

## Marginale toetsing of de rechter als grensrechter

Paul DEPUYDT

1. Mijnheer Baus is in de jaren 1937 en 38 commissaris geweest van de N.V. Apotheek en Drogisterij de Koedoe. In 1939 begint Baus een procedure tot vordering van tantième. De Hoge Raad overweegt hieromtrent

«dat een gerechtigde tot de winst eener vennootschap gebonden is aan de vaststelling dier winst door de algemene vergadering, tenzij deze vaststelling is geschied in strijd met de goede trouw... dat zodanige strijd met de goede trouw aanwezig is, indien de vennootschap bij die vaststelling een gedragslijn heeft gevolgd, welke onder de gegeven omstandigheden *geen redelijk handelende vennootschap ten opzichte van haar winstgerechtigden kan volgen*».

In 1931 wordt Dr. Talsma tot geneesheer-directeur benoemd van de stichting *De Lichtenberg-Ziekenhuis*. Na moeilijkheden wordt hij in 1935 ontslagen. Talsma vraagt de *Centrale Commissie voor de beroepsbelangen van de Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst*, een bindende uitspraak te geven, over het ontslag.

In verband met dit advies, overweegt de Hoge Raad

«dat toch een gegeven advies ook uit hoofde van het resultaat, waartoe de adviseur is gekomen, zozeer kan ingaan tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat het in strijd zou zijn met de goede trouw de wederpartij aan dit advies te willen houden; dat zulks echter dan alleen het geval zal zijn indien het bindend advies als resultaat een beslissing inhoudt, *welke in de gegeven omstandigheden geen redelijk oordelend adviseur had kunnen geven*».

De veertiger jaren, bewoonde L. met zijn echtgenote een perceel te Doetinchem, waarvan een gedeelte in januari 47 door de burgemeester als woonruimte werd gevorderd. Hij wordt echter door de voorzitter van de arrondissementsrechtbank veroordeeld zich van elke maatregel te onthouden die aan de vordering effect zou verlenen. In oktober 47 stelt de burgemeester aan L. nochtans een vordering ter hand, tot terbeschikkingstelling van woonruimte. De zaak wordt voor de rechtbank gebracht. De Hoge Raad die na voorziening in cassatie van de zaak kennis neemt, overweegt dat

«... de waardering in een bepaald geval van de in aanmerking komende belangen ter beslissing van de vraag, of voor een vordering grond is te vinden, is overgelaten aan het beleid van de administratie, en de rechter daarin niet uit hoofde van een andere appreciatie dier belangen kan tussenkomen; ... dat voor tussenkomst van den rechter reden zou kunnen zijn indien de vordering als een daad van willekeur zou zijn aan te merken; dat deze figuur zich voordoet, als moet aangenomen dat de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen *in redelijkheid niet tot een vordering heeft kunnen komen*, en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad».

Lore Stösz, van Duitse oorsprong huwt in 1940 met Ir. Kraaijeveld, waardoor ze de Nederlandse nationaliteit verwerft. Dit huwelijk wordt in 42 ontbonden, waarna ze met een Zweed hertrouwt. In 46 sterft Kraaijeveld. De N.V. Nationale Levensverzekeringsbank keert aan Stösz 10.000 fr. uit, krachtens een levensverzekering door haar eerste echtgenoot afgesloten, waarbij zij als begunstigde werd aangewezen. Krachtens de bepalingen van het Besluit Vijandelijk Vermogen, was zij echter als vijandelijke onderdane aan te merken, zodat haar vermogen van rechtswege overgegaan was naar de Nederlandse staat, en dus uitkering aan Stösz nietig was. Het Nederlands Beheer-instituut vordert van de Levensverzekeringsbank andermaal betaling van de 10.000 f. De Bank weigert : het geschil komt voor de rechtbank.

De Hoge Raad overweegt na cassatieberoep,

«dat het N.B.I. de, blijkens 's Hofs arrest, te dezen door de Nationale gegeven beslissing dat geen billijkheidsgronden aanwezig waren om ondanks het verstreken zijn van den vervaltermijn uit te betalen, alleen met vrucht voor den rechter kan bestrijden op grond dat de Nationale door de wederpartij aan deze beslissing te willen houden een uitvoering zou geven aan de overeenkomst in strijd met de goede trouw ; dat dit geval zich dan zal voordoen, indien moet aangenomen dat de Nationale, *gelet op alle omstandigheden van het geval, in redelijkheid niet tot de door haar genomen beslissing heeft kunnen komen*».

2. Het gemeenschappelijke in deze vier uitspraken, respectievelijk in verband met een besluit van een vennootschapsorgaan (1), een bindend advies (2), het beleid van de overheid (3), en een partijbeslissing (4), is dat zij alle vier, een illustratie zijn van wat gemeenlijk onder Marginale Toetsing wordt verstaan.

Het begrip marginale toetsing is in Nederland sinds geruime tijd in. Hier te lande klinkt het nog in veel oren nieuw. Mijn enige bedoeling is dan ook dit verschijnsel wat klaarder voor de geest te stellen. Dit, door de visie weer te geven van een aantal gezaghebbende auteurs terzake.

Opvallend is dat, op enkele uitzonderingen na, het begrip in de Belgische rechtsleer nog niet ter sprake is gekomen. Dan maar zijn licht opsteken bij de Noorderburen, waar met de regelmaat van een klok, publikaties in verband met M.T. verschijnen !

3. Marginale toetsing blijkt het eerst in het administratief recht, de meeste ingang gevonden te hebben. In verband met het overheids-optreden immers, wordt zij door velen gemakkelijker aanvaard en gerechtvaardigd.

(1) H.R., 21 mei 1943, *N.J.*, 1943, nr. 484.

(2) H.R., 23 september 1943, *N.J.*, 1944-45, nr. 139.

(3) H.R., 25 februari 1949, *N.J.*, 1949, nr. 558.

(4) H.R., 29 november 1957, *N.J.*, 1958, nr. 52.

