

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74661>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Onrechtmatige wetgeving

RECHT EN PRAKTIJK Onder redactie van prof. mr. R.P.J.L. Tjittes

Herdrukken van eerder verschenen titels vanaf januari 2003

- | | |
|--|--|
| 137. M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), Verzekeringsrecht praktisch belicht | In voorbereiding |
| Nieuw verschenen titels vanaf januari 2003 | |
| 159. P.H.L.M. Kuypers, Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht | E.-I. Zippo, Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht |
| 160. A.J. Noordam, Wsnp en goede trouw | M.R. Ruijgvoorn, Afgebroken onderhandelingen en de juridische houdbaarheid |
| 161. P. Klik, Conformiteit bij koop | R.J.B. Schutgens, Onrechtmatige wetgeving |
| 162. J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring | RECHT EN PRAKTIJK FINANCIËEL RECHT |
| 163. B.J. van het Kaar, IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging | Onder redactie van mr. D. Busch, prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol en mr. F.M.A. 't Hart |
| 164. G. Heslen, S.D. Lindenbergh, G. van Maanen (red.), Schadevaststelling en de rol van de deskundige | FR1. M. Nelemans, Het verbod van marktmanipulatie |
| 165. G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure | FR2. G.R. Boshuizen en B.H. Jager, Verzekerd van toezicht |
| 166. J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak | FR3. B. Bierens, Revindicatoire aanspraken op giraal geld |
| 167. D. Haas, De grenzen van het recht op nakoming | RECHT EN PRAKTIJK ONDERNEMINGSRECHT |
| 168. M. Olfers, Sport en Mededingingsrecht | Onder redactie van prof. mr. W.J.M. van Veen en mr. J.A.M. ten Berg |
| 169. P.C. van Schelven, Van geschil tot oplossing | |
| 170. R. Mellenbergh, Bedrijfsovername en milieurecht | ONR1 W.J.M. van Veen en J.W. Bellingwout, De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA) |
| 171. M.B.J. Thijssen, De Wbp en de vennootschap | |
| 172. R.J.B. Schutgens, Onrechtmatige wetgeving | |

ONRECHTMATIGE WETGEVING

Mr. R.J.B. Schutgens

KLUWER – Deventer – 2009

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

Lay-out: Max van Garling – Redactie/DTP-bureau Diligentia – Deventer

ISBN 978-90-1- 06614-2

NUR 823-301

© 2009, R.J.B. Schutgens

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Voorwoord

Wie in Nederland rechtstreeks tegen een wettelijk voorschrift wil procederen, moet naar de burgerlijke rechter. Dit boek bevat een systematisch onderzoek naar de rechtsbescherming die de burgerlijke rechter op dit terrein biedt.

Tijdens mijn onderzoek woedde in de vakbladen een verhitte discussie over de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid. Daaruit heb ik geleerd dat dit boek volstrekt onwetenschappelijk is. Een probleemstelling met een vraagteken erachter ontbreekt, er zit geen rechtsvergelijking in en ook 'multidisciplinaire' beschouwingen blijven achterwege. Wel is het boek geschreven vanuit de oprechte wens om te begrijpen hoe het nou écht zit. Wellicht biedt dat enige compensatie.

Ik heb een boek willen schrijven dat een zo volledig en systematisch mogelijk overzicht biedt van de bestaande vormen van rechtsbescherming, en dat tegelijk oplossingen formuleert voor problemen die zich in de toekomst nog kunnen voordoen. Ik hoop dat het resultaat voldoende toegankelijk is om ook voor de praktijk van enig nut te zijn.

Het manuscript werd bij de leescommissie ingeleverd op 24 december 2008. Met literatuur en jurisprudentie van na die datum is maar beperkt rekening gehouden.

Beek, 31 maart 2009

Roel Schutgens

Verkorte inhoudsopgave

Voorwoord	V
1. Inleiding	1
2. Uitgangspunten. Staatsrechtelijke leerstukken van wetgeving en toetsing	5
DEEL I: ALGEMENE THEORIE. ONVERBINDENDE WETTELIJKE VOORSCHRIFTEN IN HET BURGERLIJK RECHT	17
3. Toegang tot de burgerlijke rechter	19
4. Materieel recht	35
5. Voorzieningen & uitspraakbevoegdheden	75
DEEL II: TOEPASSING. VERSCHILLENDE TYPEN EISERS EN REGELINGEN	95
6. Eisers aan wie überhaupt geen bijzondere, straf- of bestuursrechtelijke rechtsgang ter beschikking staat	97
7. Regelingen met een rechtstreeks tot de benadeelde gerichte verplichting	113
8. Belastingverordeningen en andere indirect werkende regelingen	119
9. Een onverbindende voorwaarde voor het verkrijgen van een vergunning	135

DEEL III: DE BURGERLIJKE RECHTER EN HET TOETSINGS- VERBOD VAN ART. 120 GW	149
10. Totstandkomingsgeschiedenis van het toetsingsverbod	151
11. Positief recht. Jurisprudentie op het toetsingsverbod	157
12. Een interpretatie van art. 120 Gw in het licht van zijn functie	181
13. Nadeelcompensatie voor de wet in formele zin	197
DEEL IV: VORMEN VAN DERDENWERKING	219
14. Onverbindendverklaring door de hoogste rechter	221
15. Wetgevingsbevelen	237
16. Samenvatting en conclusies	267
Literatuur	291
Jurisprudentieregister	313
Zakenregister	323

Uitgebreide inhoudsopgave

Voorwoord	V
1. Inleiding	1
2. Uitgangspunten. Staatsrechtelijke leerstukken van wetgeving en toetsing	5
2.1 Inleiding	5
2.2 Soorten wetgeving	5
2.3 Normenhiërarchie en rechterlijke toetsing	7
2.4 Onverbindendverklaren versus buiten toepassing laten	9
2.5 Art. 94 Gw nader beschouwd	10
2.6 Directe en indirecte/exceptieve toetsing	14
DEEL I: ALGEMENE THEORIE. ONVERBINDENDE WETTELIJKE VOORSCHRIFTEN IN HET BURGERLIJK RECHT	17
3. Toegang tot de burgerlijke rechter	19
3.1 Inleiding	19
3.2 Eerste voorvraag: bevoegdheid van de burgerlijke rechter	19
3.3 Tweede voorvraag (I): het vereiste van voldoende belang	21
3.4 Tweede voorvraag (II): rechterlijke taakverdeling	23
3.4.1 Ontvankelijkheidscriterium: twee gezichtspunten verzoenen	23
3.4.2 Eenvoudige gevallen	24
3.4.3 Lastige gevallen (I): regelingen waarop een appellabel uitvoeringsbesluit kan worden gebaseerd	26
3.4.4 Lastige gevallen (II): ontvankelijkheid bij appellabele besluiten	26
3.4.5 Lastige gevallen (III): toepassing bij regelingen, waarop (nog) een appellabel uitvoeringsbesluit kan worden gegrond	29
3.4.6 Lastige gevallen (IV): eigen opvatting & het voorgestelde ontvankelijkheidscriterium	32

4.	Materieel recht	35
4.1	Inleiding	35
4.2	Onrechtmatigheid	36
4.2.1	Geldend recht: samenvaal van onverbindendheid en onrechtmatigheid	36
4.2.1.1	Uitvaardiging van een onverbindende regeling	36
4.2.1.2	De formele wet en art. 94 Gw	38
4.2.1.3	Ontwerp-regelingen	40
4.2.1.4	Na inwerkingtreding onverbindend geworden regelgeving	42
4.2.1.5	Niet-wetgeven	44
4.2.1.6	Balans	45
4.2.2	Andere benaderingen	45
4.2.2.1	Concrete onrechtmatigheid	45
4.2.2.2	Het 'tussenschuiven' van een uitvoeringshandeling	48
4.3	Toerekening	50
4.4	Relativiteit	52
4.4.1	De relativiteitseis in het algemeen	53
4.4.2	Toepassing (I): meest voorkomende gronden voor onverbindendheid	54
4.4.3	Toepassing (II): lastigere gevallen	56
4.5	Causaliteit in het civiele aansprakelijkheidsrecht	59
4.6	De leer van het hypothetisch rechtmatig besluit	60
4.6.1	De jurisprudentie van de Afdeling	62
4.6.2	De leer van het hypothetisch rechtmatig besluit, toegepast bij wetgevingsaansprakelijkheid	64
4.6.3	Argumenten voor en tegen toepassing van de leer op wetgeving	67
4.6.4	Inpassing in de civielrechtelijke dogmatiek	70
5.	Voorzieningen & uitspraakbevoegdheden	75
5.1	Inleiding	75
5.2	Het wetgevingskortgeding	75
5.2.1	De onmiskkenbaarheidseis	75
5.2.2	Buitenwerkingstelling: een absoluut toepassingsverbod	78
5.2.3	Een relatief toepassingsverbod	81
5.2.4	Correctie in een bodemgeding	83
5.2.5	Bekendmakingsbevel	84
5.3	Het bodemgeding	84
5.3.1	Het declaratoir (I): declaratoir en declaratoire onverbindendverklaring	85
5.3.2	Het declaratoir (II): verwerping van de bezwaren tegen declaratoire onverbindendverklaring	86
5.3.3	Het declaratoir (III): rechtsgevolgen van het declaratoir	90
5.3.4	Overige uitspraakbevoegdheden in het bodemgeding	93

DEEL II: TOEPASSING. VERSCHILLENDE TYPEN EISERS EN REGLINGEN	95
6. Eisers aan wie überhaupt geen bijzondere, straf- of bestuurs- rechtelijke rechtsgang ter beschikking staat	97
6.1 Inleiding	97
6.2 Particulieren geraakt door een regeling die zich tot derden richt	104
6.3 Overheden	104
6.4 Belangenbehartigers	105
6.4.1 Ontvankelijkheid van belangenorganisaties in civiele wetgevings- gedingen	106
6.4.2 Relevante Afdelingsrechtspraak	108
6.4.3 Consequenties van de recente Afdelingsrechtspraak	111
7. Regelingen met een rechtstreeks tot de benadeelde gerichte verplichting	113
7.1 Inleiding	113
7.2 Een eenvoudige verplichting	113
7.3 Een verplichting met de mogelijkheid van ontheffing	115
7.4 Gevaar voor ontsprende aansprakelijkheid?	117
8. Belastingverordeningen en andere indirect werkende regelingen	119
8.1 Inleiding	119
8.2 Korte gedingen tegen indirect werkende regelingen	120
8.2.1 Belastingregelingen	120
8.2.2 Tariefbeschikkingen	122
8.2.3 Financiële aanspraken op de overheid	123
8.2.4 Balans	124
8.3 Bodemprocedures	126
8.3.1 Er komt nog een uitvoeringsbesluit waarbij de benadeelde belang- hebbende is	126
8.3.2 Tegen een uitvoeringsbesluit is geen beroep ingesteld	127
8.3.3 De lagere bestuursrechter heeft over een uitvoeringsbesluit geoordeeld	129
8.3.4 De hoogste bestuursrechter heeft over een uitvoeringsbesluit geoordeeld	131
8.3.5 Feitelijke verplichtingen	133
9. Een onverbindende voorwaarde voor het verkrijgen van een vergunning	135
9.1 Inleiding	135
9.2 Twee wijzen van procederen bij de bestuursrechter	136
9.2.1 Een afwijzing uitlokken	136

9.2.2	Eerst aan de voorwaarde voldoen, dan beroep instellen tegen de vergunning	137
9.2.3	Conclusie	138
9.3	De onverbindende salderingseis bij de Hoge Raad	139
9.3.1	Kuijpers/Valkenswaard	139
9.3.2	Kritiek. Eigen opvatting	141
9.3.3	Beschouwing. Mogelijke tegenwerpingen	144
9.4	Toepassingsbereik en verhouding tot Leenders/Ubbergen	146
DEEL III: DE BURGERLIJKE RECHTER EN HET TOETSINGS- VERBOD VAN ART. 120 GW		149
10.	Totstandkomingsgeschiedenis van het toetsingsverbod	151
10.1	Inleiding	151
10.2	Het toetsingsverbod-oude stijl	151
10.3	Het toetsingsverbod-nieuwe stijl	153
11.	Positief recht. Jurisprudentie op het toetsingsverbod	157
11.1	Inleiding	157
11.2	Kern van het toetsingsverbod (I): geen toetsing van de uitgevaardigde wet	157
11.2.1	Verbod op formele toetsing	158
11.2.2	Verbod op materiële toetsing	160
11.3	Kern van het toetsingsverbod (II): het toetsingsverbod werpt zijn schaduw vooruit	162
11.4	Kern van het toetsingsverbod (III): balans en civielrechtelijk gevolg	163
11.5	Resterende ruimte voor rechtsbescherming (I): de contra legem-jurisprudentie	164
11.5.1	De Doorbraak-arresten	164
11.5.2	Nogmaals het Harmonisatiewet-arrest: een verruimde contra legem-leer	166
11.6	Resterende ruimte voor rechtsbescherming (II): staatsaansprakelijkheid bij het uitblijven van een wet	168
11.6.1	Kortverbanders	168
11.6.2	Trias	173
11.6.3	Balans: aansprakelijkheid bij uitblijven van een wet	176
11.7	Resterende ruimte voor rechtsbescherming (III): een grens	176
11.8	Korte opmerking: bloot-formele wetgeving	179

12.	Een interpretatie van art. 120 Gw in het licht van zijn functie	181
12.1	Inleiding	181
12.2	Art. 120 Gw in het licht van zijn functie	181
12.3	Toepassing (I): r.o. 3.9 van het <i>Harmonisatiewet</i> -arrest	184
12.3.1	Theorie: gronden om de wet buiten toepassing te laten	184
12.3.2	Twee visies in de literatuur	185
12.3.3	Eigen, normatieve opvatting, gelet op de functie van art. 120 Gw	187
12.3.4	Toepassing	188
12.3.5	Gevaar voor uitholling van het toetsingsverbod?	190
12.4	Toepassing (II): <i>Kooren-Maritiem</i>	192
12.5	Toepassing (III): <i>Tegelen/Limburg</i>	193
12.6	Nogmaals de kern van het toetsingsverbod en de resterende mogelijkheden voor rechtsbescherming	195
13.	Nadeelcompensatie voor de wet in formele zin	197
13.1	Inleiding	197
13.2	Verhouding tot art. 1 EP EVRM	198
13.2.1	Art. 1 EP EVRM en het <i>Why</i> -arrest	198
13.2.2	Meerwaarde van nationale <i>égalité</i> - aansprakelijkheid	199
13.3	Rechterlijke toepassing van het <i>égalité</i> -beginsel: verschillende constructies	201
13.3.1	De civiele rechter: verschuivende constructies	201
13.3.1.1	Voorste Stroom IV: proportionaliteit van een maatregel als zodanig	202
13.3.1.2	Leffers: de <i>égalité</i> ingepast in de evenredigheid van doel en middel	203
13.3.1.3	Harrida: de <i>égalité</i> als norm	205
13.3.2	Vergelijking met de jurisprudentie van de Afdeling	206
13.4	Aansprakelijkheid voor de wet in formele zin (I): de rechtmatige daad	208
13.4.1	De wet bevat geen compensatieregeling	209
13.4.2	De wet bevat wél een compensatieregeling	211
13.4.3	Conclusie	213
13.5	Aansprakelijkheid voor de wet in formele zin (II): de omweg via de onrechtmatige daad	213
13.5.1	Lavrijsen en Harrida: de <i>égalité</i> als norm	214
13.5.2	Leffers	215
13.6	Aansprakelijkheid voor de wet in formele zin (III): De wetgever heeft het ongecompenseerd blijven beoogd	216

DEEL IV: VORMEN VAN DERDENWERKING	219
14. Onverbindendverklaring door de hoogste rechter	221
14.1 Inleiding	221
14.2 De volgplicht-arresten van de Hoge Raad	222
14.2.1 Door de hoogste bestuursrechter uitgesproken onverbindendheid	222
14.2.2 Een 'verbindendheidsoordeel' van de hoogste bestuursrechter	225
14.3 Serieschakeling	228
14.4 Doorwerking ten nadele van derden	230
14.5 Volgplicht voor de Afdeling?	234
14.6 Conclusie	235
15. Wetgevingsbevelen	237
15.1 Inleiding	237
15.2 Relevante bepalingen uit het BW	238
15.3 Jurisprudentie over wetgevingsbevelen	239
15.3.1 Waterpakt: geen bevel aan de formele wetgever	240
15.3.2 Faunabescherming/Provincie Fryslân: geen bevel aan een decentraal vertegenwoordigend lichaam	245
15.3.3 Een bevel tot materieel wetgeven aan een bestuursambt	246
15.3.4 Conclusie	247
15.4 Functie en toegevoegde waarde van wetgevingsbevelen	247
15.4.1 Wanneer wordt een wetgevingsbevel gevraagd?	248
15.4.2 Vergelijking: wat kan de rechter wel?	249
15.4.3 Effectiviteit van de rechtsbescherming	250
15.5 Beoordeling van de argumenten van de Hoge Raad	251
15.5.1 De twee argumenten van de Hoge Raad	251
15.5.2 Eerste argument: de scheiding der machten	252
15.5.2.1 Formele benadering	252
15.5.2.2 Materiële benadering	254
15.5.2.3 Tussenconclusie: de materiële trias-opvatting heeft de voorkeur	258
15.5.2 Het tweede argument van de Hoge Raad: de ongewenstheid van derdeneffect	259
15.5.2.1 Rechters hebben onvoldoende zicht op alle relevante belangen	259
15.5.2.2 Derden belastend effect	261
15.6 Slot	262
16. Samenvatting en conclusies	267

<i>Uitgebreide inhoudsopgave</i>	<u>XV</u>
Summary	285
Lijst van aangehaalde literatuur	291
Jurisprudentieregister	313
Zakenregister	323

1 | Inleiding

In samenwerking met de Wilhelms-Universität Münster biedt de Radboud Universiteit een dubbelstudie Nederlands-Duits recht aan. Een deelnemer aan dit programma vertelde mij in het Nijmeegse werkcollege staatsrecht, dat het Nederlandse publiekrecht in het Duitse onderwijs al uitgebreid aan de orde was gekomen. Ons rechtsstelsel heeft in Duitsland een belangrijke rechtsvergelijkende functie.

Nederland beschikt niet over een speciaal hof dat zich buigt over de grondwettigheid van de wet in formele zin. Bij de gewone rechter is een beroep tegen de wet evenmin mogelijk. Ook tegen lagere regelingen, zoals raadsverordeningen of waterschapskeuren, is geen beroep mogelijk. Zelfs de algemene voorschriften, vastgesteld door niet gekozen ambtsdragers, zijn niet vatbaar voor beroep (art. 8:2 Awb).

Aan de Duitse student die deze juridische woestijn krijgt voorgeschoteld dringt zich onvermijdelijk de conclusie op: *Holland ist kein Rechtsstaat*.

Zoals wel vaker, wordt ook hier de soep minder heet gegeten dan zij wordt opgediend.

Al minstens anderhalve eeuw kan een lagere regeling naar aanleiding van een concrete strafprocedure of een beroep tegen een bestuursbesluit worden getoetst aan de wet.¹ Het Nederlandse publiekrecht biedt de rechter ook voldoende hogere rechtsnormen waar hij de inhoud van regelgeving aan kan toetsen. Sinds 1953 kan de rechter de wet buiten toepassing laten als die toepassing in strijd komt met een ieder verbindende bepaling van een verdrag.

Bovendien aanvaardde de civiele kamer van Hoge Raad in 1969 in zijn *landmark case Pocketbooks II*:

‘dat geen rechtsregel de toepasselijkheid van art. 1401 B.W. op de uitvaardiging van een [ministeriële regeling, RS] uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt, en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid niet meebrengt dat artikel 1401 bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn.’²

1 HR 6 maart 1864, *W* 2646 (Pothuis).

2 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 (Pocketbooks II), zie uitgebreid par. 4.2.1.1.

Vanaf toen kon de overheid op grond van het burgerlijk recht worden aangesproken voor onjuist gebruik van haar wetgevende bevoegdheden. Daarmee was de eerste stap gezet naar de ontwikkeling van een stelsel van rechtsbescherming waarbij de burger de nadelige gevolgen van wetgeving rechtstreeks aan de burgerlijke rechter kan voorleggen. De burgerlijke rechter voorzag daarmee in de lacune die er was en nog altijd is, doordat rechtstreeks beroep tegen wettelijke voorschriften niet mogelijk is.

Deze dissertatie is een systematisch onderzoek naar het door de burgerlijke rechter ontwikkelde stelsel van rechtsbescherming tegen de wijze waarop de overheid van haar wetgevende bevoegdheid gebruik maakt. Het positieve recht wordt beschreven en kritisch geëvalueerd.

In de voorbije decennia is al veel geschreven over onverbindende wettelijke voorschriften. Zeker het onderzoek van Polak verdient de aandacht. Hij heeft een interessante studie geschreven over de civielrechtelijke rechtsbescherming tegen onrechtmatige lagere regelingen.³ Daarnaast hebben Bok en Van Male aan de civielrechtelijke aspecten van onrechtmatige wetgeving de nodige aandacht besteed.⁴ Van Houten is uitgebreid ingegaan op het toetsingsverbod van art. 120 Gw en de gevolgen daarvan voor rechtsvorderingen in verband met onrechtmatig handelen van de formele wetgever.⁵

Niettemin zijn er drie goede redenen voor een nieuw onderzoek naar onrechtmatige wetgeving.

Ten eerste zijn sinds de verschijning van genoemde studies enkele belangrijke arresten gewezen op het gebied van onrechtmatige wetgeving, die interessante nieuwe vragen oproepen.⁶

Ten tweede heeft de regering de aanvankelijk beoogde schrapping van art. 8:2 Awb, waardoor een vernietigingsberoep tegen lagere regelingen mogelijk zou worden, afgeblazen.⁷ Waar de eerder genoemde onderzoekers zich ten doel stelden, aannemelijk te maken dat een vernietigingsberoep tegen lagere regelingen mogelijk zou moeten worden, is het vertrekpunt van deze studie, dat wij het de komende decennia zullen moeten doen met de ‘aanvullende rechtsbescherming’ van de burgerlijke rechter. Ook dat rechtvaardigt een nieuwe doordinking van de rechtsbescherming die de burgerlijke rechter biedt.

3 Polak 1987 en Polak 1999.

4 Van Male 1988 en Bok 1991; zie ook Hennekens 2001, p. 17-32.

5 Van Houten 1997.

6 Ik denk daarbij voor lagere regelingen vooral aan: HR 11 oktober 1996, *AB* 1997, 1 (Leenders/Ubbergen); HR 3 september 2004, *AB* 2005, 74 (Staat/NJCM); HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (Faunabescherming/Provincie Fryslân); HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 152 (OZB/Staat); HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283 (Aujeszky); HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (Kuijpers/Valkenswaard); en voor de formele wet aan HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160 (Tegelen/Limburg); HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713 (Kooren-Maritiem); HR 19 mei 2000, *NJ* 2001, 407 (Whv V); HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 (Whv VI); HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (Waterpakt).

7 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 16, p. 13.

Ten derde onderzoeken de tot nu toe verschenen studies over onrechtmatige wetgeving óf uitsluitend onverbindende lagere regelingen óf de wet in formele zin. Deze studie behandelt deze onderwerpen tegelijk. Het is de bedoeling om de rechtsbescherming tegen de formele wetgever en de rechtsbescherming tegen lagere regelgevers in één conceptueel samenhangend ‘stelsel’ in te passen.

Kort gezegd: er zijn veel nieuwe vragen en invalshoeken voor een nieuwe studie op het terrein van onrechtmatige wetgeving.

Niettemin gaat deze studie in op de gehele stof. Ook ‘klassiekers’ als het *Pocketbooks*- en het *Prof. Van den Bergh*-arrest komen aan bod. Ik heb daarvoor twee redenen. Ten eerste is een goed begrip en een degelijke analyse van wat ‘nieuw’ is, alleen mogelijk op de grondslag van een helder beeld van het oude.

Ten tweede heb ik mij ten doel gesteld in deze dissertatie een omvattend overzicht te presenteren van de civielrechtelijke rechtsbescherming op het terrein van onrechtmatige wetgeving. Wat mij betreft heeft de rechtswetenschap mede tot taak, het geldende recht te beschrijven, analyseren en verklaren op een wijze die de praktijk tot nut kan zijn. Ik meen dat een integrale analyse van mijn onderwerp daartoe de meest geëigende vorm is.

Tot slot behoeft wellicht het in één studie behandelen van formele wetgeving en lagere regelingen een nadere verklaring.

Tussen deze uiteenlopende wettelijke regelingen bestaan twee belangrijke overeenkomsten.

Zowel formele wetten als lagere regelingen zijn niet vatbaar voor vernietiging door de bestuursrechter. Wie rechtstreeks wil procederen ‘tegen’ een wettelijke regeling moet daarom naar de burgerlijke rechter met een vordering uit onrechtmatige daad. De burgerlijke rechter als ‘restrechter’ biedt voor beide categorieën regelgeving aanvullende rechtsbescherming.

Bovendien heeft zowel de lagere regeling als de wet in formele zin (meestal) ‘algemene werking’. Beide categorieën roepen rechtsgevolgen in het leven voor een open groep burgers. Deze algemeenheid roept voor beide categorieën dezelfde vragen op over mogelijke en gewenste derdeneffecten van rechterlijke uitspraken, gericht op de (on)geldigheid van een regeling of de (on)rechtmatigheid van de uitvaardiging daarvan.

Vanwege deze overeenkomsten tussen de wet in formele zin enerzijds en lagere regelingen anderzijds, onderzoekt dit proefschrift voor beide ‘hoofdgroepen’ tegelijk, welke mogelijkheden er bestaan om bij de civiele rechter te procederen.

Hoofdstuk 2 bespreekt in kort bestek de relevante staatsrechtelijke leerstukken op het terrein van wetgeving, normenhiërarchie en toetsingsbevoegdheid.

Vervolgens behandelt *Deel I* de wijze waarop ‘klassieke’, privaatrechtelijke leerstukken zo kunnen worden uitgelegd, dat – ondanks het ontbreken van een vernietigingsberoep – een stelsel van rechtsbescherming tegen wettelijke voorschriften ontstaat.

Deel II past deze theorie toe op verschillende typen eisers en regelingen.

In *Deel III* komen de bijzondere problemen aan de orde die ontstaan doordat art. 120 Gw de formele wet in de interne verhoudingen onschendbaar maakt. Dit deel dient twee doelen. Ten eerste wordt beoogd, een systematisch overzicht te geven van de gevolgen die het toetsingverbod naar positief recht heeft voor rechtsbescherming tegen de wet in formele zin. Ten tweede wordt bepleit, dat het toetsingsverbod niet ruimer moet worden uitgelegd dan de scheiding der machten vereist. Dit uitgangspunt leidt ertoe, dat (a) de rechter vrijmoediger gebruik kan maken van de ruimte die het *Harmonisatiewet*-arrest hem biedt, om de wet in individuele gevallen buiten toepassing te laten én dat (b) nadeelcompensatie voor de wet in formele zin mogelijk wordt op basis van het ongeschreven beginsel van de *égalité devant les charges publiques*.

Deel IV concentreert zich op aspecten van derdenwerking van wetgevingsgedingen. Dit deel heeft (weer) betrekking op beide 'hoofdgroepen' van wetgeving. De procedure voor de civiele rechter is van oudsher sterk gericht op geschilbeslechting *inter partes*. De burgerlijke rechter heeft echter aan onverbindendverklaring van wettelijke regelingen een vorm van derdenwerking toegekend, die tendert naar het effect van een vernietiging.

Daar staat tegenover, dat de burgerlijke rechter weigert om een bevel tot wetgeving uit te spreken – juist wegens het (onwenselijke) derdeneffect van zo'n bevel. Bezien wordt hoe de onmogelijkheid van een wetgevingsbevel zich verhoudt tot de sterke derdenwerking die aan onverbindendverklaring wordt toegekend. Betoogd wordt, dat het beginsel van de scheiding der machten een wetgevingsbevel niet categorisch hoeft te blokkeren.

Het geheel wordt afgesloten met het hoofdstuk 'Samenvatting en conclusies'.

2 | Uitgangspunten. Staatsrechtelijke leerstukken van wetgeving en toetsing

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt enkele algemene leerstukken van wetgevingstheorie. Deze zijn het uitgangspunt voor de rest van de dissertatie. Ik sluit zoveel mogelijk aan bij algemeen aanvaarde leerstukken.

Achtereenvolgens behandel ik de verschillende soorten wetgeving waarop dit proefschrift betrekking heeft (par. 2.2); normenhiërarchie en toetsingsbevoegdheid (par. 2.3); het onderscheid tussen buiten toepassing laten en onverbindend verklaren (par. 2.4); het systeem van art. 94 Gw (par. 2.5) en het onderscheid tussen indirecte en directe toetsing van regelgeving (par. 2.6).

De bespreking blijft zo beknopt mogelijk. Echter, vooral over de wijze waarop de rechter wettelijke voorschriften aan het internationale recht zou moeten toetsen (art. 94 Gw) bestaat in de doctrine verschil van mening. Deze kwestie wordt daarom uitgebreider besproken.

2.2 Soorten wetgeving

Binnen de Nederlandse rechtsorde komen uiteenlopende typen algemene regelingen voor. Dit onderzoek richt zich op alle (a) formele en (b) materiële wetgeving.

a. wet in formele zin

Wet in formele zin is ieder besluit van de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk, tot stand gekomen volgens de procedure van art. 81 tot en met 88 Gw. Tegen de formele wet is geen rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter mogelijk.¹ De burgerlijke rechter biedt ten aanzien van de formele wet aanvullende rechtsbescherming, althans voor zover de formele wet getoetst kan worden (zie par. 2.3 en par. 2.5).

b. wet in materiële zin

Van oudsher komen naast formele wetten ook allerhande regelingen van lagere regelgevers voor. Dit proefschrift gaat ook over deze lagere wetgeving.

¹ Art. 1:1 lid 2 sub a Awb: de formele wetgever is geen bestuursorgaan, dus de wet is geen Awb-besluit.

Lagere wetgeving wordt met uiteenlopende termen aangeduid. Het gaat grotendeels om een verschil van context, niet van betekenis.

Met ‘wet in materiële zin’ wordt bedoeld een besluit, dat een algemene, tot de burger gerichte regeling bevat en dat uitgaat van een openbaar gezag dat bevoegd is krachtens de wet. Oorspronkelijk duidt het begrip de categorie niet van de formele wetgever afkomstige regelingen aan die de cassatierechter kan toepassen.²

Een ‘algemeen verbindend voorschrift’ (avv) is in beginsel hetzelfde als een wet in materiële zin. De term wordt vooral gebruikt als bedoeld is: een type besluit waarop de normen van de Awb (gedeeltelijk) van toepassing zijn. Het verbod van beroep tegen avv (art 8:2 Awb) dwingt de bestuursrechter avv nauwkeurig te onderscheiden van de besluiten waartegen wel beroep mogelijk is. De bestuursrechter beschouwt een besluit als avv, als het afkomstig is van een orgaan dat krachtens de wet tot regelstelling bevoegd is, dat algemene, voor herhaalde toepassing vatbare rechtsnormen bevat en dat externe werking³ heeft.⁴ Deze uitleg van het begrip algemeen verbindend voorschrift sluit aan bij de definitie van een wet in materiële zin.

Voorts komt in de literatuur de door Van Male gemunte term ‘bestuurswetgeving’ voor. ‘Bestuurswetgeving’ is regelgeving, vastgesteld door een bestuursorgaan.⁵ Het gaat dus om avv’s in de zin van de Awb. Van Male benadrukt met de term *bestuurswetgeving*, dat deze regelgeving een geringere democratische en procedurele legitimatie kent dan de formele wet.⁶ De term wordt daarom vaak gebruikt in pleidooien voor schrapping van art. 8:2 Awb.⁷

De genoemde termen dekken dus alle drie dezelfde lading. Ik vermijd deze termen in dit proefschrift zoveel mogelijk, omdat ik niet de associatie wil oproepen met de specifieke context waarin ze doorgaans voorkomen.

2 HR 10 juni 1919, *W* 10429 (Rogge). De term ‘wet in materiële zin’ is overigens afkomstig uit de doctrine.

3 Vgl. ABRvS 17 oktober 2007, *JB* 2008, 2. Externe werking betekent dat het besluit rechtsgevolgen heeft voor (rechts)personen of ambten buiten het ambt dat de regel stelt. C.A.J.M. Kortmann 2008, p. 56-57, houdt vol, dat er een verschil is tussen wetten in materiële zin en avv’s. Volgens hem geldt bij avv’s een enger begrip interne werking dan bij wetten in materiële zin (zie ook Hirsch Ballin 1982, p. 27). Dit onderscheid heeft slechts enkele, zeer specifieke consequenties, die voor dit proefschrift niet ter zake doen (zie daarover Schutgens 2009).

4 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 217. Met deze criteria is in de praktijk niet altijd even gemakkelijk te onderscheiden of een besluit een avv is. Vooral het onderscheid tussen de niet-appellabele avv en de wel appellabele ‘concretiserende besluiten van algemene strekking’ blijkt lastig. Dit houdt verband met de onduidelijkheid van het criterium of het besluit algemene rechtsnormen bevat, vgl. Munneke 2008, p. 19. Zie ABRvS, 6 maart 2002, *AB* 2003, 227; ABRvS 28 februari 2000, *JB* 2000, 114 (Albert Cuyppmarkt); CBB 1 november 2007, *JB* 2008, 35; ABRvS 16 januari 2008, *JB* 2008, 45. De precieze invulling van dit criterium lijkt nog niet volledig uitgekristalliseerd, maar dat maakt voor dit proefschrift niet uit. Als de categorie avv iets uitdijt of inkrimpt, wordt de rechtsbeschermingsfunctie van de burgerlijke rechter ook iets groter of kleiner.

5 Van Male 1988, p. 4; Konijnenbelt 2008, p. 69.

6 Verordeningen van decentrale vertegenwoordigende ambten zijn wel democratisch gelegitimeerd. Van Ommeren 2008, p. 75, rekent deze daarom – terecht – niet tot de ‘bestuurswetgeving’. Ik vermijd de term. Vgl. par. 15.3.3, noot 42.

7 Zo bijvoorbeeld Konijnenbelt 2008, p. 72.

c. terminologie in dit proëfschrift

In dit proëfschrift gebruik ik ‘lagere regeling’ of ‘lager wettelijk voorschrift’ in passages die specifiek zien op wetten in materiële zin die niet tevens wet in formele zin zijn.

Ik gebruik – tenzij anders is aangegeven – ‘formele wet’ of ‘wet in formele zin’ voor de besluiten tot stand gekomen op grond van art. 81 Gw.

In passages die op beide typen wetgeving betrekking hebben gebruik ik ‘wettelijke regeling’, ‘wettelijk voorschrift’⁸, ‘wetgeving’ of eenvoudigweg ‘regeling’ of ‘voorschrift’.

2.3 Normenhiërarchie en rechterlijke toetsing

Tussen de regelingen van verschillende wetgevers bestaat een hiërarchische verhouding.⁹ De doctrine gaat ervan uit, dat uit deze normenhiërarchie de (ongeschreven) rechterlijke bevoegdheid voortvloeit om een lagere regel aan een hogere te toetsen.¹⁰ Tegenwoordig wordt toetsing algemeen gezien als een vanzelfsprekend onderdeel van de rechterlijke taak.¹¹ De meeste auteurs gaan ervan uit, dat rechterlijke toetsingsbevoegdheid bestaat, tenzij het constitutionele recht die bevoegdheid uitdrukkelijk beperkt of uitsluit.¹² Het constitutionele recht kent twee van zulke beperkende bepalingen over de toetsingsbevoegdheid.

(1) Art. 120 Gw verbiedt de rechter te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.

(2) Art. 94 Gw bevat een toetsingsgebod én een toetsingsverbod.¹³ Het gebiedt de rechter alle binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften, de Grondwet inclusief, buiten toepassing te laten als die toepassing in strijd zou zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Dit toetsingsgebod wordt *a contrario* uitgelegd: het impliceert tevens een verbod om wettelijke voorschriften te toetsen aan niet een ieder verbindende verdragsbepalingen of aan ongeschreven volkenrecht.¹⁴

8 De Awb gebruikt ‘wettelijk voorschrift’ als wordt bedoeld: een wet in materiële zin/avv waarop een uitvoeringsbesluit is gebaseerd; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 220. Die betekenis heeft de term in dit betoog meestal ook.

9 s’Jacob & Somer 1963, p. 5-10 en p. 40-41. Schema’s bij C.A.J.M. Kortmann 2008, p. 306; Bellekom e.a. 2007, p. 322.

10 Hennekens, Van Geest & Fernhout 1998, p. 167; Van Buuren 1987, p. 18-19. De toetsingbevoegdheid wordt ook wel afgeleid uit art. 11 Wet AB: de plicht om volgens de wet recht te spreken dwingt de rechter om geen gevolg te geven aan een lagere regeling die met de wet in strijd is. Zie Bovend’Eert 2008, p. 245-246.

11 Bok 1991, p. 32.

12 C.A.J.M. Kortmann 2008, p. 371; Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 205-206; De Werd 2004, p. 90; Van Houten 1997, p. 202; Asser/Vranken 1995, nr. 75-76; Stroink 1990, p. 7-8; De Winter 1987, p. 193; Mok 1985, p. 56; *Kamerstukken II* 1953/54, 3517, nr. 5, p. 5; door de regering bevestigd in *Kamerstukken II* 1953/54, 3517, nr. 7, p. 5 (daarover Fleuren 2004a, p. 143). Anders: Van den Bergh 1951.

13 C.A.J.M. Kortmann 2008, p. 187.

14 HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2 (Nyugat II), Fleuren 2004, p. 27-30 en p. 349; Fleuren 2005, p. 82-83; Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 699-700.

Deze uitgangspunten leveren het volgende beeld van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid op:

a. toetsing van lagere regelingen

Lagere regelingen kunnen van oudsher worden getoetst aan iedere geschreven, hogere regel van nationale origine. De Hoge Raad toetste al in de 19^e eeuw gemeentelijke verordeningen aan de wet.¹⁵ Daarnaast kan (de toepassing van) de lagere regeling worden getoetst aan een ieder verbindende verdragsbepalingen¹⁶ (art. 94 Gw)¹⁷ en aan EG-recht.¹⁸ De rechter kan de lagere regeling zowel formeel toetsen – dat wil zeggen: nagaan of de voorgeschreven totstandkomingsprocedure in acht is genomen – als materieel toetsen – dat wil zeggen: bezien of de inhoud van een regeling conform hoger recht is.

De aanvaarding van de bevoegdheid om lagere regelingen aan ongeschreven rechtsbeginselen te toetsen heeft langer op zich laten wachten. In 1986 sprak de Hoge Raad uit, dat toetsing van lagere regelingen aan het ongeschreven willekeurverbod mogelijk is.¹⁹ Toetsing aan andere rechtsbeginselen volgde vrij snel.²⁰ De verschillende bestuursrechters achten zich inmiddels ook bevoegd lagere regelingen te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen.²¹ Deze rechtspraak is tegenwoordig onomstreden: algemeen wordt aanvaard, dat wetgevende activiteit ook wordt beheerst door ongeschreven rechtsbeginselen, en dat de rechter mag toetsen of een lagere regeling binnen de grenzen van het ongeschreven recht blijft.²²

b. toetsing van de wet in formele zin

In het *Prof. van den Bergh-* en het *Harmonisatiewet*-arrest legt de Hoge Raad het toetsingsverbod (art. 120 Gw) zo uit, dat de rechter de formele wet (en het verdrag) niet mag toetsen aan het Statuut, de Grondwet, of ongeschreven rechtsbeginselen. Deel III gaat uitgebreid op deze problematiek in.

Twee belangrijke vormen van toetsing van de formele wet blijven mogelijk: (de toepassing van)²³ de formele wet kan worden getoetst aan EG-recht en – krachtens art. 94 Gw – aan een ieder verbindende verdragsbepalingen.

15 HR 6 maart 1864, *W* 2646 (Pothuis). Verdere voorbeelden: toetsing van lagere regelgeving aan het Statuut: HR 7 november 2003, *NJ* 2004, 99 (zij het indirect); aan de Grondwet: HR 10 november 1992, *NJ* 1993, 197 (APV §-Hertogenbosch), ABRvS 28 augustus 1995, *AB* 1996, 204 (Drugspand Venlo); aan de wet: CRvB 30 januari 2008, *JB* 2008, 81; aan een AMvB: HR 14 juni 1983, *AB* 1984, 102. Zie verder Bok 1991, p. 26-28 en De Werd 2004, p. 90.

16 Over toetsing van verdragen Besselink 1996, p. 28-49 en CRvB 14 maart 2003, *AB* 2003, 189.

17 Fleuren 2004, p. 24.

18 Zie bijvoorbeeld CBB 1 augustus 2007, *JB* 2007, 216 (Erkenning fokkerijorganisaties).

19 HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 (Landbouwwliegers). Van Buuren 1987, p. 54. Zie ook Vزر. Rb. §-Gravenhage 31 maart 2006, *NJF* 2006, 253, r.o. 4.25.

20 HR 19 mei 1987, *NJ* 1988, 314: de strafrechter mag een gemeentelijke verordening toetsen aan ‘algemene rechtsbeginselen’ (te kennen uit: Bok 2006, p. 103); zie ook HR 1 december 1993, *AB* 1994, 55 (Detam).

21 Vgl. CRvB 6 februari 2008, *JB* 2008, 82; CBB 24 mei 2004, *AB* 2004, 289. De Afdeling beperkt zich meestal tot het willekeurverbod, ABRvS 22 juni 2005, *JB* 2005, 250. Zie Bok 2006 voor een indringende bespreking.

22 Al is de plaats die ongeschreven recht in de normenhierarchie inneemt, problematisch. De meeste handboeken beperken zich wijselijk tot een hiërarchie van geschreven normen.

2.4 Onverbindendverklaren versus buiten toepassing laten

Rechters gebruiken verschillende termen om aan te geven dat een wettelijk voorschrift in strijd is met hoger recht. De kwalificaties ‘onverbindendverklaren’ en ‘buiten toepassing laten’ zijn hier van belang. Van beide figuren komen in dit proefschrift voorbeelden aan de orde.

In de doctrine bestaat consensus over de betekenis van deze twee termen.

De term ‘onverbindend’ duidt aan, dat het wettelijk voorschrift als zodanig in strijd is met hoger recht, dat wil zeggen dat er een gebrek kleeft aan het voorschrift zelf.²⁴ Gelet op een regel van hoger recht had het niet uitgevaardigd mogen worden. Omdat het voorschrift als zodanig in strijd is met hoger recht, blijft het krachteloos. De door de (materiële) wetgever bedoelde rechtsgevolgen treden niet in, omdat geen rechtmatige toepassing van het voorschrift denkbaar is.²⁵

Met ‘onverbindendverklaren’ wordt bedoeld dat de (civiele, bestuurs- of straf)rechter in zijn vonnis constateert dat een wettelijk voorschrift ongeldig is wegens strijd met een hogere norm. Ik zal de term in deze algemeen aanvaarde betekenis gebruiken.²⁶

Soms is een wettelijk voorschrift slechts in een deel van de gevallen die het bestrijkt in strijd met een hogere regel, terwijl het in andere gevallen wél door de beugel kan. De rechter kan het voorschrift dan partieel onverbindend verklaren. Het voorschrift is dan in een duidelijk af te bakenen gedeelte van de gevallen waarop het betrekking heeft, in strijd met hoger recht.²⁷ In deze gevallen heeft het geen rechtsgevolgen; in de overige gevallen is het verbindend.

Het ‘buiten toepassing laten’ van een voorschrift daarentegen is een neutralere term. Hij geeft slechts aan, dat de rechter het voorschrift niet toepast in de hem voorgelegde casus. Hoewel de wetsbepaling in het voorliggende geval duidelijke rechtsgevolgen voorschrijft, wordt daaraan *in casu* geen gevolg gegeven. Of het voorschrift in andere gevallen wél kan worden toegepast, is uit de door de rechter gebruikte term ‘buiten toepassing’ niet af te leiden.

De reden om een voorschrift buiten toepassing te laten kán zijn, dat dat voorschrift als zodanig in strijd is met een hogere regeling. Als een voorschrift onverbindend is, zal het immers nooit worden toegepast, dus ook niet in de concrete, aan de rechter voorgelegde casus.

²³ Zie par. 2.5.

²⁴ De Winter 1987, p. 237; Fleuren 2004, p. 343; Dölle & Elzinga 2004, p. 103-104; Hennekens, Van Geest & Fernhout 1998, p. 169-170. Iets afwijkend De Winter 1984, p. 1127-1128. Relativerend over het belang van het onderscheid: Brouwer & Schilder 2004, p. 72-73 en Van Reijen 1986, p. 7.

²⁵ Zie de nog te verschijnen dissertatie van Sillen.

²⁶ Over het verschil tussen onverbindendverklaren in het vonnis en in het dictum par. 5.3.1.

²⁷ Van der Burg 1983, p. 23.

Een voorschrift kan echter ook buiten toepassing blijven, omdat een ander voorschrift van gelijke rang voorrang krijgt²⁸, omdat het gedrag van het handhavend bestuursambt meebrengt, dat toepassing in het concrete geval niet gerechtvaardigd is; omdat nog niet aan alle toepassingsvoorwaarden van een voorschrift is voldaan; of omdat toepassing van het voorschrift wegens bijzondere omstandigheden van het geval in strijd zou komen met hoger recht.²⁹ Bij deze vier gronden voor buiten toepassing laten kan men het betreffende voorschrift in andere gevallen gewoon blijven toepassen.

In hun betoog over toetsing van lagere regelingen bevelen Hennekens, Van Geest & Fernhout een consequent gebruik van deze terminologie aan. Dit schept duidelijkheid over de houdbaarheid van de regeling in andere gevallen dan de concrete casus die aan de rechter is voorgelegd. Zij betogen dat zoveel mogelijk de term ‘onverbindend’ moet worden gebruikt in gevallen, waarin de regeling als zodanig in strijd is met hoger recht. De term ‘buiten toepassing’ krijgt daardoor eveneens een geprononceerde betekenis: deze geeft dan een sterke indicatie dat er met de lagere regeling als zodanig niets mis is en dat de reden dat zij niet wordt toegepast van incidentele aard is.³⁰ Dit pleidooi voor duidelijkheid valt te onderschrijven. Het onderscheid buiten toepassing/onverbindend wordt echter gecompliceerd door art. 94 Gw.

2.5 Art. 94 Gw nader beschouwd

Art. 94 Gw luidt:

‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze *toepassing* niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.’ [curs. RS]

De letter van dit artikel verplicht de rechter om te toetsen of de toepassing van een wettelijk voorschrift met een verdragsbepaling³¹ te verenigen is. In de literatuur is discussie geweest over de vraag, of dit betekent dat de rechter *uitsluitend* de toepassing van het wettelijk voorschrift mag toetsen – zodat een toetsing van het voorschrift *zelf* verboden zou zijn – of dat het artikel de rechter verplicht *ten minste* de toepassing van het voorschrift te toetsen. Deze kwestie kan relevant zijn voor de civielrechtelijke rechtsbescherming tegen formele wetgeving. Daarom wordt zij hier wat uitgebreider besproken.³²

28 Zie bijvoorbeeld CRvB 31 juni 2007, *JB* 2007, 198.

29 Vgl. Fleuren 2004, p. 343.

30 Dat wil zeggen: als de rechter ook consequent onverbindend verklaart als er met het voorschrift als zodanig iets mis is. Hennekens, Van Geest & Fernhout 1998, p. 170. Onderschreven door Fleuren 2004, p. 343 en Dölle & Elzinga 2004, p. 204.

31 Ik gebruik hierna ‘een ieder verbindende verdragsbepaling’ of kortweg ‘verdragsbepaling’ in plaats van ‘een ieder verbindende bepaling van een verdrag of van een besluit van een volkenrechtelijke organisatie’.

32 Zie ook par. 4.2.1.2.

De formule ‘voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is’ komt – voor zover relevant – voor het eerst voor in de Grondwet van 1953.³³ De totstandkomingsgeschiedenis van de wijziging van 1953 zegt weinig over de precieze bedoeling van de formulering.³⁴ Riphagen – als wetgevingsambtenaar betrokken bij de voorbereiding van de bepaling – betoogt, dat de formulering uitdrukt dat de rechter *uitshutend* de toepassing van een voorschrift moet toetsen.³⁵ Het was volgens Riphagen de bedoeling om hiermee te voorkomen, dat de ‘leer van de onsplitsbare wilsverklaring’ zou worden toegepast bij toetsing van de (formele) wet aan verdragsbepalingen.

De leer van de onsplitsbare wilsverklaring werd in het verleden vooral door de strafrechter toegepast bij toetsing van gemeentelijke verordeningen aan de wet.³⁶ De strafrechter constateerde dan eerst, dat een gemeentelijke strafbepaling zo ruim was geformuleerd, dat een deel van de gevallen die onder haar bereik vielen, in strijd kwam met de wet. Vervolgens overwoog hij, dat de strafbepaling zich niet leende voor splitsing in een onverbindend en een verbindend deel, zodat zij een ‘onsplitsbare wilsverklaring’ inhield. De rechter zag dan af van partiële onverbindendverklaring, maar verklaarde in plaats daarvan de gehele (onsplitsbare) bepaling onverbindend. Daardoor werd aan de bepaling ook rechtskracht ontzegd in casusposities waarin haar concrete toepassing wel rechtmatig zou zijn.³⁷

Een in art. 94 Gw gelezen, tot de concrete toepassing beperkte toetsingsbevoegdheid kan inderdaad voorkómen, dat de rechter ook formeelwettelijke bepalingen hun volledige rechtskracht ontzegt, in gevallen waar slechts de ‘randen’ daarvan in strijd zijn met een verdragsbepaling.

Deze beperkte toetsingsbevoegdheid kan men zich als volgt voorstellen. De rechter interpreteert eerst welke rechtsgevolgen een wettelijke bepaling in de hem voorgelegde casus voorschrijft. Vervolgens beziet hij welke rechtsgevolgen de verdragsbepaling voorschrijft. Zijn deze onverenigbaar, dan past de rechter het wettelijk voorschrift niet toe. De toepassing van de verdragsbepaling krijgt voorrang. De nationale bepaling heeft in het voorliggende geval geen effect.

Als deze wijze van verdragstoetsing de enig toegestane is, kan de rechter een voorschrift als zodanig niet toetsen. Hij houdt zich immers ‘blind’ voor de verdragsrechtelijke merites van het voorschrift zelf. De rechter komt er zo nooit aan toe uit te spreken, dat het voorschrift als zodanig in strijd is met de verdragsbepaling. Dat zou er op zijn beurt toe leiden, dat de rechter nooit een wettelijk voorschrift onverbindend zou kunnen verklaren wegens strijd met een verdragsbepaling. Daarmee is de toepassing van de onsplitsbare wilsverklaring uitgesloten.

33 Brouwer 1992, p. 142-145 en p. 160-161; Fleuren 2004, p. 184-188.

34 Brouwer 1992, p. 143; Fleuren 2004, p. 185-186.

35 Riphagen 1953, p. 70 (daarover Fleuren 2004, p. 186-187); zie ook Van der Burg 1983 en Bok 1991, p. 70-71.

36 Zie Brouwer & Schilder 2004, p. 74-76; Van der Burg 1983; s’Jacob 1960; Van Wijk 1958, Huart 1929.

37 Vgl. s’Jacob 1960, p. 119. Bekend zijn HR 13 februari 1922, *NJ* 1922, p. 473 (Wilnisser Visser) en HR 9 januari 1968, *NJ* 1968, 105 (Maastrichts Schakelkastje). Soms werd wel gesplitst: HR 31 maart 1953, *NJ* 1953, 532 (Sneek II).

Verschillende auteurs lezen art. 94 inderdaad strikt *a contrario* en concluderen dat de wet³⁸ *als zodanig* niet aan het verdrag getoetst mag worden dan wel – dat is een iets minder strikte variant – dat zij niet onverbindend verklaard mag worden.³⁹

Nu toetste de Hoge Raad tussen 1953 en 1983 wel degelijk een paar keer, of een nationaal wettelijk voorschrift als zodanig in strijd was met een verdragsbepaling.⁴⁰ Naar aanleiding van deze jurisprudentie vindt bij de voorbereiding van de Grondwet van 1983 een korte, maar belangrijke gedachtewisseling plaats tussen de regering en de Tweede Kamer.

