

Het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb fundamenteel gecorrigeerd

Mr. M.E. Rog en mr. C.J.A.M. Merckx*

De situatie dat een belang valt buiten het beschermingsbereik van een (beweerdelijk) overtreden norm, kan zich (ook) voordoen als een belang is ontleend aan een (dreigende) schending van een fundamenteel recht. Het standpunt dat geen correctie vereist is bij fundamentele rechten gaat ten onrechte voorbij aan het oorzakelijk verband en dus de cruciale vraag of betrokkene een direct beroep kan doen op 'zijn' fundamentele recht. Voor de situatie dat een direct beroep op het fundamentele recht niet mogelijk is, maakt de door ons voorgestelde correctie van de toepassing van het relativiteitsvereiste het toch mogelijk een besluit te toetsen aan een overtreden norm die strikt genomen niet de (dreigende) schending van het fundamentele recht beoogt te beschermen.

1. Inleiding

Op 5 oktober 2016 neemt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in een handhavingszaak belanghebbendheid van derden aan.¹ De derden betreffen werknemers van een concurrerend bedrijf die belanghebbendheid ontlenen aan “het fundamentele recht op arbeid”. De werknemers verzoeken om handhavend optreden tegen een ander bedrijf. Dit bedrijf zou de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna: de Wmm) overtreden.

Het aannemen van belanghebbendheid betekent dat derden in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb de mogelijkheid hebben om een handhavingsbesluit uit te lokken.² Het gevolg daarvan is dat een tot handhavend optreden bevoegd orgaan dergelijke verzoeken niet kan afdoen als meldingen waarvoor geen tijd beschikbaar is of die geen prioriteit hebben. Met inachtneming van titel 4.1 Awb moet het inhoudelijk beslissen op het verzoek. In zoverre versterkt deze uitspraak de positie van derden. De vraag is echter tot hoever die versterking leidt.

Aangenomen mag worden dat de werknemers met hun beroep tegen het afgewezen handhavingsverzoek willen bereiken dat het bestuursorgaan bij overtreding handhavend optreedt. Kan de bestuursrechter in een situatie als in de 5-oktober-2016 zaak wel aan een ‘interventie’ toekomen? Staat het relativiteitsvereiste (artikel 8:69a Awb) in de weg aan vernietiging van het afgewezen handhavingsverzoek? De door ons behandelde relativiteitskwestie beperkt zich tot

* Tijdens de afrondende fase is Karin Merckx onverwachts overleden. De eindbewerking lag daarmee in handen van Mariëlle Rog. Dit artikel is mede ter nagedachtenis aan Karin opgedragen.

1 ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2649, *Gst.* 2017/59 m.nt. W.S. Zorg, *AB* 2017/22 m.nt. R. Stijnen onder *AB* 2017/23. Zie ook ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2645, *AB* 2017/23 m.nt. R. Stijnen. Dit is het tweede handhavingsverzoek, waarbij de vereniging Nautilus International om handhaving verzocht. Deze laatste zaak blijft verder buiten beschouwing.

2 Zie over het belanghebbende-begrip onder meer: H.D. Tolsma, ‘De belanghebbende: koerswijzigingen belicht’, «JBplus» 2017, afl. 1, p. 27-40 en J.C.A. de Poorter en L.A. van Heusden, ‘Bovenindividuele belangenbehartiging. Naar een aanscherping van het beroepsrecht van belangenorganisaties door een vereiste van representativiteit’, «JBplus» 2017, speciale aflevering, p. 63-82.

handhavingsbesluiten. Deze kwestie heeft zich namelijk nog niet voorgedaan bij andere typen besluiten dan handhaving. Die beperking laat onverlet dat fundamentele rechten ook een rol kunnen spelen bij relativiteitskwesties bij andere typen besluiten dan handhaving.

De centrale vraag luidt als volgt: *welke rol speelt een beroep op een fundamenteel recht bij de toepassing van het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb in geval het beroep zich richt tegen een afgewezen handhavingsverzoek?* Ter toelichting het volgende. In de literatuur bestaat overeenstemming over het uitgangspunt dat indien het bestreden besluit een schending van een fundamenteel recht tot gevolg heeft, de bestuursrechter – bij gegrondverklaring – het besluit moet kunnen vernietigen. Onduidelijk is echter de weg waarlangs vernietiging kan worden bereikt wanneer het beschermingsbereik van de overtreden norm het betrokken fundamentele recht niet omvat. Dit roept de vraag op wat het resultaat is van toepassing van artikel 8:69a Awb bij een beroep van een belanghebbende wiens fundamentele recht in geding is. Met ons betoog laten wij zien dat – in elk geval bij handhavingszaken – een toets aan het relativiteitsvereiste niet altijd zonder correctie mogelijk is, ook al is sprake van een (dreigende) schending van een fundamenteel recht.

Ter onderbouwing van ons betoog zetten wij eerst het in de literatuur ingenomen standpunt uiteen, dat geen correctie is vereist bij een beroep op een fundamenteel recht (par. 2). Daarna bespreken wij belanghebbendheid en het onderscheid tussen ‘belang’ en ‘recht’ (par. 3). Tot dit onderscheid dwingt belanghebbendheid vanwege een (dreigende) schending van een fundamenteel recht. Wij beantwoorden aan de hand van dit onderscheid de vraag wanneer een belanghebbende zich al dan niet op ‘zijn’ fundamentele recht kan beroepen. Tegen de achtergrond hiervan behandelen wij het relativiteitsvereiste zodat nader inzichtelijk wordt wanneer het door ons in paragraaf 3 geschetste probleem zich voordoet (par. 4). Tot slot bezien wij twee oplossingen voor het geconstateerde probleem

dat sprake is van belanghebbendheid vanwege een fundamenteel recht, maar geen beroep kan worden gedaan op een norm die dit belang beoogt te beschermen (par. 5). Eerst stellen wij dat het buiten toepassing laten van artikel 8:69a Awb niet wenselijk is. Daarna dat een correctie resteert. De paragraaf sluit af met de omstandigheden waaronder de door ons bedoelde correctie noodzakelijk is. Wij sluiten af met een samenvattende conclusie (par. 6).

2. Een correctie op relativiteit vanwege fundamentele rechten?

Hieronder volgt een weergave van de standpunten van Schlössels en Widdershoven aangaande de vraag of bij fundamentele rechten een correctie op artikel 8:69a Awb vereist is. Aansluitend bespreken wij het standpunt van Wieland aangaande de vraag of bij rechtsbeginselen (het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel) al dan niet gesproken kan worden van een correctie. Aan de hand van deze standpunten stellen wij vast op grond waarvan de auteurs betogen dat bij fundamentele rechten of rechtsbeginselen geen correctie op relativiteit vereist is.