Het *Freies Ermessen* van de overheid betekende voor de rechtsonderhorige, een onderwerping aan het vrije goedvinden van de administratie. Voor de rechter hield dit in, zich niet te mengen in het beleid van de administratie, en haar beslissingen bijgevolg alleen te toetsen aan de wetmatigheid.

«Evenwel, in al dat vrije navigeren komen geleidelijk toch zekere eisen van goed zeemanschap tot gelding, die in elk geval in acht moeten genomen worden» (5).

Om te beletten dat deze beleidsvrijheid aldus niet zou in willekeur uitmonden, moesten er grenzen aan gesteld worden. Het kwam de rechter toe deze grenzen vast te leggen: zijn rol beperkt zich niet langer tot een loutere wetmatigheidscontrole. Niet dat de rechter in de plaats van de administratie, de beslissing neemt; wel dat hij een controle zal uitoefenen op de rechtmatigheid *sensu lato*, nl. op wetmatigheid én behoorlijkheid. De beperkte controle waarbij niet het beleid zelf maar de behoorlijkheid ervan, getoetst wordt, noemt P. BORST de marginale toetsing. Het is een compromis van het conflict tussen de vrijheid van beleid en de verhoogde rechtsbescherming die geëist wordt door wie deze vrijheid moet ondergaan (6). Het uitgangspunt is dat de overheid in veel gevallen een vrijheid van beleid heeft, waarbij haar discretionaire bevoegdheden toekomen (7).

Deze instantie is aangewezen tot het nemen van een beslissing, terwijl «een andere instantie tot controle van die belangen is geroepen, maar *niet* tot een volledige controle; op grond dat juist de eerstgenoemde instantie de *aangewezen* is voor het nemen van de beslissing, doet de beoordelende instantie het niet 'nog eens over', maar beperkt zij zich bij haar beoordeling tot het onderzoek of de primair aangewezen instantie in redelijkheid heeft kunnen beslissen zoals zij heeft gedaan» (8).

Het gaat om een toetsing die

«op de uiterste grenzen van redelijkheid dus uitsluitend met het oog op evidente gevallen van onredelijkheid plaatsvindt» (9).

Waar grenzen zijn, is grenscontrole nodig. Deze grenscontrole is de *Marginale Toetsing* (10).

(5) VAN WIJK, H.D., *Voortgaande Terugtrek*, Rede uitgesproken aan VU Amsterdam, 1959, blz. 19.

(6) BORST, P., *Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht*. WPNR, 1962, blz. 378; *Problemen en perspectieven van de marginale toetsing*, WPNR, 1969, blz. 25.

(7) VAN DER GRINTEN, W.C.L., noot bij H.R. 4 januari 1963, *Ars Aequi*, 1962-63, blz. 142.

(8) PRAKKE, L., *Marginale Toetsing*, in: *Toetsing in het publiek recht*, 1972, blz. 2. Cursivering door de auteur.

(9) WIARDA, G.J., *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse Recht*, T. Best., 1970, blz. 369.

(10) BORST, P., o.c., WPNR, 1962, blz. 378.

Van Der Grinten brengt tegen Borsts omschrijving van marginale toetsing als behoorlijkheidscontrole of als grenscontrole, het bezwaar in dat

«elke rechterlijke toetsing, elke rechterlijke controle een grenscontrole is. Bij elk rechterlijk toetsen is aan de orde de vaststelling of de grens van het rechtens toelaatbare is overschreden ... Het gebruik van de term marginale toetsing heeft slechts zin, aldus Van Der Grinten, indien deze term wordt gebezigd in de gevallen waarin de rechterlijke toetsing beperkt is. De term marginale toetsing moet worden gesteld tegenover volledige toetsing. Men zou het ook aldus kunnen uitdrukken, dat de marginale toetsing een tussenfiguur is tussen enerzijds die gevallen waarin elke rechterlijke toetsing is uitgesloten en anderzijds gevallen waarin volledige toetsing geschiedt» (11).

Het is mijn inziens juist dat elk rechterlijk toetsen, een grenscontrole is. Toch moet toegegeven dat de grens in geval van volledige toetsing en marginale toetsing niet dezelfde is. Bij dit laatste is de grens van 'het rechtens toelaatbare', immers pas overschreden wanneer de onredelijkheid of onbillijkheid is : kennelijk, apert, evident, manifest, flagrant, grof, extreem, schromelijk, *luce clarius*, op onmiskenbare wijze, aan de buitenkant blijvend, als het er 'dik op ligt' (12). Ondanks alles, heb ik niet de indruk, dat wanneer Borst en Van der Grinten het hebben over marginale toetsing, zij op een verschillende figuur doelen. Van der Grinten geeft dit trouwens zelf toe.

4. Marginale toetsing kan niet alleen betekenis hebben bij publiek-rechtelijke rechtsverhoudingen, maar tevens bij tal van privaatrechtelijke.

Er is marginale toetsing mogelijk van de administratie van de staat, maar ook van het verenigingsverband, gezins- of kerkelijk verband ; of marginale toetsing van de feitenrechter door de cassatierechter, van de wetgever door de rechter, van dokters, architecten, advocaten of notarissen door de rechter in verband met beroepsfouten, van de arbiter ... (13). En zelfs een marginale toetsing van rechtsregels aan de logika (14).

Het gevaar dat het begrip marginale toetsing oeverloos zou worden, waarvoor Borst in 62 waarschuwde, schijnt hem in 69 bewaarheid : «De term marginale toetsing is een woekerplant.

(11) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Marginale Toetsing*, in : Op de grenzen van komend recht, 1969, blz. 109.

(12) BORST, P., o.c., WPNR, 1962, blz. 378.

(13) BORST, P., o.c., WPNR, 1962, blz. 378 noot 10.