Uit de Tweede Kamer komt de vraag, of in de nieuwe Grondwet niet een dwingender formulering van art. 94 Gw nodig is,

‘die geen twijfel laat bestaan dat de grondwetgever *niet slechts* de nationale wetsregel *zelf* maar *evenzeer* de uitwerking ervan op de rechtszoekende getoetst wil zien bij de beoordeling van de vraag of de nationale bepaling moet wijken voor het internationale recht.’ (curs. RS)⁴¹

De regering antwoordt:

‘wij zijn van oordeel dat juist de gebruikte formulering duidelijk laat uitkomen dat de grondwetgever niet slechts de nationale wetsregel zelf, maar evenzeer de uitwerking ervan op de rechtzoekende getoetst wil zien bij de beoordeling van de vraag of de nationale bepaling moet wijken voor de bepalingen van het internationale recht.’⁴²

-
- 38 Art. 94 Gw heeft strikt genomen betrekking op alle wettelijke voorschriften. Auteurs die van het vermeende verbod van onverbindendverklaring een punt maken, doen dat vaak ten aanzien van de formele wet. Lagere regelingen mogen zelfs onverbindend verklaard worden als zij in strijd zijn met ongeschreven recht. Daaruit volgt mijns inziens dat een lagere regeling sowieso onverbindend mag worden verklaard bij strijd met het verdrag; zo niet op grond van art. 94 Gw dan toch op grond van een algemeen rechtsbeginsel, dat lagere regelingen niet in strijd mogen zijn met verdragsbepalingen. Geïnspireerd op Besselink 1995, p. 55.
- 39 Strikt hierin: Hoogers & De Vries 2002, p. 180; Van Maanen 2000, p. 99-101 (betwist door Brouwer & Schilder 2000, p. 184-186); Riphagen 1953, p. 70, l.k. Zo ook Duynstee 1954, Artikel 65 en 66, tweede zin, nr. 39; Bellekom e.a. 2007, p. 332 en Hof 's-Gravenhage 20 januari 2000, *NJkort* 2000, 18 (Whv IV). C.A.J.M. Kortmann 1987, p. 278 en 2008, p. 187 meent, dat art. 94 Gw de rechter niet verplicht, maar wel toestaat om naast de toepassing van een voorschrift ook het voorschrift zelf te toetsen. Fleuren 2004, p. 345 vindt, dat de wettelijke regeling als zodanig wel mag worden getoetst aan verdragsrecht, maar dat de rechter niet onverbindend mag verklaren. Volgens Van Buuren 1987, p. 60 en Polak 1987, p. 109 staat art. 94 Gw onverbindendverklaring van de wet in formele zin gewoon toe.
- 40 HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107 (Processieverbod Geertruidenberg); HR 30 mei 1967, *NJ* 1968, 5; HR 3 februari 1981, *NJ* 1981, 316; de leer van de onsplitsbare wilsverklaring werd in deze zaken overigens niet toegepast. Zie C.A.J.M. Kortmann 1987, p. 279 en Fleuren 2004, p. 345 voor recentere gevallen.
- 41 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), nr. 6, p. 14.
- 42 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), nr. 7, p. 19. Aan de citaten is te zien, dat de grondwetgever van 1983 zich over een ander probleem zorgen maakt dan de grondwetgever van 1953 (althans Riphagen 1953). In 1983 vreest men, dat een toetsing van de regeling als zodanig de burger te *weinig* bescherming biedt. Die vrees wordt ingegeven door de in noot 40 genoemde jurisprudentie, waar de toetsing van het voorschrift zelf inderdaad erg ‘overheidsvriendelijk’ uitpakte. De rechter toetste daar een wettelijk voorschrift aan een EVRM-bepaling. Hij deed dat door te bezien, of het nationale voorschrift *in algemene zin* kon bijdragen aan de bevordering van het beleidsdoel dat door het EVRM-grondrecht werd genoemd als beperkingsgrond. Dat is natuurlijk al snel het geval. De Hoge Raad liet na, om daarnaast te bezien of toepassing in de concrete casus door de beugel kon. Deze wijze van toetsing van de regeling als zodanig is een ‘overheidsvriendelijke’, marginale toetsing. Riphagen keert zich tegen een andere wijze van toetsing van de regeling als zodanig. Hij bestrijdt de bevoegdheid om een regeling als zodanig onverbindend te verklaren, als zij slechts in een deel van de gevallen die →

Deze opvattingen zijn niet weersproken. Daarmee biedt de grondwetgeschiedenis een sterke aanwijzing, dat de jurisprudentie waarin een nationale regeling *als zodanig* wordt getoetst, onder het bereik van art. 94 Gw is gebracht. Wel moet de toetsing van de regeling zelf altijd hand in hand gaan met toetsing of de wijze waarop de nationale bepaling in het concrete geval uitwerkt, de eisen van de verdragsbepaling doorstaat.

De rechter mag zo nodig dus constateren dat het wettelijk voorschrift *als zodanig* – en niet alleen de toepassing daarvan – in strijd is met een verdragsbepaling.⁴³ In de aanloop naar ‘1983’ is niet aan de orde gekomen, of de rechter een wettelijk voorschrift dat volgens hem als zodanig in strijd is met een verdragsbepaling, ook als ‘onverbindend’ mag bestempelen.

De literatuur is op dit punt verdeeld. Van Reijen en Brouwer stellen terecht, dat het uiteindelijk niet aankomt op de kwalificatie ‘onverbindend’ of ‘buiten toepassing’, maar op de overwegingen in het vonnis.⁴⁴ Daaruit blijkt meestal waarom de wet buiten toepassing blijft: hetzij omdat zij zelf in strijd is met een verdragsbepaling, hetzij wegens de concrete omstandigheden van het geval.⁴⁵ De rechter mag bovendien overwegen dat een voorschrift als zodanig in strijd is met een verdragsbepaling. Hij voegt aan die overweging niet heel veel toe, als hij er de term ‘onverbindend’ aan koppelt. Een reden om dat toch te doen is, dat op die manier het voor lagere regelingen uitgekristalliseerde onderscheid tussen ‘buiten toepassing laten’ en ‘onverbindend verklaren’, niet wordt doorkruist door het systeem van art. 94 Gw. Zo wordt voorkomen, dat de term ‘buiten toepassing laten’ aan onderscheidende betekenis verliest.⁴⁶

Mijns inziens verdient de voorkeur art. 94 Gw zo te lezen, dat het toetsing toestaat van een voorschrift zelf én onverbindendverklaring als logisch sequel daarvan. Tegelijk kan in het artikel een opdracht aan de rechter worden gelezen, om uitsluitend onverbindend te verklaren als buiten twijfel staat, dat geen enkele rechtmatige toepassing van het voorschrift mogelijk is. Art. 94 wordt dan gelezen als een verbod op toepassing van de leer van de onsplitsbare wilsverklaring. Een dergelijk verbod kan heel goed bestaan naast de bevoegdheid om onverbindend te verklaren.⁴⁷

zij bestrijkt, strijdig is met een verdragsbepaling (de leer van de onsplitsbare wilsverklaring). Hierbij wordt juist ‘te veel’ bescherming gegeven. De toetsing is dan ‘overheidsonvriendelijk’. Uit de discussie in 1983 kan worden afgeleid, dat een regeling als zodanig mag worden getoetst aan verdragsrecht. De opvattingen uit 1983 zijn echter geen directe reactie op of weerlegging van de opvatting van Riphagen. Ook na 1983 geldt mijns inziens, dat op grond van art. 94 Gw de regeling zelf mag worden getoetst, maar dat de leer van de onsplitsbare wilsverklaring niet mag worden toegepast. Vgl. Van der Burg 1983, p. 30-31.

43 C.A.J.M. Kortmann 1987, p. 278-279. Overigens, art. 94 Gw sluit die werkwijze ook alleen uit, als het strikt *a contrario* wordt gelezen.

44 Van Reijen 1986, p. 7; Brouwer 1992, p. 283; zie ook Stroink 1990, p. 8, noot 26.

45 Vgl. CRvB 24 april 2008, *JB* 2008, 135, waarin de Centrale Raad heel precies omschrijft, onder welke voorwaarden een bepaalde wet buiten toepassing gelaten moet worden. Materieel verschilt dit niet van een partiële onverbindendverklaring.

46 Zie ook Van Buuren 1987, p. 64-65.

47 Zie par. 4.2 over het onrechtmatigheidsvereiste. Uit Vzv. Rb. ‘s-Gravenhage 31 maart 2008, *NJ* 2008, 333 (RAI & BOVAG/Staat), blijkt, dat volgens de Haagse voorzieningenrechter een wet in formele zin buiten toepassing verklaard kan worden wanneer zij ‘onmiskkenbaar *onverbindend* is wegens strijd met een ieder verbindende bepaling’, r.o. 3.2. Zie ook Hof ‘s-Gravenhage 8 maart 2001, *Gst.* 2001, 7145, 4 (Weerselo), r.o. 5.

Het EG-recht heeft zijn eigen doorwerkingsregime, gebaseerd op de jurisprudentie van het Hof van Justitie.⁴⁸ De Hoge Raad heeft deze jurisprudentie omarmd. Hij verbindt er terecht de conclusie aan dat het EG-recht in de Nederlandse rechtsorde doorwerkt op grond van het EG-verdrag en niet krachtens enig nationaal besluit. Art. 93 en art. 94 Gw zijn voor het EG-recht dus niet van belang.⁴⁹ Een wet in formele zin die strijdig is met een EG-verordening of met het EG-verdrag zal om die reden zonder meer zelf in strijd met de hogere regel verklaard mogen worden. Mijns inziens kan de rechter daarom de formele wet – en *a fortiori* de lagere regeling – zonder problemen onverbindend verklaren wegens strijd met het communautaire recht.⁵⁰ Onverbindendverklaring is immers het sluitstuk van de ‘normale’ rechterlijke toetsingsbevoegdheid. Slechts de regeling van art. 94 Gw zaait daarover (bij sommigen) twijfel. Die regel is juist op EG-recht niet van toepassing.

2.6 Directe en indirecte/exceptieve toetsing

Met de term ‘indirecte’ toetsing bedoel ik de toetsing van een wettelijk voorschrift door de straf- of de bestuursrechter. In de literatuur wordt hiervoor ook vaak de term ‘exceptieve’ toetsing gebruikt.⁵¹

Voordat de strafrechter het ten laste gelegde feit kan kwalificeren, moet hij vaststellen dat het overtreden wettelijke voorschrift rechtsgeldig en toepasselijk is.⁵² In dit verband kan de strafrechter in zijn overwegingen de onverbindendheid of de incidentele niet-toepasselijkheid van het voorschrift constateren. De uitkomst van de procedure is ontslag van rechtsvervolgning.

De bestuursrechter beziet of het besluit waartegen beroep is ingesteld, gegrond is op een rechtsgeldig en toepasselijk wettelijk voorschrift. Hij kan hierbij de onverbindendheid of incidentele niet-toepasselijkheid van dit achterliggend voorschrift uitspreken. De uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure is dan de (gedeeltelijke) vernietiging van het beroepen besluit.

In beide gevallen kan de burger pas bij de rechter terecht, nadat het Openbaar Ministerie respectievelijk een bestuursorgaan een begin maakt met handhaving of

48 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 1 (Van Gend & Loos); HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1199 (Costa/ENEL); HvJ EG 9 maart 1978, *NJ* 1978, 656 (Simmenthal II).

49 HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80, r.o. 3.6; Barkhuysen, Griffioen & Voermans 2004, p. 2289 (anders: Besselink 1996a, p. 167).

50 Vgl. V.zr. Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2008, *NJ* 2008, 304 (Vliegbelasting). De president houdt voor mogelijk, dat een formele wet onmiskenbaar onverbindend is wegens strijd met EG-recht.

51 Ik gebruik ‘indirecte toetsing’ liever dan het gangbare ‘exceptieve toetsing’. De term ‘indirecte toetsing’ contrasteert duidelijker met de term ‘directe toetsing’, waarmee ik de toetsing door de burgerlijke rechter aanduid. Bovendien is de term neutraler. ‘Exceptieve toetsing’ impliceert dat een burger zich verweert tegen belastend overheidsingrijpen, terwijl er vormen van indirecte/exceptieve toetsing mogelijk zijn, waarbij van een zodanig verweer geen sprake is. Denk bijvoorbeeld aan het geval, dat de bestuursrechter een aan een ondernemer verstrekte ontheffing om schadelijke stoffen te vervoeren vernietigt, omdat de bepaling waarop de ontheffing beruiste te ruim geredigeerd en dus onverbindend was. De term ‘exceptieve toetsing’ komt (op mij) voor dit soort gevallen wat gewrongen over. Bok 1991, p. 5 spreekt overigens van ‘onzelfstandige’ toetsing.

52 Van der Burg 1983, p. 23; De Werd 1998, p. 692.

uitvoering van de regeling. Het aan de rechter voorgelegde geschil wordt gevoerd naar aanleiding van een concrete daad van vervolging respectievelijk een appellaabel besluit. Ik spreek van ‘indirecte toetsing’ van het voorschrift, omdat de burger een handeling van de executieve moet afwachten naar aanleiding waarvan hij kan procederen.

Van ‘directe toetsing’ is sprake als de burger een civielrechtelijke procedure tegen de overheid aanspant naar aanleiding van (vermeend) onrechtmatig wetgeven. De burger neemt het initiatief. Hij hoeft geen uitvoeringshandeling van de overheid af te wachten – vandaar de term directe toetsing.⁵³ De procedure kan overigens heel goed als uitkomst hebben, dat de rechter de overheid verbiedt de regeling *toe te passen*. Ook dan spreek ik van ‘directe toetsing’, omdat de burger, zonder handelen van de executieve te hoeven afwachten, naar de civiele rechter is gestapt om (de gevolgen van) onrechtmatig wetgeven (te beperken).

Hierna duid ik een geding waarin de burger rechtstreeks de burgerlijke rechter adieert om tegen een wettelijk voorschrift te procederen ook wel aan als een ‘wetgevingsgeding’.

53 Soms stelt een burger zich bij de civiele rechter op het standpunt dat een andere burger jegens hem onrechtmatig handelt, door zijn handelen af te stemmen op een onverbindende regeling, zie HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 716 (Call back-service); V.zr. Rb. Arnhem 27 januari 2003, *KG* 2003, 53 (Sporttotalisator/Ladbrokes); V.zr. Rb. Arnhem 4 februari 2004, *NJF* 2004, 228; Bok 1991, p. 39. Ik behandel deze problematiek niet, omdat dit betoog gaat over rechtsbescherming tegen de overheid.

Deel I: Algemene theorie. Onverbindende wettelijke voorschriften in het burgerlijk recht

Opbouw Deel I

In dit deel wordt uiteengezet hoe de 'klassieke', privaatrechtelijke leerstukken zo kunnen worden uitgelegd, dat een stelsel van rechtsbescherming tegen wettelijke voorschriften ontstaat.

Voor de overzichtelijkheid verloopt de behandeling van deze leerstukken zoveel mogelijk chronologisch, volgens het in het 'beslisschema' van het burgerlijk recht. Zo weerspiegelt de hoofdstuk- en paragraafindeling de vragen die de rechter in een wetgevingsgeding achtereenvolgens beantwoordt.¹

Hoofdstuk 3 gaat over voorvragen: de bevoegdheid van de burgerlijke rechter en de ontvankelijkheid van de eiser in zijn vordering. Hoofdstuk 4 behandelt materieel recht: het gaat voornamelijk over de toepassing van art. 6:162 BW op onjuiste regelgeving. Hoofdstuk 5 behandelt de uitspraakbevoegdheden in het wetgevingsgeding.

¹ Deze indeling ligt voor de hand; Polak 1987 en Bok 1991 volgen haar ook.

3 | Toegang tot de burgerlijke rechter

3.1 Inleiding

Hiervoor, bij de uitgangspunten, werd al aangestipt dat de straf- en de bestuursrechter vaak regelgeving toetsen als ‘tussenstap’ om de houdbaarheid van uitvoerend of strafvorderlijk overheidsoptreden te beoordelen.¹ De burgerlijke rechter is naast deze indirect toetsende ‘bijzondere rechters’ bevoegd om een regeling direct te toetsen. Gevolg is, dat vaak twee verschillende typen rechters zich over de houdbaarheid van hetzelfde voorschrift kunnen uitspreken.² Dit roept de vraag op, of de burger wel altijd toegang heeft tot de civiele rechter, als toetsing ook in een bijzondere rechtsgang³ mogelijk is.

Twee voorvragen moeten worden beantwoord, voordat wij weten of de burger toegang heeft tot een civiele wetgevingsprocedure. Is de rechter bevoegd (par. 3.2)? Zo ja, dan is de tweede voorvraag, of de eiser ontvankelijk is in zijn vordering. Daarvoor moet de eiser voldoende belang hebben bij zijn vordering (par. 3.3). Bovendien kan de beschikbaarheid van een bijzondere rechtsgang tot niet-ontvankelijkheid leiden (par. 3.4).⁴

3.2 Eerste voorvraag: bevoegdheid van de burgerlijke rechter

De bevoegdheid van de burgerlijke rechter levert weinig problemen op. Art. 112 lid 1 Gw draagt de berechting van geschillen over ‘burgerlijke rechten en over schuldvorderingen’ op aan de rechterlijke macht. Traditioneel legt de civiele rech-

1 Par. 2.6.

2 Bij een verbodsregeling met de mogelijkheid van ontheffing of vergunning is zelfs denkbaar, dat de bestuurs-, de straf- én de burgerlijke rechter zich over dezelfde bepaling uitspreken. Zie ook hfdst. 7.

3 Ik bedoel met ‘bijzondere rechtsgang’: een bestuurs- of strafrechtelijke procedure waarin een regeling indirect kan worden getoetst. In de bestuursrechtelijke literatuur betekent ‘bijzondere rechtsgang’ meestal: bestuursrechtelijke rechtsgang. Waar misverstanden dreigen, spreek ik over bijzondere, straf- of bestuursrechtelijke rechtsgang.

4 Het komt ook voor, dat de burgerlijke rechter een eiser niet-ontvankelijk verklaart, omdat het door eiser gestelde, zelfs indien bewezen, niet tot toewijzing van de vordering kan leiden, Stein/Rueb 2005, p.180-181. De ontvankelijkheid is dan geen voorvraag (dat wil zeggen geen vraag die de rechter moet beantwoorden voordat hij het geschil inhoudelijk kan behandelen). Ik sluit mij op dit punt echter aan bij het bestuursrecht: ik beschouw de ontvankelijkheidsvraag als de voorvraag, of er in verband met de persoonlijke omstandigheden van de eiser gronden zijn om de vordering niet in behandeling te nemen. Zie Borman 2007 (T&C Awb), art. 8:70, aant. 4. Het burgerlijk procesrecht laat mijns inziens voldoende ruimte voor deze ‘strakkere’ benadering.

ter zijn bevoegdheid om te oordelen over ‘schuldvorderingen’ ruim uit.⁵ De rechter is bevoegd, zodra de eiser stelt dat hem een schuldvordering toekomt.⁶ Als de schuldvordering niet werkelijk blijkt te bestaan, wordt de vordering op inhoudelijke gronden afgewezen.⁷

De grondwetgever van 1983 heeft bevestigd, dat onder geschillen over ‘schuldvorderingen’ ook geschillen over *publiekrechtelijke* schuldvorderingen zijn begrepen.⁸ Ook als een gestelde schuldvordering materieel volledig wortelt in het publiekrecht, doet dat dus niet af aan de bevoegdheid van de burgerlijke rechter, zolang de vordering maar wordt ingepast in een rechtsfiguur uit het BW.⁹ Een dergelijke binnen het bereik van art. 112 Gw vallende *publiekrechtelijke* schuldvordering is dus een aanspraak op een (rechts¹⁰)handeling van de overheid, waarbij de gehoudenheid tot deze ‘prestatie’ voortvloeit uit publiekrechtelijke normen, maar waarbij het afdwingen van die prestatie (dan wel de schadeloosstelling voor het verzaken van die prestatie) gebeurt met behulp van een civielrechtelijke rechtsfiguur.¹¹

Voor wetgevingsgedingen betekent dit, dat de burgerlijke rechter altijd *formeel* bevoegd is.¹² Dat geldt zelfs voor gedingen waar een wetgevingsbevel wordt gevraagd. In het *Waterpakt*-arrest wees de Hoge Raad het gevorderde wetgevingsbevel af na een ‘inhoudelijke’ beoordeling van de vordering, terwijl hij in feite oordeelde, niet bevoegd te zijn het gevraagde bevel te geven.¹³ Blijkbaar wordt ook een eiser die probeert nakoming af te dwingen van een ‘recht’ op de vaststelling van een wettelijke regeling, beschouwd als iemand die de nakoming vraagt van een schuldvordering – ook al kan de rechter zonder enig inhoudelijk onderzoek zien, dat dit recht in werkelijkheid niet bestaat.

Kwesties die materieel wel degelijk als competentievragen te kwalificeren zijn – krijgt een bestuursrechtelijke procedure tegen een uitvoeringsbesluit voorrang; mag de rechter de wet toetsen aan de Grondwet? – worden dus ‘doorgeschoven’ naar de ontvankelijkheidsvraag of naar de beoordeling of de vordering inhoudelijk gegrond is.

5 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (Guldemond/Noordwijkerhout).

6 Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 812; Damen e.a. 2006, p. 309 e.v.; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 96-97.

7 De burgerlijke rechter blijft in dat geval bevoegd; HR 9 november 1973, *NJ* 1974, 91 (Limmen/Houtkoop).

8 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 2, p. 6; C.A.J.M. Kortmann 1987, p. 331; Van Angeren 1998, p. 27.

9 Een geschil tussen twee overheden dat inhoudelijk *volledig* door regels van het publiekrecht wordt beheerst, is daarop geen uitzondering, zie HR 10 april 1987, *NJ* 1988, 148 (GCN/Nieuwegein).

10 HR 13 mei 1958, *NJ* 1960, 475 (Rijbewijs).

11 Inkleding als schuldvordering is niet noodzakelijk. Soms kan bescherming van een ‘burgerlijk recht’ zoals eigendom gevraagd worden, Van Angeren 1998, p. 8-9. In de praktijk worden procedures over wetgeving altijd ingeleid via een schuldvordering. Deze methode maakt bovendien mogelijk, dat de verbindendheid van een regeling ‘in abstracto’, dat wil zeggen los van de concrete aantasting van een subjectief recht van de aanlegger, aan de burgerlijke rechter wordt voorgelegd, zo HR 16 juni 1995, *NJ* 1997 (Pro Vita/Staat).

12 Zie ook Damen e.a. 2006, p. 311. In het corpus aan uitspraken dat sinds *Pocketbooks II* over onrechtmatige wetgeving is gegeven, heb ik dan ook geen uitspraak gevonden, waar de vordering afstuitte op de onbevoegdheid van de burgerlijke rechter.

13 De burgerlijke rechter achtte zich in drie opeenvolgende instanties bevoegd, zie HR 21 maart 2003, *NJ* (Waterpakt) en HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (Faunabescherming/Provincie Fryslân). Zie verder hfdst. 15.

3.3 Tweede voorvraag (I): het vereiste van voldoende belang

De eis van voldoende belang wordt verschillend ingevuld voor (a) particulieren, (b) overheden en (c) belangenbehartigers. Dit heeft gevolgen voor hun mogelijkheden om een wetgevingsgeding aan te spannen.

a. particulieren

Art. 3:303 BW eist op straffe van niet-ontvankelijkheid, dat de aanlegger in een civielrechtelijke procedure voldoende belang bij zijn actie heeft. In de omschrijving van Snijders, Klaassen & Meijer is vereist,

‘dat de justitiabele vaststelling, totstandbrenging, wijziging, beëindiging of (anderszins) effectivering van een of meer subjectieve rechten en verplichtingen verzoekt of vordert en deze nog niet gerealiseerd is of op eenvoudige wijze gerealiseerd zou kunnen worden.’¹⁴

In deze omschrijving zijn twee elementen te herkennen.

- (1) Voor de individuele burger geldt, dat het belang bij zijn vordering verband moet houden met de bescherming van een hem toekomend subjectief recht. Met ‘subjectief recht’ is in dit verband bedoeld eigendom en daarmee samenhangende vermogensrechten, een krachtens de wet aan de burger toegekende aanspraak of een ‘persoonlijkheidsrecht’: een nauw met eisers persoonlijke ontplooiing en zelfbeschikking samenhangend recht zoals het recht op onaanastbaarheid van het menselijk lichaam of het recht op bewegingsvrijheid.¹⁵
- (2) De eiser moet bovendien ‘processueel belang’ hebben bij zijn vordering, wat betekent dat hij met toewijzing van de vordering ‘iets moet opschieten’.¹⁶ Mocht hij van de rechter gelijk krijgen, dan moet dat ook daadwerkelijk handhaving of bescherming van zijn subjectief recht opleveren.¹⁷ De burgerlijke rechter gaat vrij soepel met het belangvereiste om: in beginsel wordt de aanwezigheid van een voldoende belang verondersteld, zodat het ontbreken ervan duidelijk zal moeten blijken.¹⁸ Een eiser met een zuiver emotioneel belang is echter niet-ontvankelijk.¹⁹

Het belangvereiste²⁰ verhindert dat de civiele procedure tegen wetgeving zich kan ontwikkelen tot een soort *actio popularis*.²¹ De individuele burger zal immers niet-ontvankelijk zijn in zijn vordering, wanneer hij ageert tegen regelgeving, uit-

14 Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 64-65.

15 Vgl. Van Buuren 1978, p. 180, die deze indeling in twee groepen ‘basisrechten’ maakt.

16 Term van Verburgh 1974, p. 14.

17 Van Buuren 1978, p. 168; Vermogensrecht art. 303, aant. 6 (Jongbloed).

18 Vermogensrecht, art. 303, aant. 6 (Jongbloed).

19 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey).

20 Het relativiteitsvereiste kan deze functie overigens ook vervullen.

21 Over de *actio popularis* Damen e.a. 2006, p. 138-139 met literatuurverwijzingen.

sluitend omdat hij die in strijd acht met hoger recht. Hij moet een met zijn eigen subjectieve rechten samenhangend belang hebben bij de vaststelling van de onverbindendheid. Hij kan bij de civiele rechter niet opkomen voor andermans belangen of voor het algemeen belang.²²

b. overheden

Een overheid kan voldoende belang hebben in de zin van art. 3:303 BW – ook als het belang bij de vordering puur en alleen is gelegen in het behartigen van het algemeen belang, en geen (enkel) verband houdt met eigendom, vermogen of een ander privaatrechtelijk recht of belang.²³ Daardoor kan bijvoorbeeld een gemeente een onrechtmatige-daadsactie aanspannen tegen de Staat, inzake een wettelijk voorschrift dat de gemeente in *haar* huishoudelijke belangen raakt. Ik kom hierop terug in paragraaf 6.3.

c. belangenbehartigers

Art. 3:305a BW biedt belangenbehartigers de mogelijkheid om een civiele procedure aan te spannen. In tegenstelling tot particulieren kunnen belangenorganisaties wel op eigen naam procederen ter zake van belangen van anderen en ter zake van ideële belangen. Daartoe moet de organisatie rechtspersoonlijkheid bezitten, voldoende representatief zijn en al eerder feitelijke werkzaamheden hebben verricht ten behoeve van de belangen waarvoor zij in rechte opkomt.²⁴ Bovendien moeten de bij de procedure betrokken belangen zich voor bundeling lenen.²⁵ Is aan deze eisen voldaan, dan is de belangenbehartiger ontvankelijk in zijn vordering. De vordering hoeft dus niet te strekken tot bescherming van een subjectief recht dat aan de organisatie zelf toekomt.

Weliswaar voorkomt het belangvereiste ten aanzien van particulieren, dat de procedure bij de burgerlijke rechter zich tot een *actio popularis* ontwikkelt; belangenbehartigers kunnen haast iedere regeling bij de burgerlijke rechter aanvechten. Zodra zij zich blijkens hun feitelijke werkzaamheden een bepaald maatschappelijk belang aantrekken, kunnen zij uit weinig meer dan ‘morele bezorgdheid’ een procedure tegen de overheid aanspannen.²⁶

In het bijzonder op het terrein van bescherming van de burger tegen onrechtmatige voorschriften spelen de zelfstandige processuele bevoegdheden van belan-

22 In de gepubliceerde jurisprudentie heb ik overigens geen voorbeeld gevonden van niet-ontvankelijkverklaring van een individuele burger, omdat deze met zijn vordering andermans of een algemeen belang poogt te behartigen – of überhaupt omdat hij bescherming zocht voor een ‘verkeerd’ belang. De gepubliceerde, door particulieren aangespannen wetgevingsgedingen gaan meestal over (dreigende) schade. Dan wordt dus bescherming gevraagd in een ‘klassiek’ privaatrechtelijk belang. Een enkele keer entameert een particulier een wetgevingsgeding ter bescherming van een ‘persoonlijkheidsrecht’. Blijkbaar stappen particulieren uitsluitend naar de civiele rechter als zij een concreet, persoonlijk belang bij de vaststelling van onverbindendheid hebben. Van de zijde van particulieren dreigt dus weinig ‘gevaar’ voor het ontstaan van een *actio popularis*.

23 HR 18 februari 1994, AB 1994, 415 (Staat/Kabayel); Stolker 2007 (T&C BW), art. 3:303, aant. 1; Teunissen 1996, i.h.b. p. 173-179.

24 HR 27 juni 1986, NJ 1987, 742 (Nieuwe Meer).

25 Zie Vermogensrecht, art. 3:303 BW, aant. 9 (Jongbloed); Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 81-85.

26 Vgl. de noot van Schutgens & Sillen onder de *SGP*-zaak, AB 2008, 35 en C.A.J.M. Kortmann 2008a, p. 297. Er zijn overigens wel grenzen, zie HR 21 december 2001, NJ 2002, 217.

genorganisaties getalsmatig een belangrijke rol.²⁷ Wetgevingsgedingen worden vaak door hen aangespannen. Waarschijnlijk zijn belangenorganisaties meer dan particulieren alert op de gevolgen van (nieuwe) wetgeving.

3.4 Tweede vraag (II): rechterlijke taakverdeling

Omdat de burgerlijke rechter steeds bevoegd is, kan hij in beginsel altijd naast de straf- en/of de bestuursrechter de geldigheid van een regeling beoordelen. Zo ontstaat het risico van uiteenlopende oordelen over dezelfde regeling.

Het risico op uiteenlopende oordelen doet zich bij beschikkingen en andere *appellabele* besluiten eveneens voor. Ook daar is de burgerlijke rechter naast de bestuursrechter bevoegd. Bij appellabele besluiten lost de burgerlijke rechter dit probleem op, door de eiser niet-ontvankelijk te verklaren in zijn vordering, als deze met dezelfde vordering bij de bestuursrechter terecht kan.²⁸ Zo bewerkstelligt de burgerlijke rechter, dat hij terugtreedt in zaken waar de bestuursrechter bevoegd is. In deze paragraaf bespreek ik, in hoeverre een vergelijkbare taakverdelingsregel kan worden toegepast bij wetgevingsgedingen.

Deel I van dit boek behandelt alleen de ‘algemene theorie’. De concrete toepassing bij verschillende typen eisers en regelingen komt pas in Deel II aan de orde. Daarom illustreer ik hetgeen in deze paragraaf wordt besproken, slechts summier met jurisprudentie. Voor het overige volsta ik met vooruitverwijzingen. Deze indeling is wellicht suboptimaal – de lezer zal af en toe moeten bladeren – maar voorkomt een aantal vervelende doublures.

In paragraaf 3.4.1 bespreek ik de twee gezichtspunten die relevant zijn voor de taakverdeling tussen de gewone en de bijzondere rechter; in paragraaf 3.4.2 bespreek ik beknopt de gevallen waar de taakverdeling geen problemen oplevert en vanaf paragraaf 3.4.3 ga ik in op het lastiger geval van een wettelijk voorschrift waarop een appellabel uitvoeringsbesluit kan worden gebaseerd.

3.4.1 *Ontvankelijkheidscriterium: twee gezichtspunten verzoenen*

Bij het formuleren van een ontvankelijkheidsregel voor de rechtsmachtverdeling moeten twee gezichtspunten in balans gebracht worden.

Eenzijds is evident dat de wetgever door het scheppen van bijzondere rechtsgangen rechterlijke specialisatie heeft beoogd.²⁹ De altijd bevoegde burgerlijke rechter dient deze specialisatie zo min mogelijk te verstoren. Hij moet proberen te voorkomen, dat in de verschillende rechterlijke kolommen uiteenlopende oordelen geveld worden.³⁰

²⁷ Zie par. 6.4.

²⁸ Uitgebreid par. 3.4.

²⁹ Over de specialisatiegedachte uitgebreid Schlössels e.a. 2007.

³⁰ Dat dient naast de specialisatie overigens ook de rechtszekerheid. Relativerend over het belang van het onderling afstemmen van oordelen tussen verschillende rechters C.A.J.M. Kortmann 2007, p. 412.

Zeker bij wetgevingsgedingen is het risico van uiteenlopende oordelen groot. De te toetsen regeling is meestal een regeling die behoort tot het publiekrecht, en die dus in normale gevallen wordt toegepast door de straf- en/of de bestuursrechter.³¹ Bovendien hebben regelingen – anders dan beschikkingen – algemene werking. Als de burgerlijke rechter een regeling ter toetsing krijgt voorgelegd, is daarom de kans groot dat in de (nabije) toekomst de straf- of bestuursrechter dezelfde regeling nogmaals toetst, bijvoorbeeld in een geding tegen een derde. Dit pleit ervoor, dat regelingen zo veel mogelijk door de bijzondere rechter worden getoetst.

Anderzijds moet de burger een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid verkrijgen. De burger moet de hem door het (hogere) recht toegekende rechten en vrijheden daadwerkelijk kunnen genieten en in rechte eenvoudig tegenover de overheid kunnen handhaven.

Vrij algemeen wordt aanvaard, dat het gezichtspunt van de doeltreffende rechtsbescherming vooraan op de specialisatiegedachte.³² Ik onderschrijf dit standpunt. Inachtneming van de specialisatie is belangrijk, maar zij mag geen afbreuk doen aan de effectiviteit van de rechtsbescherming.

Het feit, dat art. 8:2 Awb nog altijd niet is geschrapt – zoals aanvankelijk wel het plan was – zodat de bestuursrechter niet direct kan worden geadieerd voor toetsing van wettelijke voorschriften, is bovendien een omstandigheid die aan ‘de overheid’ en niet aan de burger valt toe te rekenen. Dat is een extra argument om de burger slechts niet-ontvankelijk te verklaren, als hij daar geen enkel nadeel van ondervindt.

Ik stel het volgende ontvankelijkheidscriterium voor, dat de twee genoemde gezichtspunten in evenwicht brengt: *de toegang tot een wetgevingsgeding mag de burger uitsluitend worden ontzegd, als hij het wettelijk voorschrift op eenvoudige, dus niet gekunstelde of riskante wijze door een bijzondere rechter kan laten toetsen.*

3.4.2 Eenvoudige gevallen

Toepassing van het voorgestelde ontvankelijkheidscriterium maakt voor twee groepen eisers meteen duidelijk, dat zij steeds ontvankelijk zijn.

1. Een eiser voor wie überhaupt geen bijzondere, straf- of bestuursrechtelijke procedure openstaat of open zal komen te staan

31 Afgezien van typisch privaatrechtelijke regelingen, zoals wettelijke bepalingen van personen- en familierecht. Ook deze kunnen aan hoger recht worden getoetst, vgl. HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740 (Naamrecht).

32 HR 3 februari 2006, *JB* 2006, 69 (Staat/SFR). Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van eiser verleent de Hoge Raad het beginsel dat aan de burger doeltreffende rechtsbescherming moet worden geboden, expliciet voorrang boven de specialisatiegedachte. Vgl. Schlössels 2007, p. 325-327.

Een eiser die in het geheel niet bij een bijzondere rechter terecht kan, kan het wettelijke voorschrift dat hem raakt, überhaupt niet indirect laten toetsen – laat staan op een eenvoudige, niet-gekunstelde wijze. De toegang tot het civiele wetgevingsgeding mag hem daarom niet worden ontzegd.

Dit is een enkele keer het geval ten aanzien van een particulier³³ en een lagere overheid.³⁴ Het komt vaak voor bij belangenorganisaties.³⁵ Omdat deze eisers de regeling niet indirect kunnen laten toetsen, zijn zij – mits zij een ‘gewoon’ voldoende belang hebben, zie paragraaf 3.3 – steeds ontvankelijk in een wetgevingsgeding. In hoofdstuk 6 worden de wetgevingsgedingen, aangespannen door deze categorie eisers, nader geanalyseerd.

2. Een eiser tot wie een wettelijke verplichting is gericht

Algemeen wordt aanvaard, dat een eiser geen strafvervolging of bestuurlijke sancties hoeft uit te lokken, om een regeling door de rechter te laten toetsen.³⁶ Uitlokking van vervolging (of een bestuurlijke sanctie) is immers een riskante³⁷ processtrategie. Als de strafrechter³⁸ het voorschrift uiteindelijk toch verbindend oordeelt, krijgt degene die de onverbindendheid had opgeworpen een sanctie opgelegd.³⁹ Op grond van het voorgestelde ontvankelijkheidscriterium mag de eiser de toegang tot het wetgevingsgeding niet worden ontzegd. Over de gemakkelijke toegang tot een wetgevingsgeding van een eiser tot wie zich een verplichting richt, bestaat overeenstemming in de literatuur en jurisprudentie.⁴⁰ In hoofdstuk 7 wordt dit type gedingen nader geanalyseerd.

Ten aanzien van deze twee groepen eisers krijgt het gezichtpunt van doeltreffende rechtsbescherming dus voorrang op de specialisatiegedachte. Deze eisers worden in beginsel steeds ontvangen in een wetgevingsgeding. Veel lastiger is de categorie van eisers die worden geconfronteerd met een regeling waarop een appellabel uitvoeringsbesluit kan worden gebaseerd. Daarover gaan de volgende paragrafen.

33 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 (Pocketbooks II); HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 843 (Montenegro); zie par. 6.2.

34 Hof ʘ-Gravenhage 8 maart 2001, *Gst.* 2001, 7145.4 (Weerselo), zie par. 6.3.

35 HR 3 september 2004, *AB* 2005, 74 (Staat/NJCM), zie p. 6.4.

36 HR 11 oktober 1996, *AB* 1997, 1 (Leenders/Ubbergen). Ook het communautaire beginsel van effectieve rechtsbescherming staat niet toe, dat de burger strafvervolging zou moeten uitlokken om een nationaal voorschrift aan het communautaire recht te laten toetsen, HvJ EG 13 maart 2007, *AB* 2007, 301 (Unibet).

37 Vgl. het in par. 3.4.1 voorgestelde ontvankelijkheidscriterium.

38 Dan wel de bestuursrechter bij een bestuurlijke boete.

39 In deze zin al de noot van Scheltema onder HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360 (LSV), *NJ* 1984, p. 1299, r.k. en de conclusie A-G bij dat arrest, p. 1292, l.k.

40 Bok 1991, p. 143; Polak 1987, p. 134. Bij Van Buuren 1987, p. 74-75 en Van Male 1988, p. 222 gaat dit standpunt op in de ‘algemene’ opvatting, dat een vordering tegen wetgeving altijd wordt ontvangen.

3.4.3 *Lastige gevallen (I): regelingen waarop een appellabel uitvoeringsbesluit kan worden gebaseerd*⁴¹

Ik begin met een voorbeeld.

Bij gemeentelijke verordening wordt de onroerendzaakbelasting verhoogd.⁴² Volgens een inwoner is de nieuwe heffingsgrondslag in strijd met de wet. Hij kan na ontvangst van de eerste aanslag bij de belastingrechter in beroep. Daar kan hij de onverbindendheid van de nieuwe regeling opwerpen.

Kan deze burger direct naar de burgerlijke rechter, in het licht van het feit, dat hij ook een uitvoeringsbesluit kan afwachten? Voor de beantwoording van deze vraag breng ik eerst de taakverdelingsregels bij appellabele besluiten in herinnering (par. 3.4.4); daarna ga ik in op de toepassing van deze regels bij wetgevingsgedingen (par. 3.4.5) waarbij ik (a) een materiële en (b) een formele omlijning van het geschil onderscheid. Ik sluit mij aan bij de materiële benadering (par. 3.4.6).

3.4.4 *Lastige gevallen (II): ontvankelijkheid bij appellabele besluiten*

Appellabele besluiten vormen bij uitstek het deelterrein van het aansprakelijkheidsrecht, waar de burgerlijke rechter en de bestuursrechter rechter elkaar voor de voeten lopen. De Hoge Raad vat de voorrangsregeling op dit terrein duidelijk samen in *Groningen/Raatgever*:

‘Het bepaalde in art. 112 Gr.w brengt mee dat de burgerlijke rechter bevoegd is kennis te nemen van vorderingen waaraan de eiser (...) ten grondslag heeft gelegd dat jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd. Uitgangspunt is evenwel dat ook in een zodanig geval de eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, wanneer, kort gezegd, de bestuursrechter voldoende rechtsbescherming biedt (HR 28 februari 1992, nr. 14635, *NJ* 1992, 687). De taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter brengt tevens mee dat moet worden uitgegaan van de geldigheid van een besluit van een bestuursorgaan indien daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet is gebruikt, hetzij niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid (kort gezegd: het beginsel van de formele rechtskracht).’⁴³

De passage is – in het verband van dit betoog – voor twee situaties van belang: (1) voor het geval dat de bestuursrechter *nog kan* oordelen over een besluit en (2) voor het geval, dat hij dat *had kunnen* doen, maar niet is geadieerd.⁴⁴

41 In Deel II wordt deze categorie voorschriften uitgesplitst, zie hfdst. 8 en hfdst. 9. Hier volstaat deze grovere indeling.

42 Art. 220 Gemw e.v.; Dölle & Elzinga 2004, p. 595 e.v.

43 HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 87 (*Groningen/Raatgever*).

44 Dit onderscheid tussen ‘de bestuursrechter kan’ en ‘de bestuursrechter kan of had gekund’ is ontleend aan Schueler 2005, p. 77-80.

(1) Als de burgerlijke rechter wordt geadieerd met een onrechtmatige-daadsvordering, gericht tegen een besluit waartegen bij de bestuursrechter *nog beroep mogelijk* is, dan wordt de vordering normaal gesproken niet ontvangen.⁴⁵

(2) Bij een vordering gericht tegen een besluit, ten aanzien waarvan de eiser zijn beroepsmogelijkheden *ongebruikt* heeft gelaten, wil de burgerlijke rechter niet alsnog het besluit beoordelen.

De burgerlijke rechter beschikt over twee instrumenten om een inhoudelijk oordeel over het onaantastbaar geworden besluit uit de weg te gaan. Ten eerste kan hij de eiser niet-ontvankelijk verklaren in zijn vordering. Ten tweede kan hij de vordering wél ontvangen, maar bij de inhoudelijke beoordeling daarvan formele rechtskracht toekennen aan het onaantastbaar geworden besluit. Uit het standaardarrest *Heesch/Van de Akker* blijkt dat de leer van de formele rechtskracht inhoudt dat de burgerlijke rechter ervan uitgaat, dat het besluit zowel qua wijze van totstandkoming als qua inhoud in overeenstemming is met het recht, zodat het automatisch als rechtmatig wordt aangemerkt. De burgerlijke rechter beschouwt een onaantastbaar geworden besluit zelfs dan als rechtmatig, indien als vaststaand mag worden aangenomen dat het zou zijn vernietigd, als wel tijdig beroep was ingesteld.⁴⁶

In zowel de jurisprudentie als in de literatuur komen beide benaderingen voor.⁴⁷ Sommige auteurs zijn van mening, dat ook een vordering gericht tegen een onaantastbaar geworden besluit – het geval waar de bestuursrechter ‘had kunnen oordelen’ – niet ontvangen moet worden.⁴⁸ In deze visie volgt niet-ontvankelijkheid als de bestuursrechter nog kan oordelen, maar ook als hij *had kunnen* oordelen. Anderen menen, dat de vordering ontvangen kan worden, maar inhoudelijk afstuit op de formele rechtskracht en de daarmee samenhangende ‘automatische’ rechtmatigheid van het besluit.⁴⁹ Niet-ontvankelijkverklaring wordt in deze benadering in beginsel gereserveerd voor het geval dat de bestuursrechter *nog kan* oordelen. In het geval dat een besluit onaantastbaar is, wordt de leer van de formele rechtskracht toegepast om aan de taakverdeling vorm te geven.

De ratio van zowel niet-ontvankelijkverklaring als van het toekennen van formele rechtskracht is hier echter dezelfde: de burgerlijke rechter wil voorkomen, dat hij de rechtmatigheid moet beoordelen van besluiten ten aanzien waarvan de eiser zijn beroepsmogelijkheden voorbij heeft laten gaan. Ook het effect is gelijk: de eiser vist achter het net. Aangezien ratio en effect hetzelfde

45 Zie hierna voor HR 25 november 1977, *NJ* 1978, 255 (Plassenschap Loosdrecht). Als de burgerlijke rechter een reeds lopend beroep kansrijk acht, kan hij de civiele vordering ontvangen, maar de behandeling van de zaak aanhouden totdat de bestuursrechter uitspraak heeft gedaan, HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 166 (Smit/Staat).

46 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 (Heesch/Van de Akker), r.o. 3.3.2.

47 Vgl. de conclusie van A-G Keus bij HR 9 november 2007, *JB* 2008, 22, nr. 2.3.

48 Damen e.a. 2006, p. 309-312, i.h.b. p. 312, mét jurisprudentiële voorbeelden van beide benaderingen. Zo ook Schueler 2005, p. 79, zij het, dat deze iets genuanceerder is. Volgens hem moet een gevraagde verklaring voor recht, dat een onaantastbaar geworden besluit (toch) onrechtmatig is, niet ontvangen worden.

49 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 711; C.N.J. Kortmann 2006, p. 191.

zijn, is de keuze tussen niet-ontvankelijk verklaren of formele rechtskracht toekennen vaak een wat formalistische kwestie.⁵⁰

Ik volg de minimalistische benadering ten aanzien van niet-ontvankelijkverklaring, omdat dat voor het onderwerp van onrechtmatige wetgeving een duidelijke indeling van de stof mogelijk maakt. Ik bespreek de mogelijke niet-ontvankelijkverklaring dus voor gevallen waarbij dit de enige methode is, om een eventuele taakverdeling gestalte te geven, dus voor de gevallen waarin de bestuursrechter nog kan oordelen.⁵¹ Is de beroepstermijn ongebruikt verlopen, dan ontvangt de rechter de eiser in zijn vordering, maar zal hij de vordering afwijzen vanwege de formele rechtskracht van het onaantastbaar geworden besluit.

Een vordering waarmee de eiser nog naar de bestuursrechter kan, wordt dus in beginsel niet ontvangen. *Plassenschap Loosdrecht* vormt een belangrijke uitzondering. Ook als tegen een besluit nog een beroep beschikbaar zal komen, blijft er ruimte voor een aanvullende rol van de burgerlijke rechter, voor zover de bijzondere rechtsgang processueel minder kan opleveren.⁵² Voor zover de bijzondere rechtsgang *wel* voldoende processuele mogelijkheden biedt, wordt de eiser (volgens de hoofdregel) niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering. Dat geldt als over de nog beschikbare bestuursrechtelijke rechtsgang *niet* gezegd kan worden dat deze

‘met betrekking tot *belangen* als ter zake waarvan [eisers] in de onderhavige procedure bescherming zoeken, aan de belanghebbende *een zo onvoldoende rechtsbescherming biedt* dat daarnaast nog een taak voor de Pres. van de Rb. zou overblijven.’⁵³ [curs. RS]

Biedt de beschikbare bestuursrechtelijke rechtsgang daarentegen niet voldoende rechtsbescherming, dan kan de burgerlijke rechter geadieerd worden. Vooral vóór de invoering van de Awb ontbrak het binnen de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingskolom veelal aan spoedvoorzieningen, zodat voor geschillen die reeds waren opgedragen aan de bestuursrechter, de burgerlijke rechter toch in kort

50 Juist doordat het een formalistische kwestie zonder materiële rechtsgevolgen is, kunnen beide benaderingen in de rechtspraak naast elkaar blijven voorkomen, zonder dat dat duidelijke consequenties heeft.

51 De andere benadering is niet onjuist, maar leidt, in ieder geval voor ons onderwerp, tot onduidelikheden. Ontvankelijkheid wordt in dit proefschrift beschouwd als een voorvraag: de vraag, of de burgerlijke rechter de vordering inhoudelijk in behandeling kan nemen. De eiser is niet-ontvankelijk, als hij naar de bestuursrechter moet. Als de eiser de mogelijkheid van beroep tegen bijvoorbeeld een belastingbeschikking heeft laten schieten, en daarna bij de burgerlijke rechter om schadevergoeding vraagt ter hoogte van de betaalde belasting, wegens de later gebleken onverbindendheid van de achterliggende regeling, is het handiger om de vordering ‘inhoudelijk’ af te wijzen op de formele rechtskracht van de aanslag. Dat leidt tot beter op de vordering toegesneden uitkomsten. Stel bijvoorbeeld, een eiser vordert in een bodemgeding te veel betaalde toeristenbelasting terug én hij vraagt schadevergoeding voor een achteraf nutteloos gebleken aanpassing in de bedrijfsvoering, die nodig was om ten onrechte opgelegde belasting aan zijn klanten door te berekenen (zie ook par. 8.3.5). Het is het duidelijkst om nu het eerste deel van de vordering af te wijzen en het tweede deel toe te wijzen.

52 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 711-713.

53 HR 25 november 1977, *NJ* 1978, 255 (*Plassenschap Loosdrecht*). Dezelfde maatstaf geldt ook voor de bodemprocedure, zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 712; HR 28 februari 1992, *AB* 1992, 301 (*Ambtenarenwet II*). Zie ook Van Angeren 1998, p. 42, noot 11 met uitgebreide jurisprudentieverwijzingen.

geding nog geadieerd kon worden. De uitzondering lijkt tegenwoordig wat minder belangrijk.⁵⁴

Samengevat: als de eiser nog beroep tegen een appellabel besluit kan instellen, is hij niet-ontvankelijk in de vordering die hij bij de burgerlijke rechter tegen dit besluit instelt, tenzij de bestuursrechtelijke rechtsgang processueel onvoldoende rechtsbescherming biedt. Als het besluit reeds onaantastbaar is, zal de vordering inhoudelijk afstuiten op de formele rechtskracht. Het komt echter ook in dit geval voor, dat de burgerlijke rechter de eiser niet-ontvankelijk verklaart.

3.4.5 *Lastige gevallen (III): toepassing bij regelingen, waarop (nog) een appellabel uitvoeringsbesluit kan worden gegrond*

De volgende vraag is, hoe deze regel uitpakt bij wetgevingsgedingen over een regeling op grond waarvan nog een uitvoeringsbesluit kan worden genomen.

Het probleem ligt hier als volgt. De meeste auteurs geven een omschrijving van de voorrangregeling voor appellabele besluiten die vergelijkbaar is met die van (bijvoorbeeld) Versteeg:

‘Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van de vordering gaat de burgerlijke rechter na (...) of de vordering los van de formulering die eiser daaraan heeft gegeven, ter berechting is of zou kunnen zijn opgedragen aan een op grond van art. 112 lid 2 Gw geconstitueerde administratieve rechter.’⁵⁵ [curs. RS]

De afbakening van rechtsmacht bij beschikkingen hangt dus af van de vraag of ‘de vordering’ is opgedragen aan een bijzondere rechter. Het probleem is, dat het er bij de toepassing van dit criterium op onrechtmatige-wetgevingsvorderingen maar net van afhangt, hoe men de ‘de vordering’ of ‘het geschil’ waarover geprocedeerd wordt, wil omlijnen. Ik onderscheid (a) een materiële en (b) een formele benadering.

a. materiële omlijning van de vordering/het geschil

In de materiële benadering van de vraag of de aan de burgerlijke rechter voorgelegde vordering tegen een wettelijke regeling is opgedragen aan de bestuursrechter, is sprake van dezelfde vordering/hetzelfde geschil, als het concrete belang⁵⁶ dat de eiser in de verdrukking ziet komen, ook bij de bestuursrechter effectief beschermd kan worden. De eiser kan niet-ontvankelijk worden verklaard, als hij de civiele rechter vraagt om toetsing van een wettelijk voorschrift, terwijl hij nog beroep zal kunnen instellen tegen een uitvoeringsbesluit. Ook in dat beroep kan immers (‘indirect’) de onverbindendheid worden vastgesteld. In het voorbeeld van

⁵⁴ Voor korte gedingen tegen belastingwetgeving blijft deze uitzondering echter relevant, zie par. 8.2.

⁵⁵ Versteeg 1987, p. 124.

⁵⁶ Vgl. de gecursiveerde passage in het bovenstaande citaat uit *Plassenschap Loosdrecht*.

de huiseigenaar: hij kan, zonder risico te lopen, wachten op een aanslag voor onroerende-zaakbelasting. Als hij in plaats daarvan de burgerlijke rechter in een bodemgeding vraagt de verordening onverbindend te verklaren, is dit materieel dezelfde vordering als een beroep tegen een aanslag waarin hij de bestuursrechter vraagt hier de achterliggende regeling te toetsen.

Juist bij de materiële benadering wordt *Plassenschap Loosrecht* belangrijk. Wellicht kan hetzelfde belang *uiteindelijk* bij de bestuursrechter worden beschermd, maar daarvoor zal de burger altijd een uitvoeringsbesluit moeten afwachten. De nadelen die hieraan verbonden zijn, kunnen tot gevolg hebben dat de bestuursrechtelijke rechtsgang niet voldoende waarborgen blijkt te bieden. De eiser wordt dan alsnog bij de burgerlijke rechter toegelaten. Het 'netto-effect' van de materiële benadering is echter een beperktere toegang tot wetgevingsgedingen.