In zijn noot onder de uitspraak waarbij de Afdeling een correctie op relativiteit heeft aanvaard, gaat Schlössels in op de conclusie van de A-G. Over de conclusie schrijft Schlössels:

“Hij [Widdershoven, MR/KM] stelt, afstand nemend van mijn [Schlössels’, MR/KM] eerdere observatie, dat een beroep op een fundamenteel recht (bijvoorbeeld in het milieurecht een beroep op art. 8 EVRM (family life)), onder art. 8:69a Awb kan en moet worden beoordeeld zonder een ‘Langemeijerachtige’ constructie toe te passen: ‘Integendeel, fundamentele rechten, inclusief de daaruit afgeleide positieve verplichtingen, strekken per definitie tot bescherming van de belangen van een burger, mits deze althans door

de schending ervan op een of andere wijze wordt geraakt', aldus Widdershoven.³

Schlössels kan het daarmee niet oneens zijn:

“Zeker in gevallen waarin een (belastend) besluit is gericht tot een justitiabele zal de beschermende werking van een fundamenteel recht groot zijn. Om tot een zodanige toets van een besluit aan een fundamenteel recht te komen is wel meer nodig dan de ‘losse flodder’ die door Praxis – in casu overigens opererend als ‘derde’ – werd afgeschoten. Praxis beoogde zonder een (op de eigen rechtspositie gebaseerde) ‘arguable claim’ het relativiteitsvereiste op te blazen door te stellen dat zonder meer aan essentiële wet- en regelgeving, die bijvoorbeeld het recht op leven beschermt, moet worden getoetst. De Afdeling rekent snel en adequaat af met dit betoog. Het systeem van het EVRM, dat naar zijn aard sterk is gericht op het beschermen van individuele rechten, verdraagt een relativiteitsvereiste.”⁴

Hieruit blijken Schlössels en Widdershoven van mening te zijn dat een beroep op een fundamenteel recht onder artikel 8:69a Awb moet worden beoordeeld zonder toepassing van een ‘Langemeijerachtige’ constructie. De stelling komt er volgens ons op neer dat fundamentele rechten per definitie strekken tot bescherming van de belangen van een burger, mits deze door de schending ervan op een of andere wijze worden geraakt.

Dit voorgaande geldt *mutatis mutandis* voor het standpunt van Wieland. Aan de hand van de hiervoor genoemde uitspraak van de Afdeling van 16 maart 2016 stelt Wieland in zijn

proefschrift, dat het niet juist is om van een correctie te spreken. De enkele schending van het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel is voldoende voor een vernietiging van het bestreden besluit.⁵ Ook zonder de schending van een materiële norm, kan een op zichzelf staand beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel worden gedaan. Die rechtsbeginselen hebben immers een zelfstandig beschermingsbereik, zo volgt uit de uitspraak waarin de correctie is aanvaard. Dit betekent aldus Wieland dat geen sprake is van een correctie: *“Het gaat immers niet om het buiten toepassing laten – en daarmee corrigeren – van het relativiteitsvereiste, maar om de erkenning dat sommige materiële beginselen van behoorlijk bestuur een zelfstandig beschermingsbereik hebben”*.⁶

Met dit standpunt gaat Wieland uit van dezelfde vooronderstelling als Schlössels en Widdershoven.⁷ In wezen betreft het standpunt van de auteurs een causaliteitskwestie. Een correctie is niet nodig omdat een belanghebbende zich rechtstreeks kan beroepen op zijn (geschonden) fundamentele recht (Schlössels en Widdershoven). Evenmin is een correctie vereist omdat een belanghebbende zich rechtstreeks kan beroepen op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel (Wieland). Voor vernietiging volstaat een gegrond beroep op een fundamenteel recht of een rechtsbeginsel, omdat de betreffende rechtsnorm een ‘zelfstandig beschermingsbereik’ kan hebben c.q. heeft.

3 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, «JB» 2016/88 m.nt. R.J.N. Schlössels, punt 14 (*Bestemingsplan Blaloweg*); Conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, punt 6.6.

4 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, «JB» 2016/88 m.nt. R.J.N. Schlössels, punt 14 (*Bestemingsplan Blaloweg*). Conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, punt 6.6.

5 In dat verband verwijst auteur naar art. 8:77 lid 2 Awb, waarin is bepaald dat indien de uitspraak strekt tot grondverklaring van het beroep, daarin wordt vermeld welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of *welk algemeen rechtsbeginsel* geschonden wordt geoordeeld.

6 J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht* (diss.), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 326-327, onder verwijzing naar De Poorter, Konijnenbelt en Stramrood.

7 Ongeacht de vraag hoe men het begrip ‘correctie’ wenst te definiëren.

Ons doel is om met deze bijdrage inzichtelijk te maken wanneer een correctie wel vereist is. Kortgezegd is dat vereist wanneer geen (rechtstreeks) beroep mogelijk is op het fundamentele recht waaraan belanghebbendheid is ontleend. Het beroep op een rechtsbeginsel laten wij verder buiten beschouwing. De bijdrage richt zich alleen op fundamentele rechten. Dat laat overigens onverlet dat de redenering naar ons idee hetzelfde is.

3. Belanghebbendheid

Voor het aannemen van belanghebbendheid moet een natuurlijk persoon een eigen, persoonlijk, actueel, objectief bepaalbaar belang hebben, dat rechtstreeks is betrokken bij een besluit (artikel 1:2 lid 1 Awb).⁸ Bij een afgewezen handhavingverzoek gaat het erom of het feitelijk gevolg van het niet-handhaven het belang van betrokkene rechtstreeks raakt. Voor het aannemen van belanghebbendheid hoeft diegene niet in een rechtens beschermd belang te zijn geraakt. Evenmin moet het een belang zijn dat bij de besluitvorming een rol speelt. Met andere woorden, het specialiteitsbeginsel is niet van invloed op het aannemen van belanghebbendheid.⁹

In de 5-oktober-2016 zaak is belanghebbendheid aangenomen vanwege “een reële mogelijkheid” dat de werknemers door overtreding van de Wmm en de Wav worden geschaad in een aan “het fundamentele recht op arbeid ontleend belang”. Deze zaak bevat de omstandigheden waarbij wij menen dat een toets aan het relativiteitsvereiste een correctie noodzaakt. Alvorens op relativiteit en de correctie in te gaan, zetten

wij uiteen welke omstandigheden een correctie noodzaken:

- belanghebbendheid ontleend aan een (driestreeks) schending van een fundamenteel recht;
- afwijzing handhavingverzoek omdat het bestuursorgaan een overtreding *ontkent*;
- vaststelling in beroep dat sprake is van een overtreding; en
- de overtreden norm beschermt niet het aan het fundamentele recht ontleende belang.

3.1. Onderscheid puur feitelijk ‘belang’ en ‘recht’

Als gezegd volstaat voor het aannemen van belanghebbendheid het hebben van een feitelijk belang dat rechtstreeks bij een besluit is betrokken.¹⁰ Het belanghebbende-begrip in de zin van de Awb biedt ruimte om te abstraheren van de relevantie van dat belang voor het recht.¹¹ Een belang hoeft zich niet te uiten in een recht – maar kan dat wel – om op basis daarvan belanghebbendheid aan te kunnen nemen. Voor het aannemen van belanghebbendheid zijn met andere woorden *de facto* twee typen belangen te onderscheiden:

- I. een puur feitelijk belang, zoals geur, zicht, licht, geluid, trillingen of concurrentie; en
- II. een belang gelieerd aan een recht, zoals bepaalde vermogens- en fundamentele rechten.¹²

¹⁰ R.J.N. Schlössels, S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat (HSB 1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 139.

¹¹ Zie nader over dit onderscheid tussen ‘belang’ en ‘recht’: L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht: eenheid en verschil, in het bijzonder bij milieubelangen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 17-39: p. 37; en R.J.N. Schlössels, ‘Rafelige relativiteit. Systeemwaarde of medicamentum gratia probatum?’, in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak. Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels*, Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 197-210: p. 206-207.

¹² Voorbeelden van *type-II-belangen* waarbij op basis van een fundamenteel recht belanghebbend-

⁸ Zie uitgebreid over de belangproblematiek in algemene zin: J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 en R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende* (serie Monografieën Awb), Deventer: Kluwer 2004.

⁹ Zie onder andere: ABRvS 21 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ3694, «JB» 2004/299, AB 2005/204 m.nt. C.M. Bitter.

