overwegingen een keuze te maken tussen belangen, hetgeen relatief veel ruimte laat voor een niet volledig objectiveerbare of rationele keuze.⁶⁵ De rechter kan zich vervolgens beperken tot een afstandelijke beoordeling van de (on)redelijkheid van deze keuze.

Gelet hierop verbaast het niet dat het probleem van de incommensurabiliteit in de publiekrechtelijke rechtspraak nauwelijks zichtbaar is. Rechters maken vrijwel nooit melding van deze problematiek en zoeken hiervoor ook niet zichtbaar naar oplossingen. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt de problematiek genoemd. Een voorbeeld is de uitspraak van het EHRM in de zaak *Evans*.⁶⁶ Aan de orde in deze zaak was een Engelse regeling voor de toestemming van de ouders voor een ivf-behandeling, waarin een 'bright-line rule' was opgenomen die inhield dat intrekking van toestemming voor beide ouders mogelijk bleef tot het moment van terugplaatsen van de bevruchte eicellen. De klaagster in deze zaak, voor wie een ivf-behandeling onmogelijk was geworden doordat haar partner zijn toestemming had ingetrokken, had betoogd dat een 'bright-line rule' in dit soort situaties niet gewenst is, omdat zo'n regel geen ruimte biedt om rekening te houden met individuele omstandigheden. De nationale rechters concludeerden echter dat een 'bright-line rule' acceptabel was, juist omdat zo'n regel problemen van afweging van incommensurabele belangen zou voorkomen en daarmee de rechtszekerheid zou beschermen.⁶⁷ Het Hof stemde in met deze analyse en oordeelde slechts of de nu geformuleerde regel binnen de grenzen van het redelijke bleef. Daarmee erkende het impliciet dat oordelen over ongelijksoortige of moeilijk vergelijkbare belangen beter kunnen worden geveld door politieke autoriteiten dan door de rechter.⁶⁸

Opmerkelijker is dat het EHRM, dat toch in sommige gevallen eigen afwegingen maakt, in dat verband nooit melding heeft gemaakt van de problematiek van incommensurabiliteit. Dit is alleen verklaarbaar door te veronderstellen dat het Hof de problematiek negeert of (impliciet) accepteert dat zijn afwegingen niet geheel rationeel zijn.

4. Verklaringen voor de relatief beperkte problemen bij rechterlijke toetsing van belangenafwegingen in het publiekrecht

4.1 Doel-middeltoetsing (instrumentaliteit)

In het voorgaande is duidelijk geworden dat de problemen rondom de toetsing van belangenafwegingen in het publiekrecht relatief beperkt zijn, vooral doordat rechters zich kunnen beperken tot toetsing van een door andere organen al gemaakte afweging. Daar komt bij dat een daadwerkelijke toetsing van belangenafwegingen in de praktijk niet altijd plaatsvindt. Dit houdt

61. Vgl. Tridimas 1999, reeds aangehaald, p. 123. Overigens kan ook een tijdelijke maatregel heel belastend zijn en een ernstige inbreuk op individuele belangen opleveren; zie bijv. HvJ EG 12 juli 1977, zaak 114/76, *Bela-Mühle*, *Jurispr.* 1977, 1211.

62. HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Jurispr.* 2003, I-5659.

63. Zie o.a. F.T. Groenewegen, 'In hoeverre schrijft het evenredigheidsbeginsel iets voor?', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 17 en T.A. Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', 96 *Yale Law Journal* 943 (1987), p. 973.

64. Vgl. Groenewegen 2005, reeds aangehaald, p. 21/22.

65. Vgl. De Búrca 1993, p. 107. Bij belangenafwegingen door bestuursorganen is hierover wel discussie mogelijk; zie Schlössels 1998, reeds aangehaald, p. 176.

66. EHRM 7 maart 2006, *Evans/VK*, EHRM 2006/47, m.nt. Brems.

67. Zie de uitspraak van het Engelse Court of Appeal in deze zaak, *Evans v. Amicus Healthcare Ltd*, [2004] EWCA Civ 727, Thorpe LJ en Sedley LJ: zij geven aan dat een andere, meer op hardheidsituaties gerichte benadering problematisch is, omdat 'it would also require a balance to be struck between two entirely incommensurable things'. Met dank aan Jacco Bomhoff, die mij op dit aspect van de uitspraak wees.