Voorbeelden van auteurs met een materiële benadering zijn Bok en Polak.

Als op het moment van instellen van de vordering tegen een wettelijke regeling een beroepsmogelijkheid tegen een uitvoeringsbesluit openstaat, is de eiser volgens Bok niet-ontvankelijk. Zijn belang bestaat in het buiten toepassing laten van de bepaling jegens hemzelf. Dit valt ook met een beroep tegen een uitvoeringsbesluit te bereiken. Daarom kan de eiser niet-ontvankelijk worden verklaard.⁵⁷

Polak neemt als vertrekpunt de gedachte, dat de burgerlijke rechter in het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid een restfunctie heeft. Hij acht het onwenselijk, dat hetzelfde geschil in twee verschillende procedures aan de orde kan worden gesteld. Daarom formuleert hij als regel 'dat – wanneer er een met voldoende waarborgen omklede andere rechtsgang is, waarin men de verbindendheid van het bestreden wettelijk voorschrift adequaat aan de orde kan stellen – een vordering van de betrokkene bij de burgerlijke rechter die rechtstreeks tegen het voorschrift is gericht, niet-ontvankelijk is.'⁵⁸ Een rechtsgang waarin de verbindendheid van die regeling 'adequaat' ter discussie kan worden gesteld, biedt volgens Polak voldoende rechtsbescherming, ongeacht de precieze rechtsvraag die de ingang van de procedure vormt.⁵⁹

b. formele omlijning van de vordering/het geschil

Verscheidene auteurs omlijnen het geschil formeel. Zij zien een geschil over de verbindendheid van een wettelijk voorschrift bijna altijd als een 'zelfstandige schuldvordering' of 'zelfstandig geschil', die of dat een eigen leven leidt ten opzichte van het geschil over de *toepassing* van dat voorschrift. Zodra een burger bij de civiele rechter de verbindendheid van een wettelijk voorschrift ter discussie stelt, legt hij in deze benadering aan de burgerlijke rechter een geschil voor dat

57 Vgl. Bok 1991, p. 138-146.

58 Polak 1987, p. 127.

59 Overigens beschouwt Polak een bestuursrechtelijke rechtsgang niet snel als een adequate rechtsgang 'tegen' een wettelijk voorschrift. Hij neemt een uitzondering aan voor het geval, waarin er ten aanzien van de eiser nog geen bijzondere rechtsgang openstaat; het geval waarin er voor anderen dan de eiser een bijzondere rechtsgang openstaat en voor het geval waarin nog een uitvoeringsbesluit moet worden uitgelokt.

niet aan de bestuursrechter is opgedragen. De vordering wordt altijd ontvangen. Deze benadering is formeel, omdat bij de beoordeling of de vordering aan de bijzondere rechter is opgedragen, wordt gekeken naar het soort besluit dat in naam de aanleiding voor de procedure is. Een vordering over een besluit dat door de wetgever niet aan de beoordeling van de bestuursrechter is opgedragen, is, zo geredeneerd, een vordering die 'los van de formulering die eiser daaraan heeft gegeven' (zie Versteeg) niet tot de competentie van de bestuursrechter behoort.

Zo stelt Van Buuren, dat de wetgever de kennisneming van geschillen over onrechtmatige wetgeving niet aan de bestuursrechter heeft opgedragen. Om die reden zouden geschillen over wetgeving volgens hem categorisch tot de kennisneming van de burgerlijke rechter behoren. Volgens Van Buuren mag niet worden gezegd, dat de wetgever, door beroep tegen beschikkingen open te stellen, daarmee ook gewild heeft dat de bestuursrechter geschillen over de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften zou gaan beoordelen.⁶⁰ Een niet-ontvankelijkverklaring bij een vordering gericht tegen een regeling waarop nog een appel-label uitvoeringsbesluit zal worden gebaseerd, is daarom niet op haar plaats.⁶¹

Van Male stelt, dat de bestuursrechter bij een beroep tegen een uitvoeringsbeschikking de toetsing van de regeling nogal eens omzeilt.⁶² Om deze redenen beschouwt hij het beroep tegen uitvoeringsbeschikkingen niet als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang tegen de achterliggende regeling.⁶³ Volgens Van Male is de eiser in een wetgevingsgeding daarom steeds ontvankelijk.⁶⁴

Ook Kortmann, Schlössels en Van Angeren zijn van mening, dat vorderingen ter zake van wettelijke voorschriften in beginsel steeds ontvangen worden bij de burgerlijke rechter, zolang het appelverbod van art. 8:2 Awb geldt.⁶⁵

⁶⁰ Van Buuren 1987, p. 74. Hij baseert dit op de hoofdregel van art. 112 lid 1 Gw en art. 2 RO oud.

⁶¹ Van Buuren maakt één uitzondering voor het geval, dat een belanghebbende in een administratieve procedure de onverbindendheid al heeft aangevoerd, waarna dat argument door de rechter is verworpen. In dat geval is (enkel) die belanghebbende niet-ontvankelijk in zijn vordering wegens onrechtmatige wetgeving. Van Buuren 1987, p. 76.

⁶² Van Male 1988, p. 222.

⁶³ Van Male vond dus dat de toetsing door de bestuursrechter minder 'waard' is dan de rechtstreekse toetsing door de burgerlijke rechter. Wellicht zou hij er tegenwoordig anders over denken: de Afdeling én de Centrale Raad toetsen zelfs ambtshalve of een wettelijk voorschrift verbindt (ABRvS 2 augustus 2006, AB 2007, 27; ABRvS 6 september 2006, AB 2006, 358 (Aanwijzing prostitutie inrichtingen); CRvB 12 juni 2007, Gst. 2008, 8. Anders CBB 19 oktober 2007, JB 2007, 236).

⁶⁴ Van Male 1988 t.a.p.

⁶⁵ C.N.J. Kortmann 2006, p. 191; Schlössels verkondigt deze opvatting met enige regelmaat in annotaties, zie bijvoorbeeld JB 2008, 24, noot II, nr. 8. Van Angeren 1998, p. 57. Een enkele lagere rechter volgt dezelfde benadering, zie Pres. Rb. Haarlem 25 januari 1994, KG 1994, 94 (Huisvuiltarief Oostzaan); Hof Amsterdam 14 september 2000, KG 2000, 205 (Toeristenbelasting Enkhuizen); zie ook r.o. 6b van het Hof 's-Gravenhage in de OZB-zaak, te kennen uit HR 17 december 2004, NJ 2005, 152 (OZB/Staat). De Hoge Raad zelf laat de kwestie in het midden.

Bij de formele benadering past een kleine kanttekening. De regel uit *Smit/Staat* kan wellicht de scherpe kantjes van de formele benadering afvlijen.⁶⁶ De Hoge Raad sprak in dat arrest uit, dat de burgerlijke rechter zijn uitspraak kan aanhouden als de uitkomst van een nog lopend beroep bij de bestuursrechter van belang is voor de civiele vordering, vooral als de burgerlijke rechter verwacht dat het beroep gegrond zal zijn. Als de rechter zich op het formele standpunt stelt en een vordering tegen – bijvoorbeeld – een belastingregeling ontvangt, terwijl de eiser tegelijk een beroep heeft lopen tegen een concrete aanslag, dan kan de burgerlijke rechter dus de zaak aanhouden tot de belastingrechter zijn oordeel heeft gegeven. De formele benadering levert dan hetzelfde resultaat op als de materiële: de bestuursrechter toetst de regeling, de burgerlijke rechter sluit zich bij dat oordeel aan. De verschillen hoeven, met toepassing van *Smit/Staat*, in de praktijk dus niet altijd even groot te zijn.

3.4.6 *Lastige gevallen (IV): eigen opvatting & het voorgestelde ontvankelijkheidscriterium*

Ik sluit mij in beginsel aan bij de materiële benadering. De benadering waarbij ieder geding over wetgeving wordt gezien als een geschil dat niet aan de bestuursrechter is opgedragen, lijkt mij formalistisch en in het licht van de vele jurisprudentie waarin de Hoge Raad het belang van specialisatie en rechtseenheid benadrukt, niet meer actueel.⁶⁷

Van een burger, die zijn belangen ook bij de gespecialiseerde bestuursrechter kan doen beschermen, mag gevraagd worden deze weg te volgen om een regeling te laten toetsen. Ook al gaat het formeel om een ander geschil, materieel moet dezelfde rechtsvraag worden beantwoord. Als de burger daarmee bij de bestuursrechter terecht kan, mag dat ook van hem verlangd worden.

Wel blijft ook hier het uitgangspunt van een doeltreffende rechtsbescherming van de burger voorop staan. Dat past in het in paragraaf 3.4.1 voorgestelde ontvankelijkheidscriterium. Ook bij procedures tegen regelingen waarop een appellaal uitvoeringsbesluit kan worden gebaseerd, mag het gezichtspunt van specialisatie alleen dan tot niet-ontvankelijkverklaring van de eiser leiden, als zijn mogelijkheden voor rechtsbescherming daardoor voor hem niet extra riskant of gekunsteld worden.⁶⁸

⁶⁶ HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 166 (*Smit/Staat*).

⁶⁷ Zie ook het *OZB*- en het *Aujeszký*-arrest (hdfst. 14).

⁶⁸ Het communautaire beginsel van effectieve rechtsbescherming vereist niet, dat een rechtstreeks beroep openstaat waarin de burger een nationale wettelijke regeling direct aan het communautaire recht kan laten toetsen. Als het nationale procesrecht van de burger verlangt, dat hij – in de gevallen waarin dat mogelijk is – eerst een uitvoeringsbesluit aanvraagt, kan dat Europeesrechtelijk door de beugel. Slechts als uitlokking van een *sanctie* de enige manier is, waarop een burger een nationale regeling aan het EG-recht kan laten toetsen, wordt het Europese beginsel van effectieve rechtsbescherming geschonden. De materiële benadering doorstaat dus de toets aan het EG-recht, zie HvJ EG 13 maart 2007, *AB* 2007, 301 (*Unibet*) en de noot van De Waele & Schutgens onder dat arrest.

Wat betekent deze regel nu in het voorbeeld van de huiseigenaar (zie hiervoor, par. 3.4.3) die een verordening over onroerende-zaakbelasting door de rechter onverbindend wil doen verklaren? Deze huiseigenaar kan in beginsel zonder risico een aanslag afwachten. Bij de belastingrechter kan hij de belastingverordening laten toetsen. Daarom kan de burgerlijke rechter hem niet-ontvankelijk verklaren in een civielrechtelijke vordering gericht tegen de regeling zelf.⁶⁹

In hoofdstuk 8 en hoofdstuk 9 ga ik uitgebreider in op de problematiek van wetgevingsgedingen tegen regelingen waarop nog een uitvoeringsbesluit kan worden gebaseerd. Hoofdstuk 8 gaat over belastingregelingen en andere indirect werkende regelingen.⁷⁰ Hoofdstuk 9 gaat over de gevallen waar een onverbindende regeling een burger ertoe verplicht, vóór de aanvraag van een vergunning al aan een bepaalde voorwaarde te voldoen.

69 Brengt het afwachten van een aanslag – om welke reden dan ook – wel risico mee, dan is de burger in ieder geval ontvankelijk in een kort geding, zie uitgebreid par. 8.2.

70 Het begrip indirect werkende regeling wordt toegelicht in par. 8.1.

4 | Materieel recht

4.1 Inleiding

Als de beide voorvragen uit hoofdstuk 3 bevestigend zijn beantwoord, komt de rechter toe aan inhoudelijke beoordeling van het wetgevingsgeding. Dit hoofdstuk behandelt de toepassing van materieel burgerlijk recht op het terrein van onrechtmatige wetgeving. Vorderingen inzake onrechtmatige wetgeving worden in de praktijk gegrond op art. 6:162 BW, de onrechtmatige daad, en een enkele keer op art. 6:203 BW, de onverschuldigde betaling.

Over dat laatste kunnen we kort zijn. Een burger die de overheid een geldbedrag betaalt op basis van een later onverbindend gebleken verordening kan dat bedrag als onverschuldigd betaald terugvorderen,¹ tenzij hij heeft betaald op basis van een uitvoeringsbesluit dat formele rechtskracht heeft verworven.² De vordering uit onverschuldigde betaling werkt dogmatisch gezien ‘digitaal’: er is onverschuldigd betaald of niet, wat afhankelijk is van de vraag of de achterliggende regeling al dan niet verbindt. Daarom leiden deze vorderingen doorgaans niet tot gecompliceerde rechtsvragen.

De toepassing van het onrechtmatige-daadsrecht op de wetgevende functie van de overheid roept lastigere vragen op. De rest van dit hoofdstuk gaat daarom over de onrechtmatige daad. De indeling van dit hoofdstuk volgt zo veel mogelijk het beslisschema van de onrechtmatige daad: paragraaf 4.2 gaat in op de onrechtmatigheid; paragraaf 4.3 op de toerekening; in paragraaf 4.4 komt de relativiteit aan bod en in paragraaf 4.5 de causaliteit. In een aparte paragraaf (par. 4.6) betoog ik, dat de bestuursrechtelijke leer van het hypothetisch rechtmatig besluit ook bij wetgevingsaansprakelijkheid kan worden toegepast.³

¹ HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283 (Aujeszky).

² HR 16 oktober 1992, *AB* 1993, 40 (Vullhop/Amsterdam), uitgebreider hfdst. 8.

³ In par. 4.6 wordt de indeling van het beslisschema van de onrechtmatige daad losgelaten, omdat ik de mogelijkheid wil openlaten, dat de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit in het civiele recht wordt ingepast in de relativiteit (zie par. 4.6.4). Om die reden breng ik dit onderwerp niet onder in de paragraaf over relativiteit of die over causaliteit.

4.2 Onrechtmatigheid

Over het onrechtmatigheidsvereiste is veel op te merken. Ik bespreek eerst het geldende recht, op grond waarvan een onjuist gebruik van de wetgevende bevoegdheid wordt vertaald in een civielrechtelijke onrechtmatige daad (par. 4.2.1). Enkele auteurs verdedigen een andere benadering. Ik verwerp die echter (par. 4.2.2).

4.2.1 *Geldend recht: samenval van onverbindendheid en onrechtmatigheid*

Geldend recht is, dat de uitvaardiging van een onverbindende regeling automatisch een onrechtmatige daad oplevert (par. 4.2.1.1). Dit leerstuk wordt in deze paragraaf nader geanalyseerd. Ik betoog dat ook uitvaardiging van een wet in formele zin die in strijd is met een verdragsbepaling een onrechtmatige daad inhoudt (par. 4.2.1.2). Ook de vraag naar de onrechtmatigheid van het voorbereiden van onjuiste ontwerp-regelgeving (par. 4.2.1.3), van niet-intrekking van pas ná uitvaardiging onverbindend geworden regelgeving (par. 4.2.1.4) en van niet-wetgeven (par. 4.2.1.5) komen aan de orde.

Ik ga hier niet in op verbindende regelgeving die een of enkele individuen onevenredig zware schade toebrengt. Weliswaar past de civiele rechter van oudsher ook op dat terrein het onrechtmatige-daadsrecht toe⁴, maar het ziet ernaar uit, dat op afzienbare termijn de bestuursrechter uitsluitend bevoegd wordt, te oordelen over deze ‘égalité-aansprakelijkheid’ voor lagere regelingen.⁵ Ik ga daarom hier, noch in Deel II op dit type aansprakelijkheid in.⁶

4.2.1.1 *Uitvaardiging van een onverbindende regeling*

De basis voor de civielrechtelijke rechtsbescherming tegen wettelijke voorschriften is gelegd in het arrest *Pocketbooks II*.⁷

De uitgevers Van Tuyl en De Bron investeren in een verkoopsysteem voor pocketboekjes in kruideniersbedrijven. Ter bescherming van de reguliere boekhandel vaardigt de Staatssecretaris van Economische Zaken echter vrij onverwachts een ‘vestigingsbeschikking’ (een wet in materiële zin)⁸ uit, die boekverkoop zonder vergunning van de SER verbiedt. Tegen enkele kruideniersbedrijven die al met boekverkoop begonnen waren, wordt proces-verbaal opgemaakt, waarna Van Tuyl

4 HR 20 juni 2003, *NJ* 2005, 189 (Staat/Harrida).

5 Zie het Voorontwerp-Scheltema 2007.

6 De betreffende rechtspraak komt wel aan de orde in Deel III. Daar heeft bespreking van deze jurisprudentie een functie in mijn betoog over égalité-aansprakelijkheid voor de *formele* wet. Op dat terrein blijft de burgerlijke rechter bevoegd als het Voorontwerp-Scheltema 2007 wet wordt.

7 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 (Pocketbooks II).

8 Vóór invoering van de Awb werd de term ‘beschikking’ ook wel gebruikt voor ministeriële regelingen.

en De Bron de verdere medewerking van kruideniers verliezen. In *Pocketbooks I*, een strafprocedure tegen een beboete kruidenier, oordeelt de Hoge Raad, dat de vestigingsbeschikking onverbindend is wegens strijd met art. 7 Gw.⁹ Van Tuyl en De Bron vorderen vervolgens bij de civiele rechter vergoeding van de schade die zij door de onverbindende regeling hebben geleden.

De Staat stelt in zijn cassatiemiddel, dat:

‘een daad van materiële wetgeving, als hoedanig de voornoemde beschikking is te beschouwen, ook al is zij onverbindend wegens strijd met de Grondwet, nimmer kan zijn een onrechtmatige daad in de zin van artikel 1401 BW’.

De Hoge Raad overweegt echter:

‘dat de Staat onrechtmatig handelt indien een Staatssecretaris, orgaan van de Staat, door een beschikking als de onderhavige een verbod stelt op en daardoor sancties bedreigt tegen een handeling die ingevolge een bepaling van de Grondwet niet mag worden verboden; dat geen rechtsregel de toepasselijkheid van art. 1401 B.W. op de uitvaardiging van een dergelijke beschikking uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt, en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid *niet meebrengt dat artikel 1401 bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn*’ [curs. RS]

De Hoge Raad spreekt principieel uit, dat het onrechtmatige-daadsrecht integraal van toepassing is op de uitoefening van de wetgevende functie door de overheid. De (materiële) wetgever is bij het tot stand brengen van een regeling gebonden aan (hogere) rechtsregels. Schendt hij deze rechtsregels, dan komt het wettelijk voorschrift publiekrechtelijk bezien op onregelmatige wijze tot stand. De regeling geeft dan blijk van een miskenning van hoger recht en is daarom (eventueel partieel) onverbindend. De schending van de hogere rechtsregel die – publiekrechtelijk bezien – onverbindendheid van de regeling met zich bracht, levert naar burgerlijk recht een onrechtmatige daad op.¹⁰ In de praktijk leidt de rechter de onrechtmatigheid van het uitvaardigen van een wettelijk voorschrift doorgaans rechtstreeks af uit de onverbindendheid van dat voorschrift.¹¹

Onverbindendverklaren is geen rechtshandeling van de rechter ten aanzien van de regeling. Het is – dogmatisch bezien – een constatering van iets wat naar geldend recht reeds het geval is. Daarom ‘geldt’ de onverbindendheid vanaf het moment dat de lagere regeling in strijd kwam met de hogere, niet vanaf het moment dat de rechter haar heeft geconstateerd. De onrechtmatigheid bestaat vanaf hetzelfde moment.¹²

9 HR 22 maart 1960, *NJ* 1960, 274 (Pocketbooks I).

10 Het burgerlijk recht kwalificeert handelingen; in het publiekrecht worden besluiten beoordeeld. Van Maanen & Schlössels 2004, p. 141-142; Van Male 1988, p. 227.

11 C.N.J. Kortmann 2006, p. 112. HR 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252 (Staat/Van Gelder) is hiermee niet in tegenspraak, zie hierna, par. 4.2.2.2.

12 Evenzo CRvB 15 november 2005, *Gst.* 2006, 105.

Voor wettelijke voorschriften geldt een rechtsregime dat vergelijkbaar is met dat voor appellabele besluiten. Als een dergelijk besluit in strijd is met het publiekrecht, wordt het door de bestuursrechter vernietigd. De burgerlijke rechter vertaalt de uit de vernietiging blijkende strijdigheid met het publiekrecht één op één in privaatrechtelijke onrechtmatigheid.¹³

4.2.1.2 De formele wet en art. 94 Gw

Levert ook de enkele uitvaardiging van een wet in formele zin die in strijd is met een een ieder verbindende bepaling, een onrechtmatige daad op?¹⁴

De letter van art. 94 Gw verplicht rechter en bestuur, om de wet buiten toepassing te laten als de *toepassing* in strijd is met een een ieder verbindende bepaling. Zou de rechter uitsluitend bevoegd zijn, de toepassing van de wet aan internationale normen te toetsen, dan kan dat onder omstandigheden een aansprakelijkheidsbeperkend effect hebben.¹⁵

In de meeste gevallen wordt schade toegebracht door uitvaardiging in combinatie met uitvoering van een wettelijke regeling. Is de handhaving van een regeling in strijd met een een ieder verbindende bepaling, dan is (sowieso) die handhaving onrechtmatig: art. 94 Gw verplicht het ambt dat de wet uitvoert, haar buiten toepassing te laten bij strijd met een internationale norm. Handhaving in strijd met het verdrag miskent die plicht en is dus onrechtmatig. Mogelijke schade kan in deze gevallen – indien gewenst – worden toegerekend aan de onrechtmatige uitvoeringshandelingen.

De wet kan echter ook schade veroorzaken zónder dat zij wordt uitgevoerd. Dit is te zien als wij de casus van *Pocketbooks II* iets aanpassen.

Stel, dat de verkoop van pocketboekjes bij formele wet wordt verboden. De wet stelt een fikse boete op overtreding van dit verbod. Geen enkele kruidenier wil het risico lopen om beboet te worden. Alle detailhandelaars schikken zich uit eigen beweging naar het verbod.

Aan de groothandelaars die hebben geïnvesteerd in een verkoopsysteem voor Pocketbooks wordt nu schade toegebracht, zonder dat de wet wordt toegepast. De schade wordt veroorzaakt doordat de enkele uitvaardiging van de wet het gedrag van potentiële afnemers al beïnvloedt.

Stel, dat de burgerlijke rechter in een door de groothandelaars aangespannen geding tot de conclusie komt, dat de uitvaardiging van de wet in strijd is met de uitingsvrijheid van art. 10 EVRM.

13 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669 (St. Oedenrode/Driessen) en HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 (Van Gog/Nederweert). Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 751; Schlössels 2003 en vele anderen.

14 Strikt genomen geldt art. 94 Gw voor alle typen wettelijke regelingen, zie par. 2.5.

15 Zie par. 2.5.

Als de burgerlijke rechter strikt zou vasthouden aan de gedachte, dat alleen de *toepassing* van een wet onrechtmatig kan zijn, zou dat ertoe leiden dat aansprakelijkheid in de geschetste casus uitgesloten is.¹⁶ Daarvoor is immers noodzakelijk, om de blote uitvaardiging van de wet als een onrechtmatige daad te bestempelen. Het lijkt mij een ongerijmde en onbedoelde consequentie van (de letter van) art. 94 Gw, als staatsaansprakelijkheid in het geschetste geval onmogelijk zou zijn. Ongerijmd, omdat het feit dat de schade hier geen verband houdt met toepassing van de wet, min of meer 'toevallig' is. Bij een iets andere samenloop van omstandigheden is er wel een geval van handhaving van de wet. Dan is er (toevallig) wel een geval van *wetstoepassing*, dat dan als tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad kan worden aangewezen.¹⁷

Onbedoeld, omdat op het moment dat art. 94 Gw – voor zover relevant – tot stand kwam, het leerstuk van onrechtmatige wetgeving nog niet bestond.¹⁸ Het is aannemelijk, dat casus als hier geschetst de grondwetgever niet voor ogen hebben gestaan. Daarom is erop dit punt weinig reden om aan de letter van het grondwetsartikel vast te houden.

In paragraaf 2.5 is al ter sprake gekomen, dat de rechter volgens de grondwetgever van 1983 bevoegd is om uit te spreken, dat een wet *als zodanig* in strijd is met een verdragsbepaling. De rechter mag dus uitspreken, dat de *uitvaardiging* van een wet in strijd was met een verdragsrechtelijke plicht van de wetgever. De burgerlijke rechter kan die constatering mijns inziens ook vertalen in de kwalificatie, dat de (formele) wetgever door het enkele uitvaardigen van een wet een onrechtmatige daad heeft begaan.¹⁹ Zo is schadevergoeding in het geschetste voorbeeld mogelijk.

Aangezien de regeling van art. 94 Gw voor het communautaire recht niet geldt, zijn er ten aanzien van formele wetgeving die in strijd is met Europees recht geen bijzondere problemen: de enkele uitvaardiging kan hoe dan ook worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad naar Nederlands burgerlijk recht.

16 Dit is mijns inziens de logische consequentie van een opvatting zoals verdedigd door Reestman. Deze ziet art. 94 Gw uitsluitend als een soort rechtsvindingsregel voor de rechter: bij de *toepassing* van rechtsregels heeft het verdrag *voorrang* op de wet. Het verdrag staat volgens hem echter niet *boven* de wet. Reestman 2008, p. 82 (toegepast op het Franse recht: Reestman 2002, p. 90). In mijn ogen staat het verdrag wel degelijk boven de wet: een verdragsbepaling schept publiekrechtelijke rechtsplichten die ook de wetgever binden. De schending daarvan levert een onrechtmatige daad op. Staat het verdrag *naast* de wet, dan kan de uitvaardiging van een wet die daarmee in strijd is, geen onrechtmatige daad inhouden. Dat heeft in de hierboven geschetste casus ongerijmde gevolgen.

17 Er worden wel twee (onrechtmatige) boetes opgelegd.

18 Dat was in de jaren vijftig; zie par. 2.5.

19 Zo ook Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 290g.

4.2.1.3 Ontwerp-regelingen²⁰

Ook een onjuiste ontwerp-regeling kan schade veroorzaken. Dat gebeurt als burgers hun handelen (naar achteraf blijkt ten onrechte) bij voorbaat afstemmen op de inwerkingtreding van het ontwerp. Is de overheid aansprakelijk voor schade ten gevolge van een onjuist ontwerp? Volgens de Hoge Raad is dat niet het geval. Hij baseert dit op een eigen schuld-redenering. Ik bespreek deze kort. Daarna stel ik voor om het probleem iets anders te benaderen.

In *Direks/Venray* spreekt de Hoge Raad uit, dat iemand die vooruitloopt op de inwerkingtreding van een ontwerp-regeling, op eigen risico handelt.²¹

De gemeente Venray publiceert een ontwerp-verordening waarin – kort gezegd – een investering in ‘varkensrechten’²² wordt gevraagd van iedere boer die een vergunning wil krijgen om zijn varkensstapel uit te breiden. Direks doet deze investering nog voordat de verordening is aangenomen. Nog geen week later wordt de verordening door de gemeenteraad van Venray ongewijzigd vastgesteld. Enige tijd daarna wordt deze regeling in een procedure waarin Direks persoonlijk niet was betrokken, door de Afdeling onverbindend verklaard. De gemeente Venray erkent tegenover Direks, dat de investeringseis onverbindend was. De investering is echter al gedaan.

Direks redeneert, dat de onrechtmatigheid van de uiteindelijk tot stand gekomen regeling meebrengt dat ook de gelijkkluidende ontwerp-regeling onrechtmatig was. Hij spreekt de gemeente aan tot vergoeding van zijn investeringsschade. De Hoge Raad wijst de claim af:

‘in het algemeen [doet] iemand die vooruitlopend op de totstandkoming van een bepaalde regeling bepaalde handelingen verricht, zulks *op eigen risico* in die zin dat de omstandigheid dat de regeling niet totstandkomt of achteraf blijkt geheel of gedeeltelijk onverbindend te zijn, *voor zijn risico komt*.’ [Dit kan] ‘onder bijkomende omstandigheden anders (...) zijn, waarbij met name valt te denken aan het geval dat van overheidswege wordt geëist dat op de totstandkoming van de regeling wordt vooruitgelopen of van overheidswege dusdanige uitlatingen worden gedaan dat de betrokkene daaruit in samenhang met hetgeen reeds bekend is omtrent de voorgenomen regeling in redelijkheid mag afleiden dat een dergelijke eis wordt gesteld.’

²⁰ Over rechtsvorderingen met betrekking tot ontwerpen voor een *formele* wet par. 11.3 en 12.3.3.

²¹ HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 325 (*Direks/Venray*).

²² Het ging hier om een vereiste investering in varkensrechten, vergelijkbaar met het geval HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (*Kuijpers/Valkenswaard*). Zie uitgebreid hfdst. 9. Voor de duidelijkheid: in het geval *Direks* speelde de leer van de formele rechtskracht niet. *Direks* attendeerde de gemeente op de onjuistheid van de investeringseis nádat hij varkensrechten had aangekocht, maar vóórdat hij een definitieve vergunning verkreeg.

De ratio voor deze niet-aansprakelijkheid is de volgende:

‘Wanneer als uitgangspunt zou worden aanvaard dat bij het niet volgens verwachting totstandkomen van regelgeving aansprakelijkheid bestaat jegens degenen die reeds onverplicht kosten hebben gemaakt om aan die regelgeving te voldoen, zou dat wegens de daaraan verbonden financiële risico’s mogelijk afbreuk doen aan het belang van een tijdige bekendmaking van het voorstellen tot regelgeving, waarmee een goede besluitvorming met inachtneming van de belangen van betrokkenen in het algemeen is gediend.’

De Hoge Raad baseert de niet-aansprakelijkheid van de gemeente jegens Direks op een eigen schuldredenering, al noemt hij art. 6:101 BW niet. Behoudens bijzondere, bijkomende omstandigheden mag de burger niet vertrouwen op het ongewijzigd tot stand komen van een hem bekend geworden ontwerp. Doet hij dat toch, dan komt eventuele schade die daaruit voortvloeit voor eigen rekening.²³ Wat nu, als een burger schade lijdt ten gevolge van een ontwerp, doordat *derden* op de inwerkingtreding daarvan vooruit lopen? De eigen schuldbenadering van de Hoge Raad ‘dekt’ dit geval niet, omdat zij de mogelijkheid open laat, dat het schrijven, indienen en publiceren van een onregelmatige ontwerpregel onrechtmatig kan zijn.

Stel, een ontwerpraadsverordening verbiedt om met auto’s van voor een bepaald bouwjaar binnen de gemeentegrenzen te komen. Vanaf de bekendmaking van het ontwerp stagneert in een binnen de gemeente gelegen *deux chevaux*-garage de verkoop. De regeling wordt vrij snel na haar inwerkingtreding door de rechter onverbindend verklaard wegens strijd met de Wegenverkeerswet.²⁴ Kan de garagehouder de schade, geleden in de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding, op de gemeente verhalen?

De regel uit *Direks/Venray* is op de garagehouder niet van toepassing, want deze heeft zelf niet op de inwerkingtreding vooruit gelopen. De *ratio* van de regel uit *Direks/Venray* gaat in deze casus echter wel op. Ook hier zou de overheid door financiële risico’s ontmoedigd kunnen worden om betrokkenen vroegtijdig te consulteren.

De volgende redenering biedt een eenvoudige oplossing. Het *publiekrecht* verbiedt in beginsel niet, om ontwerpverordeningen met welke inhoud ook in te dienen. Slechts het uitvaardigen van een regeling die in strijd is met een hogere regel is in strijd met het publiekrecht, met onverbindendheid als ‘sanctie’. De uitvaardiging is het moment waarop een (ontwerp-)regeling uiterlijk conform hoger recht

23 Vgl. HR 29 april 1994, *AB* 1994, 530 (GE/Den Haag) voor een nog aantastbare vergunning.

24 Vgl. HR 23 december 1980, *NJ* 1981, 171 (Autoverbod Schiermonnikoog).

moet zijn.²⁵ Civielrechtelijke onrechtmatigheid volgt één op één uit publiekrechtelijke onjuistheid. Schrijven, indienen en publiceren van een ontwerp, dat – ware het reeds uitgevaardigd – onverbindend zou zijn, levert publiekrechtelijk gezien nog geen onjuist besluit of onjuiste handeling op.²⁶ Schrijven, indienen en publiceren van een onjuist ontwerp is daarom in beginsel geen onrechtmatige daad. Onrechtmatigheid treedt pas op bij *uitvaardiging* van een onverbindende regeling. Ook in gevallen, als de geschetste *deux chevaux*-casus, is de overheid in beginsel niet aansprakelijk.

Dit laat onverlet dat ook in deze benadering bijkomende omstandigheden kunnen meebrengen, dat al voor uitvaardiging onrechtmatig wordt gehandeld. Zoals de Hoge Raad zegt in *Direks/Venray*: de overheid handelt al vóór de uitvaardiging van een regeling onrechtmatig, als zij het vertrouwen vestigt, dat de regeling ongewijzigd tot stand zal komen of zelfs eist dat de burger op de inwerkingtreding vooruit loopt. Die bijkomende handelingen zijn in dat geval de tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad. Anders gezegd: de overheid handelt vóór het moment van uitvaardiging van een regeling uitsluitend onrechtmatig als zij jegens een specifiek individu een zorgvuldigheidnorm of een andere specifieke rechtsplicht²⁷ schendt, die al geldt voorafgaand aan het moment van uitvaardiging.

4.2.1.4 Na inwerkingtreding onverbindend geworden regelgeving

Soms komt een hogere regeling tot stand, waardoor een (wellicht reeds lang) bestaande lagere regeling haar rechtskracht geheel of gedeeltelijk verliest.

Een voorbeeld is de Absintwet 1909. Deze verbood de verkoop van absint omdat deze drank de giftige stof thujon bevat. Een Europese richtlijn uit 1988 echter harmoniseert voor de hele Unie het maximaal toegestane gehalte thujon in alcoholische dranken. Absint bevat veel minder thujon dan dit Europese maximum. Een Amsterdamse slijter wordt op grond van de Absintwet 1909 vervolgd voor het in bezit hebben van enkele flessen absint. Gelet op de richtlijn uit 1988 moet de slijter van rechtsvervolging worden ontslagen.²⁸

25 Meer precies: mijns inziens is aansprakelijkheid mogelijk vanaf het moment dat de laatste rechtshandeling in het regelgevingsproces is verricht. Op dat moment is de regeling ‘af’ en zal er normaal gesproken niets meer aan de inhoud veranderen. De burger moet vanaf dat moment op de juistheid van de regeling kunnen vertrouwen. Ligt er bijvoorbeeld enige tijd tussen de bekendmaking en de inwerkingtreding van een onrechtmatige wet, dan is de overheid dus al in deze tussenperiode aansprakelijk.

26 Het publiekrecht kent geen bepaling die het schrijven, indienen of publiceren van bepaalde ontwerp-regelingen verbiedt. Het publiekrecht biedt zelfs aanknopingspunten voor het uitgangspunt, dat de gedachtewisseling in vertegenwoordigende ambten *vrijelijk* moet kunnen plaatsvinden, ongehinderd door rechtsvorderingen van ‘buiten’, vgl. art. 71 Gw; art. 22 Gemw; art. 22 Prov w e.d.

27 Bijvoorbeeld een specifieke plicht om reeds voor totstandkoming van een AMvB te overleggen met een beroepsorganisatie, vgl. Pres. Rb. ’s-Gravenhage 3 oktober 1977, *NJ* 1978, 170 (Aanvangssalarissen leraren).

28 Rb. Amsterdam 13 juli 2004, *NJ* 2004, 564 (Absint).

De *handhaving* van een dergelijke onverbindend geworden regeling is onrechtmatig. Op het moment dat de overheid strafvervolgning instelt of een beschikking baseert op een regeling, moet zij nagaan of deze uitvoeringshandeling rechtmatig is. Dat brengt mee, dat zij zich ervan moet verzekeren dat de wettelijke regeling waarop de handeling berust, nog altijd verbindend is. Baseert de overheid haar handelen op een onverbindend geworden regeling, dan is dat uitvoeringshandelen onrechtmatig.

De slijter had daarom sowieso (in plaats van een strafgeding uit te lokken) een toepassingsverbod kunnen vragen, dan wel een verklaring voor recht dat handhaving van de Absintwet jegens hem onrechtmatig zou zijn, omdat deze haar geldigheid had verloren. Daarbij zou de onrechtmatigheid van uitvoeringshandelingen als opstap kunnen fungeren voor een civiel geding tegen de onverbindend geworden regeling.

Als de slijter kan bewijzen dat hij schade heeft geleden doordat hij zich vrijwillig heeft geschikt naar de Absintwet, lange tijd nadat deze door de Europese richtlijn haar rechtskracht had verloren, kan hij deze dan vergoed krijgen? Daarvoor moet het enkele niet intrekken van de onverbindend geworden regeling een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad opleveren.²⁹

De oorzaak van de schade is in dit geval de niet-intrekking van de onverbindend geworden wet, waarnaar de burger zich (naar later blijkt onnodig) is blijven richten.

Ik neem aan, dat de totstandkoming van een hogere regeling, als gevolg waarvan een lagere regeling haar verbindende kracht verliest, in beginsel een (ongeschreven) rechtsplicht in het leven roept om de lagere regeling in te trekken. Als de lagere regeling niet wordt ingetrokken, en dus onderdeel blijft uitmaken van het corpus aan uitgevaardigde wettelijke regelingen, wordt door niet-intrekking ten onrechte de schijn in stand gelaten, dat de regeling nog verbindt. Daardoor worden burgers er ten onrechte toe aangezet zich naar de regeling te blijven richten.³⁰ Mijns inziens is de niet-intrekking van een onverbindend geworden regeling in

29 In dit specifieke geval is de overheid mogelijk ook aansprakelijk op grond van het leerstuk van niet (correcte) richtlijninzetting, vgl. HvJ EG 19 november 1991, *NJ* 1994, 2 (Francovich). Het gaat mij er hier echter om, te betogen dat er naar Nederlands recht een *algemene* plicht tot intrekking van onverbindend geworden regelgeving moet worden aangenomen, ongeacht welk type hogere norm de onverbindendheid veroorzaakt. Ik gebruik dit voorbeeld, om dat dit het meest in het oog springende recente geval is van schade die een particulier lijdt door onverbindend geworden wetgeving.

30 Voor de rechtskracht van verordeningen van decentrale ambten die door een latere hogere regeling hun rechtskracht verliezen, bestaat een afzonderlijke wettelijke regeling. De bepalingen die in strijd komen met een posterieure, hogere regeling, 'zijn van rechtswege vervallen' (art. 122 Gemw; 119 Provw; 59 lid 2 Waterschapswet; Dölle & Elzinga 2004, p. 192-193). Mijns inziens geldt ook hier een plicht tot intrekking, of in ieder geval: de plicht om in het daartoe geëigende publicatieblad bekend te maken, dat de regeling is vervallen. Opgemerkt moet worden dat de wetgever er bewust van heeft afgezien in de Gemeentewet een wettelijke verplichting tot intrekking van vervallen verordeningen op te nemen, omdat een dergelijke bepaling 'onbedoeld de indruk kan wekken' dat intrekking een vereiste is voor het vervallen van de verordening – terwijl deze juist van rechtswege vervalt (*Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 119). Het ontbreken van een wettelijke verplichting tot intrekking is mijns inziens verenigbaar met de door mij aangenomen (zorgvuldigheids)plicht tot intrekking die strekt tot het voorkomen van schade, doordat de burger zich ten onrechte naar de vervallen regeling blijft richten.

beginsel een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad. De overheid is dus risicoaansprakelijk voor het niet intrekken van regelgeving die haar verbindende kracht heeft verloren.³¹

4.2.1.5 Niet-wetgeven

De aard van de wetgevende functie van de overheid brengt niet mee, dat het onrechtmatige-daadsrecht bij een onrechtmatig gebruik daarvan slechts beperkt van toepassing zou zijn, zo leerde reeds *Pocketbooks II*. In die regel ligt al besloten, dat de (materiële) wetgever civielrechtelijk onrechtmatig handelt als hij ten onrechte *nalaat* een regeling tot stand te brengen. In latere arresten wordt inderdaad bevestigd, dat de overheid aansprakelijk is voor niet-wetgeven, als ten onrechte geen wet tot stand wordt gebracht.³² Ook de schending van een publiekrechtelijke plicht tot regelstelling levert dus een onrechtmatige daad op. Gedingen naar aanleiding van niet-wetgeven zijn zeldzamer dan gedingen tegen onverbindende regelgeving. Daardoor komen in dit proefschrift minder voorbeelden aan de orde van onrechtmatig niet-wetgeven, dan van onrechtmatig wetgeven.³³ Niettemin kunnen wij ervan uitgaan, dat het onrechtmatige-daadsrecht op dezelfde wijze van toepassing is bij ten onrechte niet-wetgeven als bij onrechtmatig (wel) wetgeven.³⁴

31 Ook bij de uitvaardiging van (reeds in aanvang) onverbindende wetgeving is de overheid in feite risico-aansprakelijk (zie ook par. 4.3). Er is echter een verschil: de uitvaardiging van een regeling markeert duidelijk het moment waarop de overheid de regeling aan hoger recht moet toetsen. Bij de door mij aangenomen plicht tot intrekking van een pas na haar uitvaardiging onverbindend geworden regeling is dat anders. Deze plicht impliceert dat de overheid de ontwikkeling van 'hoger' recht voortdurend in de gaten moet houden en al haar reeds geldende regelingen daaraan voortdurend moet toetsen. De omvang van het aansprakelijkheidsrisico is hier veel lastiger in te schatten. In een 'mildere' variant zou de overheid aansprakelijk gesteld kunnen worden vanaf het moment dat zij weigert een regeling aan te passen, nadat zij door een benadeelde op de hoogte is gesteld van de reden waarom de regeling niet meer verbindt.

32 Voor lagere regelingen HR 18 januari 1991, *AB* 1991, 241 (Leffers/Staat); HR 19 februari 1993, *AB* 1993, 305 (Trias) voor de wet in formele zin. Beide arresten behelzen een vordering strekkende tot nadeelcompensatie, wat niet wegneemt dat de grondslag voor aansprakelijkheid wordt gevonden in de constructie dat ten onrechte geen compensatieregeling tot stand is gebracht (Leffers) respectievelijk dat niet-wetgeven zonder schadevergoeding aan te bieden onrechtmatig was (Trias). Anders gezegd: niet-wetgeven terwijl een hogere norm of een rechtsbeginsel verplicht tot wetgeven is een onrechtmatige daad.

33 Ik ga in Deel II ook niet apart op onrechtmatig niet-wetgeven in; zie wel hfdst. 15.

34 De bekende Francovich-jurisprudentie (HvJ EG 19 november 1991, *NJ* 1994, 2 (Francovich)) over aansprakelijkheid voor ontijdige of incorrecte richtlijn-omzetting levert daarom geen bijzondere problemen op in het Nederlandse recht (vgl. reeds Bok 1993 en Betlem 1996). Incorrecte of tardieve omzetting is naar Nederlands recht sowieso een toerekenbare onrechtmatige daad. De rechter zal er bij een eventuele vordering wegens niet-omzetting of incorrecte omzetting wel op moeten letten, dat hij de (potentieel aansprakelijkheidsbeperkende) nationale vereisten van relativiteit en causaliteit niet te strikt toepast (ik zie overigens geen aanwijzingen, dat dit zou dreigen). Zie over staatsaansprakelijkheid voor niet (correcte) richtlijn-omzetting Meijer 2007, p. 126-129, die eveneens concludeert, dat het Nederlandse onrechtmatige-daadsrecht, toegepast op niet (correcte) omzetting, zonder problemen aan de minimumvereisten van Francovich voldoet.

4.2.1.6 *Balans*

Concluderend: de onverbindendheid van een wettelijke regeling is het gevolg van de schending van een hogere rechtsnorm. Die normschending is een onrechtmatige daad, zowel in het geval dat een onverbindende lagere regeling wordt uitgevaardigd, als in het geval dat een wet in formele zin wordt uitgevaardigd die strijdt met een verdragsbepaling.

Het past in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad, om de miskennis van een hogere regel bij het schrijven, indienen of publiceren van een ontwerp-regeling pas aan te merken als een onrechtmatige daad op het moment dat de regeling definitief wordt uitgevaardigd. Pas dan is de regeling ook in strijd met het publiekrecht; het publiekrecht verbiedt niet het indienen van en debatteren over ontwerpen die wellicht niet aan hogere normen voldoen. Uitsluitend de schending van een specifieke rechtsplicht die al gold voorafgaand aan uitvaardiging kan tot de conclusie leiden dat reeds tijdens het wetgevingsproces onrechtmatig is gehandeld. Als een aanvankelijk juiste regeling in strijd komt met een hogere regeling van recenter datum, ontstaat voor de overheid in beginsel een rechtsplicht tot intrekking of aanpassing van die regeling. Niet intrekken is in dat geval een vorm van onrechtmatig nalaten. Ook het verzaken van een rechtsplicht tot regelstelling is een onrechtmatige daad naar burgerlijk recht.

4.2.2 *Andere benaderingen*

Naar geldend recht is reeds de uitvaardiging van een onverbindende regeling een onrechtmatige daad (zie par. 4.2.1.1). De meeste auteurs onderschrijven deze koppeling van onrechtmatigheid aan onverbindendheid.³⁵ Er zijn ook andere benaderingen bepleit, die er in verschillende varianten op neerkomen dat de onrechtmatigheid nauwer wordt verbonden met de concrete schadetoebrenging of het concrete belang van de burger dat in de verdrukking komt. Ik bespreek deze benaderingen kort en ik sluit mij er niet bij aan.

4.2.2.1 *Concrete onrechtmatigheid*

Enkele auteurs verdedigen, dat uit de publiekrechtelijke ongeldigheid van een besluit nog niet automatisch blijkt, dat de uitvaardiging daarvan onrechtmatig is naar privaatrecht. Deze opvatting wordt vooral verwoord door Schlössels, Van Maanen en Tak.³⁶

35 Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 290g-290i; C.N.J. Kortmann 2006, p. 210-212; Meijer 2007, p. 15-16; Wiarda/Koopmans 1999, p. 68; Bok 1991, p. 128; Huijgen 1991, p. 145; Polak 1987, p. 139; Kistenkas 1994, p. 14.

36 Schlössels en Van Maanen richten hun pijlen in de eerste plaats op de automatische koppeling van onrechtmatigheid en ongeldigheid bij appellabele besluiten. Deze koppeling loopt bij onverbindende wetgeving echter grotendeels langs dezelfde lijnen. Schlössels & Van Maanen 2004; Tak 1997, p. 365-368; Van Maanen 2004 (i.h.b. p. 788); Bestreden door C.N.J. Kortmann 2006, p. 117-119. Specifiek over vernietigde besluiten: Schlössels 2003. Zie ook Van Maanen & De Lange 2005, p. 125.

Schlössels en Van Maanen benadrukken, dat de rechter bij de beoordeling van de publiekrechtelijke geldigheid van een besluit beziet, of dit in algemene zin in overeenstemming is met objectieve normen van publiekrecht. Is dat niet het geval – is het besluit ongeldig – dan wil dat volgens Schlössels en Van Maanen nog niet zeggen, dat door het nemen van het besluit ook een concrete rechtsplicht is geschonden tegenover de burger wiens belangen door het besluit worden geraakt. De civielrechtelijke onrechtmatigheid zou daarom pas definitief vaststaan, als de overheid door het uitvaardigen van het besluit ten opzichte van de concrete, geschonden belangen (of subjectieve rechten) van de burger onzorgvuldig heeft gehandeld.³⁷ In deze benadering is de relativiteit een integrerend onderdeel van de onrechtmatigheid.

De benadering van Tak is hieraan verwant. Tak onderscheidt twee aspecten van onrechtmatigheid van besluiten met een algemene strekking. De ‘objectieve (on)rechtmatigheid’ betreft de gevolgen die het voorschrift heeft voor de gehele gemeenschap. Dit betreft de vraag naar de in abstracto te bepalen geldigheid. De ‘geïndividualiseerde (on)rechtmatigheid’ betreft de gevolgen die het besluit heeft voor een of een aantal concrete burgers. Door de gelijkschakeling van onverbindendheid en onrechtmatigheid beoordeelt de burgerlijke rechter volgens Tak ten onrechte de – op de verbindendheid betrekking hebbende – objectieve onrechtmatigheid, in plaats van het besluit te bezien in de context waarin het voor de individuele burger nadelige gevolgen oplevert. Hierbij wordt er volgens Tak ten onrechte van uitgegaan dat de objectieve onrechtmatigheid ‘per definitie onrechtmatigheid in concreto met zich meebrengt.’³⁸

Deze auteurs verzetten zich tegen de automatische gelijkschakeling van ongeldigheid en onrechtmatigheid, omdat deze volgens hen het gevaar in zich bergt, dat de overheid aansprakelijk wordt gesteld in gevallen waarin dat niet gerechtvaardigd is, omdat de overtreden norm niet strekt tot bescherming van de geschonden belangen. Tak ziet bovendien aanwijzingen, dat de burgerlijke rechter – door zich overmatig te concentreren op de objectieve geldigheid van voorschriften – uit het oog verliest, dat een voorschrift ook als het verbindend/objectief rechtmatig is, toch tegenover de concrete benadeelde onrechtmatig kan uitpakken.³⁹

37 Deze visie is een variant van de ‘leer Smits’, toegepast op het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Zie Smits 1938, Van Dam 2000, p. 832-833 en Van Dunné 2004, p. 240-243.

38 Tak 1997, p. 366. Zie ook Tak 1992 voor een scherp onderscheid tussen de vraag naar de algemene, objectieve juistheid van een besluit enerzijds en de vraag of het besluit voldoende recht doet aan de concrete omstandigheden waarin de individuele belanghebbende verkeert anderzijds. De rechter zou volgens Tak uitsluitend die tweede vraag moeten beantwoorden.

39 Tak 1997, p. 366. Mede omdat de burgerlijke rechter terughoudend is met onverbindendverklaren, dreigt volgens Tak de rechtspositie van individuele burgers in de knel te komen. Tak waarschuwt in feite voor ‘misplaatste aansprakelijkheid’: soms dreigt de overheid ten onrechte aansprakelijk gesteld te worden omdat een voorschrift in algemene zin onjuist is, terwijl er in het concrete geval weinig reden is om schadevergoeding toe te kennen; soms kan juist in het concrete geval compensatie op haar plaats zijn, maar blijft die achterwege, omdat het schadetoebrengende besluit objectief rechtmatig/verbindend is. Overigens betoog ik in hfdst. 12 dat art. 120 Gw dit gevaar in het leven kan roepen bij de wet in formele zin. Voor de oplossing van dit probleem is het echter helemaal niet nodig om de vigerende dogmatiek op zijn kop te zetten door de koppeling tussen onverbindendheid en onrechtmatigheid uit *Pocketbooks II* los te laten.

Ik sluit mij niet bij deze benadering aan.

Ten eerste wijkt de benadering af van het systeem van art. 6:162 en art. 6:163 BW.⁴⁰ Op de voet van art. 6:162 lid 2 BW wordt onder meer als onrechtmatige daad aangemerkt: een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht. Handelen of nalaten kan dus wel degelijk in abstracto als onrechtmatig bestempeld worden, dat wil zeggen in strijd worden geoordeeld met de wet, los van de concrete belangen die door de handeling zijn geschonden.⁴¹

Zo gaat de burgerlijke rechter dan ook te werk bij de onrechtmatige overheidsdaad. Al in *Ostermann* bleek de schending van een publiekrechtelijk wettelijk voorschrift synoniem aan onrechtmatig handelen.⁴² Uit het *Tolkentariëven*-arrest blijkt vervolgens dat ook de overtreding van een ongeschreven publiekrechtelijke norm een onrechtmatige daad oplevert.⁴³ De schending van een publiekrechtelijk voorschrift kan in het schema van art. 6:162 BW dus automatisch worden bestempeld als een onrechtmatige daad.

De relatie tussen de normschending en de concrete positie van de burger hoeft in dit systeem niet met de kwalificatie van onrechtmatigheid te worden vervlochten: de relativiteit is een losstaande, volgende stap in het beslisschema van de onrechtmatige daad.

Onverbindendheid van een regeling wil zeggen dat zij rechtskracht mist, omdat zij met het oog op een hogere regel niet uitgevaardigd mocht worden. Onverbindendverklaring is dus een abstracte constatering, die inhoudt dat een hogere rechtsregel is geschonden. In het systeem van art. 6:162 lid 2 BW kan de geconstateerde schending van een wettelijk voorschrift door de wetgever eenvoudig worden vertaald in abstracte onrechtmatigheid.

Daar komt bij, dat een ‘concretisering’ van de onrechtmatigheid niet noodzakelijk is om het (potentiële) gevaar van uitdijende overheidsaansprakelijkheid in te dammen. Als de onrechtmatigheid in abstracto wordt vastgesteld, blijft de relativiteit een zelfstandig aansprakelijkheidsvereiste binnen het beslisschema van art. 6:162 (en 6:163) BW. Ook als ‘los’ vereiste kan de relativiteit, indien gewenst, worden ingezet om aansprakelijkheid te beperken. In *Pocketbooks II*, noch elders is gezegd, dat de versmelting van ongeldigheid/onverbindendheid en onrechtmatigheid zou inhouden, dat daarmee ook de relativiteitsvraag automatisch is beantwoord.