Het wezenlijke onderscheid tussen een *type-I.-belang* en een *type-II.-belang* is dat de laatste gelieerd is aan een recht, dat het oog heeft op bescherming van dit belang. Omgekeerd is een *type-I.-belang* niet vanzelf gelieerd aan een recht. Een belang dat puur feitelijk van aard is, moet kunnen 'aanhaken' bij een rechtsnorm. Het heeft eerst aan te haken, wil het belang in rechte kunnen worden gediend.¹³ Kan het belang niet aanhaken, dan kan het nimmer in rechte worden gediend. Om op basis van dit type belang in rechte een actie te kunnen afdwingen (zoals vernietiging van het besluit) moet het dus in de eerste plaats kunnen aanhaken bij een rechtsnorm. Een *type-II.-belang* is daarentegen wel vanzelf reeds gelieerd aan een recht, namelijk het recht waaraan het een belang ontleent. Dit recht is te herleiden tot een rechtsnorm. Dit type belang hoeft dan ook niet

heid is aangenomen: ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:847, AB 2013/315 m.nt. H.D. Tolsma, «JB» 2013/199 m.nt. R.J.N. Schlössels, *Gst.* 2013/121 m.nt. L.J.M. Timmermans; ABRvS 17 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1852, «JB» 2015/142 voor een aan het fundamentele recht op arbeid ontleend belang.

Zie ABRvS 21 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8396, «JB» 2008/14 m.nt. R.J.N. Schlössels; AB 2008/9 m.nt. De Waard (*T-Mobile*) voor een aan art. 10 lid 1 EVRM (vrijheid van meningsuiting) ontleend belang.

Voorbeelden waarbij belang is ontleend aan een vermogensrecht, namelijk het eigendomsrecht: ABRvS 14 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU2619, r.o. 2.3, AB 2007/157 m.nt. M.C.D. Embregts; ABRvS 17 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX2089; ABRvS 17 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0374.

- 13 Denk bijvoorbeeld aan een belanghebbende die stank-overlast ondervindt. Dit belang is louter feitelijk van aard. Een recht is het niet. Van een recht is pas sprake als belanghebbende met dit belang een beroep kan doen op een rechtsnorm, bijvoorbeeld art. 3 van de Wet geurhinder en veehouderij. Die bepaling moet vervolgens wel relevant zijn voor de onderhavige besluitvorming waar betrokkene tegen opkomt.

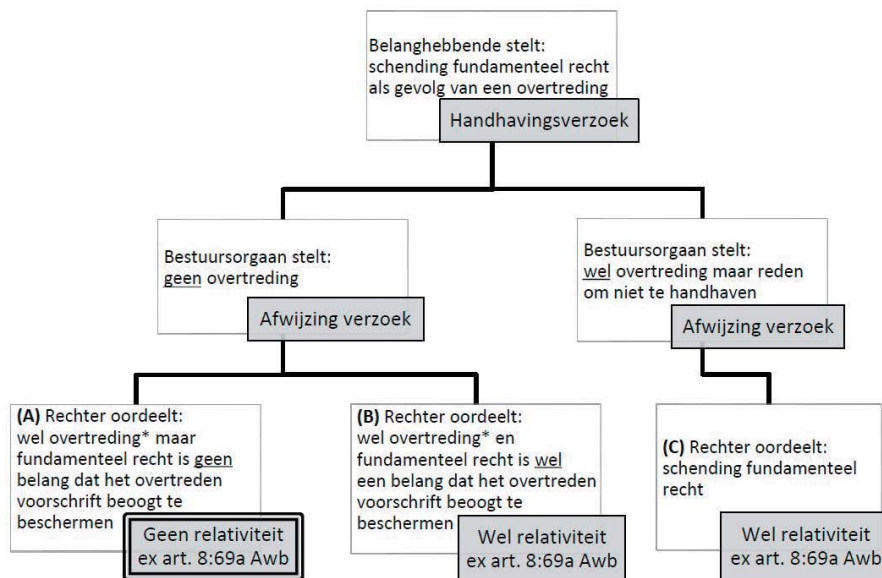
per definitie aan te haken bij een *andere* rechtsnorm dan de norm waaraan het belang gelieerd is.¹⁴

Desondanks heeft soms óók een *type-II.-belang* aan te haken bij een andere rechtsnorm dan de norm waaraan het recht is gekoppeld dat gelieerd is aan het *type-II.-belang*. Nu dit mogelijk cryptisch klinkt, drukken wij dit meer visueel uit: een belang ontleend aan een fundamenteel recht -> het fundamentele recht -> gelieerd aan rechtsnorm A-> ~~rechtsnorm A~~-> aanhaken bij rechtsnorm B. Dit pijlenschema laat zien dat een *type-II.-belang* vanzelf gelieerd is aan het fundamentele recht waaraan het belang is ontleend. Dat fundamentele recht is herleidbaar tot rechtsnorm A.¹⁵ Wanneer betrokkene zich niet op rechtsnorm A kan beroepen – dus niet op de norm dat herleidbaar is tot het fundamentele recht waaraan betrokkene een belang ontleent – is aanhaken vereist. Het heeft dan een beroep te doen op een andere rechtsnorm (B). Het hangt af van de inhoud van de bestreden besluitvorming en de door belanghebbende daartegen aangevoerde beroepsgrond(en) of dit type belang moet kunnen aanhaken bij een andere rechtsnorm dan de norm waaraan het belang vanzelf reeds gelieerd is.

Op basis van het voorgaande stellen wij vast, dat het aannemen van belanghebbendheid op grond van een aan een fundamenteel recht ontleend belang in beroep tot één van onderstaande drie situaties leidt. Wij gaan ervan uit dat een overtreding wordt vastgesteld in de besluitvormingsfase of in de beroepsfase:

14 Een aan het fundamentele recht op vrijheid van meningsuiting ontleend belang hoeft bijvoorbeeld geen beroep te doen op een ander recht dan het recht zoals door art. 10 EVRM beschermd. Dit belang is direct gelieerd aan dit recht. Daarom is bij dit type belang aanhaken bij een andere rechtsnorm niet per definitie vereist.

15 Denk aan fundamentele rechten die te herleiden zijn tot bepalingen uit het EVRM of de Grondwet.



Uit dit schema blijkt dat een derde om handhaving verzoekt. Het belang is ontleend aan het fundamentele recht waarin het wordt geschaad of dreigt te worden geschaad, ofwel belanghebbendheid op grond van een *type-II.-belang*. Een overtreding is de oorzaak voor de (dreigende) schending van een fundamenteel recht. Voorafgaand aan beroep kunnen zich in de besluitvormingsfase twee situaties voordoen. In het eerste geval stelt het bestuursorgaan zich op het standpunt dat geen sprake is van een overtreding. In het tweede geval stelt het zich op het standpunt dat weliswaar sprake is van een overtreding, maar treedt het om haar moverende redenen niet handhavend op. In beide gevallen wijst het bestuursorgaan het handhavingsverzoek af, alleen verschilt de grondslag voor de afwijzing. De crux van ons probleem komt tot uiting bij situatie (A); het bestuursorgaan *ontkent* de overtreding. In beroep tegen het afgewezen handhavingsverzoek staat een overtreding niet vast, terwijl vernietiging pas mogelijk is als de overtreding is vastgesteld. Daarom moet appelland aanvoeren dat sprake is van een overtreding.¹⁶

¹⁶ De gedachte zou kunnen rijzen dat hierbij (*) sprake is van een kwestie van openbare orde, zodat de rech-

Beoogt de overtreden norm niet het (aan het fundamentele recht ontleende) belang te beschermen, dan voldoet het niet aan het relativiteitsvereiste. Dit betekent dat zich een situatie kan voordoen dat nimmer kan voorkomen in geval het bestuursorgaan in de besluitvormingsfase een overtreding *erkent*: geen vernietiging omdat het belang niet aan het relativiteitsvereiste voldoet. Dat het een *type-II.-belang* betreft – en dus gelieerd is aan een rechtsnorm – verandert deze uitkomst niet. Vanzelfsprekend is dit probleem niet aan de orde indien het belang valt binnen het beschermingsbereik van de overtreden norm, zie in het schema situatie (B).

ter ambtshalve toetsend moet nagaan of sprake is van een overtreding (bevoegdheidsvraag). Dit is echter niet het geval. Het gaat hier niet om het bestaan van een geldende bevoegdheid of bevoegdheidsgrondslag, maar om de vraag of het geoorloofd is om – gelet op de feiten – gebruik te maken van een bestaande bevoegdheid. Dat laatste is hier aan de orde. Dat toetst de rechter niet ambtshalve. Vgl. B.W.N. de Waard, *Leerstukken van bestuursprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 126-128.