(14) ROMBACH, J., *Opmerkingen over Rechtswetenschap en Logica*, 1963, blz. 70 : «Als Hoetink zegt dat het recht nimmer in konflikt kan komen met de logika, en dat van de logika generlei werking op het recht kan uitgaan, ga ik akkoord voorzover hij doelt op rechtschepping, maar niet als hij zou menen dat de hier besproken logische grenzen voor de rechtswetenschap niet zouden gelden. Ik zie dit als een geval van marginale toetsing aan de logika.»

Marginale toetsing wordt elke beperkte toetsing.  
 «Daardoor verwatert het begrip, het wordt oeverloos» (15).

5. Vandaar de noodzaak van een criterium om te bepalen waar marginale toetsing begint en waar zij eindigt. Voor Borst ligt de grens van de marginale toetsing, daar waar een *speciale rechtsgrond* bestaat voor een *speciale vrijheid* (16). Dit is aanwezig bij het *verband*. Een verband kan ik omschrijven als een duurzame vorm van verbinding, waarin de deelnemers eraan solidair verbonden zijn, zoals bijvoorbeeld de familie, de onderneming, de kerk of de staat.

De vrijheidsrelatie zal moeten betreffen het voeren van een *beleid*. Van marginale toetsing is slechts sprake indien een vrijheid van handelen bestaat, niet wanneer het handelen aan strikte normen is gebonden.

De rechtsgrond is het *gezag* over degenen die tot het verband behoren, en de *zelfstandigheid* van het verband.

Ook voor Van Der Grinten is de aanwezigheid van een gezagselement criterium voor de marginale toetsing. De term beleidsvrijheid acht hij nochtans minder gelukkig. «Vrijheid om naar eigen inzicht te handelen, vrijheid om eigen beleid te voeren is een der grondslagen van onze samenleving. Deze vrijheid hebben wij allen gemeen, hierin zijn wij allen gelijk. De Overheid is echter niet de gelijke van de burgers en de burger die een bepaald recht of een bepaalde bevoegdheid heeft, is in rechtspositie niet gelijk aan zijn mede-burgers. De bijzondere rechtspositie brengt m.i. het marginale karakter van de toetsing mede» (17).

Het is langs zijn *organen* dat het verband, de vrijheid een eigen beleid te voeren, uitoefent.

Het komt de rechter niet toe het beleid in hun plaats te voeren: hij mag niet «op de stoel van het orgaan gaan zitten». Toch heeft de beleidsvrijheid grenzen. 's Rechters eerste taak zal zijn, 'de grens vast te stellen, om de rechtsonderhorige te beschermen tegen grensoverschrijding. Het orgaan heeft een *vrije zone* van beleidsvrijheid. Een zone nu, heeft twee grenzen. Aan de overzijde van de ene grens ligt het gebied waar het orgaan niet in vrijheid tot een beslissing kan komen: de zone die Borst de rigide zone noemt, die de rechtmatigheid in enge zin betreft. Aan de overzijde van de andere grens, ligt het terrein van de onbehoorlijkheid. Marginale toetsing betekent *in concreto* de grens bepalen tussen de vrije zones (die van de behoorlijkheid) en de zone van de onbehoorlijkheid (18). Deze grens

(15) BORST, P., o.c., WPNR, 1969, blz. 26.

(16) BORST, P., o.c., WPNR, 1969, blz. 26.

(17) VAN DER GRINTEN, W.C.L., noot bij H.R. 4 januari 1963, *Ars Aequi*, 1962-63, blz. 225; *Marginale Toetsing*, blz. 122.

(18) BORST, P., o.c., WPNR, 1969, blz. 27.

zal van geval tot geval verschillen : de vrije zone kan breder of smaller zijn. Hoe nauwer zij is, des te groter zal de omvang van de toetsing zijn (19).

6. De *gradatie van de toetsing* is afhankelijk van :

— de aard van het verband : elk verband heeft een eigen aard ; de structuur van het verband bepaalt mede de mate van toetsing. Onderzoek naar die structuur is dus prealabel !

— de verrichte taak :

«Brandweer en politie worden met terughouding getoetst ; ze hebben meer vrijheid dan de ambtenaar bij het H.R.»

— de omstandigheden :

«wanneer er weinig of geen tijd is voor besluitvorming, is de toets geringer dan wanneer rustig een beslissing kan worden voorbereid» (20).

De wijze van toetsing geschiedt volgens Borst door de controle op de wetmatigheid, en door behoorlijkheidscontrole via algemene rechtsbeginselen. (Bij schending van zo een beginsel gaat het om een kwaliteit.) De rechter zal een beslissing onaanvaardbaar achten als het gezag in strijd handelde met

«een in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijke uitoefening van dit gezag» (21).

Deze beginselen zijn te zien als rechtsbeginselen, zij het als *grens*-beginselen.

«Toetsing aan deze beginselen is marginale toetsing» (22).

De rechtsbeginselen hebben een grote variatie ; ook de mate van evidentie van deze beginselen varieert sterk. Vandaar de noodzaak een uniforme methode om al deze gegevens te rangschikken (23) !

7. De gebruikelijke methode is de toverformule *kennelijke onredelijkheid*.

Wanneer men van iets zegt dat het kennelijk onredelijk is, gaat men er intuïtief de betekenis aan hechten van

«dit beoeft geen nader bewijs : het is duidelijk ... Hier gaat het niet om kennelijk in een bewijsrechtelijke zin, maar in marginale zin ; nl. een schending van een algemeen rechtsbeginsel, dat evident en onweerstaanbaar is. De kennelijke onredelijkheid is een beoordelingsmaatstaf, geen bewijsbepaling» (24).

Langemeijer sluit daar bij aan :

«Met onredelijkheid kan in ieder geval niets anders bedoeld zijn dan een verwijzing naar een waarderingsmaatstaf en waarderingsmaatstaven lenen zich uit hun aard niet voor parafrazen, die het hanteren ervan tot een zuivere

(19) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Ars Aequi*, 1962-63, blz. 225.

(20) BORST, P., o.c., WPNR, 1969, blz. 37.