Het feit, dat uit de onverbindendheid van een regeling wordt afgeleid dat de uitvaardiging daarvan een onrechtmatige daad was, sluit – anders dan Tak vreest – ook niet uit, dat (in ieder geval de uitvoering) van een verbindende regeling wegens de bijzondere omstandigheden van het geval toch onrechtmatig kan zijn,

40 Zo ook C.N.J. Kortmann 2006, p. 118.

41 Of: los van de vraag of inbreuk op een recht is gemaakt. Deze onrechtmatigheidscategorie laat ik verder buiten beschouwing.

42 HR 24 november 1924, *NJ* 1925, p. 89 (Ostermann).

43 HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 726 (Tolkentariëven). In feite wordt handelen in strijd met ongeschreven publiekrecht daardoor op dezelfde manier behandeld als de onrechtmatigheidscategorie handelen in strijd met een wettelijke plicht.

zodat de burger zich kan verzetten tegen handhaving jegens hem.⁴⁴ Is een regeling in het individuele geval toepasselijk, maar treffen haar gevolgen een enkele burger onevenredig zwaar, dan is ook nog nadeelcompensatie mogelijk.⁴⁵ Ook bij het afleiden van onrechtmatigheid uit onverbindendheid houdt de rechter dus dogmatisch gezien de handen vrij, om in specifieke, individuele gevallen ‘recht op maat’ te bieden.⁴⁶

Tot slot staat het concretiseren of relativeren van de onrechtmatigheid op gespannen voet met de mogelijkheden die belangenorganisaties naar geldend recht hebben om wettelijke voorschriften aan te vechten. Deze organisaties proberen geregeld een (belastend) wettelijk voorschrift ten behoeve van de ‘achterban’ onverbindend verklaard te krijgen. Een dergelijke onverbindendverklaring is naar haar aard nogal ‘abstract’: er kan geen concrete (dreigende) schending van een eigen belang van de organisatie aan de vordering ten grondslag gelegd worden. Toch worden deze organisaties snel ontvangen bij de burgerlijke rechter, bij wie een procedure kan worden gevoerd, gericht op het beantwoorden van een abstracte rechtsvraag.⁴⁷ Hierbij past niet goed, om pas van een onrechtmatige handeling van de (materiële) wetgever te spreken, als subjectieve rechten of concrete belangen van de eiser zijn geschaad.⁴⁸

4.2.2.2 *Het ‘tussenschuiven’ van een uitvoeringshandeling*

Volgens Mok & Tjittes is de vaststelling van een onverbindende belastingregeling geen onrechtmatige daad.⁴⁹ Zij baseren zich daarbij op het arrest *Staat/Van Gelder*.⁵⁰

Dit arrest gaat over een onverbindend verklaarde bepaling uit het Uitvoeringsbesluit verontreiniging rijkswateren 1970, die de basis vormde voor aan Van Gelder opgelegde belastingaanslagen. De Staat restitueert Van Gelder het te veel betaalde, echter zonder rente te betalen. Voor de burgerlijke rechter vordert Van Gelder op de basis van een onrechtmatige-daadsvordering vergoeding van gederfde rente.

De Hoge Raad stelt:

‘De Staat handelt onrechtmatig en is, wanneer aan de overige vereisten van art. 1401 BW is voldaan, aansprakelijk wanneer hij [een] met een hogere regeling strijdig, en mitsdien onverbindend

44 HR 3 oktober 1986, *NJ* 1987, 911 (Arucar), r.o. 3.5; HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (Harmonisatiewet), r.o. 3.9. Zie vooral par. 11.5.

45 HR 18 januari 1991, *AB* 1991, 241 (Leffers/Staat). Zie ook par. 13.3.2.

46 Of dat ook altijd gebeurt, is lastig na te gaan. Hoe dan ook is het mogelijk. Zie ook hfdst. 12.

47 HR 3 september 2004, *NJ* 2006, 28 (Staat/NJCM); zie par. 6.4.

48 Tenzij dit juist het motief van deze auteurs is. Een blokkade van algemeen belang acties past uitstekend in het ‘Maastrichtse’ gedachtegoed, zie bijvoorbeeld Heldeweg, Schlössels & Seerden 2000; Tak 1992, p. 74-75 en p. 79-80; Tak 1990, p. 136. Door beperking van collectiviteitsacties én door versmelting van onrechtmatigheid en relativiteit, wordt de rechtsbescherming tegen de overheid sterker betrokken op de concrete rechtspositie van het individu. Echter, concretisering van de onrechtmatigheid is geen noodzakelijke voorwaarde om dit doel te bereiken. Collectiviteitsacties kunnen net zo goed worden ingeperkt door hogere eisen te stellen aan de ontvankelijkheid op grond van 3:305a BW; vgl. par. 15.5.

voorschrift *uitvaardigt en op grond van dat voorschrift belasting heft.* [curs. RS]

Bovendien overweegt hij, dat een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt

‘door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen *en op grond van dit voorschrift te handelen.*’ (curs. RS)⁵¹

De Hoge Raad schuift bij deze regeling een uitvoeringshandeling tussen de kwalificatie van onverbindendheid en onrechtmatigheid.

Mok en Tjittes:

‘In geval van indirecte werking van regelgeving, waar voor het intreden van rechtsgevolgen een beschikking (...) vereist is, is eerst sprake van onrechtmatigheid indien de beschikking (...) vernietigd is. De schade vloeit niet voort uit de regelgeving zelf, maar uit de toepassing daarvan in concreto.’⁵²

Slechts bij het uitvaardigen van een direct werkende regeling, dat wil zeggen een regeling met een rechtstreeks tot de burger gerichte verplichting

‘is het enkele uitvaardigen van onverbindende regelgeving (...) onrechtmatig jegens de betrokkenen.’⁵³

Dit wijkt af van het hiervoor in paragraaf 4.2.1.1 besproken uitgangspunt, dat reeds een *overheidshandeling* die in strijd is met het publiekrecht, in het systeem van art. 6:162 BW een onrechtmatige daad oplevert, zonder dat dat voor de kwalificatie van onrechtmatigheid nodig is, dat in concreto schade wordt veroorzaakt. In het systeem van ons burgerlijk recht kwalificeert niet de schade, maar de overtreding van een norm een handeling als onrechtmatig.⁵⁴

Los daarvan is de visie niet nodig. Mok en Tjittes willen ermee verklaren waarom een burger die belasting heeft betaald op grond van een onverbindende regeling, geen schadevergoeding krijgt voor de betalingen op grond van belastingbeschikkingen die inmiddels formele rechtskracht hebben verkregen. In hun visie is in zoverre geen sprake van onrechtmatigheid. Eenvoudiger is de verklaring, dat de beschikking met formele rechtskracht en niet de onverbindende regeling de directe *schadeoorzaak* is. Weliswaar is de uitvaardiging van de onverbindende belastingregeling op zich al een onrechtmatige daad jegens de burger, maar

49 Mok & Tjittes 1995. Hetzelfde geldt volgens hen voor andere soorten onverbindende, indirect werkende regelgeving. Zie verder hfdst. 8.

50 HR 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252 (Staat/Van Gelder).

51 Ook in het *Landbouwwliegers*-arrest is ‘vaststelling en uitvoering’ van een voorschrift onrechtmatig. HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251; zo ook HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 67 (Besluit paraveterinaren), r.o. 3.5.

52 Anders Huijgen 1991, p. 145.

53 Mok & Tjittes 1995, p. 402.

54 Vgl. Sieburgh 2000, p. 57-58, met verdere literatuur.

causaal wordt de schade toegerekend aan de beschikking en niet aan de oorzakelijk verder verwijderd liggende, onverbindende regeling.⁵⁵

Het standpunt van Mok en Tjittes moet bovendien worden verlaten, zodra een indirect werkende regeling (incidenteel) wél rechtstreeks schade veroorzaakt. Als een luchthaven moet investeren in een computersysteem om toeristenbelasting te kunnen doorberekenen aan reizigers, en de desbetreffende gemeentelijke belastingregeling blijkt onverbindend, dan is die onnodige investering een vorm van schade die rechtstreeks door de belastingregeling is veroorzaakt.⁵⁶ Als de luchthaven schadevergoeding claimt, moet de onverbindende regeling zelf wél als onrechtmatig worden aangemerkt, als men althans een dergelijke claim niet categorisch wil uitsluiten. Kort gezegd: als de kwalificatie ‘onrechtmatig’ uitsluitend wordt verbonden aan die handeling die direct de schade veroorzaakt, dan moet ook een indirect werkende regeling soms (toch weer wel) als onrechtmatig worden aangemerkt. Consequenter is, de uitvaardiging van de onverbindende, indirect werkende regeling altijd als onrechtmatig aan te merken, en het causaliteitscriterium te gebruiken om eventueel de aansprakelijkheid te begrenzen bij onaangevochten uitvoeringsbesluiten.

De overweging in *Staat/Van Gelder*, dat ‘vaststelling en uitvoering’ van een onverbindend voorschrift onrechtmatig is, is volgens mij bedoeld als weergave van het feitencomplex; van de keten van opeenvolgende besluiten en handelingen die de schade hebben veroorzaakt. De overweging gaat dus niet over de vraag, welke handeling nu precies de onrechtmatige daad inhield. In de praktijk ontstaat schade inderdaad vaak door uitvoering *en handhaving* van een onjuiste regeling.⁵⁷ Dat doet er niet aan af, dat het enkele uitvaardigen van een onverbindend wettelijk voorschrift al een onrechtmatige daad is.⁵⁸

Kortom: de uitvaardiging van een onverbindend voorschrift is op zich een onrechtmatige daad. Handelingen ter handhaving daarvan leveren opnieuw een onrechtmatige daad op.⁵⁹

4.3 Toerekening

Als vastgesteld is, dat de overheid door de uitvaardiging van een onverbindend gebleken regeling onrechtmatig heeft gehandeld, is in het beslisschema van art. 6:162 BW de volgende vraag of deze onrechtmatige daad kan worden toegere-

⁵⁵ In deze zin: Bitter & Van Rossum 1993, p. 208-209.

⁵⁶ Toegegeven: wellicht is hier onder omstandigheden toepassing van de correctie-Langemeijer nodig, zie par. 4.4.1 en par. 4.4.3.

⁵⁷ Van der Does & Sniijders 2001, p. 80.

⁵⁸ Zo ook Hof Arnhem 26 juni 2001 en 11 juni 2002, *NJ* 2003, 56 (Fleuren/Beuningen).

⁵⁹ Bij een *verbindend* voorschrift, dat wegens bijzondere, door de wetgever niet meegewogen omstandigheden van het geval buiten toepassing moet worden gelaten, kan het voorkomen dat de uitvaardiging van de regeling op zich niet onrechtmatig is, doch slechts de concrete handhaving daarvan. Zie par. 11.5.2.

kend. Volgens art. 6:162 lid 3 BW is een toerekenbare onrechtmatige daad te wijten aan de schuld van de dader of aan een oorzaak die krachtens de wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.

Deze toerekening speelt naar haar aard geen rol bij een geding dat uitsluitend is gericht op het tegengaan van de ‘werking’ van een wettelijk voorschrift. Vanaf het moment dat de rechter een regeling onverbindend verklaart, is duidelijk dat de regeling – in ieder geval jegens eiser – niet meer mag worden uitgevoerd. De burgerlijke rechter kan de toekomstige toepassing van een onverbindende regeling verbieden.

De toerekeningsvraag kan naar haar aard alleen een rol spelen bij aansprakelijkheid. Naar geldend recht wordt altijd toegerekend.

Het standaardarrest is *Staat/Van Gelder*.⁶⁰ De Staat verweerde zich tegen aansprakelijkheid voor een onverbindende regeling met de stelling, dat hij door het uitvaardigen van de onverbindende regeling de grenzen van zijn bevoegdheid niet op klaarblijkelijke en ernstige wijze had overschreden. Daarom zou de schade ten gevolge van de onverbindende regeling niet aan zijn schuld te wijten zijn. De Hoge Raad gaat daar niet in mee:

‘In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen is daarmee *in beginsel de schuld* van het overheidslichaam *gegeven*.’ [curs. RS]⁶¹

Het leerstuk van toerekening bij ongeldige besluiten heeft zich verder ontwikkeld bij vernietigde, appellabele besluiten.⁶² Inmiddels geldt, dat automatisch wordt toegerekend op grond van de verkeersopvattingen (art. 6:162 lid 3 BW), ook voor gevallen waarbij de vernietiging berustte op een – menselijkerwijs – verontschuldgbare rechtsopvatting van de overheid.⁶³ Foutieve interpretatie van het recht⁶⁴ wordt naar geldend recht altijd aan de overheid toegerekend, zelfs als de vernietiging of onverbindendverklaring als een verrassing kwam, in die zin dat de individuele ambtenaren, betrokken bij de voorbereiding van het besluit, de vernietiging of onverbindendverklaring niet hadden kunnen voorzien.⁶⁵

⁶⁰ Zie ook hiervoor, par. 4.2.2.2.

⁶¹ HR 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252 (Staat/Van Gelder). HR 26 september 1986, *NJ* 1987, 253 (Staat/Hofmann La Roche) geeft een vrijwel gelijklopende regel voor vernietigde beschikkingen. Zie reeds HR 22 februari 1974, *NJ* 1975, 381 (Gemeente Roosendaal/Kinderbescherming).

⁶² Onder het OBW was – naar de letter – ‘schuld’ vereist (Sieburgh 2000, p. 117). *Staat/Van Gelder* vulde dit vereiste zo in, dat een schuldverweer nauwelijks meer mogelijk was (Sieburgh 2000, p. 127-129).

⁶³ Anticiperend op het NBW: HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 (Van Gog/Nederweert). Zie ook HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 164 en HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526 (Voorlopige belastingaanslagen). Zie verder Van Maanen & De Lange 2005, p. 79; Sieburgh 2000, p. 230-234; Spier & Bolt 1996, p. 284; Tak 2004, p. 6. Volgens Scheltema & Scheltema 2008, p. 314, is de hele rechtsfiguur van toerekening in publiekrechtelijke verhoudingen overbodig.

⁶⁴ Onjuiste wettelijke voorschriften zijn in de praktijk zelden onverbindend ten gevolge van een verkeerde vaststelling van de feiten (een zeldzaam voorbeeld is Hof 's-Gravenhage 16 augustus 2007, *LJN* BB2029). Ook bij een onjuiste feitenvaststelling wordt echter automatisch toegerekend.

⁶⁵ Daarover S.C.J.J. Kortmann 1985, p. 10. HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 (Staat, Van Hilten/M.) geeft een voorbeeld van een menselijkerwijs verontschuldgbare rechtsdvaling, die aan de Staat wel wordt toegerekend.→

Als de hogere rechtsnormen waaraan een regeling wordt getoetst een zekere ‘vaagheid’ bezitten, vertaalt zich dit in terughoudende rechterlijke toetsing van de *verbindendheid* – en dus de rechtmatigheid – van een regeling. Deze terughoudendheid is zeker bij toetsing aan rechtsbeginselen te zien.⁶⁶ Is echter de hobbel van onverbindendverklaring wegens strijd met een vage norm eenmaal genomen, dan is die vaagheid geen argument om via het toerekeningsvereiste (alsnog) de aansprakelijkheid te blokkeren.

De rechtvaardiging voor de automatische toerekening wordt vooral gezocht in de bijzondere juridische deskundigheid die van de overheid mag worden verwacht,⁶⁷ in het feit dat de overheid schade gemakkelijk kan spreiden en in het *égalité*-beginsel, dat meebrengt dat het redelijker is, dat schade door – menselijkerwijs soms onvermijdelijke – fouten van de overheid, wordt gedragen door het collectief dat van het overheidsoptreden profiteert, in plaats van door de enkeling wiens vermogen door een fout van de overheid wordt getroffen.⁶⁸

Omdat toerekening geen instrument meer kan zijn om een te vergaande aansprakelijkheid voor onverbindende regelgeving in te dammen, kunnen alleen de relativiteit en de causaliteit die functie vervullen. Daarover gaat de volgende paragraaf.

4.4 Relativiteit

Paragraaf 4.4 behandelt de relativiteits. Om te beginnen geef ik een kort overzicht van de inhoud van dit civielrechtelijke leerstuk (par. 4.4.1). Vervolgens komt de toepassing daarvan bij wetgevingsgedingen aan bod. Daarbij laat ik eerst zien, waarom de relativiteits eis doorgaans geen problemen oplevert (par. 4.4.2), waarna ik op enkele zeldzamere gevallen inga (par. 4.4.3).

Het HvJ EG staat het nationale procesrecht toe, dat voor de overheidsaansprakelijkheid bij schending van het communautaire recht de eis van een voldoende gekwalificeerde schending wordt gesteld (vgl. HvJ EG 8 oktober 1996, *AB* 1997, 272, Dillenkofer). Vertaald in nationale termen: niet iedere schending hoeft toegerekend te worden; een foutieve, maar niet onredelijke uitleg van Europees recht leidt niet tot aansprakelijkheid (vgl. HvJ EG 30 april 1996, *AB* 1996, 502, British Telecommunications). Aangezien naar Nederlands onrechtmatigedaadsrecht automatisch wordt toegerekend, speelt de voldoende gekwalificeerde schending geen rol bij verdere inzake wetgeving die in strijd is met het communautaire recht.

66 HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 (Landbouwvliegers) en par. 2.3.

67 Onder vele anderen: Asser-Hartkamp 4-III (2006), nr. 92b; Sieburgh 2000, p. 234; toegesneden op onverbindende regelgeving Bok 1991, p. 165 en Polak 1987, p. 154-155; Scheltema, *NJ* 1987, 252.

68 Scheltema & Scheltema 2008, p. 313; Tak 2004, p. 13. Zie ook Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 92b; Sieburgh 2000, p. 234. Zie ook Tjittes 1996, p. 45-47; anders Van Dijk 1990, p. 63-64. De Hoge Raad legt het verband met het *égalité*-beginsel in HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113 (Bedrijfsvereniging/Boulogne).

4.4.1 De relativiteitseis in het algemeen

Het woord 'jegens' in art. 6:162 lid 1 BW vormt in combinatie met art. 6:163 BW de relativiteitseis. Voor een succesvolle vordering uit onrechtmatige daad is vereist, dat de norm waarop de gelaedeerde zich beroept, de strekking heeft, de gelaedeerde te beschermen tegen de schade zoals hij die lijdt.⁶⁹ De relativiteitseis heeft drie aspecten: er moet relativiteit bestaan ten opzichte van de persoon van gelaedeerde, ten aanzien van zijn specifieke schade en ten aanzien van de wijze waarop de schade is geleden.

Strekt een door de laedens overtreden, geschreven norm niet tot bescherming van de belangen van de gelaedeerde, dan kan nog worden gezien, of de laedens tegelijkertijd een ongeschreven zorgvuldigheidnorm heeft geschonden die de belangen van gelaedeerde wél beschermt. Het feit, dat de laedens een geschreven norm heeft geschonden, geldt bij deze zogenoemde 'correctie-Langemeijer' als een belangrijke aanwijzing, dat tegelijk een ongeschreven zorgvuldigheidnorm is overtreden waaraan de gelaedeerde wel bescherming kan ontfangen.⁷⁰

De relativiteitseis is in het overheidsaansprakelijkheidsrecht overkort van toepassing.⁷¹ Hij geldt zowel voor vorderingen tot schadevergoeding als voor bevels- en gebodsvorderingen.⁷²

Het vereiste is dus van toepassing bij alle wetgevingsgedingen op basis van art. 6:162 BW. Concreet betekent dit, dat er voor een succesvolle vordering relativiteit moet bestaan tussen de hogere norm die grond was voor de onverbindendverklaring van de onrechtmatige lagere regeling, en de belangen van de specifieke burger (of belangenorganisatie) die het wetgevingsgeding aanspant. Dat geldt ook bij buitenwerkingstelling en andere toepassingsverboden: voordat de rechter uitsprekt, dat een regeling tegenover een bepaalde burger of organisatie niet mag worden toegepast, moet vaststaan, dat de door de regeling geschonden hogere norm juist die belangen van de eiser beschermt, die in concreto door (uitvoering van) de regeling in de verdrukking dreigen te komen.

Om inzicht te krijgen in de werking van het relativiteitsbeginsel bij onverbindende regelgeving zie ik in paragraaf 4.4.2 en paragraaf 4.4.3 verschillende gronden voor onverbindendverklaring (a t/m f).⁷³ In paragraaf 4.4.2. zal blijken, dat de twee meest voorkomende gronden voor onverbindendverklaring (a en b) weinig problemen opleveren. Paragraaf 4.4.3 gaat in op enkele moeilijker gevallen (c t/m

69 Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 95 en 97.

70 Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 102 en HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 (Tandartsen). Een fictief voorbeeld van de toepassing van de correctie-Langemeijer bij wetgevingsaansprakelijkheid is te vinden bij Polak 1987, p. 142.

71 Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 103; Van Maanen & De Lange 2005, p. 62-65.

72 Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 98.

73 Deze paragrafen zijn mede geïnspireerd op de geslaagde poging van C.N.J. Kortmann om een 'omvattende' theorie op te zetten over het verband tussen de publiekrechtelijke ongeldigheid van een besluit en de privaatrechtelijke onrechtmatigheid daarvan. Zie C.N.J. Kortmann 2006, p. 125 e.v.

f). Overigens, deze schematisering van de werking van het relativiteitsbeginsel bij onrechtmatige regelgeving is niet geheel ‘dekkend’: er zijn wel gevallen te verzinnen die lastig in een van de genoemde categorieën passen. Bovendien bestaat overlap tussen de onderscheiden categorieën.⁷⁴ Toch is deze schematisering zinvol, omdat een substantieel deel van de casuïstiek wél in dit schema te vangen is. Het onderscheiden van de belangrijkste ‘schoolvoorbeelden’ geeft inzicht in de vraag, hoe het relativiteitsbeginsel in wetgevingsgedingen doorgaans werkt. Dat brengt ons al aanzienlijk verder dan de algemene constatering dat het relativiteitsbeginsel in het overheidsaansprakelijkheid van toepassing is.

4.4.2 *Toepassing (I): meest voorkomende gronden voor onverbindendheid*

De twee meest voorkomende gronden voor onverbindendverklaring zijn (a) het geval dat de materiële inhoud van een regeling strijdig is met hoger recht en (b) het geval dat een wettelijke grondslag voor een lagere regeling⁷⁵ ontbreekt.

a. de materiële inhoud van de regeling is in strijd met een hogere norm

Een hogere norm kan de lagere wetgever verbieden om zijn regeling een bepaalde inhoud te geven. Dit is het geval bij grondrechten en daarop gelijkende burgerlijke vrijheden; bij aanspraken die de burger rechtstreeks aan de wet ontleent maar die een lagere wetgever ten onrechte beknot; bij onrechtmatige beknotting van aan het Europese recht te ontleen rechten en vrijheden; bij materiële, ongeschreven rechtsbeginselen die grond kunnen zijn voor een onverbindendheidsoordeel. Het valt eenvoudig in te zien, dat de relativiteit hier doorgaans geen problemen oplevert.

Een regeling die, bijvoorbeeld, strijdig is met een vrijheidsrecht, is onverbindend omdat zij de burger een vrijheid ontnemt die de hogere norm hem juist garandeert. Zo is een gemeentelijke verordening die in strijd met art. 10 EVRM verbiedt, om in de openbare ruimte te fotograferen, onrechtmatig tegenover juist diegene die in de openbare ruimte foto’s wil maken. Een journalist (dan wel vereniging die de belangen van journalisten behartigt) zal bij de burgerlijke rechter een toepassingsverbod kunnen krijgen en eventueel ook schadevergoeding.⁷⁶

Staat een ongeschreven rechtsbeginsel in de weg aan een regeling met een bepaalde inhoud, dan zal relativiteit evenmin snel problemen opleveren. Degene die ongelijk wordt behandeld door een regeling die in strijd is met het gelijkheidsbeginsel; degene wiens vermogensbelangen worden geschonden door een regeling die onrechtmatig is met het oog op het rechtszekerheidsbeginsel kan een toepassingsverbod of schadevergoeding krijgen. De geschonden ongeschreven

⁷⁴ Zo bestaat duidelijk overlap tussen (a) en (b).

⁷⁵ De formele wet kan uitsluitend op materiële, (internationaalrechtelijke) gronden onverbindend of partieel onverbindend verklaard worden; categorie (b) heeft dus uitsluitend betrekking op lagere regelingen.

⁷⁶ Rb. s-Gravenhage 6 augustus 2003, *KG* 2003, 196 (Fotografieverbod De Horsten). Vgl. Rb. 23 juli 2004, *NJ* 2004, 564 (Absint).

norm beschermde direct de subjectieve rechten en belangen van de burger; met het oog op die subjectieve rechten en belangen was het de overheid verboden, juist die inhoud aan de regeling te geven die zij eraan gegeven heeft. Precies de aantasting van die belangen van de burger kan door een toepassingsverbod worden voorkomen of door schadevergoeding worden gecompenseerd.

In de praktijk zal bij een dergelijke grond voor onverbindendverklaring dus in ieder geval onrechtmatig zijn gehandeld jegens de burger tot wie de regeling zich richtte. De relativiteit strekt zich daarbij minimaal⁷⁷ uit tot die schade die ontstaat, doordat de burger datgene doet of nalaat waartoe de regeling hem ten onrechte verplicht.

b. een wettelijke grondslag voor een lagere regeling ontbreekt

Ook voor regelstelling geldt het legaliteitsbeginsel. Een orgaan dat (materiële) wetgeving uitvaardigt, moet daartoe krachtens de wet of de Grondwet bevoegd zijn.⁷⁸ De grond voor onverbindendverklaring van een lagere regeling is vaak, dat zij is vastgesteld door een ambt dat geen tot de wet herleidbare bevoegdheid bezit tot vaststelling daarvan.⁷⁹ Daarmee is de regeling ofwel in strijd met de wet – het legaliteitsbeginsel is immers op deelterreinen gecodificeerd⁸⁰ – ofwel in strijd met het algemene, ongeschreven legaliteitsvereiste dat aan het gehele publiekrecht ten grondslag ligt.

Het legaliteitsbeginsel beoogt de burger te beschermen tegen niet democratisch gelegitimeerde, eenzijdige inbreuken op zijn vrijheid, persoonlijkheidsrechten, eigendom of vermogensrechten.⁸¹ Daarom bestaat er in beginsel relativiteit tussen de schade die de burger lijdt in de vorm van een niet-democratisch gelegitimeerde inbreuk op – kort gezegd – zijn vrijheid, persoonlijkheidsrechten of vermogen, en de schending van het legaliteitsbeginsel.⁸²

77 Zie ook par. 4.4.3 onder (c).

78 HR 13 januari 1879, *W* 4330 (Meerenberg).

79 Vgl. HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360 (LSV). Overigens bestaat overlap met (a); vgl. HR 24 januari 1969, 316 (Pocketbooks II) – zie par. 4.2.1.1 voor de casus – de minister schond het grondrecht van art. 7 Gw, tegelijkertijd kan gezegd worden dat de minister niet bevoegd was tot het vaststellen van de betreffende regeling, terwijl dat met een voldoende specifieke formeelwettelijke grondslag wel had gekund.

80 Art. 16 Gw, art. 89 lid 2 Gw, art. 104 Gw, art. 220 jo. 221 Provw, art. 216 jo. 219 Gemw etc.

81 Van Ommeren 1996, p. 13. Vgl. ook Rb. 's-Gravenhage 11 juni 2008, *LJN* BD5311 (Fokverbod), r.o. 4.2. Dit is overigens een klassieke formulering van het legaliteitsbeginsel. Er zijn 'modernere' formuleringen, die willen dat ook begunstigend overheidsoptreden op een wettelijke grondslag berust. Zie Van Ommeren 1996 i.h.b. p. 13-16 en 186-201. Een dergelijke opvatting biedt in dit verband geen extra inzichten. De relativiteit van de uitvaardiging van een ongeldige, begunstigende regeling kan beter worden geconstrueerd met behulp van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, zie par. 4.4.3 onder (e).

82 C.N.J. Kortmann 2006, p. 126-130, beredeneert de relativiteit in dit soort gevallen vanuit de onrechtmatigheidscategorie inbreuk op een subjectief recht, dus precies andersom. De benadering via het klassieke legaliteitsbeginsel levert materieel hetzelfde resultaat op: het legaliteitsbeginsel verbiedt immers niet iedere vorm van overheidsoptreden waarvoor geen wettelijke grondslag is, maar beoogt op de eerste plaats de subjectieve rechten van de burger te beschermen tegen willekeurige en niet democratisch gelegitimeerde inbreuken door de overheid. Een benadering zoals in de hoofdtekst, waarbij het legaliteitsbeginsel als de geschonden norm (of beginsel) wordt gezien, heeft het voordeel, dat de in het overheidsaansprakelijkheidsrecht minder 'gebruikelijke' onrechtmatigheidscategorie van de rechtsinbreuk onder het stof kan blijven: de onrechtmatigheidsgrond is de schending van de algemene legaliteitseis.

Hier geldt hetzelfde als wat hiervoor onder (a) werd gezegd over onverbindendheid op grond van de inhoud: in de praktijk zal uitvaardiging van een dergelijke onverbindende regeling in beginsel⁸³ onrechtmatig zijn jegens de burger tot wie zij zich richtte. De relativiteit strekt zich daarbij in beginsel⁸⁴ uit tot schade, ontstaan doordat de burger datgene heeft gedaan of nagelaten, waartoe de regeling hem ten onrechte verplichtte.

Concluderend: bij de beide tot dusver besproken gronden voor onverbindendverklaring – (a) de inhoud van de regeling is in strijd met een hogere norm of (b) voor de regeling is geen toereikende wettelijke grondslag – levert de relativiteit in beginsel geen problemen op ten aanzien van burgers die datgene doen of nalaten, waartoe de onverbindende regeling hen ten onrechte verplichtte.

4.4.3 Toepassing (II): lastigere gevallen

De relativiteitseis levert lastigere vragen op (c) bij personen die schade lijden in de vorm van kosten door een ‘feitelijke verplichting’; (d) bij personen die schade lijden ten gevolge van een regeling die zich tot derden richt; (e) bij schade ten gevolge van een onverbindende, voor de gelaedeerde begunstigende regeling en (f) bij regelingen die onverbindend zijn vanwege een totstandkomingsgebrek.

c. feitelijke verplichtingen, voortvloeiend uit een onverbindende regeling

Een onverbindende regeling kan aan de burger tot wie zij zich richt, ook schade berokkenen doordat zij hem ertoe noodzaakt kosten te maken, zonder de verplichting daartoe met zoveel woorden op te leggen. Als de regeling achteraf onverbindend blijkt te zijn, lijdt de burger schade ten gevolge van een ‘feitelijke verplichting’. Er is de burger strikt juridisch bezien geen onverbindende verplichting opgelegd, maar niettemin werd de burger door de onverbindende regeling de facto gedwongen om bepaalde kosten te maken.⁸⁵

Een voorbeeld. De Gemeente Haarlemmermeer besluit de passagiers van Schiphol toeristenbelasting op te leggen. Luchthaven Schiphol moet kostbare nieuwe software aanschaffen om deze belasting aan zijn passagiers door te berekenen. De belastingverordening blijkt echter onverbindend; de gemeenteraad heeft zijn beperkte bevoegdheid om bij verordening gemeentelijke belastingen op te leggen,

⁸³ Zie par. 4.6.

⁸⁴ Ik zeg om de volgende reden ‘in beginsel’. In par. 4.6.4 wordt betoogd, dat de bestuursrechtelijke leer van het hypothetisch rechtmatig besluit (zie par. 4.6) niet alleen ingepast zou kunnen worden in de redelijke toerekening (art. 6:98 BW), maar eventueel ook in de relativiteitseis. Mocht de burgerlijke rechter de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit in de toekomst gaan toepassen én haar gaan zien als een relativiteitskwestie, dan kan ook bij onverbindendheid wegens de afwezigheid van een genoegzame wettelijke grondslag in een enkel geval soms (toch) de relativiteit tussen de schending van de legaliteitseis en de specifiek geleden schade ontbreken, en wel als dezelfde schade zou zijn ontstaan als wel een regeling met genoegzame wettelijke grondslag tot stand was gebracht. Zie verder par. 4.6.

⁸⁵ De term is ontleend aan Van Ommeren 1996, p. 80-85, i.h.b. p. 84: bij ‘een feitelijke verplichting is er geen sprake van een norm (...) maar dwingt de feitelijke constellatie betrokkenen tot bepaald gedrag’.

overschreden. De verordening verplichtte de luchthaven niet tot een investering in zijn software, maar de luchthaven heeft deze achteraf onnodig gebleken kosten wel reeds gemaakt.⁸⁶

Het kan in dit soort gevallen wat lastiger zijn, relativiteit te construeren tussen de grond voor onverbindendverklaring en de schade ten gevolge van de feitelijke verplichting. De schade is namelijk niet ontstaan doordat de gelaedeerde deed, waar de regeling hem ten onrechte toe verplichtte. De schade is een 'bijeffect' van de regeling.

Met behulp van de 'correctie-Langemeijer' wordt hier toch voldaan aan de relativiteitseis. De overheid heeft namelijk niet alleen gehandeld in strijd met een wettelijke norm,⁸⁷ maar ook in strijd met een parallelle, ongeschreven zorgvuldigheidnorm. De overheid heeft onzorgvuldig gehandeld door een onverbindende regeling uit te vaardigen, omdat zij daardoor ten onrechte de schijn heeft gewekt dat de regeling voor de gelaedeerde verbindend was. Dit is onrechtmatig jegens de gelaedeerde, omdat hij er daardoor toe is aangezet, nodeloos kosten te maken in het vertrouwen op de juistheid van de regeling.

Het is lastig te zeggen, hoe ver de relativiteit hier precies strekt. Mijns inziens bestaat in ieder geval relativiteit ten opzichte van de kosten waarvan in de normale lijn der verwachtingen ligt, dat de burger ze moet maken als feitelijk gevolg van de uitvaardiging van een onverbindende regeling.

d. schade via derden

Een onverbindende regeling die zich niet tot een bepaalde burger richt, kan hem toch indirect schade berokkenen. In hoofdstuk 6 worden deze gevallen uitgebreider behandeld. Daar komt ook de relativiteit uitgebreider aan de orde. Ik schets hier al kort het probleem.

Een voorbeeld. Ter voorkoming van verspreiding van varkenspest vaardigt de Minister van LNV op grond van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren een regeling uit, die in een bepaald gebied van het land het fokken en vervoeren van varkens gedurende een jaar verbiedt. Een in het gebied gevestigde toeleverancier van varkensvoeder lijdt aanzienlijke omzetschade. Achteraf komt vast te staan, dat de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren geen grondslag bood voor het uitvaardigen van de ministeriële regeling. Een aantal boeren krijgt de schade ten gevolge van het tot hen gerichte, onverbindende fokverbod vergoed.⁸⁸

Kan ook de voederverkoper met succes een vordering uit onrechtmatige wetgeving instellen tegen de Staat, of strekt de bescherming van het legaliteitsvereiste niet tot bescherming van 'toevallige', afgeleide schade van een burger tot wie de

⁸⁶ Vgl. HR 17 september 1999, *NJ* 1999, 736 (Toeristenbelasting Schiphol II) en hfdst. 8. In werkelijkheid waren de kosten overigens nog niet gemaakt.

⁸⁷ *In casu* art. 219 juncto art. 224 Gemw.

⁸⁸ Vrij naar Rb. 3-Gravenhage 11 juni 2006, *LJN* BD5311 (Fokverbod). Hierover ook par. 4.6.2.

onverbindende regeling zich niet richtte? In Deel II, hoofdstuk 6 stel ik voor dit probleem de volgende oplossing voor. Bezien moet worden of de regeling ook onverbindend is, als zij zo wordt geherformuleerd, dat zij zich wel tot de gelaedeerde richt, terwijl daarmee hetzelfde (onrechtmatige) beleidsdoel zou worden bereikt. In dat geval ontleent de indirect gelaedeerde ook direct bescherming aan de geschonden norm. Is dat niet het geval, dan komt de vraag in beeld of een parallelle, ongeschreven zorgvuldigheidnorm is geschonden die de belangen van de gelaedeerde wél beschermt.⁸⁹

e. onverbindendheid van een begunstigende of de belangen van de benadeelde beschermende regeling

Mij zijn geen voorbeelden bekend van een civiel wetgevingsgeding, aangespannen door een burger die door een achteraf onverbindend gebleken regeling begunstigd werd.⁹⁰ Ook een onverbindende, voor de (of een bepaalde) burger begunstigende regeling kan de burger echter schade berokkenen. Dat is het geval als de burger investeert in vertrouwen op de rechtsgeldigheid van de regeling.

Kortmann noemt het voorbeeld van een brancheringsregeling in een bestemmingsplan. Een ondernemer die zich krachtens deze regeling exclusief op een bepaalde plek mocht vestigen, krijgt onverwachts te maken met concurrentie als deze (voor hem) begunstigende regeling onverbindend blijkt te zijn. De door hem gedane investeringen zijn dan mogelijk onvoldoende rendabel.⁹¹ Men kan ook denken aan een regeling met een investeringssubsidie die onverbindend blijkt, nadat een ondernemer zich er al op heeft ingesteld, dat hij de subsidie zal ontvangen.

Door een regeling uit te vaardigen wekt de overheid de schijn dat deze verbindt. De overheid moet voor die schijn instaan. Het uitvaardigen van een onverbindende regeling is dan ook onzorgvuldig tegenover degene die investeert in vertrouwen op de juistheid ervan. Mijns inziens zal er in ieder geval relativiteit bestaan ten opzichte van die onrendabel gebleken investeringen, waarvan in de normale lijn der verwachtingen lag, dat de benadeelde ze in vertrouwen op de juistheid van de regeling zou doen.

f. onverbindendverklaring wegens een totstandkomingsgebrek

Lagere regelingen zijn soms onverbindend door een totstandkomingsgebrek. De voor de totstandkoming voorgeschreven procedure kan veronachtzaamd zijn of er kan een bekendmakingsgebrek aan de regeling kleven. Het wordt lastig, als tege-

⁸⁹ In het gegeven voorbeeld leidt de eerste vraag zeker niet tot relativiteit; de tweede vraag is wat lastiger te beantwoorden. Ik meen, dat de belangen van de voederverkoper zodanig ver van de onverbindende regeling verwijderd zijn, dat de overheid daar niet onmiddellijk op bedacht hoefde te zijn. Waarschijnlijk is dus niet gehandeld in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidnorm jegens de voederverkoper.

⁹⁰ Daarom kom ik op dit gevalstype niet terug in Deel II.

⁹¹ C.N.J. Kortmann 2006, p. 129.

lijkertijd met de inhoud van de regeling weinig mis is, omdat de onverbindendheid het gevolg is van een mineure, 'technische' onvolkomenheid bij de totstandkoming.

De bestuursrechter past de leer van het 'hypothetisch rechtmatig besluit' toe in het grotendeels vergelijkbare geval, dat een appellabel besluit wordt vernietigd wegens een totstandkomingsgebrek. In het bestuursrecht wordt de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit beschouwd als een causaliteits- en niet als een relativiteitsleer. In paragraaf 4.6 zal ik betogen, dat de door de bestuursrechter ontwikkelde leer van het hypothetisch rechtmatig besluit ook toegepast kan worden bij onverbindende lagere regelingen. Ik zal daar toelichten, dat deze leer ook kan worden ondergebracht bij relativiteitsvraag.

4.5 Causaliteit in het civiele aansprakelijkheidsrecht

Bij gedingen over aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving geldt bovendien de causaliteitseis. Hier volgt een korte bespreking die mede nodig is, omdat elementen hiervan terugkeren in paragraaf 4.6.

Het civielrechtelijke causaliteitsvereiste bestaat uit twee elementen.⁹² (1) Eerst wordt gezien, of de onrechtmatige handeling een *condicio sine qua non* (csqn) is voor het intreden van de schade. Het bestaan van een csqn-verband is – voor zover hier relevant – een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor het bestaan van causaal verband in civielrechtelijke zin. (2) Na de feitelijk gekleurde csqn-toets moet worden gezien, of voldaan is aan de normatieve toets van art. 6:98 BW, op grond waarvan de schade naar redelijkheid als een gevolg van de onrechtmatige daad aan de laedens toegerekend moet kunnen worden.⁹³

- (1) Voor het vaststellen van csqn-verband wordt een gedachte-experiment uitgevoerd, waarbij de onrechtmatige handeling wordt weggedacht uit de keten van gebeurtenissen die aan het ontstaan van de schade voorafging. Zou de schade ook zijn ontstaan, als de onrechtmatige daad wordt weggedacht, dan is de onrechtmatige daad geen csqn voor het ontstaan van de schade. Valt bij wegdenken van de onrechtmatige daad ook de schade weg, dan bestaat wel een csqn-verband tussen onrechtmatige daad en schade.
- (2) De toerekening van art. 6:98 BW is in belangrijke mate een correctie op de ruime aansprakelijkheid die ontstaat, als het csqn-vereiste de enige test zou zijn voor het vaststellen van causaal verband.⁹⁴ Slechts die schade komt voor vergoeding in aanmerking, die in zodanig verband staat met de onrechtmatige

⁹² Zie voor dit alles uitgebreid Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-II*) 2009, nr. 50 e.v. (voorheen Asser/Hartkamp (4-I) 2004, nr. 425 e.v.).

⁹³ Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-II*) 2009, nr. 50 (voorheen Asser/Hartkamp (4-I) 2004, nr. 425).

⁹⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-II*) 2009, nr. 51 (voorheen Asser/Hartkamp (4-I) 2004, nr. 426); Verheij 2005, p. 69.

daad, dat zij mede gelet op de aard van de aansprakelijkheid en van de schade naar redelijkheid als een gevolg van de onrechtmatige daad aan de schuldenaar kan worden toegerekend. De leer wordt kortweg aangeduid als de leer van de redelijke toerekening.

Art. 6:98 BW geeft een aantal belangrijke aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag of naar redelijkheid kan worden toegerekend. Deze opsomming is echter niet uitputtend. Naast de genoemde aard van de aansprakelijkheid en van de schade zijn ook de zogenoemde ‘deelregels van Brunner’ relevant: de waarschijnlijkheid van het ontstaan van de schade; de vraag hoe ver de schade verwijderd is van de onrechtmatige gebeurtenis; de aard van de aansprakelijkheid – waarbij weer wordt gelet op het beschermingsdoel van de norm, het type overtreden norm en de mate van verwijtbaarheid aan de kant van de laedens – en de aard van de schade.⁹⁵

Het causaliteitsvereiste levert bij wetgevingsgedingen weinig problemen op. Niettemin komt aan de causaliteit een belangrijke rol toe bij de ‘afbakening’ van enerzijds de overheidsaansprakelijkheid voor een onverbindende regeling als zodanig, en anderzijds de aansprakelijkheid voor op een onverbindende regeling gegronde uitvoeringsbesluiten.

Deel II past de algemene leerstukken van civielrechtelijke wetgevingsaansprakelijkheid toe op verschillende ‘typen’ regelingen die de grondslag vormen voor uitvoeringsbesluiten. De daar onderscheiden typen van onverbindende regelingen zijn voor een belangrijk deel gevaltypen waarbij op verschillende wijze schade wordt veroorzaakt.⁹⁶ Soms wordt schade volledig door een onverbindende regeling zelf veroorzaakt; soms staat slechts een deel van de schade van de burger in causaal verband met de regeling en een ander deel met een uitvoeringsbesluit, en soms verdwijnt de wetgevingsaansprakelijkheid volledig achter de aansprakelijkheid voor een appellabel uitvoeringsbesluit.⁹⁷ Ik zal er in dat deel voor pleiten, dat het csqn-vereiste – minimaal vereist voor toerekening op basis van art. 6:98 BW – strikt moet worden gehandhaafd bij de beoordeling, of de schade van de burger kan worden toegerekend aan een uitvoeringsbesluit of niet.⁹⁸

4.6 De leer van het hypothetisch rechtmatig besluit

In het bestuursrecht wordt de aansprakelijkheid voor besluiten die zijn vernietigd wegens totstandkomingsgebreken getemperd door de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit.⁹⁹ In deze paragraaf betoog ik, dat de burgerlijke rechter een

95 Brunner 1981, i.h.b. p. 213-216. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-II*) 2009, nr. 63 (voorheen Asser/Hartkamp (4-I) 2004, nr. 433) en Verheij 2005, p. 70.

96 Of – als een toepassingsverbod wordt gevorderd – veroorzaakt dreigt te worden.

97 HR 16 oktober 1992, AB 1993, 40 (Vullhop/Amsterdam), zie hfdst. 8 en par. 9.3.3.

98 Vooral *Kuijpers/Valkenswaard* getuigt mijns inziens van een verkeerde causaliteitsopvatting, HR 9 september 2005, NJ 2006, 99 (Kuijpers/Valkenswaard), zie hfdst. 9.

99 Zie hiervoor C.N.J. Kortmann 2002, 2003 en 2005; Schlossels 2003, p. 541-544 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 759-767, i.h.b. 759-760.

variant van deze leer – een bestuursrechtelijke toepassing van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW – zou moeten toepassen op onrechtmatige wetgeving.

Een kanttekening: de tot nu toe behandelde theorie was grotendeels van overeenkomstige toepassing op alle vormen van onrechtmatige wetgeving. De leer van het hypothetisch rechtmatig besluit kan echter uitsluitend bij onrechtmatige lagere regelgeving een rol spelen. Door het in art. 120 Gw besloten liggende verbod op formele toetsing wordt de wet in formele zin nooit onverbindend of niet-toepasselijk verklaard wegens een gebrek in de totstandkomingsprocedure.¹⁰⁰ Bij lagere regelingen komt dit wél voor. Zo is de schending van een bekendmakingsvereiste af en toe grond voor onverbindendverklaring.¹⁰¹

Ik begin met een voorbeeld. Ter indamming van een uitbraak van varkenspest verbiedt een ministeriële regeling op grond van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren, in een bepaalde regio varkens te fokken of te vervoeren.¹⁰² De regeling wordt op de website van het ministerie van LNV geplaatst. De Land- en tuinbouworganisatie wijst haar leden via haar verenigingsblad op de regeling. Na een jaar ontdekt de minister, dat de ministeriële regeling ten onrechte niet in de Staatscourant is gepubliceerd en zorgt ervoor, dat dat alsnog gebeurt.¹⁰³ Een varkensfokker heeft gedurende dat jaar al aanzienlijke omzetschade geleden. Hij vordert vergoeding van de schade, geleden in de periode dat hij zich aan de – op dat moment – onverbindende regeling heeft gehouden.¹⁰⁴

Duidelijk is, dat de inbreuk die door uitvaardiging van de onverbindende regeling is begaan, van een ander kaliber is dan bijvoorbeeld het geval van de Pocketbooks, waar een minister een verbod op verkoop van boekjes uitvaardigde, dat überhaupt nooit tot stand had mogen komen. In het hierboven gegeven voorbeeld is een betrekkelijk onschuldige procedurele misslag gemaakt bij de uitvaardiging van een regeling, waarvan de materiële inhoud in orde is.¹⁰⁵ Niettemin is de onverbindende regeling een *condicio sine qua non* voor de schade: bij wegdenken van de

100 Par. 11.2.1. De formele wet wordt immers uitsluitend getoetst aan internationale normen (par. 2.3). Deze bevatten zelden procedurele normen voor de Nederlandse wetsprocedure, maar (vrijwel) uitsluitend normen die zien op de inhoud die de wet mag of moet hebben.

101 Zie bijvoorbeeld ABRvS 5 juli 2006, *Gst.* 2006, 117. Andere formele gronden voor onverbindendverklaring komen ook voor, vgl. Pres. Rb. §-Gravenhage 3 oktober 1977, *NJ* 1978, 170 (Aanvangssalarissen leraren), waar veronachtzaming van een overlegprocedure voor de totstandkoming van een AMvB onrechtmatig wordt geoordeeld.

102 Vergelijk Rb. §-Gravenhage 11 juni 2008, *LJN* BD5311 (Fokverbod).

103 Art. 4 Bekendmakingswet.

104 Onder deze omstandigheden is het verbod onverbindend gelet op art. 4 en 5 Bekendmakingswet en ABRvS 6 september 2006, *Gst.* 2007, 54 (Participatiefonds Onderwijs), r.o. 2.8.4 en 2.8.5. Zie de (kritische) noot van Sillen bij de uitspraak voor de details.

105 Met een procedureel gebrek wordt bedoeld: het geval dat de regelgever een voorschrift veronachtzaamt dat de totstandkoming van een regeling beheerst. Te denken valt aan overlegprocedures en vereisten met betrekking tot de publicatie, ondertekening en bekendmaking van een voorschrift. Overigens zijn motiveringsgebreken op zich geen grond voor onverbindendheid, HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 254 (Landbouwwliegers), r.o. 6.1. Onverbindendverklaring wegens een procedureel gebrek is dan ook veel zeldzamer dan vernietiging van een appellabel besluit op formele gronden. Zie over de vraag, of onbevoegdheid een formeel/procedureel gebrek kan zijn, ook par. 4.6.3 onder b.

regeling zou de schade immers niet zijn ontstaan. De leer van het hypothetisch rechtmatig besluit biedt voor dit type gevallen uitkomst.

Ik zet nu eerst de relevante¹⁰⁶ Afdelingsjurisprudentie over de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit uiteen (par. 4.6.1). Daarna stel ik voor, een variant van dit leerstuk toe te passen op onrechtmatige wetgeving (par. 4.6.2). Ik ga daarbij in op argumenten voor en tegen toepassing van het leerstuk (par. 4.6.3) en tot slot op de wijze waarop het leerstuk in de civielrechtelijke dogmatiek valt in te passen (par. 4.6.4).

4.6.1 *De jurisprudentie van de Afdeling*

De uitspraak over de onbevoegde inspecteur geeft een duidelijke toepassing van de leer.¹⁰⁷

Een inspecteur van de veterinaire dienst legt ter voorkoming van de verspreiding van vesiculaire varkensziekte een boerenbedrijf enkele maatregelen op, variërend van een ophokplicht tot een vervoersverbod. De besluiten worden door de bestuursrechter vernietigd, omdat uitsluitend de burgemeester en niet de inspecteur zelf bevoegd was om de betreffende maatregelen op te leggen. De varkenshouder vraagt schadevergoeding. Het beoordelende bestuursorgaan wijst dit verzoek af, omdat de wél bevoegde burgemeester precies dezelfde maatregelen zou hebben opgelegd. De boer is door de in werkelijkheid genomen, later vernietigde besluiten dus niet in een nadeliger positie gebracht.

De Afdeling overweegt:

‘Met de vernietiging van (...) de onbevoegd opgelegde maatregelen, zijn de onrechtmatigheid van het handelen van het bestuursorgaan en diens schuld gegeven en daarmee in beginsel de aanspraak op schadevergoeding.’

Vertrekpunt is dus, dat de gemeente aansprakelijk is voor haar onrechtmatig handelen. Dit uitgangspunt kan echter worden weerlegd. Het bestuursorgaan kan:

‘aannemelijk (...) maken dat indien bij ongewijzigde omstandigheden wel een bevoegd besluit zou zijn genomen, appelland daardoor in dezelfde positie zou zijn geraakt.’¹⁰⁸

Het criterium wordt – in een iets andere formulering – ook toegepast in de zaak *G./Meerssen*.¹⁰⁹

106 Complicaties in verband met de zogenoemde ‘verlengde besluitvorming’ doen zich bij wettelijke voorschriften niet voor. Zie daarover de genoemde artikelen van C.N.J. Kortmann.

107 ABRvS 10 augustus 2000, *JB* 2000, 271 (Onbevoegde inspecteur). Indringend besproken in C.N.J. Kortmann 2002. Zie ook Rb. Breda 28 augustus 2000, *JB* 2000, 85.

108 In dat laatste was de minister volgens de Afdeling overigens niet geslaagd.

109 ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005, 58 (*G./Meerssen*).

De Raad van de gemeente Meerssen neemt een planologisch vrijstellingsbesluit, op grond waarvan een weg kan worden aangelegd vlakbij het huis van G. Voor dit raadsbesluit hadden GS van Limburg een verklaring van geen bezwaar afgegeven. Omdat echter deze verklaring van GS onjuist blijkt, wordt het raadsbesluit op zijn beurt vernietigd. Vervolgens geven GS een tweede, wel rechtsgeldige verklaring van geen bezwaar af. De Meerssense Raad neemt daarop een nieuw vrijstellingsbesluit met dezelfde inhoud als het eerste, vernietigde besluit. De aanleg van de weg wordt definitief mogelijk. G. vordert vergoeding van de waardedaling van haar woning. De gemeente betwist het causaal verband tussen de eerste, vernietigde vrijstelling en de schade van G.