Het hiervoor gesignaleerde probleem van situatie (A) kan zich niet voordoen bij situatie (C); het bestuursorgaan *erkent* de overtreding. In dat geval is de overtreding gegeven. Voor vernietiging van het afgewezen handhavingverzoek is weliswaar nog immer een overtreding vereist. Maar de overtreding staat dan reeds vast, zodat betrokkene niet meer hoeft aan te voeren dat er een overtreding is. In tegenstelling tot situatie (A) kan het zich bij situatie (C) wel op de rechtsnorm beroepen waaruit het fundamentele recht – het aan ‘zijn’ eigen belang gelieerde recht – voortvloeit. Dit beroep voldoet naar haar aard aan het relativiteitsvereiste. Een gegrond beroep resulteert dan in vernietiging.

Al met al sluit het huidige recht niet uit dat een overtreding in de besluitvormingsfase *ontkennen* ‘aantrekkelijker’¹⁷ kan zijn, dan te *erkennen*. Dit werkt mogelijk in de hand dat de overheid strategische keuzes maakt ten aanzien van de vraag of een overtreding aan de orde is.¹⁸ Bovendien resulteert een dergelijke praktijk in een niet te rechtvaardigen rechtsongelijkheid. Een voorbeeld waarbij situatie (A) van het schema zich kan voordoen is de 5-oktober-2016 zaak. In de besluitvormingsfase ontkent het bestuursorgaan een overtreding. In beroep moet appelland zich dan (eerst) beroepen op de beweerdelijk overtreden norm. Dat moet ook bij een *type-II.-belang*, ondanks dat het gelieerd is aan een rechtsnorm waaruit het fundamentele recht voortvloeit. Beoogt de overtreden norm niet dit belang te beschermen, dan is beroep vanwege relativiteit tevergeefs. Tegelijkertijd kan relativiteit bij deze zaak onder situatie (C) niet aan vernietiging in de weg staan.

17 In de zin van dat uiteindelijk geen verplichting ontstaat om een beslissing te nemen om al dan niet handhavend op te treden, terwijl die beslissing tot stand moet komen zoals rechtens vereist.

18 Zie over strategisch procederen in het bestuursrecht: Jonge VAR-reeks 16, Den Haag: Boom juridisch 2018.

3.2 Belanghebbendheid op grond van een fundamenteel recht

Fundamentele rechten zijn een belangrijk element van rechtsstatelijkheid.¹⁹ Voor in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: EU-Handvest) neergelegde rechten geldt dat zij onafhankelijk van het grondwettelijk stelsel van de lidstaten doorwerken in het nationale recht.²⁰ Daarnaast maken de in (overige) verdragsbepalingen neergelegde fundamentele rechten deel uit van onze nationale rechtsorde.²¹ Ook verdragsbepalingen die niet als ‘een ieder verbindend’ kunnen worden aangemerkt, werken direct door en zijn verplichtend voor de Nederlandse overheid. Kort samengevat: fundamentele rechten hebben, ongeacht hun ‘herkomst’, een verplichtend karakter voor de overheid.

Dat geldt ook voor het fundamentele recht op arbeid. Hoewel velerlei opvattingen bestaan over het antwoord op de vraag hoe het fundamentele karakter van grondrechten dient te worden opgevat²², laat dat onverlet dat het recht op arbeid een *fundamenteel* recht is. Wat echter niet zondermeer kan worden geoordeeld, is dat de werknemers in hun aan ‘het’ fundamentele

19 A.J. Nieuwenhuis, M. den Heijer, A.W. Hins, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 2; E.A. Alkema, ‘Deel I – De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies, I, in: NJV-adviezen, *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995-I, p. 5-129; J. Gerards, ‘Inleiding’, in: J. Gerards, C. Sieburgh (red.), *Fundamentele rechten. De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1-44: p. 2-3, 18-19.

20 HvJEG 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1 (Van Gend & Loos) en HvJEG 15 juni 1964, ECLI:EU:C:1964:66 (Costa/ENEL).

21 Dat gestalte kreeg in HR 3 maart 1919, NJ 1919, p. 371 (*Grenstractaat Aken*).

22 R.J.B. Bergamin, ‘Publieke subjectieve rechten’, in: Thom Holterman e.a. (red.), *Algemene begrippen staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 114-115.

recht op arbeid ontleende belang worden geschaad. Het recht op arbeid kent namelijk velerlei gedaanten.²³ Wat in ieder geval vaststaat is dat het belang dat de werknemers belanghebbende maakt, gelieerd is aan een recht, namelijk een fundamenteel recht op arbeid.

3.3 Fundamentele rechten als niet onder het beschermingsbereik vallend belang

De 5-oktober-2016 zaak is een voorbeeld waarbij een aan het fundamentele recht op arbeid ontleend belang (mogelijk) geen belang is dat valt binnen het beschermingsbereik van de overtreden norm(en). Dit kan echter niet betekenen dat een belanghebbende daarom geen mogelijkheid heeft om een inhoudelijke rechterlijke uitspraak uit te lokken, waarin wordt vastgesteld welke zijn fundamentele rechten zijn, dan wel waarin zijn beroep op een fundamenteel recht wordt afgewezen. In beroep kan blijken of het gaat om een rechtens afdwingbaar fundamenteel recht. In de terminologie van Ber-

gamin: of het betrokken grondrecht – evenals andere rechten – een aanspraak die te kenschetsen is als een *subjectief recht* inhoudt of niet. Of daarvan sprake is, kan zijns inziens worden bepaald aan de hand van drie criteria:

- een wettelijke norm die verplichtingen oplegt aan staat en overheid;
- de norm moet mede individuele belangen beschermen;
- het recht moet zich lenen voor vaststelling door de rechter.²⁴

Deze criteria dienen bij ieder afzonderlijk fundamenteel recht te worden toegepast om aldus na te (kunnen) gaan of sprake is van een subjectief recht. Om deze reden is het dan ook van belang dat de bestuursrechtspraak duidt om welk nationaal grond- of internationaal fundamenteel recht het in het concrete geval gaat. Zodoende is het bezwaarlijk dat het, evenals in de 5-oktober-2016 zaak, volstaat met de stelling dat het gaat om een belang dat is ontleend aan ‘het’ fundamentele recht op arbeid. ‘Het’ recht op arbeid bestaat immers niet. Aan de hand daarvan kan dan ook niet worden bepaald of de werknemers een aanspraak hebben die kan worden betiteld als subjectief recht.