68. Iets anders is dat het Hof zich in het geheel niet bewust toont van de problematiek van incommensurabiliteit in zaken waarin het zelf een afweging maakt, zoals bij positieve verplichtingen. Ook daar wordt het probleem feitelijk genegeerd en gaat het Hof uit van de veronderstelling dat ongelijksoortige belangen wel degelijk tegen elkaar kunnen worden afgewogen.

verband met de plaatsing van deze toetsing in de bredere context van het evenredigheidsbeginsel, dat naast een vereiste van redelijke belangenafweging ook een vereiste omvat van een redelijke verhouding tussen doel en middel (instrumentaliteit). Vooral het Hof van Justitie heeft een toetsingsmethodiek ontwikkeld waarbij de toetsing van instrumentaliteit een centrale plaats inneemt. Daarbij heeft het Hof uit het bestaan van voldoende instrumentaliteit soms geconcludeerd dat voldaan is aan het vereiste van evenredigheid, zonder dat het afzonderlijk inging op de vraag of sprake is van een redelijke verhouding tussen de aangetaste en nagestreefde belangen.⁶⁹ In recentere rechtspraak is dit soms anders, maar de instrumentaliteitstoets blijft een belangrijke plaats innemen.⁷⁰

Ook in de Nederlandse rechtspraak is een doel-middeltoets soms zichtbaar, al richt de Nederlandse toetsing zich sterker op de belangenafweging als zodanig.⁷¹ De instrumentaliteitstoets wordt hier vooral uitgevoerd in de context van het (soms afzonderlijk genoemde) 'beginsel van de minste pijn', een aspect van het evenredigheidsbeginsel dat een subsidiariteitstoets omvat.⁷² Uitgangspunt is immers dat een bepaald instrument niet gekozen had mogen worden als andere, minder belastende mogelijkheden beschikbaar waren om de beleidsdoelstellingen te bereiken. De rechter kiest hierbij vaak een terughoudende opstelling. Een voorbeeld is het arrest van de Hoge Raad over de Wet herstructurering varkenshouderij, waarin de Hoge Raad vaststelde dat het enkele feit dat het nagestreefde doel ook met een lichter middel had kunnen worden bereikt, op zichzelf niet voldoende was om te concluderen dat de inbreuk op het eigendomsrecht ongerechtvaardigd was.⁷³ Daarbij stelde hij dat het in beginsel aan de wetgever is om te beoordelen welke maatregelen ter bereiking van de gestelde doelen noodzakelijk en aanvaardbaar zijn. Door deze benadering wordt de feitelijke beoordeling van instrumentaliteit vrijwel volledig aan de wetgever overgelaten en beperkt de rechter zich tot een uiterst marginale toetsing.

Een vergelijkbare benadering is te vinden in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG over het Europese landbouwbeleid.⁷⁴ Daarbij gaat het Hof van Justitie vaak na of de litigieuze maatregel een geschikt middel vormde om het nagestreefde doel te bereiken, maar past het een uiterst terughoudende toets toe om rekening te kunnen houden met het feit dat de communautaire instellingen beter dan het Hof in staat zijn om te beoordelen welke maatregelen passend moeten worden geacht. Om die reden zal het Hof een maatregel vrijwel alleen maar in strijd verklaren met het evenredigheidsbeginsel als deze kennelijk ongeschikt is.⁷⁵ Daarbij worden hoge eisen gesteld aan het bewijs hiervan, dat moet worden aangevoerd door degene die zich hierop beroept.⁷⁶

Door de toetsing van instrumentaliteit worden verschillende problemen van belangenafweging effectief omzeild. Het probleem van incommensurabiliteit speelt bijvoorbeeld niet, nu geen belangen met elkaar worden

vergeleken, maar uitsluitend wordt onderzocht of het gekozen instrument een geschikt en noodzakelijk middel vormt om een bepaald doel te bereiken. Ook is er geen noodzaak om het gewicht van de betrokken belangen te bepalen, of zelfs om vast te stellen welke belangen nu eigenlijk zijn aangetast: om de geschiktheid en noodzaak van het gekozen middel te kunnen beoordelen, kan de rechter volstaan met het bepalen van de nagestreefde doelstellingen. Zeker als een marginale toets wordt uitgevoerd, is deze methode geschikt om respect te tonen voor de verhouding tussen rechter en besluitvormende organen. Een toetsing van instrumentaliteit grijpt überhaupt al minder in de vrijheid van bestuur of regelgever in, nu de wenselijkheid van het nastreven van bepaalde doelstellingen niet ter discussie wordt gesteld. Bovendien respecteert een marginale toets de betere kwaliteiten van de besluitvormende instanties om te beoordelen welke instrumenten geschikt en noodzakelijk zijn om de beleidsdoelstellingen te verwezenlijken.

Iets anders is het om, zoals het HvJ EG vooral in het verleden heeft gedaan, de evenredigheidstoets te beperken tot een toets van instrumentaliteit. In dat geval wordt soms ten onrechte in het midden gelaten of de belangenafweging als zodanig redelijk is. Het is immers niet ondenkbaar dat een doel wordt nagestreefd met een bepaalde maatregel, die daarvoor heel geschikt is, maar dat de belangen die worden aangetast dusdanig zwaarwegend zijn dat de maatregel onredelijk moet worden

69. Vgl. T. Tridimas, 'The Rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity', in: A. Schrauwen (red.), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen: European Law Publishing 2005, p. 112, voetnoot 4.