De Afdeling overweegt ook nu weer, dat het uitgangspunt is, dat met de vernietiging van het besluit de onrechtmatigheid daarvan vaststaat, zodat in beginsel een verplichting bestaat tot vergoeding van de door dat besluit geleden schade. De schade moet echter wel naar de maatstaf van art. 6:98 BW in redelijkheid toegerekend kunnen worden:

‘Van schade, geleden ten gevolge van dat besluit (...) is echter slechts sprake, indien deze hiermee in een zodanig verband staat, dat zij aan het bestuursorgaan dat dat besluit heeft genomen, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van dat besluit moet worden toegerekend. Dat is niet het geval, indien ten tijde van het nemen van het rechtens onjuiste besluit een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad.’

De last om te bewijzen, dat een dergelijk rechtmatig besluit had kunnen worden genomen, ligt bij het bestuursorgaan dat door het nemen van het onrechtmatig gebleken besluit onrechtmatig heeft gehandeld:

‘Indien een verzoek om vergoeding van schade als gevolg van een rechtens onjuist bevonden besluit wordt gedaan, is het aan het bestuursorgaan, dat dat besluit heeft genomen, om (...) aannemelijk te maken dat ten tijde van het nemen van dat besluit ook een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen in evenbedoelde zin.’

Over deze bestuursrechtelijke leer valt nog veel meer op te merken. De kern van het leerstuk wordt uit deze twee uitspraken echter voldoende duidelijk: bij de analoge toepassing van art. 6:98 BW in het bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsrecht rekent de Afdeling geen schade (eigenlijk: ‘schade’) toe, die ook zou zijn ontstaan, als in plaats van het vernietigde besluit een rechtmatig besluit was genomen. De bewijslast, dat een rechtmatig besluit had kunnen worden genomen dat dezelfde nadelen in het leven had geroepen, rust op de overheid.

4.6.2 *De leer van het hypothetisch rechtmatig besluit, toegepast bij wetgevingsaansprakelijkheid*

Naar mijn oordeel kan een variant van de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit aansprekende resultaten opleveren bij wetgevingsaansprakelijkheid. In deze paragraaf laat ik een aantal toepassingen van een variant van deze leer zien bij wetgevingsaansprakelijkheid.

Bij de aansprakelijkheid voor onverbindende regelgeving zou mijns inziens moeten gelden:

*Aansprakelijkheid voor de gevolgen van een onverbindende regeling ontbreekt, als met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid valt te zeggen dat de burger dezelfde schade zou hebben geleden, als bij tijdige onderkenning van het gebrek in de onverbindende regeling een verbindende regeling tot stand zou zijn gekomen die hetzelfde nadeel had veroorzaakt.*¹¹⁰

De bewijslast berust op de overheid.

Ik pas deze test op een aantal casusposities toe.

- (1) Ten eerste: het hiervoor geschetste geval van een ministeriële regeling, die fokken en vervoeren van varkens verbiedt. Stel, deze regeling wordt op de website van het ministerie van LNV geplaatst. De Land- en tuinbouworganisatie wijst haar leden via haar verenigingsblad op de regeling. De regeling wordt echter niet in de Staatscourant gepubliceerd. Daarom is zij onverbindend. Een fokker vraagt schadevergoeding voor de periode dat hij zich aan het onverbindende verbod heeft gehouden.

Toepassing van het voorgestelde criterium geeft het volgende resultaat. Had de minister het gebrek tijdig onderkend en daarnaar gehandeld, dan was de regeling van meet af aan op juiste wijze gepubliceerd. De fokker had precies

¹¹⁰ Ik heb dit voorstel met opzet iets anders geformuleerd dan het criterium van de Afdeling in G./Meerssen. De Afdeling stelt de vraag, of een rechtmatig besluit dezelfde schade *zou hebben kunnen* veroorzaken. De Afdeling laat daarbij de mogelijkheid open dat aansprakelijkheid vervalt, omdat dezelfde schade zou zijn veroorzaakt door een rechtmatig besluit van een *ander* bestuursorgaan (zo ook in de zaak van de onbevoegde inspecteur, zie hiervoor). Al valt dat uit de uitspraken niet af te leiden, ik ga ervan uit, dat de Afdeling bedoelt: had dezelfde schade rechtmatig door een ander bestuursorgaan, maar *binnen een gelijk blijvend wettelijk kader* veroorzaakt kunnen worden. In de zaak van de onbevoegde inspecteur bijvoorbeeld stond de wet, op het moment dat de inspecteur onbevoegd de maatregel oplegde, de burgemeester wel toe een varkensmaatregel op te leggen. Daarom verviel de aansprakelijkheid.

Bij wetgevingsaansprakelijkheid is een iets andere formulering nodig. Als daarbij de vraag gesteld wordt, of een rechtmatige regeling dezelfde schade *had kunnen* toebrengen, kan dat vrijwel altijd. De formele wetgever kan immers bijna altijd wel een regeling tot stand brengen met dezelfde inhoud, vgl. voorbeeld (3) en (4). Door – zoals ik doe – de vraag te stellen of dezelfde schade *zou zijn* veroorzaakt, wordt voor wetgevingsaansprakelijkheid duidelijk aangesloten bij de gedachte, dat de burger niet hoeft te verdienen aan fouten van de overheid, terwijl het criterium tegelijk niet zo ruim is dat iedere vorm van aansprakelijkheid ermee kan worden weggepoetst.

dezelfde omzetschade geleden. Schadevergoeding wegens onrechtmatig wetgeven is niet aan de orde.

- (2) Stel, een collega fokker die geen lid is van de LTO, raakt als gevolg van de onjuiste bekendmaking van de regeling daadwerkelijk te laat op de hoogte van het fok- en vervoersverbod. Hij heeft net jonge biggen aangekocht, die hij door het vervoersverbod niet naar zijn bedrijf krijgt en met verlies moet verkopen.

De Staat zal niet kunnen aantonen, dat de schade met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid ook zou zijn geleden bij juiste bekendmaking. Integendeel: had de minister de regeling correct bekendgemaakt, dan was de schade van de fokker voorkomen. De Staat ontkomt niet aan aansprakelijkheid.

Ik weet niet of dit soort gevallen in de praktijk vaak voorkomt. Het voorbeeld toont echter aan, dat het risico waartegen publicatievereisten in het bijzonder beschermen – het gevaar voor schade doordat de burger niet of ontijdig op de hoogte raakt van het geldende recht – wél wordt vergoed, als dit risico zich verwezenlijkt.

- (3) Stel, de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren biedt, anders dan de minister aanvankelijk dacht, geen grondslag voor uitvaardiging van een fokverbod. Dit verbod kon dus slechts bij formele wet worden vastgesteld.¹¹¹

Had de minister dit onderkend en ernaar gehandeld, dan had hij de onverbindende regeling niet uitgevaardigd. In beginsel is de Staat aansprakelijk voor deze schending van het legaliteitsbeginsel.

De Staat kan proberen te bewijzen, dat bij tijdige onderkenning van dit gebrek hetzelfde nadeel zou zijn veroorzaakt. Onder bijzondere omstandigheden kan dat lukken. Is door een noodsituatie zeker, dat de wetgever hetzelfde verbod zou hebben uitgevaardigd, dan kan gezegd worden, dat dezelfde schade zou zijn geleden bij tijdige onderkenning van het gebrek in de ministeriële regeling.¹¹² De Staat hoeft dan de schade, voor zover die ook door een wettelijk verbod zou zijn toegebracht, niet te vergoeden.

Overigens: door de gecompliceerdere totstandkomingprocedure van de wet in formele zin zou uitvaardiging van een wettelijk fokverbod meer tijd gevergd hebben. De omzetschade, geleden tot aan het moment dat de wet in formele zin in werking zou zijn getreden, moet hoe dan ook door de Staat worden vergoed. De Staat kan immers niet bewijzen, dat in de periode *tussen* de uitvaardiging van de ministeriële regeling en het moment waarop de (hypothetische) formele wet in werking zou zijn getreden, dezelfde schade zou zijn geleden.

111 Casus uit Rb. §-Gravenhage 11 juni 2008, *LJN* BD5311 (Fokverbod).

112 Anders Rb. §-Gravenhage 11 juni 2008, *LJN* BD5311 (Fokverbod).

Was het gebrek in de regeling tijdig onderkend, dan had het immers nog een tijd geduurd eer de benodigde formele wet tot stand was gebracht.¹¹³

- (4) Bij ministeriële regeling wordt de verkoop van pocketbooks verboden. Dit verbod beperkt de vrijheid van drukpers. Krachtens art. 7 Gw mag slechts de formele wetgever deze vrijheid beperken. De ministeriële regeling is onverbindend.

De Staat is aansprakelijk. Had de minister het gebrek onderkend, dan had hij de regeling immers niet uitgevaardigd. Wellicht had hij de formele wetsprocedure in gang gezet. Echter, de Staat moet bewijzen dat de benadeelde met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dezelfde schade zou hebben geleden. Daardoor ontkomt de Staat nog niet aan aansprakelijkheid, als hij aannemelijk maakt dat de formele wetgever materieel hetzelfde besluit had *kunnen* nemen; hij moet bewijzen, dat de wetgever materieel hetzelfde besluit *zou hebben* genomen. Buiten noodsituaties zal dat praktisch nooit kunnen worden aangetoond. In gewone gevallen is de uitkomst van het democratische wetgevingsproces immers onzeker.

Uit de voorbeelden valt het volgende te concluderen. Toepassing van het voorgestelde criterium leidt tot het resultaat, dat de in beginsel bestaande overheidsaansprakelijkheid voor een onverbindende regeling vervalt, in het geval dat de reden van de onverbindendheid gelegen is in een totstandkomingsgebrek, terwijl de materiële inhoud van de regeling niet onrechtmatig is én bij tijdige onderkenning van het gebrek vrijwel zeker dezelfde ‘schade’¹¹⁴ zou zijn geleden.

Let wel: verval van aansprakelijkheid doet niet af aan de onverbindendheid van de regeling. Zij is en blijft ongeldig. Een op de regeling gegrond uitvoeringsbesluit kan worden vernietigd.¹¹⁵ Als de burger zich *niet* aan de regeling houdt en wordt vervolgd, zal de strafrechter hem van rechtsvervolgung ontslaan.¹¹⁶ De burger mag immers altijd eisen, dat bij de totstandkoming van wettelijke voorschriften de juiste procedures worden gevolgd. Het criterium bewerkstelligt slechts, dat

113 Zou de Staat ook de in de ‘tussenperiode’ geleden schade niet hoeven te vergoeden, dan zou dus de aansprakelijkheid vervallen voor schade die bij rechtmatig handelen nooit zou zijn ontstaan. Dat zou te ver gaan. De burger hoeft weliswaar niet aan fouten van de overheid te *verdienen* (dat is de ratio van de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit); maar het is ook niet de bedoeling dat de burger door een fout van de overheid in een slechtere positie komt te verkeren dan zonder die fout het geval zou zijn. Ook de Afdeling meent: indien ‘tussen het moment van het nemen van het rechtens onjuiste (appellabele, RS) besluit en dat, waarop een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen tijd ligt, omdat (...) voor het nemen van het rechtmatige besluit bepaalde procedurele stappen moesten (...) worden genomen, kan schade die gedurende deze periode wordt geleden, worden toegerekend aan het rechtens onjuist bevonden besluit.’ ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005, 58 (G./Meerssen), r.o. 2.3.1.

114 Eigenlijk: hetzelfde nadeel in het leven zou zijn geroepen.

115 De vraag of en in hoeverre mijn criterium doorwerkt in de aansprakelijkheid voor een op de onverbindende regeling gebaseerd uitvoeringsbesluit, kan niet worden beantwoord zonder uitgebreid in te gaan op het leerstuk van aansprakelijkheid na vernietiging. Dat zou in het bestek van dit betoog te ver voeren.

116 In theorie kan de burger een toepassingsverbod bij de burgerlijke rechter krijgen, zij het, dat de overheid waarschijnlijk eerder een klein formeel gebrek herstelt dan dat zij het laat aankomen op een civiele procedure.

de overheid achteraf geen compensatie is verschuldigd voor nadeel dat de burger sowieso zou hebben getroffen.¹¹⁷

4.6.3 *Argumenten voor en tegen toepassing van de leer op wetgeving*

a. argumenten voor

Drie argumenten pleiten ervoor, de in paragraaf 4.6.2 voorgestelde variant van de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit toe te passen bij wetgevingsaansprakelijkheid.

Ten eerste lijkt het erop, dat dit of een vergelijkbaar criterium vaste voet aan de grond heeft gekregen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie over appellabele besluiten. De verschillen tussen wettelijke voorschriften en appellabele besluiten zijn te gering om de toepassing van een ander causaliteitsregime te rechtvaardigen.

Ten tweede. Als een formele waarborg – een procedure- of bekendmakingsvereiste – is veronachtzaamd, volgt daar niet automatisch uit, dat onrecht is geschied dat door het toekennen van schadevergoeding moet worden rechtgetrokken. De normen die de besluitvorming door de overheid beheersen, zijn typisch publiekrechtelijke normen, die naar hun aard beogen te bewerkstelligen, dat besluiten zoveel mogelijk het resultaat zijn van een evenwichtige afweging van alle relevante belangen. Procedurele normen zijn erop gericht, een besluitvormingsprocedure voor te schrijven die de *kans* vergroot, dat een materieel aanvaardbaar besluit tot stand komt. Veronachtzaming van deze procedurele waarborgen roept het risico in het leven, dat een onevenwichtig besluit tot stand komt. Het veronachtzamen van de voorgeschreven procedures wordt daarom ‘bestraft’ met onverbindendverklaring (bij een appellabel besluit met vernietiging). Kan echter met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden gezegd, dat de burger bij inachtneming van de procedurele waarborgen in dezelfde positie zou zijn komen te verkeren, dan heeft het risico op totstandkoming van een onevenwichtig besluit zich niet verwezenlijkt. Als een besluit met dezelfde inhoud sowieso tot stand zou zijn gekomen, heeft het geen onevenwichtige inhoud. Het risico waartegen de norm beschermt, heeft zich dan niet verwezenlijkt.

Voor bekendmakingsvereisten kan het volgende worden gezegd. Bekendmakingsvereisten strekken ertoe, dat de burger tijdig duidelijkheid krijgt over de inhoud van het geldende recht. Dat heeft op zijn beurt tot doel, dat de burger geen onnodig nadeel loopt door onvoorzienbaar gedrag van de overheid. Pakt een onjuist bekendgemaakte en dus onverbindende regeling voor een burger nadelig uit, maar was de burger bij correcte publicatie door hetzelfde nadeel getroffen, dan

¹¹⁷ In termen van relativiteit zou men kunnen zeggen, dat het veronachtzamen van procedurele vereisten voor de totstandkoming van de regeling weliswaar onrechtmatig is jegens de burger, maar dat de procedurele vereisten hem niet beschermen tegen de schade zoals die *in casu* wordt geleden. Zie par. 4.6.4.

heeft zich niet het risico verwezenlijkt waartegen de bekendmakingsnorm beschermt.

Een oriëntatie op het beschermingsdoel van de formele normen voor totstandkoming van besluiten leidt dus tot de conclusie, dat nadeel, toegebracht door een wegens een totstandkomingsgebrek onverbindende regeling, niet altijd vergoed hoeft te worden.

Ten derde. Zou in de geschetste gevallen toch schadevergoeding worden betaald, dan zou de burger aan een formele mislag van de overheid verdienen. Hij wordt dan in de gelegenheid gesteld, munt te slaan uit een ‘toevallig samentreffen van onrechtmatige daad en schade’.¹¹⁸ De gedachte, dat een gelaedeerde niet *beter* hoeft te worden van een onrechtmatige handeling, is niet vreemd aan het burgerlijk recht.¹¹⁹ Het doel van het schadevergoedingsrecht is het bieden van rechtsherstel, dat wil zeggen dat het schadevergoedingsrecht ertoe strekt, in het verleden aangedaan onrecht te compenseren. Het doel van het aansprakelijkheidsrecht is niet, de benadeelde te verrijken ten koste van de laedens. Aan dat algemene gezichtspunt kan in het overheidsaansprakelijkheidsrecht recht worden gedaan door (varianten van) de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit.¹²⁰

b. argumenten tegen

Ik bespreek twee mogelijke bezwaren tegen de voorgestelde variant op de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit.

Ten eerste. Bij toepassing van het voorgestelde criterium wordt de financiële prikkel om formele normen in acht te nemen, kleiner. Ontstaat nu niet het gevaar, dat overheden onbezorgd procedurenormen gaan overtreden?

Mijns inziens moet dit gevaar niet worden overschat. Voor verval van aansprakelijkheid moet bij het voorgestelde criterium worden aangetoond, dat vrijwel zeker een rechtmatig besluit tot stand zou zijn gekomen dat dezelfde schade zou hebben veroorzaakt. Dat zal in het algemeen niet eenvoudig zijn. De dreiging van aansprakelijkheid blijft dus aanwezig.^{121, 122}

118 Uitdrukking uit Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 95.

119 Dat gezichtspunt vindt uitdrukking in de wijze waarop de schade wordt begroot. De gelaedeerde moet in de positie worden gebracht, waarin hij zonder de onrechtmatige daad had verkeerd, hij moet er niet rijker van worden. Ook art. 6:100 BW, de voordeelsverrekening, kan worden gezien als een concrete uitwerking van de algemene gedachte, dat de gelaedeerde niet aan een onrechtmatige daad van de laedens hoeft te verdienen. Op grond van art. 6:100 BW worden de voordelen die een schadeveroorzakende gebeurtenis voor de benadeelde heeft opgeleverd, in mindering gebracht op de schadevergoeding. Tot slot is ook art. 6:212 BW *im Grande* gebaseerd op de gedachte, dat niemand zonder goede grond rijker moet worden ten koste van een ander.

120 Met andere woorden: de formele normen die besluitvorming door de overheid omgeven zijn typisch publiekrechtelijk van aard. De leer van het hypothetisch rechtmatig besluit bewerkstelligt, dat de burger niet verdient aan de schending van een dergelijke norm. Dit resultaat van de leer – namelijk: de burger verdient niet aan normschending – past uitstekend bij de uitgangspunten van het civiele schadevergoedingsrecht.

121 De mate waarin aansprakelijkheid resteert, hangt wel samen met de formulering van het criterium. In mijn voorstel is de vraag of ‘met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid’ valt te zeggen, dat een rechtmatig besluit tot stand ‘zou zijn’ gekomen. In de uitspraak *G./Meerssen* geeft de Afdeling het criterium dat een rechtmatig besluit ‘zou hebben kunnen worden genomen’ dat dezelfde schade had veroorzaakt. Dat criterium lijkt mij in ieder geval voor wettelijke voorschriften te ruim. Dat komt, doordat wordt gevraagd of de *mogelijk-* →

Bovendien doet een eventueel verval van aansprakelijkheid niet af aan de ongeldigheid van de wettelijke regeling. De strafrechter zal degene die de regeling overtreedt, ontslaan van rechtsvervolging. De bestuursrechter zal een uitvoeringsbesluit vernietigen. De regeling kan niet worden uitgevoerd of gehandhaafd. Daardoor is zij ineffectief als ‘beleidsinstrument’. Ook buiten het aansprakelijkheidsrecht bestaan er dus prikkels voor de overheid om alle procedurele normen voor de totstandkoming van een regeling in acht te nemen. Daarom lijkt mij, dat overheden zich aan formele, rechtsstatelijke normen zullen blijven houden, zelfs als het aansprakelijkheidsrisico kleiner zou worden.

Ten tweede. Zoals hierboven uiteengezet, strekken de procedurele normen die de uitoefening van bevoegdheid reguleren er in mijn ogen toe, de *kans* te vergroten, dat een besluit met een juiste, evenwichtige en rechtvaardige inhoud tot stand komt. Daaruit volgt, dat het schenden van een dergelijke waarborg niet *per se* een vorm van onrecht oplevert, dat moet worden gecompenseerd. Procedurele normen zijn volgens mij slechts een middel, geen doel.

Nu wordt vooral de schending van formele normen – en dan vooral schending van het legaliteitsbeginsel¹²³ – door sommige juristen als een ernstige inbreuk op de rechtsorde beschouwd. Men kan – anders dan ik – het standpunt innemen, dat schending van het legaliteitsbeginsel (of een andere formele norm) *as such* een zo ernstige vorm van onrecht is, dat schadevergoeding altijd op haar plaats is.

Een dergelijke redenering komt mij voor als een product van juristenverkoeking, of althans als een overschatting van de maatschappelijke betekenis van het legaliteitsbeginsel.¹²⁴ Naar mijn idee maakt het voor de gemiddelde burger weinig uit in welke vorm een besluit hem bereikt. Of het nu een wet, een AMvB of een beleidsregel van B&W is: de burger zal vooral geïnteresseerd zijn in de inhoud van een regeling. Daarom is het in mijn ogen maatschappelijk aanvaardbaar dat aansprakelijkheid vervalt op het moment dat aan de burger kan worden uitgelegd, dat de onbevoegd vastgestelde regeling hem niet in een nadeligere positie heeft

heid (in plaats van de bijna-zekerheid) van een dergelijk besluit bestaat, zonder te bezien, of hetzelfde ambt een dergelijk besluit had kunnen nemen. Als het criterium van de Afdeling op wettelijke voorschriften wordt toegepast, vervalt de aansprakelijkheid vrijwel steeds. Vgl. noot 110.

122 Ik stel hier de vraag, of te verwachten valt dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht feitelijk aan ‘preventieve werking’ inboet door toepassing van het voorgestelde criterium. Het is omstrede of het aansprakelijkheidsrecht überhaupt preventieve werking zou moeten hebben. Vaak wordt preventie gezien als een bij-effect van het aansprakelijkheidsrecht. Het eigenlijke doel van het aansprakelijkheidsrecht is in die benadering, het evenwicht van belangen te herstellen dat door een onrechtmatige daad is verstoord. Het waarborgen van preventie door ‘ruime’ overheidsaansprakelijkheid is in die benadering een oneigenlijk gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, zodat het opgeworpen bezwaar niet eens legitiem is.

123 Bij het ‘uittesten’ van de onder (a) genoemde voorbeelden begint een deel van de collega’s te spetteren bij voorbeeld (3).

124 Ik ben het dan ook niet eens met Van Maanen, die schrijft: ‘In een rechtsstaat dienen besluiten die de burgers in hun bestaan raken (...) bevoegdlijk genomen [te] worden. Als er eens technisch wat misgaat dan komt dat voor risico van de overheid. Juristen moeten vooral naar hun (juridische) verstand luisteren en niet (slechts) naar hun hart.’ Noot bij ABRvS 10 augustus 2000, *JB* 2000, 285 (Onbevoegde inspecteur), nr. 8.

gebracht.¹²⁵ De aansprakelijkheid knoopt dan sterker aan bij de aanvaardbaarheid van de materiële inhoud van een besluit in plaats van bij de vorm ervan.

c. conclusie

Ik concludeer dat de genoemde twee bezwaren onvoldoende gewicht in de schaal leggen om af te zien van toepassing van de voorgestelde variant van de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit op onverbindende wetgeving.

4.6.4 *Inpassing in de civielrechtelijke dogmatiek*

Enkele auteurs zijn van oordeel, dat de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit naar civiel recht niet aanvaardbaar is.¹²⁶ Er is geen uitspraak waarin de Hoge Raad (een variant van) deze leer toepast op een geval van aansprakelijkheid voor onverbindende regelgeving. Wel lijkt de Hoge Raad de leer in *Janse/Steenbergen* te aanvaarden voor vernietigde besluiten. Die aanvaarding gaat echter voorzichtig: het hof past de leer toe, waarna de Hoge Raad oordeelt, dat dit niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.¹²⁷

Ik betoog in deze paragraaf, dat het civiele aansprakelijkheidsrecht probleemloos (een variant van) de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit kan absorberen.

Ik maak twee opmerkingen vooraf.

De leer van het hypothetisch rechtmatig besluit is verwant aan de ‘leer Demogue/Besier’, die – in de woorden van Van Maanen – in het civiele recht ‘eigenlijk’ niet wordt aanvaard.¹²⁸ Ik houd mij buiten deze discussie. De leer Demogue/Besier is niet *tried and tested* in de rechtspraak. De leer komt uitsluitend voor in de literatuur. Waarschijnlijk mede daardoor zijn er verschillende versies van die leer in omloop. Deze versies houden in de kern allemaal in, dat aansprakelijkheid voor een onrechtmatige daad ontbreekt, als dezelfde schade zou zijn veroorzaakt indien

125 Valt het criterium niet zo te formuleren, dat alleen bij kleine procedurele misslagen de aansprakelijkheid vervalt, maar bij bevoegdheidsgebreken niet? Dat kan, maar het is lastig. Stel, een regeling wordt ten onrechte bij ministeriële regeling in plaats van bij klein KB vastgesteld (Boon, Brouwer & Schilder 2005, p. 94 en 99). De minister is onbevoegd, maar het enige wat aan de regeling ontbreekt is een handtekening van de Koningin. Klein formeel gebrek of onbevoegdheid? Dit soort begrenzingsproblemen valt alleen te voorkomen door een criterium te formuleren dat de gevallen noemt waar aansprakelijkheid niet vervalt. Bijvoorbeeld: als een regeling ten onrechte niet door een vertegenwoordigend ambt is vastgesteld, bestaat altijd aansprakelijkheid. Om de hierboven gegeven redenen ben ik daar geen voorstander van.

126 Van Maanen & De Lange 2005, p. 81 e.v.; Van Maanen *JB* 2000, 285; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 759. Sommigen zien HR 23 juni 1989, *AB* 1989, 552 (Kennis/Budel) als een aanwijzing, dat de leer minder goed past bij de rechtspraak van de Hoge Raad (zie bijvoorbeeld Schlössels 2003, p. 541, noot 91). Dit arrest is echter geen duidelijke afwijzing van de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit. Het gaat over de (zij het verwante) vraag wanneer causaal verband wordt doorbroken door latere, buiten de invloedssfeer van de laedens gelegen gebeurtenissen. Wellicht levert HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688 (De Marchant et d’Ansembourg) een tegenargument. Het arrest is echter stokoud.

127 HR 1 april 2005, *JB* 2005, 136 (Janse/Steenbergen). Dit arrest is in de *JB* niet van een noot voorzien; in de *AB* en de *NJ* is het vreemd genoeg überhaupt niet gepubliceerd.

128 Van Maanen & De Lange 2005, p. 83.

de laedens rechtmatig had gehandeld. De uitwerking verschilt echter behoorlijk.¹²⁹ Ik ga daarom niet in op de aanvaardbaarheid van de leer Demogue/Besier als zodanig. Uitgangspunt is, dat de leer in het burgerlijk recht niet is aanvaard als *alternatief* voor de relativiteit¹³⁰ of de causaliteit. Dat uitgangspunt sluit echter niet uit, dat deze bestaande leerstukken onder omstandigheden kunnen worden ingevuld op een manier die sterke trekken heeft van de leer ‘Demogue/Besier’.¹³¹

Civilisten zijn het er algemeen over eens, dat de toepassing van het csqn-vereiste alléén, leidt tot een te ruime aansprakelijkheid. Er is een extra aansprakelijkheidsvereiste nodig, waarbij een normatief verband wordt gelegd tussen de onrechtmatige daad en de schade. Civilisten zijn het er niet over eens, waar het normatieve verband tussen onrechtmatige daad en schade moet worden gelegd. Zo moet volgens Lankhorst de correctie van het csqn-criterium plaatsvinden met behulp van de relativiteit; Verheij meent juist, dat de redelijke toerekening van art. 6:98 BW de relativiteitsleer als correctie van de csqn-test vrijwel overbodig maakt.¹³² Ook in dit civielrechtelijke debat neem ik geen positie in. Ik betoog, dat zowel (a) de relativiteitsleer als (b) de leer van de redelijke toerekening de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit zou kunnen absorberen.¹³³

a. relativiteit

De typisch publiekrechtelijke, procedurele normen voor een juiste besluitvorming door de overheid strekken ertoe de kans te vergroten, dat het besluitvormingsproces resulteert in een besluit dat aanvaardbaar is omdat daarin alle relevante belangen evenwichtig zijn afgewogen.¹³⁴

Als een procedurele norm wordt overtreden, is in het systeem van art. 6:163 BW¹³⁵ de relativiteit in beginsel gegeven, tenzij de gedaagde bewijst, dat de relativiteit ontbreekt. Bij mijn voorstel, ingekleed als relativiteitsvraag, zou de relativiteit ontbreken, als bij een correcte besluitvormingsprocedure¹³⁶ met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dezelfde ‘schade’ zou zijn veroorzaakt. Zou een rechtmatig tot stand gekomen besluit hetzelfde nadeel hebben toegebracht,¹³⁷ dan kan gezegd worden, dat het gevaar, waar de procedurele/formele normen tegen beschermen zich niet heeft verwezenlijkt: ondanks de schending van een

129 Zie voor enkele varianten Kerkmeester & Visscher 1999 en Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 107 met verwijzingen. Deze auteurs verschillen onderling ook van mening over de inhoud van de leer.

130 De leer is wel voorgesteld als alternatief voor de causaliteit; Lankhorst 1992, p. 56-64.

131 Vgl. bijvoorbeeld HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 (Niasmandian) en HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen).

132 Lankhorst 1992; Verheij 2005, p. 78-79 en diss. Volgens Van Dunné is de hele relativiteitsleer verwarrend en overbodig, Van Dunné 2004, p. 257-268. Bovendien is de relatie tussen de relativiteitsleer en de leer van de redelijke toerekening volgens hem onduidelijk, Van Dunné 2004, p. 268-273.

133 Dat kan, ten derde, ook via de begroting van de schade. Nadeel dat óók zou zijn geleden als wél rechtmatig was gehandeld, kan (eigenlijk) niet als schade gekwalificeerd worden. Ik laat dit verder buiten beschouwing omdat het in ons privaatrecht ongebruikelijk is om de schadebegroting te gebruiken als een vorm van tempering van aansprakelijkheid. Het zou echter goed kunnen.

134 Dit is betoogd in par. 4.6.3.

135 Lindenbergh 2007 (T&C BW), art. 6:163, aant. 1.

136 Bekendmaking; onderkenning dat een ander orgaan bevoegd was etc.

137 Een correct besluit had dus op rechtmatige wijze dezelfde schade kunnen toebrengen.

formele waarborg is immers een besluit tot stand gekomen dat materieel aanvaardbaar was. Relativiteit ontbreekt.

Hier past een nuancering. De miskennis van procedurele normen is in deze benadering wel onrechtmatig jegens de *persoon* van de benadeelde.¹³⁸ Relativiteit ontbreekt slechts ten aanzien van de wijze waarop de schade is geleden en ten aanzien van de concrete schade die is geleden.¹³⁹

Deze uitsplitsing, waarbij wel relativiteit bestaat ten opzichte van de persoon, maar niet ten opzichte van de soort schade die is geleden en de wijze waarop die is geleden, is nodig om te verklaren waarom de burger bijvoorbeeld door de strafrechter wordt ontslagen van rechtsvervolging; waarom de bestuursrechter een op de regeling gebaseerd besluit zou vernietigen en waarom de burgerlijke rechter zelfs een toepassingsverbod kan uitspreken.¹⁴⁰ De burger kan in een rechtsstaat immers verlangen, dat de overheid zich aan het voor haar gestelde recht houdt. Dat wil echter nog niet zeggen dat de schade die in het verleden door miskennis van die normen is ontstaan, ook altijd vergoed moet worden.

b. redelijke toerekening

De leer van de redelijke toerekening, art. 6:98 BW, krijgt gestalte door een aantal 'deelregels', oorspronkelijk geformuleerd door Brunner.¹⁴¹ Twee deelregels zijn in dit verband vooral van belang. Ten eerste moet voor iedere beschermingsnorm worden vastgesteld of het doel waarmee zij in het leven is geroepen toerekening van de in concreto gevorderde schade rechtvaardigt. Ten tweede is de aard van de overtreden norm van belang.¹⁴²

Publiekrechtelijke procedurenormen zijn, als gezegd, naar hun aard gericht op het vergroten van de kans dat een besluit met een aanvaardbare inhoud tot stand komt. Deze aard rechtvaardigt, dat schade niet wordt toegerekend als deze met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid ook zou zijn ontstaan, als de procedurenorm niet was geschonden. Het besluit is in dat geval immers niet onevenwichtig van inhoud.

138 Zie hiervoor, par. 4.4.1 over de drie aspecten van de relativiteit.

139 Omdat de 'schade' ook zou zijn geleden bij het respecteren van alle procedurele normen, is er sprake van 'toevallig samentreffen' van onrechtmatige daad en schade. Er is toevallige schade, die niet in relatief verband staat met de normschending. Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 95.

140 Die uitsplitsing is te herkennen bij het geval van de onbevoegde inspecteur (ABRvS 10 augustus 2000, *JB* 2000, 271, Onbevoegde inspecteur). Het onbevoegd genomen besluit werd vernietigd omdat het op onjuiste wijze tot stand was gekomen. Toch was er onvoldoende reden om achteraf de nadelige gevolgen van dat vernietigde besluit te vergoeden.

141 Zie hiervoor, par. 4.5; Brunner 1981, Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-II*) 2009, nr. 65 (voorheen Asser/Hartkamp (4-I) 2004, nr. 433); de aard en het doel van de geschonden norm beïnvloeden haar beschermingsomvang. Overigens is 'de aard van de overtreden norm' doorgaans een argument om ruimer toe te rekenen, vooral bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen, zie bijvoorbeeld HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77 (Vader Versluis), en Oosterveen 2007 (T&C BW), art. 6:98, aant. 3. Ik gebruik het gezichtspunt van de 'aard van de norm' hier bij een ander type norm (en dus met een ander effect) dan doorgaans gebeurt.

142 Brunner 1981, p. 214-215.

Concluderend: zowel art. 6:163 BW als art. 6:98 BW kan een variant van de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit in zich opnemen. In beide gevallen is daarvoor nodig, dat de strekking van publiekrechtelijke procedurenormen wordt opgevat als het vergroten van de kans op een aanvaardbaar besluit, in plaats van als normen waarvan de overtreding ertoe leidt dat alle schade die met het op onregelmatige wijze tot stand gekomen voorschrift (of besluit) in verband valt te brengen, vergoed moet worden. Deze twee wijzen van ‘absorptie’ van de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit zijn civielrechtelijk gelijkwaardig. Men zou hoogstens aan het bestuursrecht een lichte voorkeur kunnen ontleen voor inpassing in art. 6:98 BW; de bestuursrechter presenteert de leer als een invulling van de redelijke toerekening. Het komt de rechtseenheid ten goede als de burgerlijke rechter dat ook zou doen.

5 | Voorzieningen & uitspraakbevoegdheden

5.1 Inleiding

Is de vordering gegrond (hfdst. 4), dan is tot slot de vraag, welke uitspraak de burgerlijke rechter kan doen. Dit hoofdstuk behandelt de verschillende voorzieningen en uitspraakbevoegdheden die in een wetgevingsgeding mogelijk zijn en de rechtsgevolgen daarvan. Paragraaf 5.2 gaat over het wetgevingskortgeding, waarin de rechter onder bepaalde voorwaarden een toepassingsverbod kan geven. Paragraaf 5.3 behandelt het bodemgeding.

5.2 Het wetgevingskortgeding

Als een wettelijke regeling volgens de burgerlijke rechter onmiskenbaar onverbindend is, kan hij in kort geding een toepassingsverbod geven.¹ Het wetgevingskortgeding heeft zich sinds het *LSV*-arrest² een vaste plaats verworven bij de rechtsbescherming tegen onrechtmatige wetgeving. Ik bespreek hierna het vereiste van onmiskenbare onverbindendheid (par. 5.2.1), de figuur van buitenwerkingstelling (par. 5.2.2), het relatief toepassingsverbod (par. 5.2.3) en de verhouding van het wetgevingskortgeding tot een eventuele latere bodemprocedure (par. 5.2.4). Tot slot komt de (zeldzame) figuur van een bekendmakingsbevel kort aan bod (par. 5.2.5).

5.2.1 De onmiskenbaarheidseis

Standaardarrest voor toepassingsverboden in kort geding is *LSV*. De feitenrechter had een ministeriële regeling ‘buiten werking gesteld’ waarin medische tarieven ten onrechte verlaagd werden. Een dergelijke voorziening is volgens de Hoge Raad geoorloofd. Wel geldt:

1 Een (voorlopig) bevel is de enige voorziening die de kortgedingrechter kan opleggen: hij kan geen voorlopig declaratoir of voorlopige schadeplichtigheid uitspreken, omdat hij geen zuiver constitutieve en declaratoire vonnissen mag wijzen. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 343; Stein/Rueb 2005, p. 229. Vgl. ook Pres. Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 1985, *KG* 1985, 260 (Stageverordening advocaten), r.o. 4: geen voorlopige onverbindendverklaring.

2 HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360 (*LSV*).

‘Zij zal echter in beginsel slechts in aanmerking komen, indien de [regeling], zoals zich hier blijkt het onder 3.3 reeds overwogene inderdaad voordoet, *onmiskenaar* onverbindend is, zodat van de betrokkenen, mede in verband met de daarvan voor hen te verwachten schade, niet kan worden geveerd dat zij zich naar de – voorshands onmiskenaar onrechtmatige – uitvoering daarvan richten.’[curs. RS]

De onmiskenaarheidseis houdt in, dat een toepassingsverbod pas wordt gegeven, als de onverbindendheid van de regeling ‘zich met een zekere evidentie opdringt’.³

Het vereiste krijgt meer profiel in het *Landbouwwliegers*-arrest. Daarin overweegt de Hoge Raad eerst, dat de (civiele) rechter lagere regelingen mag toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen. Die toetsing moet met de nodige terughoudendheid geschieden, omdat de rechter ten gevolge van art. 11 AB niet naar eigen inzicht de innerlijke waarde van de wet mag beoordelen.⁴ Voor de ‘gewone’ onverbindendverklaring wegens strijd met ongeschreven rechtsbeginselen is dus al vereist, dat de rechter terughoudend toetst.

‘Aantekening verdient voorts dat eerst na een toetsing als voormeld aan de orde kan komen of sprake is van het geval dat het voorschrift ‘onmiskenaar’ onverbindend is, zoals is vereist voor het buiten werking stellen daarvan in een uitspraak in kort geding.’⁵

Nadat is vastgesteld dat de regeling voorshands ‘gewoon’ onverbindend is, moet voldaan zijn aan de bijkomende voorwaarde dat die onverbindendheid onmiskenaar is, wil de rechter een toepassingsverbod kunnen geven. De onmiskenaarheidseis vergt dus een tweede toets. Deze extra toets geldt ook bij onverbindendheid wegens strijd met vage, hogere normen, zoals rechtsbeginselen, waarbij ‘gewone’ onverbindendheid al met de nodige terughoudendheid wordt vastgesteld. Overigens bevat de motivering van het vonnis in een wetgevingskortgeding meestal geen toets in twee stappen: ik ken geen voorbeeld van een uitspraak waarbij de rechter een toepassingsverbod afwijst, met de motivering dat de regeling weliswaar onverbindend, maar niet onmiskenaar onverbindend is. In de praktijk beantwoordt de rechter meteen de vraag, of de aangevallen regeling onmiskenaar onverbindend is.

De onmiskenaarheidseis geldt voor een toepassingsverbod in kort geding nog steeds.⁶

3 Keus 2002, p. 118.

4 R.o. 6.1; zie ook par. 2.3.

5 HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 (*Landbouwwliegers*), r.o. 6.2.

6 Bracke 1993 bepleit, het vereiste van onmiskenaarheid te vervangen door het soepelere vereiste van ‘gerede twijfel aan de rechtmatigheid’. Tegelijk moet volgens hem strenger worden getoetst of een voorlopige voorziening noodzakelijk is om schade te voorkomen. Dit pleidooi heeft weinig weerklank gevonden. Alleen Pres. Rb. ’s-Gravenhage 15 april 2003, *KG* 2003, 121 (*Antroposofische geneesmiddelen*) en Pres. Rb. ’s-Gravenhage 11 september 1998, *JB* 1998, 216 (*Whv I*) gaan enigszins in deze richting. Overigens zit het vereiste van het voorkomen van schade volgens mij al ‘ingebakken’ in het vereiste van spoedeisend belang (art. 254 Rv).

De *Whv*-zaak geeft één duidelijke uitzondering op de onmiskenbaarheidseis.⁷

De rechtbank had in het bodemgeding omtrent de Wet herstructurering varkenshouderij (*Whv*) geoordeeld, dat deze wet de toets aan art. 1 EP EVRM niet kon doorstaan.⁸ De eisers vragen de rechter meteen daarna in kort geding om een toepassingsverbod ten aanzien van deze wet. President en hof nemen het ‘gewone’ onverbindendheidsoordeel van de bodemrechter over en geven de gevraagde voorziening.⁹ De Staat klaagt in cassatie, dat de onmiskenbaarheidseis veronachtzaamd is. De Hoge Raad overweegt:

‘In deze klacht wordt miskend dat de rechtbank in haar tussenvonnissen in het bodemgeding (...) de *Whv* heeft getoetst aan art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, een verdragsbepaling in de zin van art. 94 Grondwet, en dat bij een *zodanige* toetsing de in de klacht bedoelde maatstaf niet van toepassing is. De rechtbank was van oordeel dat de genoemde hoofdstukken van de *Whv* deze toetsing niet konden doorstaan. In dit kort geding heeft de President dat oordeel van de bodemrechter tot uitgangspunt genomen. Het Hof heeft terecht aangenomen dat voor een nieuwe toetsing in dit kort geding geen plaats was.’ [curs. RS]

In het commune burgerlijk recht geldt, dat de kortgedingrechter zich richt naar een onrechtmatigheidsoordeel van de bodemrechter, zonder een extra toets aan te leggen.¹⁰ Hetzelfde geldt – blijkens de laatste twee geciteerde volzinnen – in het wetgevingskortgeding. Als de bodemrechter ‘gewone’ onverbindendheid heeft vastgesteld, kan in kort geding meteen een toepassingsverbod worden gegeven.

Het arrest is ook wel zo geïnterpreteerd, dat de onmiskenbaarheidseis niet zou gelden voor een toepassingsverbod in kort geding wegens strijd met een verdragsbepaling.¹¹ Tekstueel is dat mogelijk.¹² Toch is dit om twee redenen een onwaarschijnlijke uitleg.

Ten eerste wordt de geciteerde overweging voorafgegaan door uitgebreide overwegingen waarin wordt bevestigd, dat de kortgedingrechter zich moet richten naar het oordeel van de bodemrechter. Het hele geding speelt zich af tegen de achtergrond van het reeds door de bodemrechter gegeven onverbindendheidsoordeel.

Ten tweede valt lastig in te zien, waarom de Hoge Raad de onmiskenbaarheidseis alleen bij verdragstoetsing zou hebben laten vallen. Een toepassingsverbod – zeker een algemeen toepassingsverbod – kan een grote ‘impact’ hebben. Tegelijk wordt het niet in de (met meer waarborgen omklede) bodemprocedure gegeven, maar in het informelere, op snelle afdoening gerichte kort geding. Deze

7 HR 19 mei 2000, *NJ* 2001, 407 (*Whv* V). Zie voor de casus par. 13.2. Over de verschillende *Whv*-arresten De Lange 1999, p. 5 e.v.

8 Rb. 's-Gravenhage 23 december 1998, *JB* 1999, 35.

9 Pres. Rb. 's-Gravenhage 23 februari 1999, *JB* 1999, 61 (*Whv* II), r.o. 3.4. Hof 's-Gravenhage 10 juni 1999, *KG* 2000, 91 (*Whv* III).

10 Vgl. r.o. 3.2 van het arrest en HR 22 april 1983, *NJ* 1984, 145.

11 Van Maanen & De Lange 2005, p. 118; Snijders, *NJ* 2001, 407, nr. 3 sub a.

12 ‘[Z]odanige’ zou dan terugslaan op toetsing van een wet aan een verdrag, en niet op toetsing door de bodemrechter van de wet aan een verdrag.

omstandigheden verklaren waarom de Hoge Raad in *LSV* en *Landbouwwliegers* voor het geven van een toepassingsverbod een extra veiligheidsventiel heeft ingebouwd in de vorm van de onmiskenbaarheidseis. De ratio van het vereiste gaat dan ook op bij alle vormen van toetsing aan hoger recht; ook bij een toepassingsverbod wegens strijd met een verdragsbepaling of EG-recht.¹³ Als de Hoge Raad van de onmiskenbaarheidseis afscheid had willen nemen, zou hij dat voor alle vormen van wetstoetsing hebben gedaan.¹⁴

Samengevat: voor een toepassingsverbod in kort geding is vereist, dat de onverbindendheid van het wettelijk voorschrift onmiskenbaar is. Dat vereiste geldt bij toetsing aan alle typen hoger recht; bij toetsing aan de van nature vage rechtsbeginselen komt de onmiskenbaarheidseis bovenop de reeds terughoudende toets voor 'gewone' onverbindendheid. Heeft echter de bodemrechter reeds gewone onverbindendheid uitgesproken, dan kan de kortgedingrechter zonder nadere onmiskenbaarheidstoets een toepassingsverbod geven.

5.2.2 *Buitenwerkingstelling: een absoluut toepassingsverbod*

Een toepassingsverbod in kort geding kan de vorm hebben van een 'buitenwerkingstelling' die in het dictum van het vonnis wordt uitgesproken.¹⁵ De Hoge Raad legt deze term in het *LSV*-arrest uit als:

-
- 13 Het feit dat bij toetsing aan verdragsbepalingen internationale verplichtingen van het Koninkrijk aan de orde zijn, is mijns inziens evenmin een argument om de onmiskenbaarheidseis *uitsluitend voor toetsing aan verdragsbepalingen* te laten vallen. Zo ook Keus 2002. De onmiskenbaarheidseis lijkt mij ook niet in strijd met het gemeenschapsrecht. Uit HvJ EG 13 maart 2007, *AB* 2007, 301 (Unibet) blijkt, dat het communautaire recht vereist, dat voorlopige maatregelen tegen de handhaving van potentieel met EG-recht strijdige regelingen mogelijk zijn. Voor toewijzing van zo'n maatregel gelden in beginsel de nationaalrechtelijke criteria, voor zover deze criteria niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en zij de voorlopige rechterlijke bescherming van dergelijke rechten 'niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken'. Dat laatste kan over de onmiskenbaarheidseis mijns inziens niet worden gezegd. Nationale voorlopige maatregelen tegen nationale regelingen die mogelijk strijdig zijn met het EG-recht hoeven op grond van *Unibet* dus 'slechts' te voldoen aan de *Rewe/Comet*-criteria, niet aan het strengere beginsel van effectieve rechtsbescherming. (Zie over de 'Rewe/Comet-criteria' Meijer 2007, p. 58-64; over het beginsel van effectieve rechtsbescherming dezelfde, p. 64-67; zie ook de noot van De Waele & Schutgens onder het arrest). In zijn arrest van 12 mei 2000, *NJ* 2000, 714 paste de Hoge Raad de onmiskenbaarheidseis dan ook toe bij beweerde strijd van een bepaling met gemeenschapsrecht. Idem Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 oktober 1998, *KG* 1998, 301 (Koppelingwet), r.o. 3.9; V.zr. Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2008, *NJ* 2008, 304 (Vliegbelasting). Echter, Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008 *LJN* BF8225 (BOVAG/Staat), r.o. 3.11 laat de toepasselijkheid van de onmiskenbaarheidseis bij toetsing aan het EG-recht in het midden.
- 14 De verwarring treedt al op in de conclusie bij het arrest. A-G Bakels geeft twee argumenten waarom buitenwerkingstelling *in casu* mogelijk zou zijn zonder toepassing van de onmiskenbaarheidseis. Ten eerste is door de bodemrechter al een oordeel gegeven – dat is juist. Ten tweede omdat aan verdragsrecht wordt getoetst. Bakels veronderstelt, dat het in *Landbouwwliegers* gestelde onmiskenbaarheidsvereiste samenhangt met het feit dat in dat arrest werd getoetst aan ongeschreven recht (zie vooral de conclusie A-G, nr. 2.21). In dat arrest worden echter twee kwesties duidelijk onderscheiden. In r.o. 6.1. blijkt dat toetsing aan rechtsbeginselen mogelijk is, zij het terughoudend. In r.o. 6.2. blijkt dat de extra terughoudendheid in de vorm van de onmiskenbaarheidseis hier nog bovenop komt.
- 15 Vgl. HR 11 december 1987, *NJ* 1990, 73 (Ondertitelingsverbod); Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 mei 1987, *KG* 1987, 257 (Visrechten Grevelingenmeer); Pres. Rb. 's-Gravenhage 31 juli 1987, *KG* 1987, 373 (WIR-premie); Pres. Rb. Amsterdam 31 maart 1994, *KG* 1994, 139 (Jappie Kip); HR 17 september 1999, *NJ* 1999, 736 (Toeristenbelasting Schiphol II); Pres. Rb. Haarlem 5 november 1999, *KG* 1999, 326; Pres. Rb. 's-Gravenhage 6 augustus 2003, *KG* 2003, 196 (Fotografieverbod De Horsten). Buitenwerkingstelling wordt overigens veel vaker gevraagd dan toegewezen.

‘een in algemene termen vervat verbod (HR 3 jan. 1964, *NJ* 1964, 445, en 18 febr. 1966, *NJ* 1966, 208), daartoe strekkende dat de Staat zich – tot een eventuele beslissing in een bodem-procedure, waarbij de beschikkingen verbindend worden geoordeeld – heeft te onthouden van gedragingen die op de werking van die beschikkingen zijn gegrond, met name het uitvoeren of doen uitvoeren daarvan.’¹⁶

Aan de overheidsrechtspersoon wordt in het algemeen *het* uitvoeren van de regeling verboden. Alle tot deze rechtspersoon behorende ambten moeten zich onthouden van handelen waartoe de regeling zou kunnen machtigen. Er mogen geen uitvoeringsbesluiten meer genomen worden, noch mag er strafvorderlijk handelen op de regeling gebaseerd worden. Buitenwerkingstelling houdt dus een absoluut toepassingsverbod in ten aanzien van alle ambten die behoren tot de veroordeelde overheidsrechtspersoon.¹⁷

Ook bij buitenwerkingstelling scheidt het vonnis echter slechts een *rechtsbetrekking* tussen de burger die het vonnis verkreeg (hierna: de verkrijger) en de overheid. De Hoge Raad overweegt in *LSV*, dat

‘ook een algemeen geformuleerde uitspraak als in het onderhavige geval is gegeven, slechts rechten geeft aan de partijen die haar hebben verkregen, zij het dat derden kunnen profiteren van de praktische gevolgen, gelegen in de verwachting dat die rechter in volgende soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen.’

Het vonnis waarbij een regeling buiten werking wordt gesteld, legt *inter partes* vast, dat de overheid *ten behoeve van de verkrijger* verplicht is, om zich *tegenover iedereen* van uitvoering van de regeling te onthouden.

De rechtsbetrekking die door buitenwerkingstelling ontstaat, heeft trekken van een verbintenis. Zij scheidt een verplichting van de overheid jegens de verkrijger. De inhoud van de verplichting betreft echter de wijze waarop de overheid eenieder moet behandelen. De ‘prestatie’ waartoe het vonnis verplicht heeft dus feitelijke werking jegens derden.¹⁸

Derden staan dus buiten de rechtsbetrekking die de buitenwerkingstelling scheidt. Derden kunnen het vonnis daarom niet op eigen naam invoeren om de voortgezette uitvoering af te weren. Dreigt een ambt van de overheidsrechtspersoon de regeling toch ten opzichte van een derde te handhaven, dan komt de overheidsrechtspersoon *jegens de oorspronkelijke verkrijger* van de buitenwerkingstelling zijn verplichtingen uit het vonnis niet na. In het geval dat de verkrijger van het vonnis een belangenbehartiger is – wat vaak het geval is – dan zal hij ten behoeve van de derde het vonnis tegen de overheidsrechtspersoon invoeren.¹⁹ Het

¹⁶ HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360 (*LSV*). De daar aangehaalde arresten gaan niet over onrechtmatige wetgeving.

¹⁷ Buitenwerkingstelling van een strafbepaling van een decentrale wetgever is daardoor strikt genomen geen absoluut toepassingsverbod. Het verbod is immers gericht aan de gemeente of provincie, niet aan de Staat. Het verplicht het Openbaar Ministerie als orgaan van de Staat dogmatisch niet om van vervolging af te zien.

¹⁸ Vgl. Frenk 1990.