Desalniettemin vormen fundamentele rechten als zodanig een wezenlijk onderdeel van onze democratische rechtsstaat. Alleen al om die reden dienen zij te worden gerespecteerd. Doordat deze zijn neergelegd in de Grondwet en in verdragen worden aangemerkt als elementen van positief recht, kunnen zij daarnaast in relatie tot andere rechten een voorrangspositie innemen.²⁵ Dit roept de vraag op hoe bijvoorbeeld in een zaak als die van 5-oktober-2016 de rechter het bestreden besluit – het afgewezen handhavingsverzoek – kan vernietigen, omdat het niet-handhaven de oorzaak is van een blijvende (dreigende) schending van een belang dat aan het fundamentele recht op arbeid is ontleend.

23 Het recht op arbeid is uitgewerkt op zowel nationaal als internationaal niveau, zij het op verschillende wijzen. In art. 19 Grondwet is het ‘recht op vrije keuze van arbeid’ vastgelegd. In internationale verdragen is dit recht veelal als ‘recht op arbeid’ geformuleerd, zoals in art. 1 (herzien) ESH – de ‘tegenhanger’ van het EVRM – en art. 6 IVESCR. Het recht op arbeid is eveneens vastgelegd in art. 15 EU-Handvest. Het recht op arbeid is op (inter)nationaal niveau niet alleen op verschillende manieren verwoord, maar ook op verschillende manieren uitgewerkt. Daardoor zijn er niet alleen verschillen tussen de reikwijdte van de grondwettelijke bepaling en de verdragsbepalingen, maar ook tussen de verdragsbepalingen onderling, ook als zij ogenschijnlijk op elkaar lijken. Zo heeft art. 19 lid 3 Grondwet betrekking op het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid, terwijl art. 6 IVESCR en art. 1 ESH hetzelfde recht verwoorden voor eenieder. In die zin heeft het verdragsrecht aanvullende werking, doordat de Nederlandse overheid vanwege het verplichtende karakter van het verdragsrecht, de vrijheid van arbeidskeuze voor iedere werkende op Nederlands grondgebied dient te garanderen.

24 Bergamin 1991, p. 108 e.v.

25 Bergamin 1991, p. 115.

3.4 De overtreden norm als toetsingskader voor het relativiteitsvereiste

Voor vernietiging van een afgewezen handhavingsverzoek moet in de beroepsfase een overtreding (in de zin van artikel 5:1 lid 1 Awb) vaststaan of komen vast te staan. Zonder overtreding ontbreekt immers een bevoegdheidsgrondslag om handhavend op te treden. Het relativiteitsvereiste beperkt de vernietigingsbevoegdheid. Het relativiteitsvereiste staat aan vernietiging in de weg als een rechtsregel of rechtsbeginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van appellant.²⁶ Het komt erop neer dat de rechtsnorm waarop appellant een beroep doet – dat is de mogelijke vernietigingsgrond²⁷ – de belangen van appellant beschermt.^{28, 29} Op welke rechtsnorm heeft een belanghebbende een beroep te doen om een afgewezen handhavingsverzoek vernietigd te krijgen?

Handhaving van bestuursrechtelijke regels geschiedt in het algemeen belang. Over wat in dit verband onder ‘algemeen belang’ dient te worden verstaan, wordt in de literatuur verschillend gedacht. De Poorter sluit aan bij het beschermingsbereik van de vermeend overtreden norm:

“In het geval van handhaving is het altijd een bepaalde rechtsnorm die wordt gehandhaafd en het is het beschermingsbereik van deze norm die bepaalt wie een aanspraak heeft op inachtneming en derhalve ook op handhaving ervan.”³⁰

Michiels e.a. zitten op dezelfde golflengte waar zij in het kader van de beginselplicht tot handhaving het belang dat door de overtreden bepaling wordt beschermd, als species van het genus ‘algemeen belang’ duiden.³¹

Deze gedachtegang suggereert dat alleen de drager van een bij het nemen van het besluit mee te wegen rechtens beschermd belang een aanspraak heeft op een in alle opzichten rechtmatige bevoegdheidsuitoefening. Het gevolg van deze opvatting is dat alleen een belanghebbende die over een door de overtreden norm beschermd belang beschikt het bestuursorgaan in rechte kan aanspreken tot handhaving over te gaan.³² Hetzelfde geldt echter óók voor een belanghebbende die niet onder het beschermingsbereik van de overtreden norm valt, *maar* zich niettemin kan beroepen op zijn door de overtreding in geding zijnde fundamentele recht³³ of op een rechtsbeginsel met zelfstandig beschermingsbereik.³⁴

²⁶ Zie in dit verband het begrip ‘strikte relativiteitsleer’: J.C.A. de Poorter, B.W.N. de Waard, A.T. Marseille, M.J. Zomer, *Herijking van het belanghebbende-begrip. Een relativiteitsvereiste in het Awb-procesrecht?* WODC 2004, p. 14.

²⁷ Vergelijk art. 8:77 lid 2 Awb.

²⁸ De rechter dient dus ambtshalve te onderzoeken of de norm waarop iemand zich beroept, strekt tot bescherming van diens geschade belang. Zie bijvoorbeeld: P.W. den Hollander, ‘Het bestuursrechtelijk en het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste als twee-eiige tweeling’, *AA* 2012/6, p. 453.

²⁹ Wanneer een beroepsgrond faalt, kan de rechter in het midden laten of aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Zie bijvoorbeeld: ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:965.

³⁰ J.C.A. de Poorter, ‘Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter: bespiegelingen over ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht’, in: *De toegang tot de rechter beperkt* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 48.

³¹ F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg, G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 189.

³² Vergelijk situatie (B) van het schema van par. 3.1 waarbij het bestuursorgaan de overtreding ontkent, zodat betrokkene zich op de beweerdelijk overtreden norm heeft te beroepen en daartussen dus de vereiste relativiteit gelegen moet zijn.

³³ Op rechtsbeginselen met zelfstandig beschermingsbereik gaat par. 5.1 nader in.

³⁴ Vergelijk situatie (C) van het schema van par. 3.1 waarbij het bestuursorgaan de overtreding erkent.

Impliciete ondersteuning voor dit uitgangspunt biedt de voorhanden zijnde rechtspraak van de Afdeling over relativiteit in handhavingszaken waarin duidelijk wordt om welke te handhaven norm het gaat.³⁵ In alle gevallen lijkt het beschermingsbereik van de overtreden norm bepalend te zijn voor wie aanspraak kan maken op het in acht nemen van die norm en dus op handhaving daarvan.³⁶ Bij deze handhavingszaken is de

(beweerdelijk) overtreden norm bepalend voor een toets aan het relativiteitsvereiste. Een *andere* norm dan de overtreden norm is niet aan de orde, omdat bij deze handhavingszaken kennelijk voorafgaand in beroep nog geen overtreding is vastgesteld (bestuursorgaan *ontkent*). In vergelijking met het schema van paragraaf 3.1 betreft de jurisprudentie van de Afdeling dus voorbeelden van situatie (A). In dat geval moet voor een gegrond beroep in de beroepsfase eerst een overtreding komen vast te staan. En voor vernietiging moet vervolgens de overtreden norm het belang van appellant beogen te beschermen.

35 Uitspraken waarin de te handhaven norm niet is vermeld laten wij buiten onze bespreking, daar op basis daarvan niet is te controleren waarom in de concrete zaak het relativiteitsvereiste wel/niet is tegengeworpen.

36 Zie bijvoorbeeld:

Verzoeker om handhaving is:

- een bedrijf (vergelijk categorie natuurlijke persoon):

ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:663.

De Afdeling overweegt dat het relativiteitsvereiste aan appellant kan worden tegengeworpen, omdat appellant alleen met succes kan opkomen voor zijn eigen belangen, en niet voor de belangen van anderen (appellant voldeed dus niet aan het congruentievereiste).