70. Zie de in par. 2.3 vermelde uitspraken.

71. Vgl. Jans e.a. 2002, p. 183, 197 en 201, waar er ook op wordt gewezen dat dit anders kan zijn als het gaat om een toetsing aan het communautaire evenredigheidsbeginsel, nu daarbij veelal de benadering van het HvJ EG wordt gevolgd. Dit is vooral het geval in de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven – het HvJ EG heeft dit uitdrukkelijk erkend in zaak C-96/03 en C-97/03, *Tempelman, Jurispr.* 2005, I-1895, punt 49, naar aanleiding van de door het CBB gegeven beoordeling in zijn uitspraak van 7 januari 2003, *LJN AF2741*, overweging 5.3; hoewel wat cryptisch geformuleerd, is daarin inderdaad een kennelijke ongeschiktheidstoets en een noodzakelijkheidstoets te lezen. Anderen hebben wel aangegeven dat in het kader van de toetsing aan art. 3:4 lid 2 Awb een instrumentaliteitstoets passender zou zijn dan een afwegingstoets (bijv. Schlössels 1998, reeds aangehaald, p. 183), maar deze wens komt vooralsnog niet tot uitdrukking in de jurisprudentie.

72. Zie nader Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 330.

73. HR 16 november 2001, *AB* 2002, 35 (m.nt. Van Buuren), *NJ* 2002, 469, m.nt. Koopmans en Alkema, *JB* 2002/2, m.nt. AWH (Wet herstructurering varkenshouderij), r.o. 7.2.

74. Zie Jacobs 1999, reeds aangehaald, p. 3. Dit geldt ook voor andere beleidsterreinen; Tridimas noemt o.a. het visserijbeleid, economisch beleid en volksgezondheid (Tridimas 2005, reeds aangehaald, p. 114).

75. Zie bijv. HvJ EG 13 november 1990, zaak C-331/88, *Fedesa, Jurispr.* 1990, I-4023, punt 14 en, meer recent, GvEA 10 februari 2004, gev. zaken T-64/01 en T-65/01, *Afrikanische Frucht-Kompagnie, Jurispr.* 2004, II-521, punt 101/102.

76. Vgl. GvEA 3 februari 2005, zaak T-19/01, *Chiquita Brands e.a., Jurispr.* 2005, II-315, punt 230/231.

geacht. De recentere uitspraken van het HvJ EG, waarin een afwegingstoets wel wordt genoemd, kunnen daarom positief worden gewaardeerd.⁷⁷ Daarnaast is de vraag of terughoudendheid in de toetsing altijd aangewezen is. Er zijn omstandigheden denkbaar, zoals die waarin een ernstige en onomkeerbare inbreuk wordt gemaakt op zwaarwegende individuele belangen, dat er reden lijkt te bestaan voor grotere rechterlijke argwaan ten aanzien van de redelijkheid van het genomen besluit, en die aanleiding zouden moeten vormen voor een intensiever onderzoek van de geschiktheid en noodzakelijkheid hiervan.⁷⁸

4.2 Redelijkheidstoetsing

Het instrument van de redelijkheidstoetsing is vooral zichtbaar in het Nederlandse algemeen bestuursrecht en

de rechtspraak van het EHRM.⁷⁹ In Nederland is het instrument bekend als uitvloeisel van de al eerder genoemde Maxis-Praxis-uitspraak van de Afdeling, waarin zij uitdrukkelijk aangaf dat een terughoudende opstelling van de rechter geboden is als het gaat om de toetsing van belangenafwegingen.⁸⁰ Alleen als de bestuurlijke belangenafweging (kennelijk) onredelijk is, is er ruimte voor ingrijpen.⁸¹ Dit betekent dat de Nederlandse bestuursrechter meestal alleen marginaal kijkt naar de afwegingen zoals die door een bestuursorgaan zijn gemaakt.⁸² Weliswaar wordt vrij zorgvuldig beoordeeld of voldaan is aan het specialiteitsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, en of het verbod van *détournement de pouvoir* niet is overtreden⁸³, maar als deze hordes eenmaal genomen zijn, moet het bestuursorgaan wel heel willekeurig hebben gehandeld wil de bestuursrechter ingrijpen. Een belangrijke en interessante vraag in dit verband is wanneer de rechter dan zal vinden dat daadwerkelijk sprake is van willekeur of kennelijke onevenredigheid. Dit is niet gemakkelijk vaststelbaar, nu de bestuursrechtelijke uitspraken de daadwerkelijke redenen om een besluit niet onredelijk te achten meestal niet noemen.⁸⁴ De Waard heeft echter aangegeven dat de grens van het rechtens aanvaardbare of redelijke wordt gelegd waar iedereen het er wel over eens zal zijn dat deze uitkomst niet aanvaardbaar is, d.w.z. als de uitkomst objectief gezien niet meer acceptabel is.⁸⁵ Marginale toetsing impliceert dan dat een grijs tussengebied tussen *kennelijk onredelijk* en *redelijk* als aanvaardbaar wordt geaccepteerd, ook al is daarover discussie mogelijk.