(21) VAN DER GRINTEN, W.C.L., o.c., blz. 19.

(23) BORST, P., o.c., WPNR, 1962, blz. 390.

(24) BORST, P., o.c., WPNR, 1969, blz. 40.

*Intellectuele operatie zouden herleiden. De woordverbinding kennelijk onredelijk, schijnt op het eerste zicht minder harmonisch. Immers de vraag of een bepaalde houding in strijd komt met een bepaalde waardemaatstaf is uit haar aard niet het voorwerp van een kenhandeling.*

*... met de toevoeging van het woord kennelijk is niet bedoeld een 'bijzondere regeling voor het onderzoek van de rechter, maar een beperking van de toepassing van het voorschrift» (25).*

Met 'kennelijk' bedoelt men gemeenlijk een dergelijke onredelijkheid, dat geen redelijk mens tot deze beslissing kan komen (26).

«Over wat billijk of onbillijk, redelijk of onredelijk, behoorlijk of onbehoorlijk is, kan ook onder redelijke mensen heel verschillend gedacht worden. Maar het in hoge mate onbillijke, in hoge mate onredelijke, in hoge mate onbehoorlijke dringt zich met een onmiddellijke evidentie aan ons op en ook zonder empirisch onderzoek kan met grond worden verondersteld dat over wat de rechter bij zichzelf als zodanig aanvoelt ook bij een aanzienlijke meerderheid van het volk een communis opinio bestaat» (27).

8. Het gebruik van de kennelijke onredelijkheid, is nochtans niet van kritiek gespaard gebleven !

Het woord kennelijk bedoelt een graad van onredelijkheid aan te geven. Doch is het wel aanvaardbaar dat men gewoon onredelijk zou mogen handelen vraagt Van Der Grinten zich af (28).

Bovendien kan het de rechter in bepaalde gevallen

« ... dwingen tot de pijnlijke beslissing dat er wel onredelijk gehandeld is, maar niet in zodanige mate dat dit gevolgen moet medebrengen ten nadele van de partij die onredelijk handelde» (29).

Kisch stelt bij een bespreking van de artikelen 1 tot 7 van het Nieuw Nederlands B.W., het onderscheid tussen 'onbillijk' en 'onbillijk in hoge mate' scherp in vraag (30).

Op het eerste gezicht lijkt het een verschil in kwaliteit, intensiteit te zijn : *hoogst onbillijk is erg onbillijk*. Uit de Toelichting blijkt echter dat het eerder gaat om de *kwantiteit van degenen die zich in afkeurende zin uitspreken* (31). Is dit het geval, dan is *in hoge mate* een volgens Kisch ongelukkig gekozen term. Immers, iets wat *alle mensen* verwerpen, ongeacht de intensiteit van de verwerping, is niet hetzelfde

(25) LANGEMEIJER G.E., conclusie bij H.R. 1 december 1961, *N.J.*, nr. 78, blz. 309-310.

(26) BORST, P., o.c., WPNR, blz. 40.

(27) WIARDA, G.J., *De rechter tegenover vage rechtsnormen*, R.W., 1973-74, 183 ; Zie reeds vroeger ; WIARDA, G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, in Een bundel gedachten, 1963, blz. 149-150.

(28) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Handelen te goeder trouw*, in Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis (feestbundel prof. Hermesdorf), 1965, blz. 168.

(29) LANGEMEIJER, G.E., hogervermelde conclusies, *N.J.*, 1962, nr. 78, blz. 320.

(30) KISCH, I., *Het eerste zevental*, R.M. Themis, 1955, blz. 150-151.

(31) Toelichting, blz. 29 : «Wat in hoge mate onbillijk wordt geoordeeld, beschouwt ieder redelijk oordelend mens als onbillijk».

als iets wat *intensief verworpen* wordt, ongeacht de hoeveelheid van verwerpers. Kisch gelooft niet dat Meijers dit verschil niet erkent, en de kwaliteit zou laten opgaan in de kwantiteit. Maar wat is nu het verschil tussen onbillijk en in hoge mate onbillijk ?

Artikel 7 Nieuw B.W. bepaalt dat

«... bij de vaststelling van hetgeen de billijkheid vordert, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken».

Artikel 3 en 6 hebben het over de in hoge mate onbillijkheid, dat volgens de Toelichting betekent

«wat ieder redelijk oordelend mens als onbillijk beschouwt».

«Om dit verschil te vatten, moet ik», aldus Kisch, «een regel of een beslissing voorstellen die onbillijk genoeg is om naar maatstaf van algemeen erkende beginselen en volksovertuiging, als onbillijk te worden verworpen, maar niet onbillijk genoeg is om te worden verworpen door alle redelijk oordelende mensen, door alle normale burgers.

Zulk een regel of beslissing kan ik mij niet voor de geest brengen. Bijgevolg zou er tussen onbillijk en onbillijk in hoge mate geen verschil bestaan!»

Kischs redenering is vernuftig. Toch kan m.i. niet geloofend dat er tussen wat onbillijk en in hoge mate onbillijk is, een graadverschil bestaat. Er zijn handelingen die zo frappant, zo evident onbillijk zijn, dat ieder redelijk oordelend mens ze zou veroordelen. Er zullen ook wel gevallen zijn waar het verschil miniem is. De moeilijkheid voor de rechter zal zijn, precies de grens vast te leggen tussen wat onbillijk en in hoge mate onbillijk is.

9. Onder 5 is gesteld dat het gezag criterium is voor de marginale toetsing. Daaruit volgt dat de marginale toetsing maar zover reikt als het gezag van het orgaan reikt. M.a.w., waar dit gezag geen uitwerking heeft, geldt niet een marginale maar een volledige toetsing. Voor de derde die niet aan het gezag van het verbandsorgaan onderworpen is, zal de beslissing niet kennelijk onredelijk moeten zijn om geholpen te worden door de rechter (32) ! Naast Borst, is ook Van Oven deze mening toegedaan (33).