¹⁹ Verhelderend: Frenk 1990, p. 1631.

buiten werking stellend vonnis geeft de belangenbehartiger immers het recht om te verlangen dat derden verschoond blijven van op de regeling gebaseerde uitvoeringshandelingen.²⁰ Omdat de verkrijger van het vonnis te allen tijde kan eisen, dat handhaving van een regeling jegens een derde wordt gestaakt, zal de overheid normaal gesproken de handhaving van een regeling niet voortzetten. Voor die feitelijke *erga omnes*-werking hoeft de buitenwerkingstelling niet van de hoogste rechter afkomstig te zijn.²¹ Zij bestaat al bij buitenwerkingstelling door de rechtbank. Omdat de overheid in beginsel geen strafvervolging meer zal instellen en geen uitvoeringsbesluiten meer op de regeling zal baseren, heeft een buitenwerkingstelling – als de overheid zich houdt aan haar rechtsplicht om de regeling buiten toepassing te laten – bovendien tot gevolg, dat de beoordeling aan bijzondere rechters, onder wie de hoogste bijzondere rechter, wordt onttrokken. Het absolute toepassingsverbod heeft al met al dus een veel ingrijpender effect dan de door de Hoge Raad genoemde ‘verwachting dat de rechter in volgende soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen.’²²

Ik ben overigens van oordeel, dat ook de *rechter* een regeling na buitenwerkingstelling daarvan in andere gedingen niet meer mag toepassen – althans bij regelingen van de centrale overheid. Een geding over een onrechtmatige overheidsdaad wordt aangespannen tegen de overheidsrechtspersoon waarvan het ambt dat de onrechtmatige daad heeft begaan, deel uitmaakt. Een bevel dat materieel inhoudt, dat een ambt of verschillende ambten op een bepaalde wijze van een publiekrechtelijke bevoegdheid gebruik moeten maken, wordt gericht aan de overheidsrechtspersoon. De uitspraak naar burgerlijk recht dringt niet door tot ‘binnen in’ de overheidsrechtspersoon; intern moeten echter alle ambten die het bevel aangaat, zich ernaar richten. Het bevel wordt ‘toegerekend’ aan alle tot de rechtspersoon behorende ambten die het aangaat.²³ De rechter is een ambt van de Staat.

20 Als een door een buitenwerkingstelling ‘begunstigde’ derde wenst, dat de wettelijke regeling tegenover hem juist wel wordt toegepast, kan hij de overheid daar in beginsel op grond van art. 3:305a BW toe verzoeken, zie HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 689 en Van Maanen & De Lange 2005, p. 123-124.

21 Vgl. hfdst. 14.

22 Dit effect van het vonnis is eerder een feitelijk dan een juridisch verschijnsel. Terecht wijst Frenk 1990, p. 1632 erop, dat de Hoge Raad in zijn beschrijving van de functie van buitenwerkingstelling voor derden het accent te zeer legt op de verwachting, dat de rechter ten aanzien van derden in gelijke zin zal beslissen. (Vgl. HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 689, r.o. 4.1). Bok 1991 verkijkt zich naar mijn idee op deze overweging van de Hoge Raad, waar hij stelt, dat het bestuur na een buitenwerkingstelling zal afzien van uitvoering jegens derden ‘wegens de grote kans dat in soortgelijke gevallen (dezelfde regeling) opnieuw onrechtmatig verklaard zal worden’ (p. 181). Het afzien van handhaving jegens derden is een rechtsplicht van de overheid en deze rechtsplicht is de precies de ‘prestatie’ waartoe de buitenwerkingstelling verplicht. (Bok 1991, p. 170 is mijns inziens wel correct).

23 Hierover de instructieve conclusie van A-G Ten Kate bij HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 898 (Methadonbrief) i.h.b. de nummers 24 t/m 31 en zijn conclusie bij HR 23 maart 1979, *NJ* 1979, 934, 3^e en 4^e alinea. Een vergelijkbare figuur is in het commune burgerlijk recht te vinden bij de veroordeling van een rechtspersoon die al zijn organen geldt; zie Asser/Maeijer (2-II) 1997, nr. 125. ‘Toerekening’ in omgekeerde richting is heel gewoon: handelingen van ambtsdragers worden toegerekend aan de rechtspersoon en gelden civielrechtelijk als daden van de rechtspersoon, HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, (Kleuterschool Babbel). Zie ook HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 152 (OZB/Staat), r.o. 3.3.2.

Daarom geldt een absoluut toepassingsverbod, gericht aan de Staat, mijns inziens ook de rechter.²⁴

Tegen de *term* ‘buitenwerkingstelling’ is het bezwaar ingebracht, dat deze ten onrechte de suggestie wekt, dat de burgerlijke rechter een rechtshandeling verricht die de regeling haar rechtskracht ontnemt.²⁵ De Hoge Raad heeft deze rechtsfiguur in *LSV* echter zo uitgelegd, dat zij in de dogmatiek past. De term is ingeburgerd. Ik zie daarom weinig reden om ervan af te stappen.²⁶ Een rechter die de term dogmatisch onzuiver vindt, kan overigens in plaats daarvan een algemeen toepassingsverbod uitspreken.²⁷ Dat verschilt inhoudelijk niet van een buitenwerkingstelling.

5.2.3 Een relatief toepassingsverbod

Naast buitenwerkingstelling is ook een verbod mogelijk om een regeling in één welomschreven geval of op één of enkele specifieke burgers toe te passen. Ook bij een dergelijk relatief toepassingsverbod in kort geding zal de toepassing van het wettelijk voorschrift in het individuele geval onmiskenbaar onrechtmatig moeten zijn. Een relatief toepassingsverbod kan in twee gevallen aan de orde zijn.

Als de aangevallen regeling volgens de burgerlijke rechter niet in algemene zin onverbindend is, maar slechts de toepassing daarvan, gelet op bijzondere omstandigheden van het voorliggende geval, onrechtmatig zou zijn, kan hij een verbod geven om de regeling in een specifiek omschreven geval toe te passen.²⁸

Ook als een wettelijk voorschrift wel in algemene zin onverbindend is, maar enkele particulieren zich verzetten tegen de werking van het voorschrift jegens hen, kan een relatief toepassingsverbod worden gegeven.²⁹ Het belang van een particulier strekt doorgaans niet verder, dan dat het voorschrift jegens hemzelf buiten toepassing blijft, zodat voor de hand ligt, het toepassingsverbod tot het

24 De mogelijkheid van hoger beroep (of een later bodemgeding, zie par. 5.2.4) tegen een buitenwerkingstelling doet hier niet aan af. In hoger beroep wordt niet de door de lagere rechter buiten werking gestelde regeling opnieuw toegepast, maar wordt diens vonnis (de eerdere buitenwerkingstelling *zelf*) beoordeeld.

25 Vooral door Van Maanen 2000.

26 Terminologisch wat vreemd is inderdaad, dat een reeds uitgevaardigde regeling, die haar eigen inwerkingtreding op enig moment in de toekomst bepaalt, al vóór die inwerkingtreding ‘buiten werking gesteld’ kan worden. Dogmatisch gezien wordt dan echter slechts een verbod uitgesproken om de regeling uit te voeren (anders Pres. Rb. Haarlem 30 januari 1998, *KG* 1998, 73, r.o. 3.8.).

27 Zie bijvoorbeeld HR 2 april 1971, *NJ* 1971, 271 (Utrechtse woonschepenverordening); Pres. Rb. ‘s-Gravenhage 16 juni 1988, *KG* 1988, 271 (Tarieven sociale advocatuur); Gem. Hof NA en Aruba 18 februari 1997, *KG* 1997, 241 (Arubaanse huisartsen); Gem. Hof NA en Aruba 12 augustus 1997, *KG* 1997, 360 (Call back services); Pres. Rb. Haarlem 30 januari 1998, *KG* 1998, 73 (Toeristenbelasting Schiphol I); Pres. Rb. ‘s-Gravenhage 7 oktober 1998, *KG* 1998, 301 (Koppelingswet); Pres. Rb. Haarlem 5 november 1999, *KG* 1999, 326 (Beperking nachtvluchten); Hof ‘s-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF8255 (BOVAG/Staat).

28 Rb. ‘s-Gravenhage 26 juni 1986, *KG* 1986, 320 (SSGZ). Zie ook HR 3 oktober 1986, *NJ* 1987, 911 (Arucar), r.o. 3.5. en Bok 1991, p. 172-173 met nog enkele voorbeelden. Zie over een gebod tot buiten toepassing laten van de wet in formele zin par. 11.5.2.

29 HR 19 mei 2000, *NJ* 2001, 407 (Whv V) en Pres. Rb. ‘s-Gravenhage 23 februari 1999, 61 (Whv II). Pres. Rb. ‘s-Gravenhage 29 januari 1986, *KG* 1986, 108 (Uitvoeringsbesluit omzetbelasting).

geval van de individuele eiser(s) te beperken.³⁰ Het algemene toepassingsverbod is vooral van belang voor belangenorganisaties, die ten behoeve van hun gehele achterban de uitvoering van een wettelijk voorschrift willen blokkeren. Overigens is er geen jurisprudentie die de algemene buitenwerkingstelling reserveert voor collectiviteitsacties.

Een relatief toepassingsverbod schept een rechtsbetrekking tussen de overheid en de verkrijger, op grond waarvan de overheid jegens de verkrijger van het vonnis (slechts) in een welomschreven geval of ten opzichte van welbepaalde personen verplicht is, een regeling niet toe te passen.

Naar mijn oordeel is de aanspraak die de verkrijger aan het civielrechtelijk verbod ontleent, ook inroepbaar in een straf- of bestuursrechtelijke procedure tussen de verkrijger en de overheid. Als de overheid ondanks een civiel toepassingsverbod toch – bijvoorbeeld – een belastingbeschikking oplegt, dan hoeft de verkrijger daarvoor maar te wijzen op zijn rechten uit het civiele vonnis. De bestuursrechter dient een dergelijke beschikking zonder eigen toetsing te vernietigen.

Zou de (straf- of) bestuursrechter niet een dergelijk effect aan het individuele toepassingsverbod verlenen, dan zou de rechtsfiguur zinloos worden. Een civiel toepassingsverbod strekt ertoe, de burger zekerheid te verlenen, dat een regeling niet op hem zal worden toegepast. De burger zal vertrouwen op de bescherming die deze voorzienig hem biedt en zijn handelen op de verwachte niet-toepassing van de regeling afstemmen. De hele zin en strekking van een wetgevingskortgeding is, de verkrijger al vóórdat de overheid een uitvoeringshandeling verricht, zekerheid te verschaffen over zijn rechtspositie. Als de bijzondere rechter ná een civielrechtelijk toepassingsverbod de handhaving van een regeling door de vingers zou zien, wordt het wetgevingskortgeding zodanig ondergraven, dat het zijn zin verliest. Afgezien van deze wat ‘teleologische’ argumenten, is mijns inziens ook dogmatisch te verdedigen, dat het civielrechtelijke toepassingsverbod ook in een bijzondere procedure rechtsgevolg heeft en dus door de verkrijger inroepbaar is. Een civielrechtelijk toepassingsverbod behelst immers een aan de ambten toe te rekenen rechtsplicht van de overheid.³¹

30 Uitzondering: gevallen waar één particulier schade lijdt door een verbod, gericht tot derden. Een voorbeeld is Rb. Dordrecht 28 juni 1981, *NJ* 1981, 437 (Dordtse woonruimteverordening), waar een algemeen toepassingsverbod wordt gegeven ten behoeve van twee particulieren, versteekt met een bevel om dit vonnis bekend te maken. Zie ook par. 6.2.

31 De bekende *SGP*-zaak lijkt hiermee op het eerste gezicht op gespannen voet te staan, zie *ABRvS* 5 december 2007, *AB* 2008, 35 (*SGP/Minister van BZK*). Belangenbehartiger Clara Wichmann (*CW*) verkreeg bij de burgerlijke rechter in eerste aanleg een incidenteel toepassingsverbod (Rb. ‘s-Gravenhage 7 september 2005, *AB* 2005, 398). De Minister van BiZa werd verboden om conform de Wet subsidiëring politieke partijen aan de *SGP* een partijsubsidie te verlenen, zolang deze partij vrouwen van bepaalde functies uitsloot. Conform dit verbod wijst de minister de eerstvolgende subsidieaanvraag van de *SGP* af. De *SGP* gaat in beroep. Eenmaal bij de Afdeling wordt ook *CW* als belanghebbende aangemerkt. *CW* betoogt, dat afwijzing van de aanvraag, gezien het toepassingsverbod van de civiele rechter, de enig juiste beslissing is. De Afdeling erkent, dat op de minister krachtens dit vonnis een rechtsplicht rustte, om de aanvraag van de *SGP* af te wijzen. Toch staat dat er volgens de Afdeling niet aan in de weg, dat de bestuursrechter een eigen, inhoudelijke afweging moet maken. De Afdeling komt anders dan de rechtbank tot de conclusie, dat de wet wel toepasselijk is. Het beroep dat *CW* →

5.2.4 Correctie in een bodemgeding

Een buitenwerkingstelling en een incidenteel toepassingsverbod zijn voorlopige voorzieningen. In het commune burgerlijk recht kan een gedaagde wiens handelen in kort geding voorlopig als onrechtmatig wordt bestempeld, later altijd in een bodemprocedure een verklaring voor recht vragen, dat hij (toch) rechtmatig heeft gehandeld.³² Ook als de gedaagde de hem ter beschikking staande rechtsmiddelen tegen het kortgedingvonnis niet heeft uitgeput, kan hij bij de bodemrechter aankloppen.³³ Door een dergelijk declaratoir vervalt de voorlopige voorziening.³⁴ Analoog hieraan zal de overheid na een toepassingsverbod in kort geding een bodemgeding kunnen aanspannen teneinde een declaratoir te verkrijgen, dat zij een *verbindend* voorschrift heeft vastgesteld en dus, achteraf gezien, rechtmatig heeft gehandeld.³⁵ In dat geval vervalt de buitenwerkingstelling of het relatieve toepassingsverbod.

Een buitenwerkingstelling heeft dus sterke trekken van een schorsing van het voorschrift; het voorschrift kan voorlopig niet meer uitgevoerd worden, maar de voorziening kan nog opgeheven worden.³⁶

Bij de gepubliceerde buitenwerkingstellingen heeft de overheid deze mogelijkheid tot nog toe niet proberen in te zetten.³⁷ Ik veronderstel, dat dit het gevolg is van het vereiste van onmiskenbare onverbindendheid. Als de kortgedingrechter onmiskenbare onverbindendheid constateert, wordt de kans gering, dat de bodemrechter – niet eens – gewone onverbindendheid zal vaststellen. Bovendien is het ook voor de overheid van belang om snel duidelijkheid te verkrijgen over de status van een buiten werking gesteld voorschrift. Als de lagere rechter een voorschrift buiten werking stelt, zal de overheid waarschijnlijk eerder geneigd zijn,

doet op het door haar verkregen relatieve toepassingsverbod, baat haar voor de bestuursrechter dus niet. De bestuursrechter slaat hier geen acht op de civielrechtelijke rechtsbetrekking tussen de overheid en de verkrijger van een civielrechtelijk toepassingsverbod, anders dan ik hierboven bepleit. *In casu* deden zich echter nogal wat procesrechtelijke buitenissigheden voor. De rechtbank had het toepassingsverbod gegeven in de veronderstelling, dat CW bij de bestuursrechter niet-ontvankelijk zou zijn. CW bleek echter wél ontvankelijk te zijn. Daarom werd het bevel van de rechtbank vlak na de Afdelingsuitspraak door het gerechtshof vernietigd – wat de Afdeling ook zal hebben verwacht – zodat het probleem van botsende vonnissen van tafel was (Hof 3-Gravenhage 20 december 2007, *JB* 2008, 37). Ik meen dat door deze bijzonderheden weinig algemene conclusies aan de zaak zijn te verbinden. Daarom ondergraaft zij mijn standpunt niet.

32 Zie voor een voorbeeld Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 342.

33 HR 16 november 1984, *NJ* 1985, 547 (Ciba Geigy/Voorbraak).

34 Vgl. Van Buuren 1987, p. 79. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 342: het kortgedingvonnis blijft gelden, maar de voorziening vervalt.

35 Het belang van de overheid bij naleving van de wet door de burger is geen civielrechtelijk belang. Sinds *Staat/Kabayel* (HR 18 februari 1994, *AB* 1994, 415) kan de overheid de naleving van publiekrechtelijke normen door de burger toch bij de civiele rechter afdwingen. Het afdwingen van naleving van een voorlopig onverbindend geoordeeld, maar volgens de overheid verbindend wettelijk voorschrift is daar een species van.

36 Het belangrijkste verschil is, dat de schorsing juridisch *erga omnes* werkt, terwijl derden bij een buitenwerkingstelling de 'hulp' van de oorspronkelijke verkrijger moeten inroepen, zie ook par. 5.3.2.

37 In Pres. Rb. 3-Gravenhage 15 april 2003, *KG* 2003, 121 (Antroposofische geneesmiddelen) en in Pres. Rb. 3-Gravenhage 23 februari 1999, *JB* 1999, 61 (Whv II) wordt een regeling buiten werking gesteld voor de periode tot aan de uitspraak van een reeds aangespannen bodemgeding. Een apart bodemgeding tot is dan niet meer nodig.

tegen dat kortgeding vonnis in hoger beroep te gaan, dan een – langdurige – civiele bodemprocedure te beginnen. Als vervolgens het hof of desnoods de Hoge Raad de *onmiskembare* onverbindendheid bevestigt, ligt het weinig voor de hand, dat een bodemprocedure bij de civiele bodemrechter de overheid nog soelaas biedt. Dat doet overigens niet af aan het bestaan van de mogelijkheid van een bodemgeding tot ‘verbindendverklaring’.³⁸

5.2.5 Bekendmakingsbevel

De kortgedingrechter geeft de overheid een enkele keer een bevel om een onverbindendverklaring of een verklaring dat een regeling op grond van art. 94 Gw buiten toepassing moet blijven, algemeen bekend te maken. Dat is nuttig, als te verwachten valt dat potentiële ‘begunstigden’ niet van de onverbindendheid op de hoogte zijn.

Een voorbeeld. De President van de Haagse Rechtbank constateert dat de Koppelingswet, die het recht op sociale uitkeringen koppelt aan een rechtmatig verblijf in Nederland, tegenover bepaalde vreemdelingen in strijd is met het Europees verdrag betreffende sociale en medische bijstand. Hij beveelt dat de wet ten opzichte van hen buiten toepassing blijft, en geeft de Staat een bevel om dit aan alle bevoegde uitvoeringsinstanties bekend te maken.³⁹

5.3 Het bodemgeding

De bodemrechter beschikt over meer uitspraakbevoegdheden dan de kortgedingrechter. Daarvan is de ‘onverbindendverklaring’ door de civiele bodemrechter enigszins omstreden. Zij krijgt een uitgebreide bespreking in paragraaf 5.3.1 tot 5.3.3. De overige uitspraakbevoegdheden bespreek ik beknopt in paragraaf 5.3.4.

38 Van Buuren 1987, p. 79, bepleit een bodemprocedure *tot naleving van de buiten werking gestelde regeling* tegen de verkrijger. De bodemrechter wordt dan gevraagd een bevel in plaats van een blote ‘verbindendverklaring’ uit te spreken. Deze variant werkt niet altijd. Bij een buiten werking gestelde belastingregeling (zie par. 8.2) heeft het weinig zin, de burger een bevel tot naleving te geven. Bovendien wordt soms geageerd door een belangenbehartiger alleen. Een procedure tot naleving tegen een belangenbehartiger heeft weinig zin als deze zelf geen adressaat van de regeling was. Anders en mijns inziens onjuist: Hennekens, Van Geest & Fernhout 1998, p. 185, noot 772, volgens wie na cassatieberoep tegen een buitenwerkingstelling de rechtsmiddelen van de overheid zijn uitgeput.

39 Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 oktober 1998, *KG* 1998, 301 (Koppelingswet); vgl. Pres. Rb. Rotterdam 30 september 1980, *NJ* 1980, 560 (Rotterdamse woonruimteverordening).

5.3.1 *Het declaratoir (I): declaratoir en declaratoire onverbindendverklaring*

Art. 3:302 BW luidt:

‘Op vordering van een bij een rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon spreekt de rechter omtrent die rechtsverhouding een verklaring van recht uit.’

Buiten kijf staat, dat de burgerlijke rechter voor recht kan verklaren, dat de overheid door het uitvaardigen van een onverbindende regeling *jegens een bepaalde burger* (of jegens een belangenorganisatie) onrechtmatig heeft gehandeld. Ook kan hij verklaren dat de overheid aansprakelijk is voor de schade die een specifieke burger door een onrechtmatige regeling lijdt of heeft geleden. Een dergelijk declaratoir legt de rechtsverhouding tussen de overheid en de verkrijger definitief vast.⁴⁰

Omstreden is de onverbindendverklaring zoals voor het eerst door de Hoge Raad uitgesproken in het *Bullenbaai*-arrest.⁴¹ Voordat ik hier nader op inga, moeten twee betekenissen van de term ‘onverbindendverklaring’ goed onderscheiden worden. ‘Onverbindendverklaring’ wordt in de doctrine meestal gebruikt in ruime zin, namelijk voor ieder geval waarin een rechter – ook de straf- of de bestuursrechter – in de overwegingen van zijn vonnis constateert dat een wettelijk voorschrift onverbindend is.⁴² In de context van civielrechtelijk onrechtmatige wetgeving wordt de term ook gebruikt voor het specifieke geval dat het *dictum* van het civielrechtelijk vonnis luidt, dat een wettelijk voorschrift onverbindend is, zoals in het *Bullenbaai*-arrest. Deze tweede vorm van onverbindendverklaring is omstreden. Om verwarring te voorkomen gebruik ik hiervoor de term ‘declaratoire onverbindendverklaring’.

Het Bullenbaai-arrest

Nadat de Nederlandse Antillen de landswetgeving zo hebben aangepast, dat oliemaatschappijen zijn vrijgesteld van winstbelasting, vestigen Curaçao Oil Terminal en Shell Curaçao zich op – het tot de Antillen behorende – Curaçao. Het eilandsbestuur van Curaçao vaardigt vervolgens de Eilandsverordening tankbelasting uit, die – kort gezegd – belast het krachtens zakelijk recht hebben van olieopslaginstallaties in en rond de Curaçaose Bullenbaai. Volgens het Gemeenschappelijk Hof doorkruist deze Eilandsverordening op onaanvaardbare wijze de Antilliaanse landswetgeving, die juist beoogt, door belastingvrijstellingen een aantrekkelijk ondernemersklimaat te scheppen. Het hof verklaart in het *dictum* van zijn arrest voor recht, dat de eilandsverordening onverbindend is.⁴³

40 Art. 236 Rv.

41 HR 16 mei 1983, *NJ* 1984, 361 (Bullenbaai); zie recenter Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2005, *JV* 2005, 144 (Leges Turkse immigranten); Gem. Hof NA en Aruba 2 september 2008, *LJN* BF0082 (Antilliaanse huisartsen); Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, *LJN* BG8465 (Publicatie NEN-normen).

42 Zo Bok 1991, p. 17. Zie par. 2.4.

43 Gem. Hof NA en Aruba 3 maart 1981, *Tijdschrift voor Antilliaans Recht* 1981, p. 236.

Ook de Hoge Raad spreekt in het dictum van zijn arrest de onverbindendheid uit:

‘de verklaring voor recht (onder II van ’s Hofs dictum) ten aanzien van de Verordening Bullenbaai komt te luiden: onder a: dat de daar genoemde Eilandsverordening “voor zover het andere voorwerpen dan schepen betreft” onverbindend is en nooit verbindend is geweest’.

5.3.2 *Het declaratoir (II): verwerping van de bezwaren tegen declaratoire onverbindendverklaring*

Vooraf Van Maanen is tegen deze figuur van declaratoire onverbindendverklaring ten strijde getrokken.⁴⁴ Van Maanen benadrukt, dat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter beperkt is tot het vaststellen van de rechtsverhouding tussen partijen. De burgerlijke rechter kan niet een wettelijk voorschrift met rechtsgevolg jegens allen vernietigen of anderszins van zijn rechtskracht beroven.⁴⁵ Daarom bepleit Van Maanen ‘meer aandacht voor het juiste dictum’. De constatering dat een voorschrift onverbindend is, mag slechts worden gedaan in de overwegingen van het vonnis. Zij is niet meer dan een prealabele vaststelling ter onderbouwing van het dictum. Het dictum heeft uitsluitend op de rechtsrelatie tussen partijen betrekking. Het mag volgens Van Maanen slechts de verklaring voor recht inhouden, dat onrechtmatig zou worden gehandeld, als de regeling tegenover *deze specifieke* eiser zou worden gehandhaafd.

Wat hiervan te denken?

Ten eerste lijkt mij met declaratoire onverbindendverklaring dogmatisch bezien weinig mis. Al in *Bullenbaai* zelf heeft de Hoge Raad de declaratoire onverbindendverklaring zo uitgelegd, dat zij met de beginselen van het burgerlijk (proces)recht is te verzoenen:

‘Dit declaratoir moet derhalve aldus worden verstaan dat zowel in de rechtsbetrekking tussen het Eilandgebied en COT als in die tussen het Eilandgebied en SCNV [de eisers, RS] geldt dat de desbetreffende Eilandsverordeningen onverbindend zijn.’ (r.o. 3.11)

Ook een verklaring voor recht, dat een wettelijk voorschrift in abstracto onverbindend is, legt dus dogmatisch slechts tussen de verkrijger en de overheidsrechtspersoon een rechtsbetrekking vast. Het lijkt mij dan ook niet strijdig met de rechtsdogmatiek als de burgerlijke rechter tussen twee partijen voor de toekomst vastlegt, dat tussen hen heeft te gelden, dat een regeling niet verbindt. Het feit, dat in een geding tussen de overheid en een derde, een andere uitspraak over die abstracte onverbindendheid gedaan zou kunnen worden, doet niet af aan de bevoegd-

⁴⁴ Zie Van Maanen 2000. ‘Vóór’: Polak 1999, p. 45-46.

⁴⁵ Vgl. hetgeen hiervoor is opgemerkt over de term buitenwerkingstelling.

heid van de burgerlijke rechter om tussen twee partijen vast te leggen dat een voorschrift in algemene zin onverbindend is.⁴⁶

Ten tweede. Van Maanen moet worden toegegeven, dat de *term* ‘onverbindend-verklaren’ in het dictum van het vonnis – net zoals overigens de *term* ‘buitenwerkingstelling’ – wellicht wat slordig gekozen is. De *term* kan de dogmatisch onjuiste suggestie wekken, dat de burgerlijke rechter een rechtshandeling verricht met rechtsgevolg voor de gelding van het wettelijk voorschrift. Daardoor wordt volgens Van Maanen:

‘de mythe dat de (burgerlijke) rechter een algemene regel *erga omnes* buiten werking kan stellen – helaas – in leven gehouden.’⁴⁷

Daar staat tegenover, dat de Hoge Raad dit type dictum in het *Bullenbaai*-arrest dogmatisch juist heeft uitgelegd. Het verschil met het dictum zoals Van Maanen dat voorstaat, is tegen de achtergrond van het arrest *Pocketbooks II* bovendien wel erg subtiel. De uitvaardiging van een onverbindende regeling is automatisch een onrechtmatige daad.⁴⁸ Zij is bovendien haast steeds ook onrechtmatig jegens degene, die voldoet aan het civielrechtelijke vereiste van voldoende belang, en die dus toegang heeft gekregen tot het burgerlijk proces.⁴⁹ In de praktijk zal het voorstel van Van Maanen neerkomen op weinig meer, dan dat de *term* ‘onverbindend’ vanuit het dictum enkele alinea’s wordt teruggeschoven naar de overwegingen, om in het dictum te worden vervangen door iets als ‘de Rechtbank verklaart de uitvaardiging van ... onrechtmatig jegens...’. Dit is in mijn ogen weinig meer dan een woordenspel.

Ten derde. Van Maanen zelf ziet betere redenen om zijn opvatting te verkondigen dan alleen het spelen van een woordenspel:

‘Het is misschien wat ouderwets, maar ik zie toch nog wel wat nuttigs in het idee van machtenscheiding en de daarbij behorende grondgedachte dat het de *wetgevende* macht is die tot taak heeft om een (democratisch) gelegitimeerde belangenafweging te maken. De taak van de rechter is dan primair rechtsbescherming en concrete toepassing van de algemene regels.’⁵⁰

46 Dat geldt voor ieder declaratoir waarbij mede een waardering wordt gegeven van feiten waarbij ook een derde betrokken is: als tussen twee partijen voor recht wordt verklaard, dat een bepaald product ondeugdelijk was, kan de rechter in een geding tussen de producent en een derde, over diezelfde kwestie een ander oordeel uitspreken.

47 Van Maanen 2000, p. 101. Hetzelfde geldt voor de *term* ‘buitenwerkingstelling’, zie par. 5.2.2.

48 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 (*Pocketbooks II*); zie par. 4.2.1.1.

49 Zie hfdst. 3 en 4.

50 Van Maanen 2000, p. 187-188. Deze ideeën zijn onmiskenbaar geïnspireerd op de ‘Maastrichtse school’ van A.Q.C. Tak, die door Van Maanen ook instemmend wordt aangehaald, Van Maanen 2000, p. 100 en 188. Volgens Tak 1997, p. 348, is iedere rechterlijke toetsing van de publiekrechtelijke rechtshandelingen van wetgever en bestuur in strijd met de trias, als het resultaat van die toetsing algemene, objectief beoogde rechtsgevolgen heeft, en abstraheert van de concrete rechtspositie van eiser/appellant. Vernietiging van een besluit is in zijn ogen ‘een onbeschaamdheid’ (zie ook Tak 1992, p. 82-83; voorzichtiger: Tak 1990, p. 136). Ook de vaststelling van de abstracte onverbindendheid en onrechtmatigheid van een regeling is volgens Tak in strijd →

Zijn er aan het beginsel van de scheiding der machten inderdaad goede argumenten te ontlenen, om het uitspreken van onverbindendheid in het burgerlijk proces überhaupt zoveel mogelijk te vermijden – dus zelfs in de overwegingen?⁵¹

Het rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van een wettelijk voorschrift kan immers altijd wel zo worden geherformuleerd, dat het uitsluitend ziet op de rechtspositie van de individuele gelaedeerde. Een eenvoudig voorbeeld kan dit verduidelijken.

Stel, een gemeenteraad neemt in zijn belastingverordening naast hondenbelasting ook kattenbelasting op. Art. 226 Gemw verleent de raad daartoe geen bevoegdheid. De bepaling op de kattenbelasting had niet mogen worden uitgevaardigd. De rechter zou de regeling normaal gesproken aanmerken als onverbindend. Die formulering kan heel eenvoudig worden aangepast. De redenering wordt dan, dat de voor de rechter verschenen burger zich geconfronteerd ziet met de dreiging van het opleggen van een aanslag voor kattenbelasting; dat die heffing krachtens art. 226 Gemw moet zijn terug te voeren op een verordening die berust op een formele wet; dat dit *in casu* niet het geval blijkt; dat de betreffende belastingbepaling – wat er zij van haar rechtskracht jegens derden – daarom jegens deze eiser buiten toepassing blijft en dat de gemeente jegens hem aansprakelijk is voor eventuele schade.

Aan de hand van dit voorbeeld wordt meteen zichtbaar, waarom dit soort herformulering weinig oplevert. De *grond* waarop de belastingbepaling volgens de rechter in dit concrete geval onrechtmatig uitpakt en dus buiten toepassing moet blijven, is een grond die in ieder vergelijkbaar geval waarop de bepaling betrekking heeft, tot precies dezelfde conclusie zou leiden. Anders gezegd: volgens deze rechter is er geen rechtmatige toepassing van de bepaling mogelijk. Als deze rechter zou oordelen over alle toekomstige gevallen, waarin de regeling ook dreigt te worden toegepast, dan zou hij in al die gevallen weigeren de regeling toe te passen – zolang hij althans niet van mening verandert. Volgens deze rechter heeft de regeling tegenover niemand rechtskracht; zij is dus *volgens deze rechter onverbindend*. Als de rechter de regeling onverbindend verklaart, zegt hij ronduit wat hij bedoelt: hij spreekt in het hem voorgelegde geval uit, dat de regeling *volgens hem* nooit rechtmatig kan worden toegepast en daarom (ook) nu buiten toepassing moet blijven. Kortom: de overwegingen van een zorgvuldig en precies gemotiveerde uitspraak, met het dictum dat een regeling in concreto buiten toepassing moet blijven, laten zich al snel herleiden tot een oordeel (van deze rechter) over de regeling in abstracto. De rechter moet in een wetgevingsgeding nu eenmaal vaak naar hun aard abstracte rechtsvragen beantwoorden.

met het systeem van het BW, Tak 1997, p. 366-367 (anders par. 4.2.2.1). Ook de Maastrichtenaar Schlössels is ervoor geporteerd, om de rechtsgeldigheid van wettelijke voorschriften alleen te beoordelen in het licht van de rechtmatigheid van de concrete toepassing van dat voorschrift; hij vindt 'onverbindendverklaring' strijdig met de machtscheiding, Schlössels 2000, i.h.b. p. 9 en p. 11 noot 100.

51 Let wel: dat is niet wat Van Maanen voorstelt (zie ook noot 54). Ik wil hier alleen nagaan, of dit een manier is om de gedachte van Van Maanen zo toe te passen, dat zij meer is dan een woordenspel.

Natuurlijk zijn er ook gevallen, waarin een regeling als zodanig niet, of niet in haar geheel onjuist is, en waarin zij daadwerkelijk wegens bijzonderheden van het geval buiten toepassing blijft.⁵² Dan laat de rechter ook naar gangbare praktijk de regeling slechts voor het concrete geval buiten toepassing in plaats van haar onverbindend te verklaren.⁵³

Een inperking tot de concrete onrechtmatigheidsvraag zoals Van Maanen die voorstaat, levert dus bij zorgvuldig motiverende rechters weinig op: is de rechter van oordeel, dat hoger recht de uitvaardiging van een bepaalde regeling niet toestaat, dan is dat uit een goede motivering altijd af te leiden.

Let wel: ook Van Maanen stelt – naar het lijkt, met enige tegenzin – dat het ‘onvermijdelijk’ is, dat de civiele rechter in ‘bepaalde’ procedures de algemene verbindendheid van een regeling beoordeelt.⁵⁴ Mijns inziens is het niet alleen onvermijdelijk, maar zelfs een goede zaak, als de rechter duidelijk aangeeft of hij een voorschrift onverbindend of slechts in concreto niet toepasselijk acht, zoals ook in paragraaf 2.4 al is betoogd.

Ik meen dan ook niet, dat het beginsel van de machtenscheiding ermee gediend zou zijn, als de (civiele) rechter onverbindendverklaring (in ruime dan wel enge zin) uit de weg gaat. De uit oogpunt van de trias gewenste scheiding tussen de taak van de wetgever en die van de rechter brengt mee, dat de rechter zich terughoudend dient op te stellen tegenover de wetgever. Daarvoor maakt het echter niet veel uit, of de rechter de van hem verlangde terughoudendheid gestalte geeft, door de ‘scope’ van zijn oordeel zoveel mogelijk te beperken tot de rechtmatigheid in het hem voorgelegde, concrete geval.

Een rechter die nooit méér doet, dan in het concrete geval een regeling buiten toepassing laten, kan daaraan toch een motivering ten grondslag leggen, die vérgaand inbreuk maakt op de belangenafweging van de democratisch gelegitimeerde wetgever. Zeker bij de sterke feitelijke – deels zelfs juridische – precedentwerking die aan oordelen over de houdbaarheid van wettelijke voorschriften in de praktijk blijkt toe te komen,⁵⁵ kan ook een ‘rechter met beperkt dictum’ een wettelijke regeling volledig onderuit halen. Anderzijds kan een rechter die wél bereid is om de algemene onverbindendheid van een wettelijk voorschrift uit te spreken, in de praktijk met zoveel terughoudendheid van die mogelijkheid gebruikmaken, dat de rechtsbescherming van de burger in de knel komt. De gepaste rechterlijke terughoudendheid krijgt materieel alleen gestalte, als de rechter voldoende terughoudendheid in acht neemt bij het interpreteren van de hogere rechtsregels waaraan hij de wettelijke regeling toetst.

Het is een lastig vraagstuk, *hoe* de rechter het uitgangspunt van terughoudendheid jegens wetgever kan verzoenen met het streven naar een goede rechts-

52 Zie par. 2.4 en – toegespitst op de wet in formele zin – uitgebreid par. 11.5 en hfdst. 12.

53 Vgl. par. 2.4.

54 In een publicatie van iets latere datum: Van Maanen & De Lange 2005, p. 125. Ik ben het er overigens weer niet mee eens dat onverbindendverklaren soms onvermijdelijk is: het rechterlijk oordeel kan áltijd zo worden geformuleerd, dat het alleen betrekking heeft op het individuele geval, alleen doet dat gekunsteld aan, zoals het voorbeeld van de kattenbelasting laat zien.

55 Daarover hfdst. 14.

bescherming tegen inbreuken die diezelfde wetgever op de rechtspositie van de burger kan maken. Materieel kan de rechter die twee uitgangspunten slechts verzoenen, door én met gepaste terughoudendheid, maar ook weer niet bangelijk, de (hogere) rechtsregels te interpreteren waaraan het handelen van de wetgever (en andere ambten) wordt getoetst. Een dergelijk gebod aan de rechter om waar nodig terughoudend te zijn is ongrijpbaar – het is in feite het zoveelste voorbeeld van een vage norm. Het aanpassen van de uitspraakbevoegdheden of de terminologie in de motivering is daarentegen een aantrekkelijk concreet voorstel. Van Maanen stelt daarmee een verleidelijk eenvoudige oplossing voor deze problematiek voor. Het is echter wat formalistisch. De scheiding der machten is er niet mee geholpen. Tegen onverbindendverklaring, ook tegen declaratoire onverbindendverklaring, bestaan daarom geen overwegende bezwaren.

Samengevat: de Hoge Raad heeft de declaratoire onverbindendverklaring in het *Bullenbaai*-arrest zo uitgelegd, dat zij goed in de dogmatiek van het burgerlijk recht past. Wellicht is de term wat slordig gekozen, maar het afzien van onverbindendverklaring in het dictum zal de machtenscheiding niet werkelijk ten goede komen. De bezwaren tegen declaratoire onverbindendverklaring kunnen dus verworpen worden.

5.3.3 *Het declaratoir (III): rechtsgevolgen van het declaratoir*

Wat is nu het rechtsgevolg van een declaratoir, waarbij wordt vastgesteld dat een regeling onverbindend is, dan wel – à la Van Maanen – dat de toepassing daarvan jegens de verkrijger onrechtmatig zou zijn?⁵⁶

Op grond van art. 236 Rv legt het declaratoir de rechtsverhouding tussen partijen definitief vast voor ‘een ander geding’. Het declaratoir heeft gezag van gewijsde in ieder volgend civielrechtelijk geding tussen de verkrijger en (dezelfde)⁵⁷ overheid. Als partijen een nieuw geschil over dezelfde regeling voor de burgerlijke rechter brengen, geldt tussen hen onweerlegbaar, dat de regeling niet verbindt.⁵⁸ Als de overheid de regeling toch dreigt te gaan handhaven, kan de verkrijger dus de kortgedingrechter adiëren en een (relatief) toepassingsverbod vragen. Uit de *Wlv*-zaak weten wij immers, dat de onmiskenbaarheidseis niet geldt, als de bodemrechter al onverbindendheid heeft uitgesproken.⁵⁹ In beginsel kan de burger met het declaratoir in de hand steeds in kort geding een toepassingsverbod krijgen.

De tussenstap van een toepassingsverbod in kort geding is mijns inziens echter niet nodig, om voortgezette handhaving tegen te gaan.⁶⁰ De verkrijger kan zich in een bestuurs- of strafprocedure ook rechtstreeks op het gezag van gewijsde van

⁵⁶ Voor het rechtsgevolg maakt dit geen verschil.

⁵⁷ Hier kan zich hetzelfde probleem voordoen, als bij het kort geding (zie par. 5.2.2, noot 17): een declaratoir tussen een decentrale overheid en de burger bindt het Openbaar Ministerie niet. Dit is een kleine ‘maas’ in het systeem.

⁵⁸ Zodat de toepassing daarvan onrechtmatig zou zijn.

⁵⁹ Par. 5.2.2.

⁶⁰ Dit is overigens casuïstiek waar alleen malicieuze ambtsdragers bij betrokken raken.

het civiele declaratoir beroepen. Ook een bestuurs- of strafproces kan naar mijn oordeel worden aangemerkt als ‘een ander geding’ in de zin van art. 236 Rv. Uit de wetsgeschiedenis van het artikel is af te leiden, dat de wetgever deze vraag niet voor ogen heeft gehad, maar er zijn toch twee argumenten die voor deze uitleg pleiten.⁶¹

Op de eerste plaats biedt de wetstekst ruimte voor deze uitleg, nu het artikel spreekt over ‘*een*’ ander geding. Op de tweede plaats zou de opvatting dat de verkrijger (het gezag van gewijsde van) het civiele declaratoir bij de bijzondere rechter *niet* zou kunnen inroepen, op onaanvaardbare wijze ondergraven. Zij zou ons sinds vier decennia tot stand gekomen stelsel waarbij burgers die daarbij een belang hebben, recht hebben op directe toetsing van een wettelijk voorschrift, op losse schroeven zetten. Het belang dat de burger heeft bij directe toetsing door de burgerlijke rechter is, dat hij reeds voordat de overheid tot uitvoering van een wettelijk voorschrift overgaat, *zekerheid* heeft over zijn rechtspositie. Hij zal zijn feitelijk gedrag afstemmen op de zekerheid dat een voorschrift jegens hem inderdaad buiten toepassing blijft. Wanneer de bijzondere rechter de civiele onverbindendverklaring *jegens de verkrijger die zich daarop beroept*, niet zou toepassen, zou dat de rechtszekerheid ernstig aantasten.⁶²

De bijzondere rechter zal daarom de in het civiele declaratoir vastgestelde rechtsbetrekking tussen burger en overheid moeten respecteren. Daarbij geldt hetzelfde stelsel geldt van ‘wie de schoen past, trekke hem aan’ als bij een bevel aan een overheidsrechtspersoon. De inhoud van de verklaring voor recht, die civielrechtelijk geldt tussen burger en rechtspersoon, wordt in het bestuurs- of strafproces ‘toegerekend’ aan alle tot de rechtspersoon behorende ambten die het aangaat.⁶³

Het declaratoir verplicht (de bevoegde ambten van) de overheid dus tegenover de verkrijger, om de onverbindendverklarde regeling buiten toepassing te laten. Het verplicht de overheid niet de regeling buiten toepassing te laten jegens derden. Het declaratoir heeft dus een beperkter effect jegens derden dan een buitenwerkingstelling. Deze houdt immers een toepassingsverbod jegens derden in.⁶⁴

61 Zie met name *Kamerstukken I 1969/70*, 10 377, nr. 5 (MvT, Bijlage II). Zie ook Numann (Burgerlijke rechtsvordering I), art. 236, aant. 3; Lindijer 2006 en Beukers 1994, p. 39-44: civilisten zijn gespist op de verhoudingen tussen civiele eind- en tussenvonnissen en korte gedingen; naar de verhoudingen binnen de civielrechtelijke kolom dus. De verhouding tot de bestuurs- of strafrechter blijft buiten beeld.

62 De burger moet zelf een beroep doen op het declaratoir; het gezag van gewijsde wordt niet ambtshalve door de civiele rechter toegepast, art. 236 lid 3 Rv; HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 236; Lindijer 2006, p.121-122.

63 Het gezag van gewijsde van een civielrechtelijk vonnis kan niet worden ingeroepen tegen derden (HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 259; Lindijer 2006, p. 118). Ambten van de rechtspersoon zijn echter geen derden ten opzichte van de rechtspersoon waartoe zij behoren. Het feit, dat de ‘processtechniek’ in het civiele recht verschilt van die van het bestuursrecht, waardoor de burger – in materieel hetzelfde geschil – bij de burgerlijke rechter formeel een andere wederpartij heeft dan bij de bestuursrechter, is geen legitieme grond om verstoperte te spelen tussen ambt en rechtspersoon. Volgens Lindijer 2006, p. 119 en Gras 1994, p. 299, werkt het civiele vonnis wel ten opzichte van derden die vertegenwoordigd werden door een procespartij. De vertegenwoordigde derde wordt dan als ‘materiële procespartij’ aangemerkt en is dus feitelijk geen derde. Deze regel is in een zuiver civielrechtelijke context geformuleerd, maar de toerekening van rechtspersoon aan ambt geschiedt op analoge wijze.

64 Al kan ook die verplichting alleen door de verkrijger in rechte worden ‘verzilverd’; zie hiervoor, par. 5.2.2.

Belangenorganisaties vragen daarom ook in het bodemgeding wel om een algemeen toepassingsverbod of buitenwerkingstelling in plaats van om een declaratoir.⁶⁵

Tot slot past een kleine kanttekening. Al kan de verkrijger zich voor de straf- of de bestuursrechter op een civiel declaratoir beroepen, ook in de bijzondere procedure blijft de werking van het declaratoir relatief, in die zin, dat het de rechtsverhouding tussen de oorspronkelijke procespartijen vastlegt.⁶⁶ Bij strafvervolgning levert dat weinig problemen op.

Strafvervolgning van een burger die beschikt over een verklaring voor recht, dat een wettelijk voorschrift (ten aanzien van hem) niet verbindend is, zal mijns inziens moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM.

Een belastend uitvoeringsbesluit, gericht aan de verkrijger van het declaratoir, zal in beginsel moeten worden vernietigd. Hier kan zich echter het volgende probleem voordoen. Zeker in het ruimtelijk en economisch bestuursrecht kan in een bestuursrechtelijke procedure een derde betrokken raken die buiten de door het civiele declaratoir vastgelegde rechtsverhouding staat.

Ik geef een voorbeeld. De rechtbank verklaart in een civiel geding tegenover één burger een bouwvoorschrift onverbindend.

Een verstandige overheid heeft nu twee opties. Ofwel, zij procedeert door totdat bij de Hoge Raad duidelijkheid is verkregen over de verbindendheid – van diens uitspraak gaat een zodanig gezag uit, dat weinig problemen meer zijn te verwachten. Ofwel, zij kan zich – bij nader inzien – vinden in de motivering van de lagere civiele rechter en past de onverbindendverklarde bepaling aan. Doet zij het een, noch het ander, dan ontstaan problemen.

Stel, dat aan de verkrijger van het declaratoir een (bouw)vergunning wordt verleend, waarbij het onverbindendverklarde voorschrift – conform het declaratoir – terecht niet wordt toegepast. De buurman gaat tegen dit besluit in beroep en roept de bescherming in, die hij kan ontleen aan de (door de civiele rechter) onverbindendverklarde regeling. Deze regeling geldt als onverbindend tussen overheid en de verkrijger van de bouwvergunning, maar niet tussen overheid en buurman. Daarom zal de bestuursrechter de regeling moeten ‘hertoetsen’.

Wat nu, als deze de regeling wél verbindend acht? In dat geval zal hij de vergunning vernietigen. Echter, nog steeds geldt dan tussen overheid en de verkrijger van het declaratoir, dat de bepaling onverbindend was. Kort gezegd: het civiele declaratoir heeft in een bestuursrechtelijk geding bindende kracht, maar ook daar alleen

⁶⁵ Zie par. 5.3.4.

⁶⁶ Ook al kan een straf- of bestuursprocedure gelden als ‘een ander geding’, dat neemt niet weg dat de rechtsverhouding die het declaratoir vastlegt niet wordt uitgebreid naar derden als het declaratoir in een bijzondere procedure wordt ingeroepen.

tussen de oorspronkelijke partijen. De ‘werking’ van het declaratoir kan niet worden uitgebreid naar derden door het declaratoir in te roepen in een andere rechterlijke kolom.

Mijns inziens brengt de *inter partes* werking in het geschetste voorbeeld mee, dat als de bepaling – door een bestuursrechtelijk beroep van een derde – uiteindelijk toch moet worden toegepast, de nadelige gevolgen daarvan voor rekening van de overheid komen. Eventueel kan de ‘begunstigde’ van het oorspronkelijke declaratoir schadevergoeding krijgen in een tweede civielrechtelijke procedure.

5.3.4 Overige uitspraakbevoegdheden in het bodemgeding

a. toepassingsverboden

Bij een bodemgeding kunnen dezelfde toepassingsverboden worden uitgesproken als in kort geding: enerzijds een buitenwerkingstelling of absoluut toepassingsverbod,⁶⁷ anderzijds een relatief toepassingsverbod.⁶⁸ Het enige verschil met toepassingsverboden in kort geding is, dat in een bodemgeding de onmiskenbaarheidseis niet wordt gesteld.⁶⁹ Zoals hierboven al is besproken, bleek in de *Whv*-zaak, dat de onmiskenbaarheidseis niet wordt gesteld, als de kortgedingrechter een buitenwerkingstelling kan uitspreken zodra de bodemrechter ‘gewone’ onverbindendheid heeft uitgesproken. Bij buitenwerkingstelling in een bodemgeding wordt de tussenstap van een kort geding overgeslagen. Materieel gebeurt hetzelfde als in het *Whv*-arrest: na de vaststelling van ‘gewone’ onverbindendheid volgt een toepassingsverbod.

De rechtsgevolgen van deze toepassingsverboden zijn hiervoor bij het wetgevingskortgeding al beschreven.

b. géén wetgevingsbevelen

Anders dan een bevel om een regeling buiten toepassing te laten – waarmee de civiele rechter redelijk soepel omgaat – weigert hij sinds de arresten *Waterpakt*⁷⁰ en *Faunabescherming/Provincie Fryslân*⁷¹ categorisch om bevelen tot wetgeving uit te spreken. Een bevel om wetgeving uit te vaardigen, aan te passen of in te trekken is naar positief recht onmogelijk. In Deel IV, dat handelt over de effecten jegens derden van wetgevingsgedingen, ga ik uitgebreid op deze jurisprudentie in.⁷²

67 Rb. Dordrecht 28 juni 1981, *NJ* 1981, 437 (Dordtse woonruimteverordening).

68 Zie Rb. 's-Gravenhage 7 september 2005, *AB* 2005, 398 (SGP) voor een relatief toepassingsverbod in een bodemgeding.

69 HR 19 mei 2000, *NJ* 2001, 407 (*Whv V*).

70 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (*Waterpakt*).

71 HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (*Faunabescherming/Provincie Fryslân*).

72 Zie hfdst. 15.

c. schadevergoeding

Wel bestaat tot slot de mogelijkheid, de overheid te veroordelen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad⁷³ of tot restitutie van het door de burger onverschuldigd betaalde.⁷⁴ Hierna, in Deel II, komt de aansprakelijkheid bij verschillende typen eisers en regelingen uitgebreider aan de orde.

73 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 (Pocketbooks II); Rb. 's-Gravenhage 11 juni 2008, *LJN* BD5311 (Fokverbod).

74 HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283 (Aujeszky); HR 24 mei 1985, *NJ* 1986, 543 (Smilde/Staat).

Deel II: Toepassing. Verschillende typen eisers en regelingen

Opbouw Deel II

De civielrechtelijke leerstukken die van belang zijn voor wetgevingsgedingen zijn in Deel I in beeld gebracht. De uiteenlopende wijzen waarop regelingen zich tot de burger kunnen richten zorgen echter voor verschillende resultaten bij de ontvankelijkheid, bij het relativiteits- en bij het causaliteitsvereiste. Dit wordt in Deel II met casuïstiek geïllustreerd.

Ik maak de volgende indeling. Eerst komen eisers aan de orde, voor wie überhaupt geen bijzondere straf- of bestuursrechtelijke rechtsgang beschikbaar komt waarin een wettelijk voorschrift indirect getoetst kan worden (hfdst. 6).

Daarna komen eisers aan bod, die wel in een bijzondere procedure betrokken kunnen raken. Hier worden verschillende typen regelingen onderscheiden: regelingen met een rechtstreeks tot de benadeelde gerichte verplichting (hfdst. 7); belastingverordeningen en andere indirect werkende regelingen (hfdst. 8) en tot slot regelingen met een onverbindende wettelijke voorwaarde voor het verkrijgen van een vergunning (hfdst. 9).

Deze bespreking is niet uitputtend. Er zijn andere vormen van onrechtmatig (niet-)wetgeven denkbaar.¹ De belangrijkste komen echter aan bod.

¹ Zo ga ik in Deel II niet in op onrechtmatig niet-wetgeven (zie wel par. 4.2.1.5; par. 11.6 en hfdst. 15).

6 Eisers aan wie überhaupt geen bijzondere, straf- of bestuursrechtelijke rechtsgang ter beschikking staat

6.1 Inleiding

Een procespartij voor wie nooit een bijzondere, straf- of bestuursrechtelijke rechtsgang beschikbaar zal komen, wordt bij de burgerlijke rechter steeds ontvangen, als een 'gewoon' voldoende belang aanwezig is.¹ Ik zie particulieren (par. 6.2), overheden (par. 6.3) en belangenorganisaties (par. 6.4). Bij particulieren geeft ook de relativiteitsvraag en de aansprakelijkheid aanleiding tot enige vragen (zie par. 6.2).

6.2 Particulieren geraakt door een regeling die zich tot derden richt

Particulieren worden soms benadeeld door een onverbindende regeling die zich niet tot hen, maar tot derden richt. Voor hen staat dan geen straf- en soms² geen bestuursrechtelijke procedure open.