De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens laat eveneens een redelijkheidstoets zien, maar deze is sterker gestructureerd dan de Nederlandse variant. Deze structurering is vooral het gevolg van de *margin of appreciation*-doctrine, die inhoudt dat, afhankelijk van een aantal omstandigheden, meer of minder beleidsruimte aan de staten wordt toegekend om inbreuk te maken op een grondrecht. Deze beleidsruimte correspondeert met een intensievere of minder intensieve toetsing door het EHRM.⁸⁶ Daarbij lijkt een intensieve toets niet alleen een aanzienlijk zorgvuldiger vaststelling te impliceren van de betrokken belangen, maar leidt deze vaak ook tot een vrijwel volledige heroverweging van de belangen door het Hof. Anders gezegd: bij een intensieve toets beoordeelt het Hof niet zozeer de op nationaal niveau gemaakte afweging, maar geeft het aan hoe het zelf deze afweging zou hebben gemaakt en stelt het dit oordeel zo nodig in de plaats van dat van de nationale autoriteiten.⁸⁷ Is de *margin of appreciation* ruimer, dan stelt het Hof zich in de toetsing veel terughoudender op en voert het een redelijkheidstoets uit die vergelijkbaar is met die van de Nederlandse bestuursrechter.⁸⁸ Wel is de toets dan vaak beter gemotiveerd, in die zin dat het Hof veelal inhoudelijk aandacht besteedt aan de redenen waarom het een besluit niet onredelijk acht, terwijl Nederlandse bestuursrechters dit veelal nalaten.⁸⁹

77. Deze toets moet dan ook wel daadwerkelijk worden uitgevoerd; daaraan ontbreekt het soms nog – zie bijv. HvJ EG 12 januari 2006, zaak C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH*, punt 44 e.v.

78. De stelling van Jans e.a. dat het verschil tussen de belangenafwegingstoets en de instrumentaliteitstoets wegvalt als de rechter zich zou toespitsen op de vraag of de gekozen middelen noodzakelijk zijn om de door de overheid gestelde doelen te bereiken (Jans e.a. 2002, reeds aangehaald, p. 183), is naar mijn mening dan ook niet juist.

79. In de rechtspraak van het HvJ EG is het instrument in mindere mate zichtbaar, omdat daar de aandacht vooral is gevestigd op de verhouding tussen doel en middel. Waar toch een toets van de belangenafweging wordt uitgevoerd, is een redelijkheidstoets wel terug te vinden. Zie bijv. HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-174/05, *Stichting Zuid-Hollandse Miliefederatie*, n.n.g., punt 32, waarin het Hof het in dit verband voldoende vond om te constateren dat de Commissie een globale beoordeling had gemaakt van voor- en nadelen van het gekozen stelsel.

80. De Centrale Raad van Beroep hanteert een vergelijkbare benadering; zie CRvB 28 mei 1998, *JB 1998/150*, m.nt. F. Vernimmen-De Jong, *AB 1998*, 244, m.nt. HBr.

81. Vgl. ook B.W.N. de Waard, 'Marginale toetsing en evenredigheid', in: *Getuigend Staatsrecht. Liber amicorum A.K. Koekkoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 364.

82. Leidend bij de keuze voor een marginale toetsing is daarbij feitelijk alleen het bestaan van beleidsvrijheid. Zie kritisch hierover J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Den Haag: Sdu 2002, p. 633 e.v.

83. Zie ook De Waard 2005, reeds aangehaald, p. 364/365.

84. Kritisch zijn ook Jans e.a. 2002, reeds aangehaald, p. 200.

85. De Waard 2005, reeds aangehaald, p. 369; zie ook B.W.N. de Waard, 'Maxis Praxis', in: P.J.J. van Buuren e.a. (red.), *AB Klassiek*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2003, nr. 36, p. 377, waar hij dit beschrijft als het 'objectiveringsbeginsel'.

86. Vgl. R.St.J. Macdonald, 'The Margin of Appreciation', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993, p. 84/85; zie expliciet bijv. ook EHRM 21 februari 2006, *Tüm Haber Sen en Çinar/Turkije*, n.n.g., § 35.