10. Borst past de tot nu toe uiteengezette algemene visie toe op een aantal verbanden.

(32) BORST, P., o.c., WPNR, 1967, blz. 27.

(33) VAN OVEN, A., noot bij H.R. 11 januari 1963, WPNR, 1967, blz. 295 : «Toetsing van jegens zodanige derden — i.c. winstgerechtigden (in een N.V.) — werkende besluiten dient niet marginaal te geschieden, doch geheel op dezelfde grondslag als ieder ander onderzoek naar de vraag of een overeenkomst te goeder trouw is nagekomen.»



Laat mij twee van deze verbanden kort weergeven.

a. *De bedrijfsorganisatie* (34) :

Zij wordt gevormd door een of meer verenigingen van ondernemers en arbeiders. Zij hebben uitgebreide bevoegdheden, doch geen grenze-loze ! Daarom moet de rechter de grens van hun bevoegdheden vaststellen. Wanneer zal men een beslissing kunnen aanvechten ? Als ze kennelijk onredelijk is ? Wat is echter kennelijk ? Een schending van de goede trouw ? Beide begrippen zijn al even vaag, en helpen ons niet vooruit. Welke maatstaf dan hanteren om uit te maken of men de beslissing kan aanvechten ?

Eerst moet men kijken naar de structuur van de organisatie, dan naar de algemene rechtsbeginselen die bij de marginale toetsing gehanteerd worden. De bedrijfsorganisatie is een verband dat een eigen beleid voert, dat de rechter naar zijn rechtmatigheid moet controleren ; daarbij moet hij de algemene rechtsbeginselen (zoals recht van verdediging, zorgvuldigheidsplicht, verbod van machtsafwending, zuivere intentie) opzoeken die ter zake gelden.

Deze beginselen zijn evident. Dit is : zij dringen zich vanuit het algemeen rechtsbewustzijn op. Zij zijn onherleidbaar. Die evidentie wordt aangeduid door het woord kennelijk.

b. *Het ontslagrecht* (35) :

Volgens art. 1639 s lid 1 Ned. B.W. kan de rechter bij een dienstbeëindiging ingrijpen als dit kennelijk onredelijk gebeurt. Opnieuw stelt zich de vraag : wat is kennelijk ? Volgens de voorbereidende werken betekent het duidelijk onredelijk, «*voor een redelijk mens duidelijk*». Dit helpt ons niet verder. Daarom opnieuw het voormelde schema toepassen : de *structuur* nagaan, en daarna precisering zoeken via *algemene rechtsbeginselen*. Opnieuw is er een beleidsvrijheid, die echter niet oeverloos is, en waarvan de rechter de grenzen bepaalt.

Dat marginale toetsing tevens een rol kan spelen in de controle op het economisch beleid, wordt algemeen aanvaard.

Economisch beleid betekent voor Borst o.a. fusies, opslorpingen, medezeggenschap van de arbeiders, bescherming van de aandeelhouders en van directeurs, winstvaststelling ... (36).

Het *Freies Ermessen* der bestuursorganen is uiteraard aan bepaalde grenzen gebonden (37). Toch is de rechter geen beroepsinstantie die het beleid naar zijn inhoud volledig kan toetsen : hem komt het niet toe te onderzoeken of de algemene vergadering goed of slecht beslist

(34) BORST, P., o.c., WPNR, 1962, blz. 391.

(35) BORST, P., o.c., WPNR, 1962, blz. 401.

(36) BORST, P., o.c., WPNR, 1962, blz. 402.

(37) VAN OVEN, A., o.c., WPNR, 1967, blz. 306.

heeft; hem komt het niet toe het betwiste besluit van goedkeuring der balans volledig te toetsen (38).

De toetsing van de inhoud van het besluit is een marginale: nietigheid kan slechts worden aanvaard indien men in redelijkheid niet tot het besluit had kunnen komen (39). Het besluit moet blijkbaar strijdig zijn met de billijkheid. Dit prealabele voor de aanvechting behoort tot de aard zelf der partijbeslissing (40).

«Zoals het overheidsbesluit wordt getoetst — aan althans bepaalde — in het algemeen rechtsbewustzijn levende beginselen van behoorlijk bestuur, zo moet het besluit van een privaatrechtelijke rechtspersoon worden getoetst aan in het algemeen rechtsbewustzijn levende beginselen van behoorlijk bestuur in privaatrechtelijk verband» (41).

De rechterlijke toetsing van de wijze van totstandkoming van besluiten, aan de goede trouw, is niet marginaal: hier is niet de beslissingsvrijheid van de besluitnemende organen in het geding. De formele regels hebben een vrij concreet karakter, zodat er geen ruimte is waarbinnen redelijk oordelende mensen van mening kunnen verschillen (42).

11. Zijn er naast het verband, andere relaties waar marginaal kan getoetst worden?

(38) RONSE, J., *Preadvies over nietigheid van besluiten van organen van de N.V.*, 1966, blz. 28; *Rechtsgevolgen in een PVBA met slechts 2 vennoten, van het overlijden van een vennoot die niet van rechtswege door de erigenaam opgevolgd wordt in de vennootschap*, Tijdschr. Not., 1970, blz. 263.

(39) RONSE, J., *Preadvies*, blz. 28: «... wanneer blijkbaar is dat geen redelijk handelende vergadering tot dit besluit zou gekomen zijn.»

VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Preadvies over nietigheid van besluiten van organen van de N.V.*, 1966, blz. 15: «dat nietigheid op materiële grond slechts kan worden aanvaard, indien de grens waarbinnen de oordelende mensen van mening kunnen verschillen, wordt overschreden.»

Vgl. VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Ars Aequi*, 1964, blz. 67: «Nietigheid van een volgens de wet en statuten regelmatig besluit zou slechts dan wegens zijn wijze van totstandkoming nietig moeten worden geoordeeld, indien geen redelijk handelende aandeelhoudersvergadering tot besluitvorming zou zijn overgegaan.»