De brandveiligheidseisen strekken ter bescherming van de belangen van eigenaren en gebruikers van de gebouwen waarvoor die eisen gelden en eigenaren en gebruikers van aangrenzende gebouwen. In dit geval liggen de gebouwen van appellant op ruime afstand van het bedrijfsgebouw, zodat de brandveiligheidseisen kennelijk niet strekken tot bescherming van zijn belangen.

- een bedrijf/natuurlijke persoon: ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:664.

De Afdeling overweegt dat appellant weliswaar belanghebbende is, maar dat hij zich in de procedure niet met succes kan beroepen op schending van de eisen in art. 1.49 lid 2 en 3 onder a Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen. Die strekken naar het oordeel van de Afdeling ter bescherming van de veiligheid en gezondheid van kinderen in gastouderopvang en daarmee kennelijk niet ter bescherming van de belangen van appellant.

- een concurrerend bedrijf: ABRvS 19 maart 2014,

ECLI:NL:RVS:2014:942, BR 2014/90 m.nt. H.J. Bree-man en R.J.G. Bäcker.

De Afdeling overweegt dat met het voorschrift inhou-

dende tijdige afwerking van het terrein ruimtelijke belangen zijn gediend. Het handhavingsverzoek is echter gedaan uit concurrentieoverwegingen. Het betreffende vergunningsvoorschrift strekt daarmee niet tot bescherming van het concurrentiebelang. Vanwege het tegenwerpen van het relativiteitsvereiste leidt het beroep niet tot vernietiging van het bestreden besluit.

- behartiger collectief belang: ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, AB 2017/110 m.nt. B.J.P. Stramrood onder AB 2017/112, Gst. 2017/64 m.nt. W.P. Adriaanse (*Someren*); ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, AB 2017/112 m.nt. B.J.P. Stramrood (*Sint-Oedenrode*) en ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3454, AB 2017/111 m.nt. B.J.P. Stramrood onder AB 2017/112 (*Schijndel*)

In hoger beroep wordt aangevoerd, dat de rechtbank ten onrechte niet heeft onderkend dat het relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb in de weg staat aan vernietiging van het besluit op bezwaar, daar het vermeend geschonden art. 24 DHw strekt tot bescherming van de volksgezondheid en niet tot bescherming van het concurrentiebelang waarvoor de SlijtersUnie opkomt. Na een uitvoerige uiteenzetting van de parlementaire behandeling van art. 24 DHw constateert de Afdeling dat dit artikel strekt tot bescherming van het belang van het voorkomen van gezondheidsrisico's en maatschappelijke problemen, waarbij het onder meer gaat om bescherming van de volksgezondheid en de openbare orde, hetgeen betekent dat de SlijtersUnie een beroep doet op een norm die kennelijk niet is geschreven om haar belangen te beschermen.

Kortom: wanneer het bestuursorgaan een overtreding *ontkent* is het beschermingsbereik van een overtreden norm uitgangspunt voor een toets aan het relativiteitsvereiste. Dan moet appelland zich met zijn beroepsgrond(en) op de (beweerdelijk) overtreden norm richten.³⁷

4. Het relativiteitsvereiste binnen handhaving toegepast

Hiervoor zijn de twee omstandigheden uiteengezet waarvan het afhangt of een correctie op relativiteit is vereist: (1) het type belang waarvoor de verzoekende derde-belanghebbende opkomt en (2) of een overtreding is vastgesteld in de besluitvormingsfase of in de beroepsfase. Daar waar de in paragraaf 2 genoemde auteurs stellen dat met een fundamenteel recht³⁸ geen correctie op artikel 8:69a Awb vereist kan zijn, focussen zij zich te veel op het feit dat een fundamenteel recht van zelfstandige betekenis kan zijn ten opzichte van de materiële norm. Op zichzelf bezien is dit standpunt correct.³⁹ Het gaat alleen ten onrechte voorbij aan het oorzakelijk verband en dus de cruciale vraag of appelland een direct beroep kan doen op 'zijn' fundamentele recht. *Wáárdoor* wordt het fundamentele recht geschonden? Als die oorzaak niet in rechte vaststaat, heeft appelland zich (eerst) op de norm te beroepen dat de oorzaak van de (dreigende) schending is.

Bij handhavingzaken is de oorzaak van een (dreigende) schending van een fundamenteel recht een beweerdelijke overtreding waarom betrokkene het bestuursorgaan handhavend optreden verzoekt. Ontkent het bestuursorgaan een overtreding, dan heeft de verzoeker om handhaving zich (eerst) op deze overtreden norm te beroepen. In dat geval is het beschermingsbereik van de overtreden norm bepalend

voor een toets aan het relativiteitsvereiste. Tussen deze beweerdelijk overtreden norm en dit *type-II.-belang* moet dan de vereiste relativiteit gelegen zijn.

Wanneer het bestuursorgaan een overtreding *ontkent*, zijn twee situaties denkbaar waarbij het beroep niet tot vernietiging leidt omdat betrokkene niet voldoet aan het relativiteitsvereiste. Ten eerste leidt een beroep niet tot vernietiging als een *type-I.-belang* niet kan aanhaken bij de overtreden norm. De vereiste relativiteit tussen het belang en de overtreden norm ontbreekt. Daarvan is sprake als het *type-I.-belang* geen belang is dat de overtreden norm beoogt te beschermen. Het valt dan buiten het beschermingsbereik van de overtreden norm.⁴⁰ Ten tweede leidt een beroep niet tot vernietiging als een *type-II.-belang*⁴¹ niet kan aanhaken bij de overtreden norm. De overtreding staat in beroep (ook dan) niet vast, zodat óók dit type belang moet kunnen aanhaken bij de overtreden norm. De vereiste relativiteit ontbreekt indien dit *type-II.-belang* geen belang is dat valt binnen het beschermingsbereik van de overtreden norm. Een vernietiging blijft dan buiten beeld.⁴²

De gedachte is dan ook onjuist dat een beroep vanwege een (dreigende) schending van een fundamenteel recht onder alle omstandigheden zonder enige vorm van correctie kan worden beoordeeld. Een belanghebbende die vanwege een (dreigende) schending van een hem toekomend fundamenteel recht om handhaving verzoekt, baseert zich nu eenmaal (im- of expliciet) op een overtreden norm. Dit betekent dat op enig moment in een handhavingprocedure een overtreding moet vaststaan. Dat er een overtreding moet zijn, volgt ook gewoon uit het systeem van de wet. Zonder overtreding, geen bevoegdheid. Bovendien kan logischerwijs niet handhavend worden opge-

37 Vergelijk situatie (A) en (B) van het schema van par. 3.1.

38 Of het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel.

39 Namelijk voor zover sprake is van situatie (C) van het schema van par. 3.1.

40 Zie voor een voorbeeld van deze situatie: ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:664, r.o. 3.1.

41 Zoals een aan het fundamenteel recht op arbeid ontleend belang.

42 Vergelijk situatie (A) van het schema van par. 3.1.

treden tegen de schending van een fundamenteel recht als zodanig.⁴³

Uit bovenstaande redenering blijkt dat ook bij fundamentele rechten het relativiteitsvereiste een obstakel kan zijn. Dit betekent dat werknemers die vanwege een (dreigende) schending van hun fundamentele recht op arbeid belanghebbenden zijn, kunnen worden gestuit in hun poging tot vernietiging van een weigering om te handhaven. Is dit gevolg te rechtvaardigen, gelet op het feit dat hun belang is ontleend aan een fundamenteel recht?