87. Vooral bij zaken over vrijheid van meningsuiting is dit vaak zichtbaar; zie bijvoorbeeld EHRM 15 februari 2005, *Steel en Morris/VK*, *EHRC 2005/37*, m.nt. Gerards.

88. Bijv. EHRM 12 april 2006, *Stec e.a./VK*, n.n.g.

89. Zie voor een typisch voorbeeld EHRM 28 maart 2006, *Sukhovetskyj/Oekraïne*, *EHRC 2006/60*, m.nt. Broeksteeg, § 69, waarin het Hof onderzocht of een waarborgsom voor kandidaatstelling voor de verkiezingen '... curtailed the applicant's electoral rights to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness'. Op basis van een kort vergelijkend overzicht en een aantal algemene argumenten stelde het Hof dat de maatregel niet 'arbitrary' was en de kern van de rechten niet op ontoelaatbare wijze aantastte (§ 73).

4.3 Overige benaderingen van problemen van belangenafweging

Zoals gezegd is het in het publiekrecht gebruikelijk om de problemen van belangenafwegingen op te vangen door het uitvoeren van een redelijkheidstoets of het (gedeeltelijk) vervangen van de afwegingstoets door een toetsing van instrumentaliteit. De publiekrechtelijke rechtspraak laat echter nog enkele interessante rechterlijke methoden en technieken zien, waardoor de problematiek van belangenafwegingen effectief wordt opgelost of omzeild.

4.3.1 Catalogusformules

Allereerst zijn zowel in de Nederlandse bestuursrechtsspraak als in de grondrechtenrechtspraak van het EHRM voorbeelden te zien van zogenoemde catalogusformules. Daarbij ontwikkelt de rechter nadere criteria om het gewicht van een bepaald belang te kunnen vaststellen en op die manier de gemaakte afweging objectiever te kunnen beoordelen. Een bekend voorbeeld uit de EHRM-rechtspraak zijn de criteria die het Hof heeft ontwikkeld om te kunnen beoordelen of het redelijk is om een vreemdeling uit te zetten wegens gevaar voor de openbare orde, ook al heeft deze jarenlang in een lidstaat gewoond en daar ook een gezinsleven opgebouwd. Het Hof bepaalt de redelijkheid van zo'n besluit aan de hand van factoren als de lengte van verblijf, de vraag waar de vreemdeling zijn opleiding heeft genoten en de vraag of hij nog banden heeft met het land waar naartoe hij zal worden uitgezet, afgezet tegen de ernst en aard van de misdrijven die de aanleiding vormden voor het uitzettingsbesluit.⁹⁰ Een iets andere benadering is zichtbaar in de EHRM-uitspraak *Enhorn/Zweden*, die betrekking had op de beperking van de bewegingsvrijheid van mensen met besmettelijke ziekten (zoals hiv/aids).⁹¹ Het Hof koos er in deze zaak niet voor om het belang van bescherming van de volksgezondheid af te wegen tegen het belang bij bewegingsvrijheid, maar gaf aan dat de redelijkheid van detentie moest worden beoordeeld op basis van twee criteria: de vraag of de verspreiding van een besmettelijke ziekte gevaarlijk zou zijn voor de volksgezondheid en de vraag of detentie het laatste redmiddel is om verspreiding van de ziekte te voorkomen.⁹² Daarmee gaf het EHRM richting aan de afweging zoals die in dit soort gevallen op nationaal niveau plaats moet vinden.

In het bestuursrecht is deze benadering zelden zichtbaar.⁹³ Vermeldenswaard is wel dat de Hoge Raad vaker gebruik maakt van dit soort formules en dit soms ook doet in het kader van een bestuursrechtelijk getinte zaak.⁹⁴

4.3.2 Categoriëring en objectivering

Een tweede methode die in de rechtspraak relatief veel wordt gehanteerd om gemakkelijker om te kunnen gaan met de toetsing van belangenafwegingen, is die van categorisering.⁹⁵ Daarbij formuleert de rechter een algemene regel die behulpzaam kan zijn bij een groot aantal (veel voorkomende) gevallen van botsende belangen,