Een goed voorbeeld is het arrest *Pocketbooks II*.³ Aan detailhandelaars werd verboden, om pocketbooks aan het publiek te verkopen. De detailhandelaars worden door dit tot hen gerichte verbod ontmoedigd, om nog langer pocketbooks van de groothandelaars te betrekken. Twee groothandelaars die boekjes leverden aan detaillisten, zien de vraag naar hun waar geheel wegvallen. Zij lijden schade, terwijl het verbod naar zijn formulering op hen niet van toepassing was.

Zoals het voorbeeld laat zien, gaat het om gevallen waar een regeling zich richt tot de een, maar schade berokkent aan de ander. De regeling verbiedt of ontmoedigt een bepaalde groep burgers om een transactie aan te gaan, waardoor hun potentiële wederpartij schade lijdt. Dit geval roept vragen op voor (a) de ontvankelijkheid van de gelaedeerde en (b) relativiteit en aansprakelijkheid.

1 Par. 3.3.

2 Zie hierna.

3 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 (Pocketbooks II); vgl. ook Rb. 's-Gravenhage 11 juni 2006, *LJN* BD5311 (Fokverbod).

a. *ontvankelijkheid*

De gelaedeerde is in beginsel steeds ontvankelijk in zijn civielrechtelijke vordering wegens onrechtmatige wetgeving, als derden ten onrechte wordt *verboden* met hem transacties aan te gaan. Er komt voor deze gelaedeerde immers geen bijzondere rechtsgang beschikbaar: (zelfs) in een mogelijk strafgeding wordt hij niet betrokken. De ontvankelijkheid van de eisers leverde in *Pocketbooks II* dan ook geen problemen op.

Het is ook mogelijk, dat derden door middel van op een onverbindende regeling gegronde, appellabele *uitvoeringsbesluiten* worden ontmoedigd om met de gelaedeerde een transactie aan te gaan. Een voorbeeld is het bekende *Montenegro*-arrest.⁴

Een subsidieregeling⁵ koppelde aan de subsidiëring van Nederlandse zeeschepen de voorwaarde, dat de subsidie-ontvanger zijn schip zo veel mogelijk met Nederlandse of andere uit de EG afkomstige zeelieden zou bemannen. Montenegro en enkele andere werkzoekende zeelieden van buiten de EG beschouwden dit als een discriminatoire voorwaarde, die het voor hen moeilijker maakte, om een baan te vinden. Potentiële werkgevers werden immers ontmoedigd om van buiten de EG afkomstige zeelieden aan te nemen.

Aan Montenegro c.s. kwam geen beroep toe tegen afzonderlijke, aan individuele rederijen gerichte subsidiebeschikkingen. Volgens de toenmalige jurisprudentie van de bestuursrechter had iemand als Montenegro slechts een 'afgeleid belang' bij de afzonderlijke subsidiebeschikkingen. De bestuursrechter ontving personen als Montenegro c.s. niet in een beroep tegen dergelijke beschikkingen. Daarom konden zij bij de burgerlijke rechter terecht, waar zij (onder andere) de rechtmatigheid aanvochten van de bepaling die de discriminerende voorwaarde stelde.

Nu is de jurisprudentie van de bestuursrechter op dit punt de laatste jaren duidelijk in beweging.

Van oudsher verklaarde de bestuursrechter de contractspartner van degene aan wie een appellabel besluit is gericht, niet-ontvankelijk, als zijn belangen 'slechts' *via de contractuele relatie* geraakt werden door de beschikking, maar niet rechtstreeks door die beschikking als zodanig. Een contractspartner werd in deze benadering gezien als iemand die slechts een 'afgeleid belang' heeft bij het besluit. *Montenegro* is hiervan een bekend voorbeeld.⁶ Verschillende auteurs hebben bepleit, dat de bestuursrechter contractspartners van een (ver)huurder of werkge-

4 HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 843. Een Europeesrechtelijk voorbeeld van dit gevalstype biedt HvJ EG 13 maart 2007, *AB* 2007, 301 (Unibet).

5 Strikt genomen een beleidsregel. De regeling zou onder de huidige Titel 4.2 Awb een avv zijn.

6 Het ging vaak om huurders, verhuurders of werknemers van degene tot wie een besluit was gericht of om personen met een koopoptie of een ander persoonlijk recht op een onroerende zaak ten aanzien waarvan een besluit werd genomen in de sfeer van de ruimtelijke ordening; vgl. ABRvS 13 juni 2000, *JB* 2000, 218 (Boerderij 't Lindeke). Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 72.

ver eerder als rechtstreeks belanghebbende in een bestuursrechtelijk beroep ontvangt.⁷

De bestuursrechter begint hier gehoor aan te geven.⁸ Duidelijk is inmiddels, dat de huurder van een zaak rechtstreeks belanghebbend is bij een tot zijn verhuurder gerichte beschikking ten aanzien van die zaak, als die beschikking de huurder beperkt in de uitoefening van een grondrecht.⁹ Ook iemand die slechts een contractueel bepaald, financieel belang heeft bij een bestemmingsplanwijziging met effect op een bedrijfspand, waarvan hij geen eigenaar meer is, heeft – tegenwoordig – toch een rechtstreeks belang bij dat besluit.¹⁰

Stel dat Montenegro een arbeidscontract tekent met de opschortende voorwaarde, dat de reder die hem in dienst wil nemen, subsidie krijgt. Naar moderne jurisprudentie zou Montenegro in dit geval rechtstreeks belanghebbend zijn bij een tot zijn werkgever gerichte subsidiebeschikking.¹¹

In de hier besproken categorie regelingen – waarbij een burger schade lijdt, doordat zijn (potentiële) contractspartner door op een onverbindende regeling gegronde uitvoeringsbesluiten wordt ontmoedigd om transacties met hem aan te gaan – is de gelaedeerde tegenwoordig dus veel sneller belanghebbend bij een voor hem nadelig uitvoeringsbesluit. In dat geval is iemand in de positie van Montenegro niet meer ontvankelijk in een civiel wetgevingsgeding.

Toch zal de rechtsbescherming van de burgerlijke rechter ook bij uitbreiding van het belanghebbende-begrip niet geheel gemist kunnen worden. Immers, reeds de regeling zelf treft gelaedeerden als Montenegro¹² in hun belangen. Het feit, dat de regeling potentiële werkgevers een bepaald subsidieregime in het vooruitzicht stelt, heeft het effect, dat zij onmiddellijk minder snel bereid zullen zijn, Montenegro in dienst te nemen. Toch kan Montenegro pas bij de bestuursrechter terecht, als hij een potentiële werkgever zo ver heeft gekregen, dat deze een subsidiebeschikking aanvraagt, zodat hij tegen de te verwachten afwijzing in beroep kan. Mogelijk is geen werkgever daartoe bereid. Het beginsel van doeltreffende rechtsbescherming kan daarom meebrengen, dat een gelaedeerde als Montenegro tóch bij de burgerlijke rechter terecht kan om direct tegen de regeling te procede-

7 Bijvoorbeeld De Poorter 2003, p. 154; Schlössels 2004, p. 84-88.

8 C.N.J. Kortmann 2006, p. 191; Schlössels 2007, p. 325-327; De Poorter & Visser 2008, p. 33-35 met precieze analyse van de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Zie ook de nog te verschijnen noot van Schlössels in *JBSelect* 2009 bij ABRvS 17 mei 2006, *JB* 2006, 211 (B.E.K.A. '66).

9 ABRvS 21 november 2007, *JB* 2008, 14 (T-Mobile).

10 ABRvS 28 mei 2008, *JB* 2008, 175 (MEGA Projecten bv); vgl. ABRvS 17 mei 2006, *JB* 2006, 211 (B.E.K.A. '66). Overigens is ook iemand die een belang heeft, dat *tegengesteld* is aan dat van een ander tot wie het besluit is gericht, in beginsel ontvankelijk in een beroep tegen dat besluit (ABRvS 29 maart 2006, *JB* 2006, 145; ABRvS 12 maart 2008, *JB* 2008, 100). Bij de in deze paragraaf behandelde casuïstiek is de problematiek van tegengestelde belangen echter niet aan de orde; het gaat steeds om 'parallele belangen'.

11 Is het niet vanwege Montenegro's grote financiële belang – vgl. ABRvS 28 mei 2008, *JB* 2008, 175 (MEGA Projecten bv) – dan toch wel omdat diens beroepskeuzevrijheid (art. 19 Gw) dan wel diens recht om niet gediscrimineerd te worden door de overheid (art. 1 Gw, art. 26 IVBPR) wordt geschonden – vgl. ABRvS 21 november 2007, *JB* 2008, 14 (T-Mobile).

12 Dat geldt overigens ook voor de gelaedeerden in *Pocketbooks II*, vgl. par. 4.2.1.1.

ren – in ieder geval zolang geen potentiële contractspartner een appellabel besluit heeft aangevraagd.¹³ Niet-ontvankelijkverklaring is slechts aanvaardbaar, als duidelijk is, dat de gelaedeerde op zeer afzienbare termijn wel belanghebbende zal zijn bij een uitvoeringsbesluit. Zo niet, dan wordt de rechtsbescherming van de benadeelde onaanvaardbaar vertraagd of wellicht zelfs onmogelijk.

b. Hoe zit het met relativiteit en aansprakelijkheid?

De vaststelling van een – vanuit het perspectief van benadeelde bezien – tot derden gerichte, onverbindende regeling is, zoals altijd, een toerekenbare onrechtmatige daad. De vraag is, of jegens gelaedeerde is voldaan aan het relativiteitsvereiste, nu de regeling zich niet tot hem richtte.¹⁴

De volgende vuistregel kan behulpzaam zijn. *Er is een sterke aanwijzing voor relativiteit, als de regeling ook onverbindend is, als zij zo wordt geherformuleerd, dat zij zich wel tot gelaedeerde richt, terwijl daarmee hetzelfde (onrechtmatige) beleidsdoel zou worden bereikt.*

Is aan deze voorwaarde niet voldaan, dan worden de belangen van gelaedeerde onder omstandigheden wel beschermd door een aanvullende, ongeschreven norm.

In *Pocketbooks I* bleek, dat het in strijd is met art. 7 Gw, om in een ministeriële regeling aan detaillisten de verkoop van pocketbooks aan het publiek te verbieden. In *Pocketbooks II* vorderden twee benadeelde groothandelaars vergoeding van hun omzetschade.¹⁵ De groothandelaars zelf was formeel nooit iets verboden. Had de regeling echter wél rechtstreeks aan groothandelaars verboden, om boekjes aan detaillisten te leveren, dan was zij net zo goed onverbindend geweest. Deze fictieve regeling had tegenover de groothandelaars buiten toepassing gelaten moeten worden. Daarom konden deze groothandelaars in de werkelijke casus bescherming ontlenen aan art. 7 Gw, ook al richtte de regeling zich niet tot hen.

Er zijn meer voorbeelden denkbaar, waar de inbreuk op het (grond)recht van de een onrechtmatig is met het oog op de commerciële belangen van de ander. Drion noemt een verordening die in strijd met de uitings- en informatievrijheid

13 Een ander voorbeeld: op grond van een onverbindende raadsverordening moet een potentiële huurder van een woning een vergunning aanvragen, waarbij hij aan bepaalde, onrechtmatig strenge eisen moet voldoen. De eigenaar van een aantal woningen in de betreffende gemeente ziet de waarde van die woningen dalen, doordat veel potentiële huurders worden ontmoedigd een huurcontract met hem te sluiten. Als hem de toegang tot de burgerlijke rechter wordt ontzegd, zou hij eerst een potentiële huurder zo ver moeten krijgen dat die een vergunning aanvraagt. Dit is een nogal gekunstelde en onzekere weg naar rechtsbescherming. De rechtsbescherming zou daarmee niet meer voldoen aan het in par. 3.4.1 voorgestelde criterium. Daarom kan de eigenaar/verhuurder naar de burgerlijke rechter. Vgl. Pres. Rb. Rotterdam 30 september 1980, *NJ* 1980/560 (Rotterdamse woonruimteverordening); Rb. Dordrecht 28 juni 1981, *NJ* 1981/437 (Dordtse Woonruimteverordening).

14 In par. 4.4 werd geconstateerd, dat onverbindende regelingen in de praktijk meestal schade veroorzaken bij juist diegenen, tot wie zij zijn gericht, en dat de relativiteit daarbij meestal weinig problemen oplevert. Bij de hier besproken categorie is de relativiteit dus lastiger.

15 In de overwegingen van het arrest wordt overigens niet expliciet ingegaan op het beschermingsbereik van art. 7 Gw. Over de relativiteit ook Van der Grinten, noot bij *Pocketbooks II*, *AA* 1969, p. 270.

16 Drion 1951, p. 909.

aan het publiek verbiedt, om een circusvoorstelling te bezoeken. In dat geval kan de exploitant zijn schade op de overheid verhalen.¹⁶ Ook een verbod op het *geven* van een bepaalde (circus)voorstelling was immers onverbindend geweest.¹⁷

Bij onverbindendheid wegens strijd met het legaliteitsbeginsel kan deze vuistregel ook worden toegepast. Een onbevoegd vastgestelde woonruimteverordening die strenge eisen stelde aan de potentiële koper van een woning, was ook onrechtmatig tegenover de eigenaar die de verkoopbaarheid van zijn woningen zag afnemen.¹⁸ Als de verordening rechtstreeks de eigenaar had belemmerd in zijn mogelijkheden om een woning te verkopen, was zij net zo goed onverbindend geweest.¹⁹ Een APV-bepaling die het kopen of gebruiken van anticonceptiva verbiedt, is, evenals een verbod op de verkoop daarvan,²⁰ onverbindend wegens strijd met de benedengrens van de gemeentelijke verordenende bevoegdheid (nu art. 108 lid 1 jo. 149 Gemeentewet).²¹ De vaststelling van de bepaling is in beginsel tevens een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad jegens de winnelier tot wie zij zich niet met zoveel woorden richt.

De vuistregel gaat niet alleen op bij onverbindende verbodsbepalingen, maar ook bij gevallen als dat van Montenegro, waarbij een subsidieregeling op een onrechtmatige wijze het aangaan van transacties belemmert of ontmoedigt. Ook als de subsidie in de vorm van een loonsuppletie rechtstreeks aan Nederlandse, maar niet aan buitenlandse werknemers zoals Montenegro zou zijn uitgekeerd, was – de nationaliteitsvoorwaarde in – de regeling onverbindend en tegenover Montenegro c.s. niet toepasselijk. Ook de werkelijke regeling, die gericht was aan werkgevers, was daarom jegens Montenegro onrechtmatig.²²

In al deze voorbeelden deelt de gelaedeerde ‘wederpartij’, aan wie formeel niets verboden werd, in de bescherming van de hogere norm waarop de onverbindende regeling inbreuk maakte. Dat komt doordat het feit, dat de onverbindende regeling geen verbod inhield jegens de gelaedeerde zelf, hier grotendeels toevallig is. Het verbod had ook zo geformuleerd kunnen worden, dat het zich wel tot de gelaedeerde richtte. In dat geval was het evengoed onverbindend geweest. Toevalligheden van wetgevingstechniek (het uitoefenen van een vrijheid belemmeren door de ‘wederpartij’ een verbod op te leggen) behoren hier niet aan aansprakelijkheid in de weg te staan.

17 Zie ook HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728 (Rasti Rostelli).

18 Pres. Rb. Rotterdam 30 september 1980, *NJ* 1980/560 (Rotterdamse woonruimteverordening); Rb. Dordrecht 28 juni 1981, *NJ* 1981/437 (Dordtse Woonruimteverordening).

19 Pres. Rb. 3-Gravenhage 20 augustus 1987, *KG* 1987, 401 (Haagse woonruimteverordening) richtte de verordening zich tot de eigenaar – al werden *in casu* de klachten gewogen en te licht bevonden.

20 HR 12 juni 1962, *NJ* 1962, 484 (Anticonceptiva Bergen op Zoom).

21 Over de benedengrens Brouwer & Schilder 2005, p. 25-30; Hennekens, Van Geest & Fernhout 1998, p. 72-79.

22 Een ander voorbeeld. Een regeling stelt ondernemers een subsidie in het vooruitzicht, als zij het ontwerp van hun bedrijfspand aan een Nederlandse architect gunnen. Deze regeling is o.a. flagrant in strijd met art. 12 EG en art. 49 EG. Zij is niet gericht tot, maar wel onrechtmatig jegens een Duitse architect die een opdracht misloopt.

Soms kan de regeling niet zodanig worden geherformuleerd, dat zij zich wel tot gelaedeerde richt, terwijl daarmee hetzelfde (onrechtmatige) beleidsdoel zou worden bereikt. De belangen van een benadeelde kunnen dan redelijkerwijs niet met de door de hogere regeling beschermde handelingen of belangen op een lijn gesteld worden, zodat relativiteit ontbreekt.

Stel, het toptarief van de inkomstenbelasting wordt verhoogd tot 72%. De Hoge Raad in zijn kwaliteit van hoogste belastingrechter kwalificeert dit percentage na twee jaar als een vorm van onteigening die in strijd is met art. 1 EP EVRM.²³ De eigenaar van een Jaguar-garage kan aantonen dat zijn omzet onmiddellijk na de verhoging van het toptarief sterk is gedaald. Als de belastingverhoging onrechtmatig blijkt, spreekt hij de Staat aan tot vergoeding van zijn schade.

De belastingwet kan niet worden geformuleerd als een wet die de verkoop van Jaguars doet afnemen en daarmee de beoogde, andere inkomensverdeling tussen burgers bewerkstelligt.²⁴ De schade is slechts een niet beoogd, 'toevallig' bijeffect van de maatregel. Anders gezegd: de onbelemmerde verkoop van auto's is geen handeling die onder het beschermingsbereik valt van de (hier veronderstelde) aan art. 1 EP EVRM ontleende norm, dat een belastingtarief van 72% niet toelaatbaar is. Het verbod op onrechtmatig hoge belastingheffing houdt geen recht in op behoud van een klantenbestand van een bepaalde omvang. Relativiteit ontbreekt.

Een ander voorbeeld. In de Nijmeegse belastingverordening wordt vastgelegd, dat parkeerbelasting voortaan alleen nog met een automatisch betaalsysteem voldaan kan worden. Duitsers beschikken meestal niet over de benodigde, Nederlandse betaalpas ('chipknip'). Stel, dat de betreffende APV-bepaling onverbindend wordt verklaard wegens strijd met het stelsel van art. 257 Gemw jo. art. 6:112 BW, omdat daaruit volgens de belastingrechter voortvloeit, dat parkeerbelasting ook met muntgeld betaald moet kunnen worden.²⁵ Een Nijmeegse middenstander heeft enkele maanden lang omzetverlies geleden, doordat een groot aantal Duitse klanten na invoering van het nieuwe betalingssysteem wegbleef.

Ook hier zal de wet, waaruit voor degene die parkeerbelasting moet betalen het 'recht' voortvloeit, om die belasting in muntgeld te kunnen voldoen, in beginsel niet de belangen beschermen van een winkelier die erbij is gebaat, dat zijn zaak voor automobilisten goed bereikbaar is. De verordening kan ook niet zo worden geherformuleerd, dat zij zich tot de winkelier richt, terwijl hetzelfde beoogde effect wordt bereikt.

23 Dit soort uitspraken komt in het buitenland voor, vgl. Jansen 2005 over het Duitse *Bundesverfassungsgericht*.

24 Natuurlijk kan een wet gemaakt worden, die de omzet van een garagehouder aftopt op een bepaald aantal auto's. Die aftopping was echter niet het oogmerk van de genoemde belastingverhoging; oogmerk was het bewerkstelligen van een andere inkomensverdeling. Bij de eerdere voorbeelden was het onrechtmatige effect van de onverbindende regeling (geen boekverkoop meer etc.) ook het beoogde effect.

25 Hof Arnhem 7 oktober 2003, *Gst.* 2004, 23. Volgens de Hoge Raad verbinden zulke APV-bepalingen wel, HR 8 juli 2005, *LJN* AR8903 (Nijmegen) en HR 8 juli 2005, *LJN* AR8934 (Rotterdam).

In deze voorbeelden is relativiteit in beginsel afwezig. Wel kan nog worden gezien of gelijktijdig een ongeschreven norm is geschonden die de belangen van de gelaedeerde wel beschermt. Twee ongeschreven normen komen in beeld.²⁶

Ten eerste. Het uitvaardigen van een wettelijke regeling geeft blijk van de pretentie dat deze regeling geldig is. De overheid wekt met de uitvaardiging de schijn dat zij tot het stellen van de regel bevoegd is. De overheid moet in beginsel voor deze geldigheidspretentie instaan.²⁷ Als de regeling later onverbindend blijkt, is de vaststelling ervan onrechtmatig wegens strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Deze houdt in, dat de overheid in beginsel moet voorkomen dat burgers schade lijden, doordat zij hun handelen afstemmen op een ten onrechte als geldig gepresenteerde regeling.

Het beschermingsbereik van deze ongeschreven norm is niet glashelder te begrenzen. Mijns inziens is de overheid in ieder geval aansprakelijk voor schade, geleden door degene, die dispooneert in vertrouwen op de geldigheid van een regeling, ook als de hogere norm waarmee de regeling in strijd was als zodanig de belangen van de gelaedeerde niet beschermt.²⁸ Dat is bij het voorbeeld van de gedupeerde autohandelaar en bij de Nijmeegse middenstander niet het geval.

Ten tweede. In het commune privaatrecht geldt, dat als een norm die de belangen van een derde niet beschermt, wordt overtreden met het oogmerk om die derde schade toe te brengen, al snel kan worden aangenomen dat tevens een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden die de belangen van de gelaedeerde wel beschermt.²⁹ Het is immers maatschappelijk onzorgvuldig, om een ander zonder goede grond *moedwillig* schade toe te brengen.

Als in de plaatselijke pers herhaalde malen is gewaarschuwd, dat bepaalde middenstanders door het passysteem omzetschade zouden lijden én als bij vaststelling van de regeling de houdbaarheid daarvan al dubieus was, kan er onder omstandigheden sprake zijn van een onzorgvuldige handeling tegenover de gelaedeerden, omdat de overheid roekeloos met hun belangen is omgesprongen. Ook voor deze aanvullende zorgvuldigheidsnorm is het precieze beschermingsbereik lastig aan te geven. Mijns inziens moet het gaan om gevallen die grenzen aan moedwillig toebrengen van schade. Gezichtpunten zullen daarbij zijn: een voorzienbare, grote kans op onverbindendverklaring en bekendheid bij de overheid met de belangen die op het spel worden gezet.³⁰

26 Zie par. 4.4.1 over de correctie-Langemeijer.

27 C.N.J. Kortmann 2006, p. 111-117.

28 Dat geldt bij beschikkingenaansprakelijkheid niet (steeds). Vgl. HR 29 april 1994, AB 1994, 530 (GE/Den Haag) en C.N.J. Kortmann 2006, p. 117.

29 Vgl. Lankhorst 1992, p. 28.

30 De overheidsaansprakelijkheid wordt hier begrensd door de relativiteitsleer. Art. 6:98 BW kan die functie ook vervullen. De schade van de garagehouder en de Nijmeegse middenstander is in beginsel te ver verwijderd van de onrechtmatige regeling, om haar daaraan als gevolg te kunnen toerekenen. Is echter tegelijk een ongeschreven norm geschonden, dan kan de schade daaraan wel worden toegerekend. Over het verband tussen redelijke toerekening en relativiteit par. 4.6.4.

6.3 Overheden

De burgerlijke rechter is bevoegd in geschillen tussen overheden, ook als die volledig door regels van publiekrecht worden beoordeeld – zolang het geschil maar wordt ‘verpakt’ in een civielrechtelijke verbintenis.³¹ Hierdoor konden de afgelopen jaren enkele gedingen worden gevoerd, waarbij een gemeente zich verzette tegen een (formele) wet die verandering bracht in de inrichting of bevoegdheden van de gemeente.

Een (formele) wet die wijziging brengt in de bevoegdheden of grenzen van een gemeente, kan – in theorie – in strijd komen met een ieder verbindende bepaling uit het Europees Handvest inzake Lokale Autonomie (EHLA), dat beoogt een minimum aan gemeentelijke (beleids)autonomie te garanderen. Uitvaardiging van een wet die in strijd is met een ieder verbindende bepaling, is een onrechtmatige daad.³² Er staat voor de gemeente geen bijzondere rechtsgang open, dus het geding kan bij de burgerlijke rechter worden gevoerd.

Zo werd de gemeente Weerselo in kort geding ontvangen in een vordering om een formeelwettelijke wijziging van de gemeentegrenzen buiten werking te stellen, wegens beweerde strijd van de gevolgde procedure met art. 5 EHLA.³³ De gemeenten Bunnik, Doetinchem, Sneek en Enschede waren naast de VNG ontvankelijk in een bodemgeding, waarin zij de rechtbank vroegen een formeelwettelijke inperking van de gemeentelijke bevoegdheid om onroerende zaak-belasting te heffen, onrechtmatig te verklaren wegens strijd met art. 9 EHLA.³⁴

Deze wetgevingsgedingen missen in feite ieder ‘civielrechtelijk’ karakter. Het gaat om sterk politiek gekleurde geschillen tussen overheden, gemotiveerd door een verschil van inzicht over de gewenste inrichting van het openbaar bestuur. Dat is blijkbaar geen beletsel voor de burgerlijke rechter om de vordering te ontvangen én haar inhoudelijk te beoordelen.

De formele, ruime invulling van de bevoegdheid en van het belangvereiste (art. 3:303 BW) leidt er (theoretisch) toe, dat de burgerlijke rechter zich hier als een soort constitutionele rechter kan gedragen: hij beoordeelt de rechtmatigheid van wetgeving die de inrichting van een decentrale overheid verandert, in een geschil dat uitsluitend speelt tussen overheden.³⁵

31 Over het vereiste van voldoende belang par. 3.3.

32 Par. 4.2.1.2.

33 Hof ʒ-Gravenhage 8 maart 2001, *Gst.* 2001, 7145, 4 (Weerselo).

34 Rb. ʒ-Gravenhage 18 april 2007, *Gst.* 2007, 151 (VNG/Staat). Vergelijk verder nog HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160 (Tegelen/Limburg), waar de gemeente Tegelen ontvankelijk was in een – overigens hopeloos gestrande – vordering in verband met een formeelwettelijke wijziging van de gemeentegrenzen.

35 Zie Prakke & Kortmann 2004, p. 167 sub e over de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht ter bescherming van de gemeentelijke autonomie en p. 290 over de Franse Conseil constitutionnel.

Hier past een kanttekening. De genoemde vorderingen strandden alle inhoudelijk.³⁶ De vorderingen lijken bovendien wel erg gemakkelijk te worden afgewezen.³⁷ Mijn indruk is, dat de burgerlijke rechter er nauwelijks ‘zin’ in heeft om dit type wetgevingsgedingen serieus inhoudelijk te beoordelen. Het lijkt erop, dat wat met de ene hand gegeven wordt, met de andere hand weer wordt teruggenomen. Is deze indruk juist, dan verdient het aanbeveling om opnieuw te overwegen of de burgerlijke rechter er in dit soort gedingen niet beter aan doet, een niet-ontvankelijkverklaring uit te spreken. De motivering daarvan kan zijn, dat aan geschillen met een puur politiek karakter geen belangen ten grondslag liggen die de burgerlijke rechter hoort te beschermen, zodat een voldoende belang ontbreekt. Daarmee zou de rechter zijn ruime uitleg van art. 3: 303 BW (weer) wat inperken.³⁸

6.4 Belangenbehartigers

Met enige regelmaat wil een belangenorganisatie opkomen tegen een regeling die ten aanzien van haar ‘achterban’ concreet uitwerkt door strafrechtelijke handhaving of appellabele beschikkingen. Hoe zit het met de ontvankelijkheid van een belangenorganisatie die bij de burgerlijke rechter tegen een dergelijke regeling wil procederen?

Bij beweerdelijk onverbindende strafbepalingen is duidelijk, dat de belangenorganisatie altijd toegang heeft tot de burgerlijke rechter. Een strafgeding waarin de bepaling indirect getoetst zou kunnen worden, speelt tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Een belangenorganisatie kan zich daar niet in mengen. Zij is daarom steeds ontvankelijk in een civiel wetgevingsgeding over een verbodsbepaling. Ook als er al een strafprocedure loopt tegen een individuele verdachte op het moment dat de belangenorganisatie een wetgevingsgeding aanspant, staat dat niet in de weg aan de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie.

Zie het geval van het *Fotografieverbod De Horsten*.³⁹ In de APV van de Gemeente Wassenaar wordt een fotografieverbod opgenomen voor de omgeving rond het kroonprinselijk landgoed De Horsten. Twee journalistenverenigingen spannen een kort geding aan, omdat zij dit fotografieverbod in strijd achten met het grondrecht op informatiegarantie. Er loopt inmiddels een ‘proefproces’ tegen een individuele journalist. De journalistenverenigingen zijn – anders dan de gemeente bepleitte – in een wetgevingsgeding gewoon ontvankelijk.⁴⁰

36 Vgl. de noot van Schutgens & Sillen onder *VNG/Staat, Gst. 2007*, 115 en de noot van Drupsteen onder *Tegelen/Limburg, AB 2000*, 387 (zie ook par. 11.3).

37 De burgerlijke rechter kent geen ieder verbindende kracht toe aan bepalingen van het EHLA, zodat art. 94 Gv niet van toepassing is.

38 Daarover par. 3.3. Het zou neerkomen op een inperking van de leer uit HR 18 februari 1994, *AB 1994*, 415 (Staat/Kabayel) en een nieuwe oriëntatie op het oude HR 9 november 1973, *NJ 1974*, 91 (Limmen/Houtkoop). Daarover Schlössels 2007a, p. 391; zie ook de genoemde noot onder *VNG/Staat, Gst. 2007*, 115.

39 Pres. Rb. 3-Gravenhage 6 augustus 2003, *KG 2003*, 196.

40 Zie ook reeds HR 1 juli 1983, *NJ 1984*, 360 (LSV).

Veel onverbindende regelingen worden echter niet via het strafrecht, maar door uitvoeringsbesluiten tegenover de leden van de achterban gehandhaafd.

Bijvoorbeeld: bij gemeentelijke verordening wordt de hondenbelasting aanzienlijk verhoogd.⁴¹ In de ogen van een plaatselijke bond voor hondenbezitters is de nieuwe bepaling in strijd met de Gemeentewet.

Individuele hondenbezitters kunnen deze bepaling indirect laten toetsen in een beroep tegen een hun opgelegde aanslag.⁴² Traditioneel wordt een belangenorganisatie door de bestuursrechter niet aangemerkt als belanghebbende bij een besluit dat uitsluitend de belangen raakt van één lid of een klein aantal leden van haar achterban. Een belangenorganisatie is pas belanghebbend bij een besluit, als de organisatie een 'boven-individueel' (ook wel: collectief) belang behartigt, dat rechtstreeks door dat besluit wordt getroffen.⁴³ Een belangenorganisatie die in het gegeven voorbeeld beroep instelt tegen een aanslag voor hondenbelasting, met het doel de achterliggende regeling te laten toetsen, wordt – in ieder geval volgens deze traditionele rechtspraak – niet-ontvankelijk verklaard door de bestuursrechter, omdat zij geen belanghebbende is. De belangenorganisatie kan daarom bij de burgerlijke rechter terecht, zoals blijkt uit het arrest *Staat/NJCM*.

Ik bespreek hierna eerst deze civielrechtelijke jurisprudentie (par. 6.4.1). Daarna volgt een beknopte analyse van de jurisprudentie van de Afdeling, die op dit punt onmiskenbaar in beweging is (par. 6.4.2). De conclusie zal echter luiden, dat *Staat/NJCM* voorlopig relevant blijft (par. 6.4.3).

6.4.1 *Ontvankelijkheid van belangenorganisaties in civiele wetgevingsgedingen*

Het arrest *Staat/NJCM* biedt belangenorganisaties ruime mogelijkheden om civiele wetgevingsgedingen aan te spannen tegen regelingen, tegenover de achterban gehandhaafd door een appellabel uitvoeringsbesluit.⁴⁴

VAJN en NJCM, twee organisaties die opkomen voor de fundamentele rechten van asielzoekers, procederen tegen de verlenging van de zgn. '24-uursprocedure', geregeld in het Vreemdelingenbesluit. In deze procedure wordt een asielaanvraag versneld afgedaan, waarbij de asielzoeker aan vrijheidsbeperkende maatregelen wordt onderworpen. In het Vreemdelingenbesluit en daarop gebaseerde regelgeving wordt de maximale duur van vrijheidsbeperkende maatregelen verlengd van 24 naar 48 uur. De Vereniging van Asieladvocaten stelt, dat deze nieuwe regeling in strijd is met de Vreemdelingenwet. Vast staat, dat de verenigingen geen belang-

41 Art. 226 Gemw; Modderklok 2007 (T&C GPW), art. 226 Gemw, aant. 1; Döfle & Elzinga 2004, p. 640-642.

42 Zie hfdst. 8.

43 Standaarduitspraak is ABRvS 15 december 1997, AB 1998, 72 (Paracommercialisme Noordwijkerhout); vgl. ook ABRvS 25 mei 2005, AB 2005, 234; zie hierna in deze paragraaf.

44 HR 3 september 2004, AB 2005, 74 (Staat/NJCM).

hebbenden zijn bij de individuele besluiten tot het volgen van de 24/48-uursprocedure; zij kunnen bij de bestuursrechter geen van de concrete besluiten tot toepassing van die procedure aanvechten.⁴⁵ VAJN en het NJCM vragen de rechter, om de Staat in kort geding te verbieden de verlenging van de procedure door te voeren.

De Staat bepleit de niet-ontvankelijkheid van VAJN en NJCM. Zodra bij een individuele asielaanvraag besloten wordt, om de 48-uursprocedure in werking te stellen, kan de asielzoeker voor de vreemdelingenrechter dit 'uitvoeringsbesluit' aanvechten door de onverbindendheid van de regeling op te werpen. Het gaat volgens de Staat om een 'indirect werkende regeling' tegen welke uitvoeringsbesluiten een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat, zodat het hof de asieladvocaten ten onrechte ontvankelijk zou hebben geacht in hun vordering.⁴⁶

De Hoge Raad zegt daarover:

'Dat de individuele asielzoeker zelf in dat geval [in een beroepsprocedure tegen een uitvoeringsbeschikking, RS] de voorschriften kan aanvechten is niet voldoende om ook voor de VAJN en het NJCM te spreken van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang.

Willen zij in een dergelijke beroepsprocedure, op de voet van art. 1:2 lid 3 Awb, als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt, dan dient het te gaan om een aan hun statutaire doelstelling ontleend collectief belang dat door het besluit direct wordt of dreigt te worden aangetast. Daarbij moet het gaan om behartiging van boven-individuele belangen (vgl. ABRvS 28 februari 2000, AB 2000, 188). Het hof heeft voorts met juistheid geoordeeld dat de omstandigheid dat individuele asielzoekers de mogelijkheid hebben bij de bestuursrechter de in het geding zijnde algemeen verbindende voorschriften aan te vechten op dezelfde gronden als de VAJN en het NJCM in dit geding hebben aangevoerd, niet kan afdoen aan de bevoegdheid van laatstgenoemden de burgerlijke rechter ter zake te adiëren indien de toegang tot de bestuursrechter en daarmee voor hen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang dus niet openstaat. Kennelijk is het hof van oordeel geweest – welk oordeel in cassatie niet is bestreden – dat de VAJN en het NJCM door de bestuursrechter niet als belanghebbenden in de zin van art. 1:2 lid 3 Awb zullen worden aangemerkt wanneer zij in beroep komen tegen een ten aanzien van een individuele asielzoeker in het kader van de 48-uursprocedure genomen beslissing.'

Het hof heeft de belangenbehartigers, voor wie in ieder geval geen bijzondere rechtsgang openstond, terecht in hun vordering ontvangen. Daardoor kan het gebeuren, dat een civiel wetgevingsgeding parallel gaat lopen aan een individueel bestuursrechtelijk beroep waarin dezelfde regeling indirect wordt getoetst. Het risico van uiteenlopende oordelen wordt voor lief genomen, om de effectiviteit

45 De reden daarvoor is de volgende. Vaststelling van de concrete aanspraken van individuele asielzoekers is (of was, zie par. 6.4.2) geen 'boven-individueel belang'; het belang van het bevorderen van helderheid over de betekenis van het objectieve recht – waarvan de vaststelling van onverbindendheid een species is – is daarentegen niet rechtstreeks bij het beroepen besluit betrokken.

46 De A-G Wesseling-van Gent beweert iets soortgelijks. Over indirect werkende regelingen par. 8.1.

van de belangenbehartiging door een collectief belangorganisatie te waarborgen. Het gezichtspunt van doeltreffende rechtsbescherming krijgt voorrang op de specialisatiegedachte.^{47, 48} De snelle ontvankelijkheid geldt in beginsel ook voor algemeen belangacties tegen de wet in formele zin, als die beweerdelijk in strijd is met een verdragsbepaling of met EG-recht.⁴⁹

Belangenorganisaties hebben dus eenvoudig toegang tot de civiele rechter om te kunnen procederen over onrechtmatige wetgeving, ook als daarop een uitvoeringsbesluit kan worden gegrond. Juist belangenbehartigers hebben ook vaak de middelen en de juridische kennis om bij de burgerlijke rechter tegen nadelige regelgeving te procederen. Voor 'leden' van de achterban kan dat lastiger zijn.

6.4.2 Relevante Afdelingsrechtspraak

a. de 'traditionele' Afdelingsrechtspraak

Ook belangenorganisaties moeten aan de bekende vijf bestuursrechtelijke vereisten voldoen om belanghebbende te zijn bij een besluit: belanghebbende is degene die een eigen, objectief bepaalbaar, actueel en persoonlijk belang heeft, dat rechtstreeks bij een besluit is betrokken.⁵⁰ Twee van deze vereisten zijn in dit verband vooral van belang: (1) het vereiste van een eigen belang en (2) het vereiste van rechtstreekse betrokkenheid van dat belang bij het besluit.

- (1) Krachtens art. 1:2 lid 3 Awb zijn de belangen 'die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen' eigen belangen van belangenorganisaties. Zij kunnen daarom op eigen naam in beroep tegen besluiten die de door hen behartigde ideële of collectieve belangen raken.⁵¹ De Afdeling brengt of bracht (zie hierna) hier een beperking

47 *Staat/NJCM* was een kort geding. Dezelfde regel wordt toegepast in het bodemgeding Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2005, *JV* 2005, 144 (Leges Turkse immigranten), waarin op vordering van uiteenlopende organisaties die de belangen van Turkse immigranten behartigen, een ministeriële regeling van de leges voor een verblijfsvergunning onverbindend wordt verklaard. De organisaties zijn ontvankelijk in hun vordering (r.o. 3.3 en 3.4).

48 Door *Staat/NJCM* is *Iusta Causa* achterhaald, zie HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 744. Het Huishoudelijk Reglement van de Haagse gevangenis verleende de directeur de bevoegdheid om gedetineerden een bepaalde disciplinaire straf op te leggen. Volgens gedetineerdenvereniging *Iusta Causa* is dit in strijd met de wet. Zij adieert de burgerlijke rechter, maar is niet-ontvankelijk. Een *individuele* gedetineerde zou niet-ontvankelijk zijn in een wetgevingsgeding, omdat voor hem administratief beroep tegen een concrete maatregel openstaat (r.o. 3.3). Volgens de Hoge Raad vloeit uit de (hypothetische) niet-ontvankelijkheid van individuele gedetineerden in een civiel wetgevingsgeding voort, dat ook de belangenbehartiger niet-ontvankelijk is: aan deze organisatie komen niet meer processuele mogelijkheden toe dan aan de individuen uit haar achterban. Door *Staat/NJCM* is dit achterhaald. Mij is niet duidelijk, waarom Snijders *Staat/NJCM* ziet als een 'uitzondering' op *Iusta Causa*, *NJ* 2006, 28, noot, nr. 4.

49 HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 434 (Rechtenvrouw/Staat). Ook in het *Harmonisatiewet*-arrest (HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469, zie hfdst. 11) is de Landelijke Studenten Vakbond ontvankelijk in zijn vordering, gericht tegen een studiefinancieringswet, terwijl tegen daarop gebaseerde beschikkingen voor individuele studenten beroep mogelijk was. Zie ook Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 augustus 1988, *AB* 1988, 470 (*Harmonisatiewet*), r.o. 5.

50 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 69 e.v. Overigens is het vereiste van een actueel belang volgens De Poorter overbodig; De Poorter 2003, p. 149-154.

51 Schlössels 2004, p. 112-118.

aan: belangenorganisaties kunnen alleen voor ‘boven-individuele’ dan wel collectieve belangen op eigen naam procederen. Dit houdt in, dat de organisatie geen eigen belang heeft bij een (op een potentieel onverbindende regeling gebaseerd) uitvoeringsbesluit, dat *uitsluitend* de belangen raakt van een of enkele duidelijk te individualiseren leden uit de achterban.⁵²

- (2) Bovendien moeten deze boven-individuele belangen *rechtstreeks* bij het beroepen besluit zijn betrokken. Op dit punt is het geval van de *Nederlandse Vereniging van Pleeggezinnen van belang*.⁵³

De Stichting Jeugdzorg Groningen heeft een verzoek van een pleegmoeder om vrijgesteld te worden van volledige afdracht van het wezenpensioen van haar pleegdochter afgewezen. Deze afwijzende beschikking berustte op een uitleg van de wet, waarover in de rechtspraak geen overeenstemming bestond. De beschikking is in eerste aanleg in stand gebleven; de pleegmoeder berust daarin. Vervolgens gaat de Nederlandse Vereniging van Pleeggezinnen op eigen naam in hoger beroep. Zij stelt ex art. 1:2 lid 3 Awb belanghebbende te zijn bij het besluit, omdat het voor de door haar vertegenwoordigde pleegouders van belang is om van de hoogste bestuursrechter een duidelijke uitspraak te verkrijgen over de betekenis van de wet.

De Afdeling kwalificeert de vereniging echter niet als belanghebbende. Het belang van het uitlokken van een uitspraak over de betekenis van een wet – in de woorden van de Afdeling: de wens om helderheid te verkrijgen over de betekenis van het objectieve recht – is *niet* rechtstreeks betrokken bij het uitvoeringsbesluit waarin een bepaalde uitleg van die wet tot uitdrukking komt.⁵⁴ Bovendien is het wel rechtstreeks bij de beschikking betrokken financiële belang geen ‘boven-individueel’ of collectief belang, maar uitsluitend een eigen belang van de pleegmoeder.

Het eigen belang van de belangenorganisatie (een uitspraak uitlokken over de betekenis van de wet) is dus niet rechtstreeks bij het besluit betrokken; het wél rechtstreeks bij het besluit betrokken financiële belang van de pleegmoeder is geen eigen belang van de belangenorganisatie.

Tussenconclusie: belangenorganisaties kunnen of konden niet snel bij de bestuursrechter opkomen tegen een op een potentieel onverbindende regeling gegrond, aan een individueel lid van de achterban gericht besluit, als hun belang enkel bestaat in toetsing van de achterliggende regeling. Belangenorganisaties kunnen dan op grond van *Staat/NJCM* bij de burgerlijke rechter terecht.

52 De Poorter & Visser 2008, p. 36, l.k. Standaarduitspraak is ABRvS 15 december 1997, *AB* 1998, 72 (Paracommercialisme Noordwijkerhout). Sinds ABRvS 23 augustus 2006, *AB* 2006, 365 neemt de Afdeling echter sneller aan, dat een boven-individueel/collectief belang in het geding is, zie hierna.

53 ABRvS 28 februari 2000, *AB* 2000, 188.

54 Het verkrijgen van helderheid over de betekenis van het objectieve recht is wellicht wel een boven-individueel belang – daar zijn rechtbank en Afdeling mijns inziens niet heel duidelijk over – maar voor zover het dat is, staat het in te ver verwijderd verband met de individuele beschikking.

b. recente Afdelingsrechtspraak

In recente uitspraken is de Afdeling sneller dan voorheen gaan aannemen, dat een belangenorganisatie met een beroep tegen een appellabel besluit een boven-individueel belang behartigt, en dus een eigen belang heeft bij het beroepen besluit.

Land- en Tuinbouworganisatie Noord stelt beroep in tegen de provinciale goedkeuring van een peilbesluit, waarin het waterschap de hoogte van het oppervlaktewater voor een bepaald gebied vastlegt. Slechts een beperkt aantal individuele agrariërs wordt door dit peilbesluit in zijn belangen geraakt. De Afdeling overweegt:

‘Anders dan ligt besloten in haar [traditionele rechtspraak op dit punt, RS], is de Afdeling thans van oordeel dat een belangenorganisatie die voor het belang van haar leden opkomt, daarmee opkomt voor een collectief belang, tenzij het tegendeel blijkt. (...) Blijkens haar statuten (...) stelt appellante zich ten doel met alle wettige middelen de belangen van haar leden te behartigen en de maatschappelijke positie en de welvaart van de land- en tuinbouwbedrijven in het algemeen te bevorderen. Het belang van de agrariërs in de polder Zevenhoven deel 1, waarvoor appellante in deze procedure opkomt, is derhalve een belang dat zij, gelet op haar statutaire doelstelling, in het bijzonder behartigt. Appellante kan dan ook worden aangemerkt als belanghebbende (...) bij het onderhavige goedkeuringsbesluit.’

Kortom: de eis, dat de belangenorganisatie een boven-individueel (hier aangeduid als ‘collectief’) belang moet behartigen staat nog steeds, alleen acht de Afdeling vrij snel bewezen dat een boven-individueel belang in het geding is. Het uitgangspunt is, dat een belangenorganisatie een boven-individueel of collectief belang behartigt als zij beroep instelt tegen een besluit dat de belangen van meerdere van haar leden raakt. Pas als van de *afwezigheid* van een dergelijk belang blijkt, is de belangenorganisatie niet-ontvankelijk.⁵⁵

Men vergelijk ook de uitspraak inzake de *Vereniging het Moerdijkse Riool*:

‘Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 18 september 2002 (...) *JB* 2002, 330, gaat het bij belangen van een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht om een collectief belang dat los kan worden gezien van dat van de individuele leden. Uit de uitspraak van de Afdeling van 23 augustus 2006 in zaak no. 200507730/1 (...) volgt dat in beginsel moet worden aangenomen dat een belangenorganisatie voor een collectief belang opkomt wanneer *het belang van meerdere van haar leden* wordt geraakt door het bestreden besluit.’[curs. RS]⁵⁶

⁵⁵ Het is in feite een bewijsomkering, vgl. De Poorter & Visser 2008, p. 36.

⁵⁶ ABRvS 4 april 2007, *JOM* 2007, 421 (Vereniging het Moerdijkse Riool).

6.4.3 *consequenties van de recente Afdelingsrechtspraak*

Betekent dit nu, dat een belangenorganisatie beroep kan instellen tegen een uitvoeringsbesluit, gericht tot individuele leden van haar achterban, enkel om de achterliggende regeling te laten toetsen?

Ik vermoed, dat dat ook onder de nieuwe Afdelingsjurisprudentie vaak niet het geval zal zijn. De Afdeling neemt weliswaar sneller aan, dat een belangenorganisatie voor een boven-individueel of collectief belang opkomt, maar heeft de eis van rechtstreekse betrokkenheid van dat belang bij het beroepen besluit niet bijgesteld. Deze laatste eis zal vaak roet in het eten blijven gooien.

Dat valt te illustreren aan het hiervoor gegeven voorbeeld van de bond voor hondenbezitters, die beroep wil instellen tegen een aan een individuele hondenbezitter gerichte aanslag voor hondenbelasting, teneinde de achterliggende regeling te laten toetsen. Het zal lastig blijven, aan te tonen dat de belangen van meerdere leden worden getroffen *door dit besluit*. Het collectieve belang wordt getroffen door de *belastingregeling*, niet door de individuele aanslagen. Het enige boven-individuele belang dat de belangenorganisatie bij een beroep tegen een individuele aanslag zou kunnen hebben, is, dat de bestuursrechter een algemene uitspraak wordt ontlokt over de houdbaarheid van de achterliggende regeling. *Dat* belang wordt niet, althans niet rechtstreeks geraakt door de individuele belastingbeschikkingen.⁵⁷ Het financiële belang van de individuele belastingplichtige is – ook onder de nieuwe rechtspraak – waarschijnlijk niet te kwalificeren als een boven-individueel/collectief belang, maar is slechts een eigen belang van degene die de aanslag ontvangt.⁵⁸

Waarschijnlijk zal de Afdeling de bond daarom niet-ontvankelijk verklaren als hij een beroep instelt tegen een individuele belastingbeschikking.⁵⁹ De bond van hondenbezitters moet dus nog altijd naar de burgerlijke rechter om de regeling aan te vechten. Voor deze gevallen blijft *Staat/NJCM* van belang.⁶⁰

Eén kanttekening is op haar plaats. In *Staat/NJCM* brengt de Hoge Raad de ontvankelijkheid van VAJN en NJCM duidelijk in verband met de verwachting, dat zij geen belanghebbenden zullen zijn bij een (op de onverbindende regeling

57 De bond van hondenbezitters zou dan ook geen belang hebben bij een vernietiging van de aanslag, maar slechts bij een overweging in het vonnis met de strekking dat de regeling niet verbindt. Een dergelijk beroep zou in feite inhouden, dat de vereniging een beroep tegen de beschikking aangrijpt als toevallige aanleiding om de bestuursrechter een abstracte uitspraak te ontlokken over de betekenis van het objectieve recht. Ik ga ervan uit dat dit ook onder de nieuwe rechtspraak nog steeds niet is toegestaan.

58 Vgl. bijvoorbeeld ABRvS 4 april 2007, *JOM* 2007, 421 (Vereniging het Moerdijkse Riool), waaruit blijkt, dat ook met toepassing van de nieuwe regel een belangenorganisatie geen belanghebbende is bij een door een particulier aangevraagde vergunning om een bepaalde tank in zijn eigen tuin te plaatsen.

59 Mij is ook geen uitspraak bekend, waarin ABRvS 28 februari 2000, *AB* 2000, 188 (Nederlandse vereniging van Pleeggezinnen) wordt bijgesteld.

60 Wellicht ten overvloede: als een belangenorganisatie ‘toch al’ belanghebbend is bij een uitvoeringsbesluit, dan kan zij in een beroep tegen dat besluit natuurlijk ook de onverbindendheid van de achterliggende regeling opwerpen. De organisatie moet dan echter beschikken over een ander boven-individueel belang dan de enkele wens om de regeling te laten toetsen. Het uitvoeringsbesluit zelf moet rechtstreeks een boven-individueel belang raken, wil de organisatie ontvankelijk zijn.

gegronde) uitvoeringsbeschikking.⁶¹ Mocht de Afdeling de vereisten voor belanghebbendheid van belangenorganisaties nog verder versoepelen, zodat belangenbehartigers beroep kunnen instellen tegen een uitvoeringsbeschikking met het enkele doel om de bestuursrechter de achterliggende regeling te laten toetsen, dan zullen belangenbehartigers dus – ook op grond van *Staat/NJCM* – niet meer (zo gemakkelijk) toegang krijgen tot een civiel wetgevingsgeding.

⁶¹ Zie het citaat in par. 6.4.1.

7 | Regelingen met een rechtstreeks tot de benadeelde gerichte verplichting

7.1 Inleiding

Bij een regeling met een verplichting¹ die rechtstreeks tot de (potentiële) benadeelde is gericht, kan de benadeelde uiteindelijk altijd bij de straf- en/of de bestuursrechter terecht. Ik ga hierna in op het procederen tegen een regeling met een eenvoudige verplichting (par. 7.2) en op verplichtingen mét de mogelijkheid van een appellabele ontheffing of vergunning² (par. 7.3). Voor beide gevallen is *Leenders/Ubbergen* van groot belang.³ Tot slot ga ik kort in op vraag, hoe het komt dat de overheidsaansprakelijkheid bij dit type regelingen vrij beperkt is gebleven (par. 7.4).

7.2. Een eenvoudige verplichting

In paragraaf 3.4.2 is al besproken, dat er in de literatuur overeenstemming over bestaat, dat een burger nooit strafvervolgning hoeft uit te lokken om een wettelijke regeling te kunnen laten toetsen. De Hoge Raad heeft deze regel principieel bevestigd in *Leenders/Ubbergen*.

Detailhandelaar Leenders wil vanuit een SRV-wagen kruidenierswaren verkopen. De Ubbergse APV staat huis-aan-huisverkoop zonder vergunning niet toe. Leenders vraagt een vergunning aan, waarbij hij aantekent dat de regeling volgens hem niet verbindt. De gemeente erkent de onverbindendheid niet. Leenders krijgt slechts een beperkte vergunning. Op Leenders' bezwaar daartegen neemt de gemeente geen nieuw besluit. Leenders gaat tegen deze fictieve weigering⁴ niet in beroep. Wel begint hij met huis-aan-huisverkoop buiten zijn beperkte vergunning om. Vervolgens wordt hij beboet en moet hij zijn activiteiten stilleggen. De strafrechter spreekt echter tegenover Leenders uit, dat de regeling onverbindend is.

1 'Verplichting' is hier de verzamelterm voor een verbod of een doe-verplichting.