4.1 Oplossingen voor schending van fundamentele rechten

De Afdeling besteedt tot op heden weinig aandacht aan de verhouding tussen fundamentele rechten en het relativiteitsvereiste. In de uitspraak van 16 maart 2016 doet zij dat wel. Bij deze zaak ging het om de vraag of “artikel 8:69a van de Awb buiten toepassing moet worden gelaten ten aanzien van essentiële wet- en regelgeving, zoals de normen voor externe veiligheid en de milieueffectrapportage op grond van artikel 2 gelezen in samenhang met artikel 13 EVRM.”⁴⁴ Aangezien het in artikel 2 EVRM gegarandeerde recht op leven alleen toekomt aan natuurlijke personen en niet aan rechtspersonen, komt appelland geen recht toe op grond van artikel 13 EVRM op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie om naleving van artikel 2 EVRM af te dwingen. De Afdeling overweegt dat artikel 8:69a Awb niet buiten toepassing behoeft te worden gelaten vanwege strijd met artikel 2 EVRM gelezen in samenhang met artikel 13 EVRM.

De Afdeling wekt de indruk dat zij een artikel-94-Grondwettoets bedoelt. Als dat zo is, dan is het gevolg daarvan dat – indien strijd is met een bepaling uit het EVRM – het relativiteits-

vereiste in het concrete geval niet wordt toegepast. Maar dan rijzen er vragen. Hoe dient bijvoorbeeld te worden geredeneerd indien het betreffende recht een grondrecht is uit onze eigen Grondwet, dat in een concrete zaak een breder beschermingsbereik heeft dan een vergelijkbaar recht uit het EVRM? Steekt artikel 120 Grondwet hier geen spaak in het wiel? En hoe dient in dit verband te worden omgegaan met verdragsbepalingen die – in tegenstelling tot het EVRM – niet eenieder verbindend zijn?⁴⁵

Als de Afdeling niet beoogt een artikel-94-Grondwettoets aan te geven, liggen de kanten anders. De reden voor het in het concrete geval buiten toepassing laten kan zijn dat strijd met hoger recht bestaat, maar dat hoeft niet. Buiten toepassing laten kan bijvoorbeeld ook aan de orde zijn als *in casu* het toepassen van het betreffende wettelijke voorschrift niet gerechtvaardigd is. Met het voorschrift als zodanig hoeft dus niets ‘mis’ te zijn; de reden voor het buiten toepassing laten heeft dan een incidenteel karakter.⁴⁶ Of die strijd zich in andere gevallen dan het voorliggende geval voordoet, wordt dan in het midden gelaten. Hoe dan ook, de overweging van de Afdeling in deze uitspraak maakt de verhouding tussen het relativiteitsvereiste en fundamentele rechten niet helder. In ieder geval komt het ons niet waarschijnlijk voor dat de Afdeling een dergelijke (vergaande) toetsing voor ogen heeft. Ter beantwoording van de vraag hoe een oplossing kan worden bereikt voor de in dit soort situa-

45 Art. 94 Grondwet kan indien het *a contrario* wordt uitgelegd, worden gelezen als een verbod om wetten te toetsen aan *niet* eenieder verbindende verdragsbepalingen. Zie in dit verband onder meer: R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss.), Deventer: Kluwer 2009, p. 7.

46 Zie onder meer: Schutgens 2009, p. 10; F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss.), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

43 Net zomin als dat handhavend kan worden opgetreden tegen een geconstateerde schending van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel.

44 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 19-19.2.

ties⁴⁷ niet-gewenste werking van het relativiteitsvereiste, resteert de mogelijkheid van een correctie op de toepassing van het relativiteitsvereiste.

4.2 De correctie *Widdershoven*

De hinderpaal van het relativiteitsvereiste treft zowel binnen als buiten het handhavingsrecht vooral concurrenten. Als in die context alleen acht wordt geslagen op het beschermingsbereik van specifieke materiële normen kan dat tot onbevredigende resultaten leiden. Die problematiek speelt eveneens in de (reeds genoemde) zaak van 16 maart 2016. Naar aanleiding van deze zaak verzocht de Afdeling van de A-G om een conclusie. Met de volgende onderbouwing adviseert de A-G om het relativiteitsvereiste te corrigeren⁴⁸ door middel van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel:

“(...) de schending van een wettelijke norm die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende, en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging zou kunnen leiden, kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel is geschonden, beginselen die wel de bescherming van de belangen van de belanghebbende kunnen beogen. Die schending is een noodzakelijke, maar geen voldoende

47 Vergelijk situatie (A) van het schema van par. 3.1.

48 Zie voor de correctie nader onder meer: K.J. de Graaf, G.A. van der Veen, ‘De correctie *Widdershoven* gewogen’ *NTB* 2016/23. Zie voor kritische kanttekeningen bij het begrip ‘correctie’: Wieland (volg par. 2 van deze bijdrage); W. Konijnenbelt, ‘Een correctie op het relativiteitsvereiste van 8:69a Awb?’, *NTB* 2016/21 en B.J.P. Stramrood, ‘Actualiteitenoverzicht bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste, De toepassing van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – Stand van zaken’, *TBR* 2016/129, p. 817-819. Beide auteurs stellen de vraag of de correctie wel een correctie is, omdat een schending van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel reeds (zelfstandig) tot een geslaagd beroep leidt.

voorwaarde voor het honoreren van het beroep, omdat daartoe ook moet worden voldaan aan de vereisten die voor beide beginselen gelden.”

De belangrijkste reden voor dit standpunt is dat deze materiële rechtsbeginselen zelfstandige rechtsnormen zijn met een eigen beschermingsomvang. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het bestreden besluit, kunnen deze beginselen zelfstandige betekenis hebben. Daarom moet het in beginsel mogelijk zijn dat de schending daarvan tot vernietiging leidt, waarbij mede een rol speelt dat het bestuur in strijd heeft gehandeld met een wettelijke norm die de belangen van betrokkene niet beschermt.⁴⁹

49 Conclusie van 2 december 2015,

ECLI:NL:RVS:2015:3680, punt 4.7.

Wij beschouwen de eis cumulatief: voor een correctie op art. 8:69a Awb door middel van een gegrond beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel moet óók sprake zijn van handelen in strijd met een norm – die het belang van appellant niet beoogt te beschermen – wil het op die wijze een besluit vernietigd weten te krijgen. Vandaar ook dat wij ons niet kunnen verenigen met het standpunt van Wieland dat de correctie *Widdershoven* geen correctie is, omdat de rechtsbeginselen van zelfstandige betekenis zijn zodat enkel een gegrond beroep op één van die beginselen volstaat voor vernietiging. Dit standpunt klopt, voor zover de schending van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel niet is terug te voeren op een andere geschonden (materiële) norm. Niet uitgesloten is immers de situatie dat het bestuursorgaan met zijn handelen een rechtsbeginsel schendt, maar niet doordat deze een andere (materiële) norm schendt. Die situatie is echter alleen voorstelbaar indien het relativiteitsvereiste überhaupt niet aan vernietiging in de weg kan staan. Bijvoorbeeld: appellant beroept zich op het gelijkheidsbeginsel omdat hij in tegenstelling tot zijn buurman ten onrechte geen exploitatievergunning krijgt. In dat geval kan een rechtstreeks beroep gedaan worden op het gelijkheidsbeginsel. Schending van een andere (materiële) norm is dan inderdaad niet vereist. Omdat relativiteit in dat geval sowieso niet aan vernietiging in de weg staat, is evenmin een correctie daarop vereist.