waardoor de noodzaak tot een concrete toetsing van de afweging wordt vervangen door de algemene toepassing van de door de rechter zelf geformuleerde regel. Deze werkwijze is ook in het Nederlandse bestuursrecht soms zichtbaar. Het beste voorbeeld is te vinden in de Nederlandse belastingrechtspraak, waarin de belastingkamer van de Hoge Raad een systeem van voorrangregels heeft gecreëerd voor de afweging tussen het gelijkheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de situatie waarin een belastinginspector een tijdlang een van de wet afwijkend beleid heeft gehanteerd ten voordele van belastingplichtigen, maar daarvan op zeker moment is afgeweken om te handelen in overeenstemming met de wet.⁹⁶ De vraag is dan of het belang bij gelijke behandeling van de daardoor benadeelde belastingplichtigen zwaarder of minder zwaar weegt dan het algemene belang bij het handelen in overeenstemming met de belastingwetgeving. De Hoge Raad heeft daarover gesteld dat het gelijkheidsbeginsel voorgaat als sprake is van een daadwerkelijk tegenwettelijk beleid dat is gericht op de bevoordeling van een bepaalde categorie van gevallen, of als in een meerderheid van gevallen een bepaalde, bevoordelende beslissing is genomen.⁹⁷ Wordt een belastingrechter met een geval als dit geconfronteerd, dan hoeft hij dus geen eigen afweging te maken tussen conflicterende beginselen, maar kan hij relatief eenvoudig de door de Hoge Raad geformuleerde voorrangregels toepassen.

Een wat onzuiver voorbeeld van categorisering is de formulering van de beginselplicht tot handhaving in het bestuurlijk handhavingsrecht. Deze beginselplicht houdt in dat een bestuursorgaan dat beschikt over handhavingsbevoegdheden in de regel van deze bevoegdheid gebruik moet maken, gelet op het algemene belang dat met handhaving gediend is.⁹⁸ Daarmee is een hoofdregel gecreëerd, die inhoudt dat het algemene handhavingsbelang in beginsel zwaarwegender wordt

90. Bijv. EHRM 31 januari 2006, *Sezen/Nederland*, EHRC 2006/34, m.nt. Woltjer, *JV* 2006, 89, § 42-43.

91. EHRM 25 januari 2005, *Enhorn/Zweden*, EHRC 2005/34 (m.nt. Van der Velde), *NJCM-Bull.* 2005, p. 455 (m.nt. Hendriks).

92. § 44.

93. Vgl. B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten. Wetgeving en rechtspraak in dienst van het recht* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 8.

94. HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332, m.nt. Brunner, *AB* 1982, 49, m.nt. Steenbeek. Zie verder Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2005, reeds aangehaald, p. 697.

95. Deze methode heb ik uitgebreid besproken in mijn oratie; zie J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden), Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006.

96. Het voeren van *contra legem*-beleid komt in het belastingrecht met enige regelmaat voor. Zie nader J.L.M. Gribnau, 'Legaliteit en legitimiteit. Fiscale rechtsvorming in de democratische rechtsstaat', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2001, p. 12; zie ook uitgebreid (naar aanleiding van de discussie over het beleid ten aanzien van fiscale vrijplaatsen) een brief van de Staatssecretaris van Financiën, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 643, nr. 2.

97. HR 6 juni 1979, *BNB* 1979/211, m.nt. J.P. Scheltens. Zie nader R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, Deventer: Kluwer 1996, p. 288 e.v. en Gerards 2002, reeds aangehaald, p. 548-552.

98. Zie bijv. ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004/293, m.nt. Albers en ABRvS 11 augustus 2004, *AB* 2004, 44, m.nt. Vermeer.

geacht dan de andere betrokken belangen. Van een volledige categorisering is hierbij geen sprake, nu op de eenvoudige hoofdregel een uitzondering bestaat die zelf in termen van evenredigheid is gegoten: handhaving kan 'zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen' dat van optreden in de concrete situatie moet worden afgezien. Deze toevoeging impliceert dat het nog steeds noodzakelijk is om in ieder individueel geval de betrokken belangen tegen elkaar af te wegen.⁹⁹ In dit geval moet de beginselplicht dus eerder worden gezien als een hulpstuk bij het maken en beoordelen van een belangenafweging, of als een voor-

onderstelling die in bijzondere omstandigheden kan worden weerlegd, dan als een methode die de rechter (of het bestuursorgaan) de feitelijke plicht tot het toetsen (en maken) van een afweging feitelijk ontnemt.¹⁰⁰