Zie MAEIJER, J.M.M., *Nietigheid van besluiten van organen van de N.V.*, T.P.R., 1967, blz. 178.

Zie ook SUETENS-BOURGEOIS, G., *De verhouding meerderheid-minderheid in de naamloze vennootschap*, 1969, blz. 313-315.

(40) RONSE, J., *Preadvies*, blz. 28; Vgl. SCHOLTEN, P., noot onder H.R. 28 december 1934, *N.J.*, 1935, blz. 175, i.v.m. het bindend advies: «... men moet positief aanwijzen waar de fout van de arbitrators heeft gelegen en waarom de fout zoo ernstig is.»

(41) VAN DER GRINTEN, W.C.L., geciteerde noot, *Ars Aequi*, 1962-63, blz. 225.

(42) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Preadvies*, blz. 15; MAEIJER, J.M.M., o.c., blz. 178; zie ook RONSE, J., *Preadvies*, blz. 28.

Vgl. VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Marginale Toetsing*, (feestbundel BEEKHUIS), blz. 122: de toetsing van de wijze van totstandkoming van een bindend advies, en partijbeslissing, zou ook een volledige moeten zijn.

Het antwoord is bevestigend, voorzover men te doen heeft met relaties waaraan een beleidsvrijheid toekomt, op grond van hun zelfstandigheid. Telkens er een speciale rechtsgrond voor een speciale vrijheid aanwezig is, is er sprake van marginale toetsing (a).

In een aantal gevallen, zal de toetsing misschien beperkt zijn, maar niet marginaal (b).

Marginaal is een species t.a.v. het genus beperkt.

a. Als mogelijke toepassingen van de eerste categorie geeft Borst o.a. (43) :

1) het bindend advies (partijen komen overeen zich te gedragen naar het advies van een derde) : partijen geven elkaar een speciale vrijheid om hun overeenkomst aan te vullen door een derde ; de speciale rechtsgrond is de daartoe afgesloten overeenkomst ;

2) de partijbeslissing ;

3) het kennelijk onredelijk ontslag gegeven door de werkgever ;

4) beroepsfouten : bij advocaten, artsen, architecten... waar de keuze wordt bepaald door het vertrouwen in het beleid, is er een speciale rechtsgrond voor een speciale vrijheid. Bijgevolg marginale toetsing.

b. Tot de tweede categorie (beperkte maar geen marginale toetsing) behoren volgens Borst bijvoorbeeld :

1) toetsing aan de goede trouw ;

2) kennelijk onredelijke ontslagname door de werknemer ;

3) misbruik van recht (44).

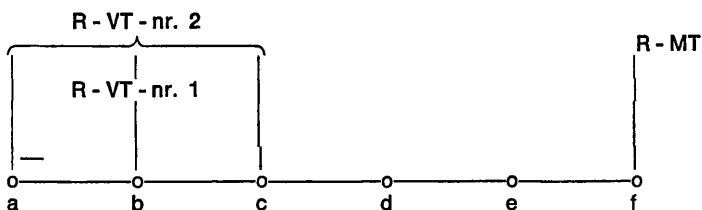
In deze gevallen is niet steeds een beleid of een speciale vrijheid aanwezig.

Het mag eigenaardig voorkomen dat Borst, toetsing aan de goede trouw niet tot de marginale toetsing rekent, zoals weleens gedaan wordt. Daarom geef ik kort zijn redenering weer.

Bij de rechterlijke toetsing op de redelijkheid (Borst gebruikt goede trouw en redelijkheid hier door elkaar) onderscheidt hij drie gevallen, in volgende tekening weergegeven.

(43) BORST, P., o.c., WPNR, 1969, blz. 51-62 ; wat VAN DER GRINTEN betreft, zie *Handelen te goeder trouw*, blz. 169.

(44) Bij lectuur van het arrest van de H.R. van 17 april 1970 (*N.J.*, 1971, nr. 89) krijgt men de indruk dat de H.R. er in verband met rechtsmisbruik, een marginale toetsing op na houdt (« ... naar redelijkheid niet tot uitoefening van haar recht amotie te vorderen had kunnen komen. »). Houwing merkt in de noot op het arrest terecht op dat de rechtsuitoefening in hoge mate onbillijk moet zijn, maar « dat verandert toch niets aan het karakter der rechterlijke beoordeling ? Dat de rechter de mate van onbillijkheid moet beoordelen, houdt niet een marginale toetsing in ... ». Met Borst is hij het eens dat « aan de eigenaar in elk geval niet in zijn eigendomsrecht enig beleid ten aanzien van de bij zijn eigendom betrokken belangen opgedragen wordt, in dier voege dat dit beleid uitsluitend te zijner beoordeling zou staan behoudens marginale toetsing door de rechter. »



a, b, c, d, e en f zijn oordelen die bij de toetsing op redelijkheid (R) kunnen worden gegeven.

De rechter kan op drieërlei wijze kiezen :

(1) Hij kiest bvb. b. Volledige toetsing nr. 1, één punt dat hij redelijk vindt (R - VT - nr. 1)

(2) Hij kiest a tot c. Volledige toetsing nr. 2 (R - VT - nr. 2) : ik vind, zegt de rechter, b redelijk, doch ook a en c acceptabel, maar ik verwerp d en e als onredelijk. Hier is volledige toetsing met een marge !

(3) Marginale toetsing, negatief, de rechter zet paal f, de eindpaal der redelijkheid, die de grens aangeeft, waar de kennelijke onredelijkheid begint. Links van paal f is er een mogelijkheid van redelijkheid, maar de rechter blijft daar buiten. Hij vindt persoonlijk mening d en e onredelijk, maar hij accepteert dat men er anders over kan denken. De communis opinio begint pas bij paal f. Paal f is in het systeem van de marginale toetsing de grens tussen redelijkheid en onredelijkheid, waarbij het, omdat het marginale toetsing is, tevens de grens is tussen redelijkheid en kennelijke onredelijkheid.