De uitspraak van 16 maart 2016 laat een door de Afdeling aanvaarde wijze van redeneren zien die langs een aantal piketpalen voert om te komen tot het oordeel dat een correctie op de toepassing van artikel 8:69a Awb al dan niet aan de orde is:

- schending van een norm die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging zou kunnen leiden;
- kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel is geschonden;

De correctie Widdershoven vereist aldus een dubbele schending. Voor een gegrond beroep in de vorm van een correctie op het relativiteitsvereiste, moeten zowel de (in beginsel niet-beschermden) materiële norm(en) als het vertrouwens- en/of gelijkheidsbeginsel *in relatie tot die norm* (causaliteit) zijn geschonden.⁵⁰ Vandaar ook dat de correctie Widdershoven een echte ‘correctie’ is. Dat zou ook het geval zijn geweest in de zaak van 16 maart 2016 bij een gegrond beroep. Een correctie is echter in die zaak niet aan de orde. Nu het beroep op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel niet slaagt, blijft in het midden of de normen zijn geschonden die niet het belang van appellants beogen te beschermen.⁵¹

4.3 Een correctie vanwege schending van fundamentele rechten

In een procedure tegen een afgewezen handhavingsverzoek moet relativiteit gelegen zijn tussen het belang dat appellants belanghebbende maakt en de (beweerdelijk) overtreden norm wanneer het bestuursorgaan een overtreding *ontkent*. Beoogt de overtreden norm niet het belang van appellants te beschermen, dat is ontleend aan een fundamenteel recht, dan rest niets anders dan dat de bestuursrechter overgaat tot een correctie van de toepassing van het relativiteitsvereiste.

Die correctie is in handhavingszaken geboden indien een fundamenteel recht is geschonden (of ernstig dreigt te worden geschonden). Overtreding van de normen uit de Wav/Wmm (die niet de bescherming beogen van de belangen van de werknemers en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging kunnen leiden) dragen bij aan het oordeel dat er een reële mogelijkheid is dat de werknemers worden geschaad in een aan het fundamentele recht op arbeid ontleend belang. Sterker nog: de overtreding van deze normen is de grondslag voor het mogelijke oordeel dat *daardoor* het fundamentele recht op arbeid wordt geschaad. Een correctie maakt het mogelijk dat de bestuursrechter het besluit toch toetst aan een overtreden norm die strikt genomen niet het belang van appellants beoogt te beschermen. Bij handhavingszaken is de door ons voorgestelde ‘hulpconstructie’ geboden bij de in paragraaf 3.1 geschetste situatie (A). Een correctie is kortom noodzakelijk als:

- sprake is van een (dreigende) schending van een fundamenteel recht (*type-II.-belang*);
- een bestuursorgaan in de besluitvormingsfase een overtreding *ontkent*;
- een overtreding in beroep komt vast te staan; maar
- het beroep in eerste instantie niet tot vernietiging leidt omdat het geschonden fundamentele recht geen belang is, dat valt onder het beschermingsbereik van de overtreden norm.

5. Samenvatting en conclusie

Aan het begin van deze bijdrage stelden wij de vraag: *welke rol speelt een beroep op een fundamenteel recht bij de toepassing van het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb in geval het beroep zich richt tegen een afgewezen handhavingsverzoek?* Het antwoord hangt af van het moment wanneer een overtreding komt vast te staan. Het bestuursorgaan kan pas handhavend optreden als een overtreding is vastgesteld. Een belanghebbende kan handhavend optreden niet afdwingen, enkel vanwege een schending van een hem toekomend fundamenteel recht.

50 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, «JB» 2016/88 m.nt. R.J.N. Schlössels, punt 11 (*Bestemmingsplan Blaloweg*).

51 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18.4, «JB» 2016/88 m.nt. R.J.N. Schlössels.

Een appellant wiens fundamentele recht is geschonden of dreigt te worden geschonden, hoeft geen beroep te doen op de overtreden norm indien het bestuursorgaan de overtreding erkent, maar het handhavingsverzoek afwijst omdat het het handhavend optreden niet opportuun acht. Is het belang ontleend aan een (dreigende) schending van een hem toekomend fundamenteel recht, dan kan een beroep tegen het afgewezen handhavingsverzoek tot een vernietiging leiden. In elk geval het relativiteitsvereiste staat een vernietiging niet in de weg. Een correctie is evenmin vereist. In ons schema is deze situatie aangeduid als situatie (C).⁵²

Een beroepsgrond kan echter niet altijd gebaseerd zijn op de rechtsnorm dat gelieerd is aan de (dreigende) schending van het fundamentele recht waar appellant zijn belang aan ontleent. Bij handhavingszaken is dat niet mogelijk indien de oorzaak van de (dreigende) schending van het fundamentele recht – de overtreden norm – niet in rechte vaststaat. Daarvan is sprake als het bestuursorgaan een overtreding ontkent en dientengevolge kennelijk niet bevoegd is handhavend op te treden. Appellant moet zich dan (eerst) op de overtreden norm beroepen. Niet mogelijk is een (direct) beroep op de rechtsnorm waaruit het hem toekomend fundamenteel recht voortvloeit. In ons schema is deze situatie aangeduid als situatie (A) voor het geval appellant niet aan het relativiteitsvereiste voldoet en (B) voor het geval hij wel daaraan voldoet. In beide gevallen is het beschermingsbereik van de overtreden norm bepalend voor de toets aan het relativiteitsvereiste. Een voorbeeld waarbij situatie (A) van het schema zich kan voordoen is de 5-oktober-2016 zaak. Voorts is in onze bijdrage een indeling gemaakt in typen belangen. Binnen het bestuursrecht is veelal sprake van belanghebbendheid op grond van een *type-I.-belang*: een puur feitelijk belang in de vorm van geur, licht, trillingen, geluid of concurrentiepositie. Nu dit feitelijk belang niet

vanzelf gekoppeld is aan een rechtsnorm, moet dit belang eerst kunnen ‘aanhaken’ bij een rechtsnorm. Niet eerder kan betrokkene in rechte een actie afdwingen. Een *type-II.-belang* is daarentegen reeds vanzelf gelieerd aan een rechtsnorm, namelijk de norm waaraan het een belang ontleent. Aanhaken bij een (andere) rechtsnorm is zodoende niet per definitie vereist.

De situatie dat een belang buiten het beschermingsbereik valt van de overtreden norm, kan zich (ook) voordoen als het belang is ontleend aan een (dreigende) schending van een fundamenteel recht. Dit leidt ertoe dat het huidige recht niet uitsluit dat een overtreding in de besluitvormingsfase ontkennen voor het betrokken bestuursorgaan ‘aantrekkelijker’ kan zijn dan te erkennen. Dit werkt mogelijk in de hand dat de overheid strategische keuzes maakt ten aanzien van de vraag of een overtreding aan de orde is. Bovendien resulteert een dergelijke praktijk in een niet te rechtvaardigen rechtsongelijkheid. Dit probleem kan uitsluitend worden opgelost met een nieuwe correctie op de toepassing van het relativiteitsvereiste. De door ons voorgestelde correctie maakt het mogelijk dat de bestuursrechter het bestreden besluit – in geval van situatie (A) van het schema – toch toetst aan een overtreden norm die strikt genomen niet de (dreigende) schending van het fundamentele recht van belanghebbende beoogt te beschermen.

Over de auteurs

Mr. M.E. (Mariëlle) Rog

Ten tijde van het schrijven: docent en promovenda aan de Radboud Universiteit, vakgroep bestuursrecht. Ten tijde van verschijnen van dit nummer: jurist bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State.

Mr. C.J.A.M. (Karin) Merckx

Was werkzaam bij het departement PER van Tilburg University.

⁵² Zie par. 3.1.