Een laatste variant op categorisering is te vinden in de rechtspraak over schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen. De vraag is daarbij of één individu (of een beperkte groep) disproportioneel veel schade heeft geleden in verhouding tot andere rechtssubjecten en daarvoor door de overheid redelijkerwijze had moeten worden gecompenseerd. Hoewel de precieze rol van het evenredigheidsbeginsel bij dit leerstuk betwist is, kan worden aangenomen dat daarbij de vraag speelt of de overheid een redelijke belangenafweging heeft gemaakt bij het besluit niet tot compensatie over te gaan.¹⁰¹ Interessant is daarbij dat de noodzaak tot (toetsing van) belangenafweging nader is ingevuld door objectieve criteria. Zo is het criterium of sprake is van een 'onevenredig groot nadeel' vervangen door een oordeel over de vraag of de geleden schade abnormaal is, in die zin dat deze niet tot het normaal maatschappelijk risico behoort.¹⁰² Dit is een lastig te beantwoorden interpretatievraag, maar beantwoording ervan vergt geen belangenafweging. Hetzelfde geldt voor de objectivering die is ingevoerd door middel van het criterium van eigen schuld of risicoaanvaarding, dat impliceert dat het redelijk is om de kosten die zijn verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu en andere maatschappelijke belangen voor rekening te laten van de bedrijven die de schade veroorzaken.¹⁰³ Ook hier wordt een hoofdregel geformuleerd die behulpzaam kan zijn bij het beoordelen van zaken over nadeelcompensatie, die de noodzaak van een integrale beoordeling van de door het bestuur gemaakte afweging vermindert.

In het Europese recht zijn eveneens vormen van categorisering zichtbaar. Bekend is vooral de Keck-uitzondering in verband met het vrij verkeer van goederen. Volgens Keck is artikel 28 EG, waarin het vrij verkeer van goederen is vastgelegd, in bepaalde omstandigheden niet van toepassing op verkoopmodaliteiten.¹⁰⁴ Dit betekent dat de rechter bij verkoopmodaliteiten geen evenredigheidstoets hoeft toe te passen, nu in algemene zin wordt verondersteld dat dit soort maatregelen niet problematisch is vanuit het perspectief van het vrij verkeer van goederen.¹⁰⁵ Deze benaderingswijze kan worden beschouwd als een vorm van categorisering, nu de rechter hierdoor de verplichting tot toetsing van een belangenafweging wordt ontnomen in een specifieke, feitelijk afgebakende categorie van gevallen.¹⁰⁶ Hoewel de communautaire rechtspraak na de (sterk bekritiseerde)¹⁰⁷ poging in Keck maar weinig voorbeelden van categorisering heeft laten zien, kan ook meer recent, in de zaak *Mobistar*, een vorm van categorisering worden onderscheiden.¹⁰⁸ In deze zaak stelde het Hof voor het vrij verkeer van diensten dat maatregelen 'die uitsluitend tot doel hebben dat er voor de dienstverrichting in kwestie extra kosten ontstaan en die het verrichten van diensten tussen lidstaten en het verrichten van diensten

99. Vgl. J. Gundelach & F.C.M.A. Michiels, *Ongegronde vrees. Een onderzoek naar de rechtspraak inzake handhavingsbesluiten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 16-17.
100. Vgl. ook T.E.P.A. Lam, 'Handhaving: een samenspel van beginselen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 126. De rechtspraak van de Afdeling laat overigens wel een aantal catalogusformule-achtige invullingscriteria zien. Onderdeel van de handhavingsformule is bijvoorbeeld dat er ruimte bestaat om niet tot handhaving over te gaan als er concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Daarnaast heeft de Afdeling Bestuursrecht enkele relevante factoren aangewezen: er is geen reden tot optreden als sprake is van een overtreding van zeer geringe aard en ernst en als niet is gebleken dat belangen van derden door het achterwege blijven van handhavend optreden worden geschaad (ABRvS 19 januari 2005, *JB* 2005/78, m.nt. C.L.G.F.H.A.). Ook is handhavend optreden niet evenredig als het alsnog handhaven nadeliger consequenties heeft dan het laten voortbestaan van de illegale situatie (ABRvS 30 maart 2005, *AB* 2005, 237). Op deze manier wordt de door de beginselplicht gelaten ruimte steeds verder ingevuld en is in steeds verdergaande mate sprake van een hoofdregel met nauw omschreven uitzonderingen.
101. Vgl. ook R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het égalité-beginsel: chaos of ius commune (I)', *Gemeentestem* 2002, 7160, p. 157-158; zie ook B.J. Schueler, 'Proportionaliteit en gelijkheid voor de publieke lasten', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 174 e.v.
102. Zie HR 14 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. Van Ravels, waarin de Hoge Raad ook een aantal criteria aanreikt om te kunnen bepalen wat tot het normaal maatschappelijk risico behoort – daarmee combineert hij feitelijk de objectiveringsmethode met een catalogusformule. Zie verder R. de Lange, 'Tussen gelijkheid en waarschijnlijkheid: het evenredigheidsoordeel in uitzonderingssituaties', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 129-130 en daar genoemde jurisprudentie.
103. HR 16 november 2001, *AB* 2002, 35 (m.nt. Van Buuren), *NJ* 2002, 469, m.nt. Koopmans en Alkema, *JB* 2002/2, m.nt. AWH (Wet herstructurering varkenshouderij).
104. HvJ EG 24 november 1993, gev. zaken C-267 en C-268/91, *Keck en Mithouard*, *Jurispr.* 1993, I-6097.
105. Vgl. punt 16 van *Keck*.
106. Vgl. ook Wils, 'The Search for the rule in Article 30 EEC: much ado about nothing?', *European Law Review* 1993, p. 489 (die nog voor *Keck* tegen een dergelijke benadering pleitte) en M. Poiras Maduro, *We, the Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Oxford: Hart 1998, p. 81 en 87.
107. Zie voor een overzicht o.a. Tridimas 1999, reeds aangehaald, p. 129 e.v. Vgl. ook L.W. Gormley, 'The Genesis of the Rule of Reason in the Free Movement of Goods', in: A. Schrauwen (red.), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen: European Law Publishing 2005, p. 29 en Poiras Maduro 1998, reeds aangehaald, p. 83 e.v.
108. HvJ EG 8 september 2005, gev. zaken C-544/03 en C-545/03, *Jurispr.* 2005, I-7723.