Aldus is aangetoond dat een onderscheid kan gemaakt tussen gewoon onredelijk en kennelijk onredelijk, en dat dus toetsing aan de goede trouw niet volkomen samenvalt met marginale toetsing (45). Tevens is verklaard dat ook bij de volledige toetsing een zekere marge kan bestaan.

12. Het verschil tussen marginale en volledige toetsing zal nu wel duidelijk zijn : het is gelegen in een iets andere benadering voor de beoordeling van de redelijkheid van het handelen.

Bij marginale toetsing is de vraag of de handeling in die zin onaanvaardbaar is dat hieromtrent redelijkerwijze geen verschil van gevoelen mogelijk is.

(45) In dezelfde zin, maar genuanceerder : VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Ars Aequi*, 1962-63, blz. 225 : «De toetsing van een handelen, aan de goede trouw sluit een marginaal element in. Dit betekent niet dat zulke toetsing in het algemeen als marginale toetsing kan bestempeld worden.»

Bij volledige toetsing beoordeelt de rechter of hij als onpartijdig persoon dit handelen juist acht (46).

In het eerste geval neemt de rechter als maatstaf, of de handelende kon menen te mogen handelen zoals hij gehandeld heeft, in het tweede hoe naar zijn oordeel, in redelijkheid moet worden gehandeld (47).

Dit verschil mag niet overschat worden! Dikwijls is het niet bijzonder scherp. In vele gevallen zal marginale toetsing tot dezelfde uitkomsten leiden als een volledige toetsing (48).

Doordat de gradatie van de toetsing afhankelijk is van de aard van het verband, de verrichte taak en de omstandigheden (49) is er «een grote variabiliteit in de wijdte der toetsing: marginale toetsing en volledige toetsing kunnen vlak bij elkaar liggen» (50).

Schermers maakt in zijn noot bij de beschikking van de Voorzitter, Afdeling geschillen van bestuur, van 1 april 1966 (51) duidelijk dat deze beslissing illustreert hoe marginale toetsing (rechtmatigheidstoetsing) grenst aan een doelmatigheidstoetsing (beleidstoetsing) als zodanig, of wellicht reëler — hoe gemakkelijker zij er in overgaat. De Kroon gaat het gevoerde beleid nauwkeurig na

«aldus tredend in een beoordeling van de relevante feiten en situaties, welke beoordeling in de eerste plaats een zaak is voor die instanties, die de beleidsverantwoordelijkheid voor deze beoordeling hebben».

Marginale toetsing is dan ook niet meer dan

«de aanduiding van een bepaalde houding, attitude of hoe men het noemen wil van de toetsende instantie t.o.v. de aan haar oordeel onderworpen beslissing. De vaagheid die aan het beginsel eigen is maakt dat men in concreto zeer wel van mening kan verschillen over de vraag wat hantering van het beginsel in het voorliggende geval moet meebrengen. Zo kwamen bijvoorbeeld in het processieverbod-arrest (52) de procureur-generaal Langemeijer en de Hoge Raad, beiden marginaal toetsend, tot verschillend resultaat. De Hoge Raad toetste hier marginaler dan de procureur-generaal (53).

13. Aan het lijstje woorden marginale toetsing, beperkte toetsing, volledige toetsing, voegt Langemeijer in zijn conclusies bij H.R. 1 december 1961 (54), toe: dubbele marginale toetsing.

«In cassatie is er dan... een dubbele marginale toetsing: de rechter over de feiten zal onredelijkheid alleen mogen aannemen, waar hij meent dat geen redelijk denkend mens anders zou kunnen oordelen, en de cassatierechter zal bij de toetsing van dit oordeel op zijn beurt een marge moeten laten voor de appreciatie door de rechter a quo, van die fijne, niet exact te omschrijven nuances van het geval, die, als het een grensgeval is, de doorslag kunnen geven.»

(46) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Ars Aequi*, 1962-63, blz. 225.

(47) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Handelen te goeder trouw*, blz. 168.

(48) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Ars Aequi*, 1962-63, blz. 225.

(49) Zie supra nr. 6.

(50) BORST, P., o.c., WPNR, 1969, blz. 37.

(51) *Ars Aequi*, 1968, blz. 57.

(52) H.R., 19 januari 1962, *N.J.*, 1962, nr. 107.

(53) PRAKKE, L., o.c., blz. 5.

(54) *N.J.*, 1962, nr. 78, blz. 310.

14. Het woord marginale toetsing mag nog zo nieuw in de oren klinken, toch kan ook hier — net zoals in verband met talloze andere rechtsfenomenen — gezegd dat

«l'innovation porte plutôt sur le vocabulaire que sur le fonds des choses.» (55)

Volgens Paulus al, kon tegen een partijbeslissing alleen opgekomen worden

«si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius apparuit.» (56)

Domat heeft het over

«ce qui pourrait être au-delà des bornes de la raison et de l'équité.» (57)

In 1916 schreef Meijers in verband met de aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door één van de partijen, dat

«de betekenis van een vaststelling of uitlegging door een der partijen, geenszins tot niets wordt herleid. Immers, niet alleen zal de kontraktant, die de onredelijkheid van het vastgestelde of uitgelegde beweert, dit moeten bewijzen, maar ook zal het een *klaarblijkelijke* onbillijkheid moeten zijn... De rechter mag niet zonder meer zijn oordeel omtrent hetgeen hij billijk acht in de plaats van dat der partijen stellen; binnen de grenzen waarbinnen redelijk oordelende mensen kunnen verschillen, zal het oordeel van de partij die beslissen mag, bindend zijn» (58).

In de Nederlandse rechtsliteratuur is de term «marginale toetsing» geïntroduceerd door Van Wijk, in zijn inaugurale rede van 1959 (59).

Zoals hoger gezegd, is de term er sindsdien opgenomen in het vocabularium van wellicht ieder jurist.