binnen één lidstaat gelijkelijk raken' niet onder de werking van het vrij verkeer van diensten vallen.¹⁰⁹ Ook in deze gevallen hoeft het HvJ EG dus geen uitspraak meer te doen over de proportionaliteit van deze maatregelen en daarmee evenmin over de redelijkheid van de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging.

Het EHRM ten slotte lijkt in mindere mate gebruik te maken van categorisering.¹¹⁰ Dit kan worden verklaard doordat dit Hof als uitgangspunt neemt dat ieder geval op zijn eigen merites moet worden beoordeeld, terwijl categorisering beter past bij een meer algemene interpretatie die duidelijke aanknopingspunten biedt voor toepassing door nationale of lagere rechters.

5. Conclusie

In het voorgaande is duidelijk geworden dat de rechterlijke toetsing van belangenafwegingen in het publiekrecht een andere rol en betekenis heeft dan op andere rechtsterreinen het geval zal zijn. De oorzaak hiervan is dat de belangenafweging steeds primair wordt gemaakt door een ander staatsorgaan dan de rechter, waardoor de taak van de rechter is beperkt tot het beoordelen van de redelijkheid van die afweging. Weliswaar brengt dit problemen met zich mee vanuit het perspectief van machtscheiding, maar het zorgt er ook voor dat de rechter in het publiekrecht in mindere mate wordt geconfronteerd met prangende problemen van rechterlijke afweging van belangen, zoals de vaststelling van belangen en de incommensurabiliteit daarvan. In de rechtspraak van de nationale bestuursrechters, het Europees Hof voor de rechten van de mens en het Hof van Justitie van de EG wordt dan ook weinig aandacht besteed aan deze problemen. De specifieke problemen van het publiekrecht, die te maken hebben met de noodzaak van toetsing van een door een ander orgaan gemaakte afweging, worden op hun beurt zo goed mogelijk opgelost door gebruik te maken van variatie in toetsingsintensiteit (toepassing van een marginale of redelijkheidstoets) of door niet zozeer de toetsing van de belangenafweging centraal te stellen, als wel de toetsing van instrumentaliteit. Daarnaast laat de publiekrechtelijke rechtspraak enkele andere interessante oplossingen zien voor problemen van belangenafweging in de vorm van het werken met objectiverings- en categoriseringsstrategieën of het gebruik van catalogusformules.

Het lijkt er hierdoor op dat de problematiek van rechterlijke belangenafwegingen, zoals die in theoretische literatuur sterk wordt uitvergroot, in de publiekrechtelijke praktijk in mindere mate zichtbaar is. Het is daarbij wel belangrijk te signaleren dat alle hiervoor genoemde oplossingen hun beperkingen kennen. Het is lang niet altijd redelijk om de beoordeling te beperken tot de instrumentaliteit, zoals het Hof van Justitie van de EG vaak blijkt te doen. De redelijkheidstoets van het EHRM en de Nederlandse bestuursrechter laten weliswaar veel ruimte aan bestuursorganen, maar het is vaak onduidelijk wat deze toets inhoudt en in welk type

situaties een afweging als onredelijk zal worden gekwalificeerd. De alternatieve oplossingen staan nog in de kinderschoenen. Weliswaar zijn zij op deelreinen van het publiekrecht soms ontwikkeld, maar van een systematisch gebruik van categoriserings- en catalogusstrategieën is momenteel geen sprake. Gelet hierop blijft er behoefte aan onderzoek naar de mogelijkheden voor verbetering van de rechterlijke toetsing van belangenafwegingen in het publiekrecht.

109. Punt 31.

110. Er zijn wel voorbeelden, maar deze zijn minder uitgesproken dan die in de Nederlandse en communautaire rechtspraak; zie nader Gerards 2006, reeds aangehaald, p. 13.