In de Vlaamse rechtsliteratuur komt het begrip marginale toetsing voor in het Preadvies van professor Ronse van 1966 (60), in een artikel van professor Suetens in 1970 (61), en in het proefschrift van Mevrouw Suetens-Bourgeois (62).

Wat de rechtspraak betreft, stelt Suetens-Bourgeois terecht dat

«dit marginale toetsen een werkelijkheid dekt, reeds lang door de rechtspraak toegepast» (63).

(55) VEDEL, G., *Droit Administratif*, 1968, p. 246.

(56) D. 17.2.79.

(57) DOMAT, *Les lois civiles*, Boek 1, Titel 1, Sektie III, § 11.

(58) MEIJERS, E.M., *Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door een der partijen*, WPNR, 1916, blz. 262; *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, III, blz. 29.

(59) VAN WIJK, H.D., *Voortgaande Terugtrek*, inaugurale rede VU, Amsterdam, 1959, blz. 3.

(60) RONSE, J., *Preadvies*, blz. 29.

(61) SUETENS, L.P., *Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht*, T. Best., 1970, blz. 384.

(62) SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c., blz. 313-315.

(63) SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c., blz. 313.

De laatste jaren zijn zowel wat het overheidshandelen (64), als het vennootschapsrecht betreft (65) in een aantal uitspraken, zonder evenwel de term te noemen, sporen van marginale toetsing te bespeuren.

Ook de Raad van State is de marginale toetsing niet vreemd.

«Het verbod van willekeur dat in Nederland als (marginale) toetsingsgrond uitdrukkelijk wordt vermeld, wordt door de Raad van State langs de controle op de motieven om, gesanktionneerd. Sommige arresten van de Raad van State benaderen de Nederlandse terminologie» (66).

In Nederland is het marginale toetsen, zowel bij de hogere als bij de lagere rechter, legio (67).

Naar mijn weten, komt in onze kontreien, de marginale toetsing met zoveel woorden, voor het eerst in de rechtspraak voor, in het, ook in andere opzichten ophefmakende, petroleumvonnis van de correctionele rechtbank van Kortrijk dd. 26 juni 1974 : (68)

«De beoordeling van die dringende noodzakelijkheid (nl. ter motivering van de ontstentenis van advies van de Raad van State) behoort uiteraard en in de eerste plaats tot de discretionaire bevoegdheid van de bestuursoverheid welke die beslissing treft. Weliswaar is ook op dat stuk, bij de beoordeling van de wettelijkheid van het getroffen besluit ; de marginale toetsing van de rechter niet uitgesloten...

Terzake is het minstens twijfelachtig of de ingeroepen dringende noodzakelijkheid van de ministeriële besluiten voor ieder objectief oordelend mens afwezig was.»

Hopelijk wordt zulke handelwijze, niet alleen op publiekrechtelijk, maar ook op privaatrechtelijk vlak, nagevolgd, en ooit in cassatie bevestigd.

15. De ontwikkeling van het leerstuk van de marginale toetsing zal vruchtbaar zijn voor het privaatrecht.

«Een evenwichtige uitbouw van dit leerstuk zal medebrengen, enerzijds dat elke uitoefening van recht en bevoegdheid in een vertrouwensrelatie aan grenzen gebonden is, anderzijds dat de autonomie van de individuele mens in de uitoefening van zijn rechten erkend blijft» (69).

Marginale toetsing verschijnt aldus

«als vredestitcher, als verzoener van tegengestelde belangen :

— tussen de vrijheid van het bestuur en de bescherming van de burger,

(64) Zie bvb. Cass., 7 maart 1963, *R.C.J.B.*, 1963, 93 (met noot Dabin) ; Cass., 26 april 1963, *R.C.J.B.*, 1963, 116 (met noot Dabin).

(65) Zie bvb. Kh. Antwerpen, 2 september 1966, *R.W.*, 1966-67, kol. 264 met erratum kol. 422 ; Kh. Charleroi, 4 november 1969, *R.P.S.*, 1970, nr. 5537, blz. 45.

(66) SUTENS, L.P., o.c., p. 384. Ter illustratie geeft prof. Suetens : arrest Verschuere (nr. 11.777) van 28 april 1966, en arrest Holemans (nr. 11.865) van 8 juni 1966.

(67) Zie de talrijke uitspraken, aangehaald en gekommentarieerd, in het reeds geciteerde artikel *Marginale Toetsing* van Van Der Grinten.

(68) *R.W.*, 1974-75, 548.

(69) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Handelen te goeder trouw*, blz. 169.

- tussen de vrijheid van de ondernemer en de positie van de arbeider,
- tussen de politiek van de N.V. organen en de belangen van de aandeelhouder,
- tussen de vrijheid van de vakbonden om te staken en de bescherming van de andere belangen,
- tussen de vrijheid van de belastingplichtige en de belangen van de administratie,
- tussen de vrijheid van de belastingadministratie en de belangen van de belastingplichtige,
- tussen de beleidsvrijheid van de academische examinator en de student» (70).

Juridisch is het onderscheid tussen het onbillijke, onredelijke, en het kennelijk onbillijke of onredelijke,

«een sleutel tot het probleem hoe t.a.v. het billijkheidsoordeel een stuk objectiviteit en daarmee een stuk rechtszekerheid kan worden verzekerd» (71).

Rechtsfilosofisch is de marginale toetsing een inzicht in het feit dat «bepaalde beschikkingsrechten zo hoog kunnen gewaardeerd worden, dat de rechterlijke toetsing van de uitoefening niet of slechts in beperkte mate toelaatbaar wordt geoordeeld.

In de diepste kern gaat het bij vragen van rechterlijke toetsing en de omvang van deze toetsing over vragen van maatschappijstructuur» (72).

(70) BORST, P., o.c., WPNR, 1969, blz. 65.

(71) WIARDA, G.J., o.c., 183.

(72) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Marginale Toetsing*, blz. 123.