2 Het subtiële onderscheid tussen de twee figuren (Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 197) doet in het verband van dit betoog niet ter zake.

3 HR 11 oktober 1996, *NJ* 1997, 165.

4 Ten tijde van de bestuursrechtelijke procedure was de wet Arob nog van toepassing, vgl. art. 3 wet Arob waarnaar wordt verwezen in punt 1.2 van de conclusie A-G. Vandaar het begrip 'fictieve weigering'.

Dan stapt Leenders naar de burgerlijke rechter om de geleden omzetschade vergoed te krijgen. De gemeente Ubbergen stelt zich op het standpunt, dat de fictieve weigering om op bezwaar te beslissen, formele rechtskracht heeft verkregen, en dat deze formele rechtskracht in de weg zou staan aan Leenders' ontvankelijkheid dan wel aan de mogelijkheid van schadevergoeding.

De kernoverweging van de Hoge Raad bestaat uit twee delen. Het eerste deel stelt voorop: een regeling die een burger onder dreiging van een sanctie ergens toe verplicht, kan zonder problemen aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd:

'3.4.3 Indien de overheid het standpunt inneemt dat een burger voor het verrichten van bepaalde handelingen, (...) ingevolge een algemeen verbindend voorschrift een vergunning nodig heeft, maar die burger dit voorschrift onverbindend en daarom het inroepen en handhaven ervan jegens hem onrechtmatig acht, brengen de eisen van een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid mee dat hij het geschil omtrent de verbindendheid van het voorschrift aan de rechter moet kunnen voorleggen. Zolang de beslechting van een dergelijk geschil niet aan de bestuursrechter is opgedragen – hetgeen (...) zolang art. 8:2 Awb nog niet is vervallen, niet (...) het geval is – moet die burger de vraag of het voorschrift verbindend is, (...) kunnen voorleggen aan de burgerlijke rechter. Dit laatste wordt niet anders doordat, indien (...) strafvervolging wordt ingesteld of bestuursdwang wordt toegepast, de verbindendheid van de desbetreffende regeling kan worden getoetst in een procedure voor de strafrechter resp. de bestuursrechter. *Niet kan immers van de burger worden verlangd dat hij (...) het op een strafvervolging of toepassing van bestuursdwang laat aankomen om die onverbindendheid in rechte te doen vaststellen.*' [curs. RS]

De overwegingen zijn duidelijk. Ik maak twee korte opmerkingen.

Niet alleen regelingen met een verplichting waarop een punitieve sanctie is gesteld, maar ook regelingen met een reparatoire sanctie ('bestuursdwang') kunnen blijkens *Leenders/Ubbergen* direct aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd.⁵ Bestuursdwang is niet gericht op leedtoevoeging, maar slechts op het bewerkstelligen van een feitelijke situatie die in overeenstemming is met het recht. Niettemin is ook het afwachten van bestuursdwang voor de burger geen eenvoudige, niet riskante weg naar rechtsbescherming.⁶ Ten eerste is de burger – als hij bestuursdwang moet afwachten – afhankelijk van het initiatief van het bestuur. Mogelijk verkeert hij dus lange tijd in rechtsonzekerheid over de vraag of een regeling die hem een verplichting oplegt, verbindend is en of hij in de toekomst bestuursdwang kan verwachten. Ten tweede kan ook bestuursdwang met kostenverhaal behoorlijk in de papieren lopen, wat voor de burger riskant is. De burger krijgt daarom ook bij een regeling waar slechts een reparatoire sanctie op staat, toegang tot het civiele wetgevingsgeding. Zo kan hij zich direct en op eigen initiatief zekerheid verschaffen over zijn rechtspositie.

5 De regel uit *Leenders/Ubbergen* wordt op een reparatoire sanctie toegepast in Pres. Rb. Assen 11 december 1998, *KG* 1998, 34 (Hengelclub Friescheveen), zie r.o. 5.1.1. en 5.1.2.

6 Par. 3.4.1.

De Hoge Raad formuleert de regel dat de burger het nooit op strafvervolgning hoeft te laten aankomen, onvoorwaardelijk. Toch lokken burgers in de praktijk af en toe een 'proefproces' bij de strafrechter uit, in plaats van de burgerlijke rechter een regeling te laten toetsen.⁷ Burgers lijken dat vooral te doen bij strafbepalingen met bescheiden boetes.⁸ Mogelijk wegen voor de burger de extra (advocaten)kosten van de civiele procedure niet altijd op tegen het voordeel, dat in de civiele procedure het risico afwezig is dat een boete wordt opgelegd als de regeling wel verbindend blijkt.

De keuze om een strafprocedure uit te lokken is hoe dan ook aan de burger: ook bij overtredingen met een relatief lichte straf staat op grond van *Leenders/Ubbergen* de weg naar de burgerlijke rechter open. De burgerlijke rechter zal dan niet redeneren, dat vanwege de bescheiden boete ook wel strafvervolgning kan worden uitgelokt.

Daar zijn goede redenen voor. Als de burger moet afwachten totdat hij vervolgd wordt, is hij afhankelijk van het initiatief van het Openbaar Ministerie. Hij kan zich niet op een zelf te bepalen moment toegang tot de strafrechter verschaffen om zekerheid te krijgen over de verbindendheid van een regeling. Daarom is het uitlokken (of afwachten) van een 'proefproces' geen eenvoudige weg naar rechtsbescherming. Bovendien: ook al riskeert de burger bij de strafrechter wellicht een bescheiden boete, toch kunnen er allerlei professionele of persoonlijke redenen zijn, waarom hij niet het risico wil lopen veroordeeld te worden vanwege een strafbaar feit. Ook bij een bescheiden boete is de weg naar de strafrechter daarom niet zonder risico. Het is aan de burger om hierin zijn eigen afweging te maken.

Tot slot, een overheid die zich zou beroepen op de 'voorrang' van de toetsing door strafrechter, zodat de burger in het civiele wetgevingsgeding niet-ontvanke-lijk is, doet daarmee in feite een oproep aan de burger om door haar zelf gestelde voorschriften te overtreden. Een dergelijk verweer past de overheid niet.⁹

7.3 Een verplichting met de mogelijkheid van ontheffing

De onverbindende Ubbergse verbodsbepaling bevatte de mogelijkheid om een vergunning aan te vragen. In een mogelijke bestuursrechtelijke procedure over een (gedeeltelijke) afwijzing van een vergunning had Leenders de verbindendheid van de regeling ook aan de orde kunnen stellen.¹⁰ Dat heeft echter geen invloed op de mogelijkheid om de burgerlijke rechter te adieren:

7 Althans: als de burger slechts onverbindendverklaring wenst. Voor schadevergoeding moet hij naar de burgerlijke rechter.

8 Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. 's-Gravenhage 6 augustus 2003, *KG* 2003, 196 (Fotografieverbod De Horsten), r.o. 1.8.

9 Zo ook Bok 1991, p. 143 en Mok, *NJ* 1984, p. 1291-1292 (conclusie bij *LSP*). Dit laatste is overigens een extra, 'ethische' reden om de burger toegang te verschaffen tot het civiele wetgevingsgeding, die bovenop het in par. 3.4.1 voorgestelde criterium komt.

10 Als het bestuursorgaan de onverbindendheid van de regeling meteen *erkent*, wordt de aanvraag ook afgewezen; in dat geval wegens de onbevoegdheid van het bestuursorgaan. De burger heeft dan zijn doel bereikt.

‘Evenmin kan in voormelde situatie van de burger worden gevegd dat hij, uitsluitend teneinde de vraag of de regeling onverbindend is, aan het oordeel van de rechter te kunnen onderwerpen, de vergunning voor zover nodig en onder aantekening van zijn zienswijze omtrent de verbindendheid van de regeling aanvraagt, vervolgens tegen de beschikking waarbij de vergunning wordt verleend, een bezwaarschrift indient en zo nodig tegen de beslissing daarop beroep instelt bij de bestuursrechter. Met het oog op een doeltreffende, waarborgen tegen misverstanden biedende regeling van rechtsbescherming tegen de overheid moet worden aangenomen dat ook het openstaan van *deze weinig voor de hand liggende weg* blokkering van de toegang tot de burgerlijke rechter niet kan rechtvaardigen. Dit brengt mee dat deze toegang ook openblijft wanneer de burger – zoals hier – slechts de eerste stadia van voormelde weg heeft afgelegd, d.w.z. desgevraagd een vergunning heeft verkregen en een bezwaarschrift heeft ingediend, maar zich nadien, in stede van deze weg te vervolgen tot de burgerlijke rechter wendt teneinde deze voormelde vraag te doen beslissen. Daarom kan in een dergelijk geval, óók indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat de formele rechtskracht van de beschikking waarbij de vergunning is verleend, zich mede uitstrekt tot het oordeel van de verlenende instantie dat de desbetreffende regeling verbindend is, niet worden aanvaard dat de burgerlijke rechter (...) op grond van die formele rechtskracht aan dat oordeel van de overheid is gebonden.’ [curs. RS]

Hiervoor in paragraaf 3.4.1 is voor de toegang tot de burgerlijke rechter het criterium voorgesteld, dat de burger uitsluitend niet-ontvankelijk wordt verklaard in een wetgevingsgeding als hij hetzelfde wettelijk voorschrift op eenvoudige, niet gekunstelde of riskante wijze door een bijzondere rechter kan laten toetsen. Het creëren van een rechtsingang bij de bestuursrechter door de afwijzing van een vergunning uit te lokken, is een gekunstelde, ‘weinig voor de hand liggende’ wijze van procederen. Daarom kan de burger direct naar de civiele rechter.

Mede op basis van deze overweging zijn verschillende situaties te onderscheiden. Bij enkele daarvan is nog niet volledig duidelijk wat rechtens is.¹¹

- (1) Als de burger geen vergunning aanvraagt, wordt hem niet verweten, dat hij de gekunstelde procedeerstrategie van het uitlokken van een weigering heeft laten lopen. Dat betekent, dat de civiele vordering niet zal uitlopen op een niet-ontvankelijkverklaring.

Stel, dat de burger wel een vergunning aanvraagt, die het bestuursorgaan (eventueel gedeeltelijk) weigert met de motivering, dat de regeling wel verbindt.

- (2) Stel vervolgens, dat de burger bezwaar maakt, maar daarna geen beroep bij de bestuursrechter instelt. De (gedeeltelijke) afwijzing van het bezwaar verkrijgt dan formele rechtskracht. Die formele rechtskracht brengt mee, dat die *afwijzing* als rechtmatig heeft te gelden. Toch is de burger ontvankelijk in een geding omtrent de regeling, zoals blijkt uit de hiervoor weergegeven passage

¹¹ Zie ook Schlössels, *JB* 2005, 32, nr. 9.

uit het arrest. De burgerlijke rechter kan toetsen of de regeling verbindt, wat daarover ook in het besluit op bezwaar is beslist.¹² Bovendien kan de overheid aansprakelijk gesteld worden voor de schade, geleden door de regeling: de formele rechtskracht van de afwijzing ‘dekt’ immers niet de door de regeling geleden schade.¹³

- (3) Stel nu, het komt wel tot een beroep bij de bestuursrechter. In dit geval geldt mijns inziens hetzelfde ‘regime’ als bij beroepen tegen indirect werkende regelingen. Ik werk dat uit in hoofdstuk 8.

7.4 Gevaar voor ontsporende aansprakelijkheid?

Tot slot een korte opmerking over de aansprakelijkheid voor een onverbindend verbod. In het verleden is gewaarschuwd, dat de aansprakelijkheid voor onverbindende verbodsregelingen enorme proporties zou kunnen aannemen.¹⁴ Schade door een onverbindend verbod moet in beginsel volledig door de overheid worden vergoed, zelfs als de burger heel laat aan de bel trekt, zie *Leenders/Ubbergen*.

Het lijkt, alsof massale aansprakelijkheid kan ontstaan jegens burgers, die door een onverbindend verbod hebben moeten afzien van bedrijfseconomische activiteiten. Een regeling die een handeling in de economische sfeer verbiedt, berokkent schade aan de burger die op het ‘verboden terrein’ activiteiten had willen ontpoien.

Als de wetgever het met het Gemeenschapsrecht strijdige verbod op de verkoop van absint tijdig had ingetrokken, hadden verschillende importeurs hun winst door absintimport kunnen vergroten. Als de gemeente Wassenaar niet ten onrechte een fotografieverbod rond het landgoed De Horsten had ingesteld, had een royalty-fotograaf wellicht een extra foto aan een boulevardblad kunnen verkopen.¹⁵

Toch zijn er weinig voorbeelden van burgers die een vergoeding krijgen voor schade die zij hebben geleden door zich aan een achteraf onverbindend gebleken verbod te houden. Dit komt waarschijnlijk door bewijsmoeilijkheden. Het is lastig aannemelijk te maken, dat een ondernemer bij afwezigheid van het verbod de hem verboden activiteiten wel zou hebben ontplooid. Iedere importeur kan wel zeggen dat hij winst is misgelopen ten gevolge van een onjuist verbod. Bovendien lijkt mij ook het bepalen van de omvang van de misgelopen winst in de meeste

12 Eventueel versterkt door een toepassingsverbod, zie ook par. 5.2 en 5.3.

13 Vgl. Rb. Dordrecht 21 december 2005, *NJF* 2006, 126, waar de gelaedeerde overigens pas na het verkrijgen van de vergunning van de onverbindendheid op de hoogte raakt.

14 Vooral naar aanleiding van *Pocketbooks II*, vgl. Bok 1991, p. 128. Zie Stellinga 1969, p. 99; Helmstrijd 1969; Troostwijk *AA* 1969, p. 269. Zie – los van dit arrest – Hennekens 1987, p. 83 en Drion 1951, p. 909-910.

15 Rb. Amsterdam 13 juli 2004, *NJ* 2004, 564 (Absint) resp. Pres. Rb. 3-Gravenhage 6 augustus 2003, *KG* 2003, 196 (Fotografieverbod De Horsten).

gevallen giswerk. Ondanks de eenvoudige toegang tot de burgerlijke rechter is massale aansprakelijkheid voor onverbindende verbodsregelingen daarom niet aan de orde.

Bij de gepubliceerde voorbeelden van schadevergoeding wegens onverbindende verbodsbepalingen doen deze bewijsmoeilijkheden zich doorgaans niet voor in verband met de concrete omstandigheden van het geval. Schadevergoeding wordt toegewezen aan personen die al bedrijfseconomische activiteiten hadden ontwikkeld, en toen overvallen werden door een – later onverbindend gebleken – verbod daarop; aan personen die actief het verbod overtreden en vervolgens worden gedwongen de bedrijfsactiviteiten stil te leggen of aan personen die door een onverbindend verbod juist extra kosten moeten maken.¹⁶

¹⁶ HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 (Pocketbooks II); Rb. ʒ-Gravenhage 11 juni 2006, *LJN* BD5311 (Fokverbod); HR 11 oktober 1996, *AB* 1997, 1 (Leenders/Ubbbergen) en ABRvS 15 juni 1998, *AB* 1999, 334 (ICI/Zuid-Holland).

8 Belastingverordeningen en andere indirect werkende regelingen

8.1 Inleiding

Een belastingverordening is een voorbeeld van wat in de doctrine wel een ‘indirect werkende regeling’ wordt genoemd. Het begrippenpaar ‘indirect werkende regelgeving’/‘direct werkende regelgeving’ wordt gebruikt in beschouwingen over de taakverdeling tussen de burgerlijke en de bestuursrechter op het gebied van onverbindende regelingen.¹

Direct werkende regelgeving heeft onmiddellijk rechtsgevolgen voor de betrokkenen. Er is geen nader besluit nodig voor het intreden van de rechtsgevolgen. Het gaat vooral om rechtstreeks tot de burger gerichte verplichtingen.² De rechtsgevolgen van een indirect werkende regeling daarentegen worden in een uitvoeringsbesluit geconcretiseerd voordat zij de burger definitief raken. Pas de uitvoeringsbeschikking – en niet de regeling zelf – wijzigt de rechtspositie van de burger. Te denken is aan belastingwetgeving en wetgeving die een financiële aanspraak op de overheid vestigt.³

Omdat de met een indirect werkende regeling beoogde rechtsgevolgen voor de burger pas door de uitvoeringsbeschikking definitief komen vast te staan, heeft de burger altijd de mogelijkheid om een uitvoeringsbesluit af te wachten. In een beroep daartegen kan de bestuursrechter ook de achterliggende regeling toetsen. *Uiteindelijk* komt dus altijd een bestuursrechtelijke rechtsgang beschikbaar. Dit roept de vraag op, of en wanneer van de burger kan worden verlangd, om deze bestuursrechtelijke weg te bewandelen.⁴ In ieder geval kortgedingen tegen indirect werkende regelingen zijn mogelijk, zie paragraaf 8.2. Op eventuele bodemprocedures ga ik in paragraaf 8.3 in.

1 Mok & Tjittes 1995 p. 402; Bok, 1991, p. 193; Mok, conclusie bij Vullhop/Amsterdam (HR 16 oktober 1992, *AB* 1993, 40, conclusie A-G, nr. 4) en Bitter & Van Rossum 1993, p. 207-208. Zie ook C.N.J. Kortmann 2006, p. 184, Ferwerda 2005, p. 37, Allevijn 1998, p. 788 en Lubberdink 1996, p. 13.

2 Daarbij is de burger in beginsel steeds ontvankelijk in een wetgevingsgeding, zie hfdst. 7.

3 De omschrijvingen zijn ontleend aan Mok & Tjittes 1995, p. 402. Mok & Tjittes verbinden aan het onderscheid overigens de conclusie, dat het uitvaardigen van een onverbindende, indirect werkende regeling geen onrechtmatige daad oplevert. Dit is bestreden in par. 4.2.2.2.

4 Er zijn voorbeelden van procespartijen die de stelling betrekken, dat de burger nooit ontvankelijk is een onrechtmatige-daadsvordering tegen een indirect werkende regeling – al laat de Hoge Raad in het midden of dit juist is. Zie vooral de conclusie van de A-G Wesseling-van Gent bij HR 3 september 2004, *AB* 2005, 74 (Staat/NJCM) en r.o. 3.4.1 en 3.4.2 van de Hoge Raad. Eijlander 1999, p. 149, pleit voor *gedeeltelijke* schrapping van 8:2 Awb, waarbij alleen tegen direct werkende regelingen beroep zou openstaan. Volgens hem is het dus onnodig om rechtstreeks tegen indirect werkende regelingen te kunnen procederen.

8.2 kortgedingen tegen indirect werkende regelingen

In de gepubliceerde jurisprudentie zijn verscheidene kortgedingen te vinden, waarin wordt gevraagd om buitenwerkingstelling van een indirect werkende regeling. Het gaat voornamelijk om gemeentelijke belastingverordeningen (zie par. 8.2.1), ministeriële ‘tariefriichtlijnen’ (par. 8.2.2) en om een enkel geval waarin een wettelijk geregelde, financiële aanspraak op de overheid volgens de eiser onrechtmatig werd beknot (par. 8.2.3). De eisers in al deze gedingen konden uiteindelijk naar de bestuursrechter. Toch konden zij soms al eerder bij de civiele kortgedingrechter terecht.

Art. 254 Rv vereist, dat de eiser een spoedeisend belang heeft bij een voorziening van de kortgedingrechter. Dit vereiste is eenvoudig te verenigen met het in paragraaf 3.4.1 voorgestelde ontvankelijkheids criterium, te weten: dat de eiser de toegang tot het civiele wetgevingsgeding uitsluitend wordt ontzegd, als hij de betreffende regeling op een eenvoudige, niet gekunstelde of riskante wijze door de bijzondere rechter kan laten toetsen, zie paragraaf 8.2.4.

8.2.1 Belastingregelingen

Luchthaven Schiphol is ontvankelijk in een kort geding tegen de belastingverordening Haarlemmermeer.

In de belastingverordening van de gemeente Haarlemmermeer wordt een bepaling opgenomen, op grond waarvan toeristenbelasting verschuldigd is voor iedere passagier die op de luchthaven uit-, in- of overstapt. Schiphol moet deze belasting innen. De verordening is in strijd met art. 224 lid 1 Gemeentewet, dat gemeenten slechts de bevoegdheid toekent om toeristenbelasting te heffen bij personen die als toerist enigszins duurzaam in de gemeente verblijven.⁵ Schiphol kan de verbindendheid van de verordening door de belastingrechter laten toetsen, zodra een eerste aanslag is opgelegd. Om de toeristenbelasting bij de passagiers te kunnen innen, moet Schiphol echter de door hem gebruikte software laten aanpassen, wat een kostbare zaak is. De verordening zelf verplichtte Schiphol weliswaar niet tot deze investering, maar om in de toekomst te kunnen voldoen aan de belastingplicht, zijn de aanpassingen onontbeerlijk. Schiphol was dus reeds voordat de belastingrechter uitspraak kon doen over een concrete aanslag, (feitelijk) gedwongen om aanzienlijke kosten te maken.⁶

Daarom krijgt Schiphol toegang tot de burgerlijke rechter in kort geding. De dreigende kosten leveren een spoedeisend belang op.

⁵ HR 17 september 1999, *NJ* 1999, 736 (Toeristenbelasting Schiphol II).

⁶ Vgl. par. 4.4.3.

Bij het hof had de gemeente tegen de ontvankelijkheid van Schiphol aangevoerd, dat een buitenwerkingstelling van de verordening deze definitief aan het oordeel van de gespecialiseerde belastingrechter zou onttrekken.⁷ Terecht gaat het hof aan dat bezwaar voorbij. Bij het afwachten van een uitspraak van de belastingrechter zou Schiphol het risico lopen, (extra) schade te lijden in de vorm van een later nutteloos gebleken investering in de bedrijfsapparatuur. Schiphol is daarom ontvankelijk in een civiel wetgevingsgeding.⁸

In *Toeristenbelasting Enkhuizen*⁹ was er eenzelfde soort spoedeisend belang. Op grond van de belastingverordening van Enkhuizen is de organisator van rondvaarten over het IJsselmeer vermakelijkhedenbelasting verschuldigd voor iedere passagier die in Enkhuizen voet aan wal zet. Volgens rederij Naco is dit in strijd met de Gemeentewet. Naco vordert buitenwerkingstelling van de regeling. De rederij moet haar prijzen aanpassen en moet daarom al haar foldermateriaal opnieuw laten drukken, wil zij de belasting bij haar passagiers kunnen innen. De verordening noodzaakt de rederij dus, om al voor de eerste aanslag er is, kosten te maken. Deze dreigende kosten leveren volgens het hof een spoedeisend belang op, om de zaak in kort geding te beoordelen.¹⁰

In het geval van het *Uitvoeringsbesluit omzetbelasting* dreigt een ongelijk BTW-regime te ontstaan voor verschillende uitzendbureaus in de gezondheidszorg. Niet-commerciële uitzendbureaus worden vrijgesteld van BTW-heffing. Commerciële uitzendbureaus blijven BTW-plichtig. Volgens enkele commerciële uitzendbureaus dreigt een concurrentievervalsing die in strijd is met het EG-recht. Zij vorderen buitenwerkingstelling van de regelgeving op grond waarvan zij BTW-plichtig zijn. Deze ‘acute en ernstige verstoring van de concurrentieverhoudingen’ levert volgens de rechter een spoedeisend belang op. De uitzendbureaus zijn ontvankelijk.¹¹

Samengevat: een belastingregeling is een indirect werkende regeling, omdat zij pas definitief verplichtingen oplegt aan de burger, als zij door een concrete aanslag wordt toegepast. De verwachting, dat er een aanslag aan zit te komen, kan de

7 Buitenwerkingstelling houdt een algemeen toepassingsverbod aan de gemeente in (par. 5.2.2). Als erop het moment dat de buitenwerkingstelling ingaat, nog geen uitvoeringsbesluit is genomen, dan komt dat er – als de gemeente haar rechtsplicht uit het vonnis naleeft – ook niet meer. De beoordeling van de regeling wordt dan inderdaad aan de belastingrechter onttrokken.

8 Vgl. het criterium uit par. 3.4.1.

9 Hof Amsterdam 14 september 2000, *KG* 2000, 205 (Toeristenbelasting Enkhuizen).

10 Het geval is hier genoemd als duidelijk voorbeeld van dreigende schade, doordat de toekomstige uitvoering van de regeling haar schaduw vooruit werpt. In werkelijkheid was op het moment van instellen van de kortgeding-procedure al een eerste aanslag opgelegd, waartegen de belastingrechter een voorlopige voorziening had kunnen opleggen. Mijns inziens had het hof de rederij daarom niet-ontvankelijk moeten verklaren. In werkelijkheid nam het hof de zaak in behandeling, vgl. par. 8.2.4, noot.

11 De eisers waren ook ontvankelijk in Pres. Rb. Haarlem 23 augustus 1991, *KG* 1991, 303 (Strandstoelen) en Pres. Rb. Haarlem 25 januari 1994, *KG* 1994, 94 (Huisvuiltarief Oostzaan), waarin volgens mijn criterium overigens de specialisatiegedachte voorrang had moeten krijgen, zie ook par. 8.2.4.

burger al vooraf tot aanpassingen in zijn bedrijfsvoering nopen. Hij moet bijvoorbeeld een investering doen of een hoger tarief berekenen, wat invloed kan hebben op zijn concurrentiepositie. De burger kan daardoor al voordat de eerste aanslag wordt opgelegd, schade lijden doordat hij moet anticiperen op uitvoering van de belastingregeling.

Als de burger de bestuursrechtelijke procedure zou moeten afwachten, zou zijn schade (verder) oplopen. De onmiddellijk dreigende schade leverde in de besproken voorbeelden een spoedeisend belang op. De burgerlijke rechter kon onmiddellijk worden geadieerd. Dit strookt met het in paragraaf 3.4.1 voorgestelde ontvankelijkheidscriterium. Als onmiddellijk schade dreigt, is het afwachten van de eerste aanslag, waartegen bezwaar en beroep kan worden ingesteld, een procedeerstrategie die een extra risico oplevert op onnodig oplopende schade. Daarom kan de burger bij onmiddellijk dreigende schade door een indirect werkende regeling rechtstreeks naar de burgerlijke rechter, zonder dat hij de eerste aanslag hoeft af te wachten.

8.2.2 *Tariefbeschikkingen*

Er is in het verleden frequent geprocedeerd tegen tariefverlagingen in de gezondheidszorg.

Het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg (COTG¹²) stelde medische tarieven vast in 'tariefbeschikkingen', die berustten op een 'tariefrichtlijn'. Zo'n tariefrichtlijn is naar vaste rechtspraak van het CBB een avv.¹³ Een tariefrichtlijn heeft niet rechtstreeks rechtsgevolgen voor de betrokken medici. Pas de tariefbeschikking legt de tarieven definitief vast. De tariefrichtlijn bevat slechts criteria waaraan de uiteindelijke beschikking zou moeten voldoen. Tegen de tariefbeschikkingen staat beroep open. Niettemin wordt of werd vaak al voordat een tariefbeschikking was genomen, gevraagd om een toepassingsverbod ten aanzien van een tariefrichtlijn, een indirect werkende regeling.

Ook hier blijkt af en toe een spoedeisend belang aanwezig bij onmiddellijke toetsing van een tariefrichtlijn – een indirect werkende regeling.

Een ander voorbeeld. De Nationale Kruisvereniging is ontvankelijk in haar vordering tot buitenwerkingstelling van een tariefrichtlijn. Op grond van deze richtlijn dreigen haar tarieven verlaagd te worden. Volgens de Kruisvereniging dreigt zij op korte termijn 150 arbeidsplaatsen te moeten schrappen.

¹² Vanaf 1 januari 2000 College tarieven gezondheidszorg, art. 18 WTG.

¹³ Zie Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 april 1997, *KG* 1997, 157 die verwijst naar CBB 1 maart 1994, *JB* 1994, 50.

De kruisvereniging heeft een spoedeisend belang bij onmiddellijke toetsing in kort geding door de burgerlijke rechter. Zij is ontvankelijk.¹⁴

Als geen spoedeisend belang aanwezig is om al voordat een tariefbeschikking is genomen, zekerheid te hebben over de houdbaarheid van de tariefsverlaging, dan moet de tariefbeschikking worden afgewacht.¹⁵ Is er al een tariefbeschikking genomen, dan is er evenmin een taak voor de burgerlijke rechter. Tegen de tariefbeschikking kan immers zo nodig een spoedvoorziening worden gevraagd bij het CBB.¹⁶

Samengevat: reeds de verwachting, dat de richtlijn in een tariefbeschikking wordt toegepast, kan een onderneming dwingen om haar bedrijfsvoering aan te passen – zo dreigde de Nationale Kruisvereniging 150 arbeidsplaatsen te moeten schrappen. Het noodzakelijke anticiperen op de uitvoering van een indirect werkende regeling kan de burger al nadeel opleveren voordat het eerste uitvoeringsbesluit afkomt. Als de regeling uiteindelijk onverbindend blijkt, zijn achteraf bezien onnodige aanpassingen gedaan in de bedrijfsvoering. Afwachten van de mogelijkheid om bij de bestuursrechter in beroep te gaan levert dus soms een risico op (verder) oplopen van de schade op. In dat geval is de burger ontvankelijk in een civielrechtelijk kort geding.

8.2.3 Financiële aanspraken op de overheid

Ook regelingen die een financiële aanspraak op de overheid vestigen – een subsidie, uitkering of toelage – zijn doorgaans indirect werkend. Pas het concrete toekenningsbesluit geeft dan een opeisbaar recht. Is de achterliggende regeling volgens een burger kariger dan een hogere rechtsnorm toestaat, dan kan de burger een uitvoeringsbesluit aanvragen en daartegen bij de bestuursrechter in beroep gaan.¹⁷ Ook hier kan een (wijziging in) een regeling echter haar schaduw vooruit werpen: de *verwachting* dat een uitvoeringsbesluit met een op de regeling gebaseerde inhoud zal worden genomen, kan de burger er al vooraf toe nopen, zijn gedrag aan te passen.

Een voorbeeld is het kort geding in de *Harmonisatiewet*-casus. De studiefinanciering van ouderejaarsstudenten werd plotsklaps verlaagd. Naast de Landelijke Studentenvakbond traden zeven individuele studenten als eiser op. Zij zijn allemaal ontvankelijk in hun vordering, ook al staat voor hen uiteindelijk de bestuursrechtelijke weg van rechtsbescherming tegen de concrete toekenning ter beschik-

14 Pres. Rb. §-Gravenhage 2 augustus 1988, *KG* 1988, 332 (Nationale Kruisvereniging/Staat), r.o. 6; Vgl. ook Pres. Rb. §-Gravenhage 27 juni 1988, *KG* 1988, 284 (Tarieven medisch specialisten).

15 Pres. Rb. §-Gravenhage 1 april 1992, *KG* 1992, 144 (Tarieven Fysiotherapie).

16 Pres. Rb. §-Gravenhage 9 april 1997, *KG* 1997, 158 (Tarieven academische ziekenhuizen).

17 Een regeling die een aanspraak op de overheid vestigt, kan onrechtmatig karig zijn, als het recht op een uitkering e.d. plotseling wordt verlaagd, zie bijvoorbeeld CRvB 18 juni 2004, *AB* 2004, 296, of als bepaalde uitkeringsgerechtigden ongelijk worden behandeld in vergelijking met anderen, vgl. Rb. §-Gravenhage 16 februari 1999, *AB* 1999, 226 en Rb. Assen 28 januari 1999, *AB* 1999, 113.

king.¹⁸ Hun spoedeisend belang is eenvoudig aannemelijk te maken. Studenten voor wie een aanzienlijk deel van hun middelen van bestaan wordt gevormd door studiefinanciering, zullen alleen al in verband met de noodzaak om zo snel mogelijk een alternatieve bron van inkomsten te vinden snel moeten weten waar zij aan toe zijn.

De burger loopt het risico op (extra) nadeel als hij wordt gedwongen, de weg naar de bestuursrechter te volgen. Hij verkeert immers enige tijd in financiële onzekerheid. Hij moet daartegen – achteraf wellicht ten onrechte – maatregelen nemen. Ook hier kan de burger daarom ontvankelijk zijn in een wetgevingskortgeding.

8.2.4 *Balans*

Uit de zojuist in paragraaf 8.2.1, 8.2.2 en 8.2.3 besproken kortgedingen tegen indirect werkende regelingen blijkt het volgende. Ook al komen de rechtsgevolgen van een indirect werkende regeling voor de burger pas definitief vast te staan in een uitvoeringsbesluit, toch kan een indirect werkende regeling al voordat een uitvoeringsbesluit is genomen, haar schaduw vooruitwerpen. Reeds de verwachting van de toepassing van de indirect werkende regelgeving kan de burger belemmeren in zijn (economische) vrijheid. De burger wordt dan feitelijk gedwongen om te anticiperen op de handhaving van de regeling, waardoor hij schade lijdt of dreigt te lijden.¹⁹ Als hij het eerste uitvoeringsbesluit afwacht, kan zijn schade oplopen. Burgers kunnen daarom ook bij indirect werkende regelingen voorafgaand aan de eerste beschikking een spoedeisend belang hebben bij vaststelling van de onverbindendheid.

Dit spoedeisend belang verhoudt zich als volgt tot het door mij voorgestelde criterium voor ontvankelijkheid. In de gevallen dat de noodzakelijke anticipatie op de handhaving al vóórafgaand aan de eerste uitvoeringsbeschikking schade dreigt te veroorzaken of veroorzaakt, is er een spoedeisend belang. Juist dit spoedeisend belang maakt het afwachten van de eerste uitvoeringsbeschikking een riskante processtrategie.

De specialisatiegedachte wijkt voor het gezichtspunt van doeltreffende rechtsbescherming, zolang er geen appellabele uitvoeringsbeschikking is. De mogelijkheid om naar de civiele kortgedingrechter te stappen, bestaat dus tot aan het moment dat een eerste uitvoeringsbesluit is genomen.²⁰ Het feit dat een civiel toepassingsverbod tot gevolg heeft, dat de beoordeling van een bepaalde regeling definitief aan de bestuursrechter zou worden onttrokken, doet daar niet aan af.²¹

18 Pres. Rb. 3-Gravenhage 11 augustus 1988, *AB* 1988, 470 (Harmonisatiewet). Volgens de Hoge Raad was de Harmonisatiewet niet onrechtmatig. Dat doet niet af aan de beslissing over de ontvankelijkheid.

19 De indirect werkende regeling legt de burger dus een feitelijke verplichting op, vgl. par. 4.4.3.

20 Ferwerda 2005 spreekt van een 'prestadium'.

21 Zie HR 17 september 1999, *NJ* 1999, 736 (Toeristenbelasting Schiphol II).

Is er een eerste uitvoeringsbesluit, dan kan de burger meteen na het indienen van een bezwaarschrift een voorlopige voorziening vragen bij de belastingrechter, zonodig wegens de onverbindendheid van de achterliggende regeling.²² Vanaf dat moment kan de eiser niet-ontvankelijk worden verklaard in een civiel wetgevingskortgeding.²³ Het bewandelen van de bestuursrechtelijke weg levert immers geen extra nadelen of risico's meer voor hem op.²⁴

Als de burger geen spoedeisend belang heeft, is hij niet-ontvankelijk in een (wetgevings)kortgeding. Omdat er geen spoedeisend belang is bij onmiddellijke toetsing, kan zonder risico het eerste uitvoeringsbesluit worden afgewacht.²⁵

Stel, bij de gemeentelijke verkiezingen zeggen alle partijen toe, dat de gemeentelijke belastingen niet worden verhoogd. Een jaar later verhoogt de raad toch de afvalstoffenheffing met tien euro per maand.²⁶ Een inwoner meent, dat deze verhoging onverbindend is wegens strijd met het vertrouwensbeginsel. Een spoedeisend belang ontbreekt.²⁷

Bij bescheiden belastingverhogingen, tariefsverlagingen en dergelijke zal de burger zijn gedrag vóór de eerste uitvoeringbeschikking, nog niet hoeven aan te passen. In dit geval kan van de burger worden verlangd, dat hij een uitvoeringsbeschikking afwacht. Deze procedeerstrategie houdt voor hem in dat geval geen extra risico op oplopende schade in.²⁸ Zijn rechtsbescherming wordt door ontzegging van de toegang tot de civiele procedure niet ineffectief; hij loopt geen risico door de eerste aanslag te moeten afwachten en een beroep tegen een aanslag is geen gekunstelde weg naar indirecte toetsing door de bestuursrechter.²⁹ In dit geval geeft de specialisatiegedachte de doorslag.³⁰

22 Art. 8:81 Awb.

23 Voor belastingregelingen geldt het volgende. Hoofdstuk 8 van de Awb is pas vanaf 1 september 1999 van toepassing op het belastingproces (Pechler 2003, p. 20). De belastingrechter kon voordien geen spoedvoorziening treffen tegen een op een onverbindende belastingregeling gegronde aanslag. In die periode wees de kortgedingrechter soms een buitenwerkingstelling toe, terwijl er al een eerste aanslag was, omdat ook het afwachten van het oordeel van de belastingrechter onnodig bezwaarlijk was voor de burger – dit gebeurde bijvoorbeeld in het geval Schiphol (Het oude belastingprocesrecht zonder spoedprocedure bleef van toepassing op beroepen ingesteld voor 1 september 1999, Pechler 2003, p. 24). De rol van de burgerlijke rechter is vanaf 1 september 1999 dus teruggedrongen: vanaf het moment dat de burger de eerste aanslag heeft ontvangen, hoeft de burgerlijke rechter geen toepassingsverbod meer te geven.

24 Anders: Hof Amsterdam 14 september 2000, *KG* 2000, 205 (Toeristenbelasting Enkhuizen), r.o. 4.2 en 4.3.

25 Vgl. par. 3.4.1.

26 Art. 226 Gemw.

27 Anders Pres. Rb. Haarlem 25 januari 1994, *KG* 1994, 94 (Huisvuilartief Oostzaan), waar een burger volgens de president een spoedeisend belang heeft bij een kort geding tegen een regeling die een maandelijkse afvalstoffenheffing van f 21,82 oplegt.

28 Overigens kan de kortgedingrechter de zaak bij bescheiden tariefsverhogingen e.d. ook vaak afdoen wegens ontbreken van een spoedeisend belang. Hij hoeft zich dan niet te begeven in beschouwingen over de verhouding tot de bestuursrechtelijke rechtsgang.

29 Over gekunstelde wegen naar indirecte toetsing par. 3.4.1 e.v. en hfdst. 9.

30 Een belangenbehartiger kan de indirect werkende regeling wel aan de burgerlijke rechter voorleggen, zie *Staat/NJCM*, hiervoor par. 6.4.

8.3 Bodemprocedures

Welke ruimte is er nog voor een civielrechtelijk bodemgeding naar aanleiding van een indirect werkende regeling?

Ik onderscheid verschillende situaties: in paragraaf 8.3.1 het geval dat voor de eiser nog een uitvoeringsbesluit beschikbaar komt; in paragraaf 8.3.2 het geval dat de beroepsmogelijkheden tegen een uitvoeringsbesluit zijn verlopen; in paragraaf 8.3.3 het geval dat de lagere bestuursrechter over een uitvoeringsbesluit heeft geoordeeld; in paragraaf 8.3.4 het geval dat de hoogste bestuursrechter over een uitvoeringsbesluit heeft geoordeeld en tot slot in paragraaf 8.3.5 het geval dat de benadeelde schade lijdt ten gevolge van een feitelijke verplichting. Ik ga in op de mogelijkheden voor vergoeding van (reeds geleden) schade én voor (tegen toekomstige toepassing gerichte) ‘blote toetsing’.³¹

8.3.1 *Er komt nog een uitvoeringsbesluit waarbij de benadeelde belanghebbende is*

Hiervoor, onder 2, was te zien dat ook een indirect werkende regeling haar schaduw vooruit kan werpen. De burger kan daarom een spoedeisend belang hebben, waardoor hij vóór het afkomen van een uitvoeringsbesluit toegang krijgt tot het wetgevingskortgeding tegen de indirect werkende regeling. Wat nu, als de burger in plaats daarvan een bodemprocedure entameert voorafgaand aan het afkomen van het eerste uitvoeringsbesluit?³²

Mij is geen jurisprudentie bekend waarin de Hoge Raad een heel duidelijke beslissing neemt over de ontvankelijkheid van de eiser in een tegen een indirect werkende regeling aangespannen bodemgeding. Een aanwijzing is wellicht te ontlenen aan het reeds besproken arrest *Staat/NJCM*.³³

Dit arrest ging over een regeling op grond waarvan in de asielprocedure het besluit kon worden genomen, om tegenover een asielzoeker de ‘48-uursprocedure’ toe te passen. Verschillende organisaties die de belangen van asielzoekers behartigen, spannen een procedure tegen de Staat aan.

De Staat beroept zich erop, dat een individuele aanvrager van een verblijfsvergunning de onverbindendheid van de bepaling in de voldoende rechtsbescherming biedende bestuursrechtelijke procedure kan invoeren. Een individuele benadeelde zou niet-ontvankelijk zijn in een civiel wetgevingsgeding. Ook de asieladvocaten zouden daarom niet-ontvankelijk zijn in hun vordering. De Hoge Raad overweegt:

31 Declaratoire onverbindendverklaring of een toepassingsverbod, zie par. 5.3.

32 Is er geen sprake van dreigende anticipatieschade, dan zal van de burger sowieso wel gevergd kunnen worden, dat hij een uitvoeringsbesluit afwacht en een bestuursrechtelijke procedure begint.

33 HR 3 september 2004, *AB* 2005, 74, (*Staat/NJCM*) zie par. 6.4.

‘Dat de individuele asielzoeker zelf in dat geval [bij de bestuursrechter, RS] de voorschriften kan aanvechten is niet voldoende om *ook* voor de VAJN en het NJCM te spreken van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang.’ [curs. RS]

De Hoge Raad lijkt erin mee te gaan, dat de individuele benadeelde, voor wie wel een bestuursrechtelijk beroep tegen een uitvoeringsbesluit openstaat, niet-ontvankelijk kan worden verklaard bij de civiele rechter. Duidelijkere jurisprudentie over dit vraagstuk is mij echter niet bekend.

Het probleem van de ontvankelijkheid in een civiel bodemgeding tegen een indirect werkende regeling wordt in de praktijk waarschijnlijk grotendeels ondergaan doordat de leer van de formele rechtskracht hier een ‘kanaliserende werking’ heeft. Een bodemgeding neemt veel meer tijd in beslag dan een kort geding. Een burger die tegen een indirect werkende regeling een civiele bodemprocedure aanspant, zal meestal binnen afzienbare tijd een eerste uitvoeringsbesluit ontvangen. Dat besluit verkrijgt snel formele rechtskracht, als hij daartegen niet in beroep gaat. Te verwachten valt dat het uitvoeringsbesluit meestal eerder formele rechtskracht zal verkrijgen dan de civiele bodemrechter uitspraak kan doen. In dat geval staat de rechtmatigheid van het uitvoeringsbesluit vast, óók als de civiele rechter deze burger zou ontvangen en de regeling uiteindelijk onverbindend zou verklaren.³⁴ De burger moet dus sowieso naar de bestuursrechter om tegen te gaan dat het uitvoeringsbesluit formele rechtskracht verwerft.³⁵ Aangezien de burger toch bij de bestuursrechter terecht komt, ligt het meestal weinig voor de hand om ook nog eens een civiel bodemgeding aan te spannen.³⁶

Een burger die toch een bodemprocedure instelt naar aanleiding van een indirect werkende regeling, is waarschijnlijk niet-ontvankelijk. Het afwachten van en instellen van beroep tegen een uitvoeringsbesluit zal voor hem meestal geen extra risico’s opleveren in vergelijking met het geval, dat hij bij de civiele bodemrechter tegen de regeling kan procederen.³⁷

8.3.2 *Tegen een uitvoeringsbesluit is geen beroep ingesteld*

Laat de burger de mogelijkheid onbenut om een besluit, genomen op grond van een onverbindende regeling, aan te vechten, dan verkrijgt dit formele rechtskracht. Het uitvoeringsbesluit wordt dan civielrechtelijk als rechtmatig aangemerkt.

34 Zie ook hierna, par. 8.3.2, over HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 638 (Vulhop/Amsterdam).

35 Dit blijkt uit HR 16 oktober 1992, *AB* 1993, 40 (Vulhop/Amsterdam).

36 Mocht de burgerlijke rechter hem toch ontvankelijk verklaren, dan zal de burgerlijke rechter bovendien onder omstandigheden de vordering aanhouden; HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 166 (Smit/Staat), zie par. 3.4.5.

37 Overigens is niet op voorhand uit te sluiten dat ooit een burger ontvankelijk is in een civiele bodemprocedure tegen een indirect werkende regeling – bijvoorbeeld als het eerste uitvoeringsbesluit veel langer op zich laat wachten dan de tijd die een bodemprocedure in beslag zou nemen, terwijl de schade blijft oplopen.

Vulhop is op grond van de Amsterdamse Verordening watertoeristenbelasting maandelijks toeristenbelasting verschuldigd. Tegen de heffingen is bezwaar en beroep mogelijk. Pas ruim een jaar na invoering van de regeling stelt Vulhop voor het eerst beroep in tegen een heffing. De belastingkamer van de Hoge Raad vernietigt deze en spreekt uit, dat de achterliggende regeling onverbindend is wegens strijd met de Gemeentewet. Ook de eerdere heffingen zouden dus vernietigd zijn, als er tijdig beroep tegen was ingesteld. Vulhop wil ook de schade door deze eerder heffingen vergoed zien. Hij stelt bij de burgerlijke rechter een vordering in, gebaseerd op de onrechtmatigheid van de uitvaardiging van de onverbindende belastingregeling. Subsidiair vordert hij restitutie van het eerder betaalde bedrag op grond van art. 6:203 BW.

De formele rechtskracht van de onaantastbaar geworden heffingen staat aan schadevergoeding in de weg. De Hoge Raad overweegt:

‘De burgerlijke rechter dient (...) ervan uit te gaan dat de heffing, zo daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze niet gebruikt is, zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Dit brengt mede dat de belastingplichtige die verzuimd heeft van zijn recht van beroep op de belastingrechter gebruik te maken, niet met vrucht voor de burgerlijke rechter kan aanvoeren dat de heffing ongeldig is en de geheven belasting hem als onverschuldigd betaald moet worden gerestitueerd; evenmin kan hij met vrucht aanvoeren dat de heffing onrechtmatig is en dat de geheven belasting hem bij wege van schadevergoeding moet worden terugbetaald. (...) [Hieraan] doet niet af dat de Verordening Watertoeristenbelasting 1978 in de voormelde uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad (...) onverbindend is geoordeeld.’

De onnodige belastingbetaling staat in *condicio sine qua non*-verband met zowel de onverbindende regeling als de daarop gebaseerde heffing. De uitvaardiging van de onverbindende verordening was bovendien ook op zichzelf al een onrechtmatige daad. De schade moet echter naar redelijkheid worden toegerekend aan het uitvoeringsbesluit, en niet aan de onverbindende regeling, art. 6:98 BW. Dat uitvoeringsbesluit wordt nu juist voor rechtmatig gehouden, zodat de schade niet voor vergoeding in aanmerking komt.³⁸

Voor beschikkingen genomen op grond van een onverbindende regeling wordt dus geen uitzondering gemaakt op de leer van de formele rechtskracht.³⁹ Daardoor wordt een groot deel van het aansprakelijkheidsrisico dat de overheid loopt door de één-op-één-vertaling van onverbindendheid in onrechtmatigheid (*Pocketbooks II*) en van de automatische toerekening aan de overheid (*Staat/Van Gelder*) door de formele rechtskracht weer afgedicht. In de praktijk zal de formele rechtskracht

38 Hetzelfde geldt voor de op art. 6:203 BW gegronde vordering.

39 Bitter & Van Rossum 1993, p. 208.

van uitvoeringsbeschikkingen vaak een (mogelijk aanzienlijke) overheidsaansprakelijkheid blokkeren die zou kunnen ontstaan nadat een indirect werkende regeling onverbindend blijkt.⁴⁰

De formele rechtskracht van een of meerdere uitvoeringsbesluiten brengt niet mee, dat ook de achterliggende regeling tegenover deze burger voor verbindend moet worden gehouden. Zoals de bestuursrechter – als tegen een nieuw, volgend uitvoeringsbesluit wél beroep wordt ingesteld – alsnog kan uitspreken, dat de regeling onverbindend is, zo is ook is de weg naar de burgerlijke rechter niet helemaal afgesloten. De burger kan – mocht hij althans een spoedeisend belang aannemelijk kunnen maken – alsnog in kort geding een toepassingsverbod vragen. In een bodemgeding wordt de ontvankelijkheid wat lastiger, ook als de burger slechts onverbindendverklaring in plaats van schadevergoeding vraagt. Waarschijnlijk zal immers binnen afzienbare tijd een volgend uitvoeringsbesluit afkomen, waartegen dan beroep kan worden ingesteld. Kortom: ten aanzien van een vordering tot ‘blote toetsing’ – gericht tegen toekomstige toepassing – blijft het regime van toepassing als hiervoor is geschetst bij (a) – ook als reeds een of meerdere uitvoeringsbesluiten formele rechtskracht hebben verworven.

8.3.3 *De lagere bestuursrechter heeft over een uitvoeringsbesluit geoordeeld*

a. de lagere bestuursrechter heeft het uitvoeringsbesluit vernietigd

Als de bestuursrechter een uitvoeringsbesluit vernietigt omdat het is gegrond op een volgens hem onverbindende regeling, zijn er twee onrechtmatige daden: de uitvaardiging van de onverbindende regeling én het nemen van het vernietigde uitvoeringsbesluit. Een op een onverbindende regeling gebaseerd uitvoeringsbesluit levert een onrechtmatige daad op, omdat het blijkt geeft van miskening van de onjuistheid van de achterliggende regeling.

Was de vernietigde beschikking grond voor een betaling aan de overheid – bijvoorbeeld bij een belastingaanslag – dan is de overheid op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) verplicht, het ten onrechte aan haar afgedragen bedrag terug te betalen. Zowel bij een vordering op grond van art. 6:162 BW als bij een vordering op grond van art. 6:203 BW geldt: de aansprakelijkheid/terugbetalingsplicht die voortvloeit uit de uitspraak van de bestuursrechter omvat hetgeen in oorzakelijk verband staat met de vernietigde beschikking.⁴¹

Stel, dat de lagere bestuursrechter de achterliggende regeling onverbindend verklaart, waarna de overheid (het bestuursorgaan) niet in hoger beroep gaat. Staat dan ook de onverbindendheid van de regeling voor de toekomst tussen de overheid en deze burger vast? In beginsel heeft de bestuursrechter alleen een uitspraak

40 Kritisch daarover: Hennekens 1993; Hennekens 2001, p. 19-21; Bitter & Van Rossum 1993.

41 Vgl. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 (Vulhop/Amsterdam) en de anticipatieschade, zie par. 8.3.5.

gedaan over de onrechtmatigheid van het in concreto aangevochten uitvoeringsbesluit. De onverbindendverklaring was slechts een hulpoordeel om tot de vernietiging te komen.

Toch meen ik, dat er goede gronden zijn om de regeling tussen de overheid *en deze burger* voor de toekomst (in beginsel) als onverbindend aan te merken, ook al na een uitspraak van de bestuursrechter in eerste aanleg. Als de overheid niet in hoger beroep gaat tegen een vernietiging in eerste aanleg, dan wekt zij de indruk, dat zij in de onverbindendverklaring berust. Mijns inziens kan de burger aan die berusting gerechtvaardigd vertrouwen ontleen, dat de overheid de regeling tegenover hem niet meer zal toepassen.⁴²

b. de lagere bestuursrechter heeft het besluit in stand gelaten

Stel, de bestuursrechter in eerste aanleg verklaart het beroep tegen het uitvoeringsbesluit ongegrond, omdat volgens hem de achterliggende regeling wél verbindt. Als de burger het hierbij laat, geldt het uitvoeringsbesluit tussen deze burger en de overheid als rechtmatig. Schadevergoeding is niet meer mogelijk ter zake van de schade die met dit uitvoeringsbesluit in causaal verband staat.

Staat nu ook de *verbindendheid* van de regeling voor de toekomst tussen de overheid en deze burger vast? Ik meen van niet. In beginsel vloeit uit het gezag van gewijsde van de uitspraak van de bestuursrechter in eerste aanleg voort, dat het *uitvoeringsbesluit* rechtmatig is. Ik zie geen reden om het gezag van gewijsde zodanig op te rekken, dat ook een ‘verbindendverklaring’ door de bestuursrechter in eerste aanleg voor de toekomst definitief vastlegt, dat de regeling verbindend is.

De opvatting zorgt voor asymmetrie ten opzichte van het geval, dat de bestuursrechter in eerste aanleg een regeling *onverbindend* heeft verklaard. De bijzondere positie en verantwoordelijkheden van de overheid rechtvaardigt mijns inziens dat aan het gezag van gewijsde van de uitspraak van de lagere bestuursrechter bij *onverbindendverklaring* een verdergaand effect wordt verleend dan bij *verbindendverklaring*. De overheid heeft doorgaans meer juridische kennis en financiële middelen om te procederen. Dat rechtvaardigt al enigszins, dat als de overheid berust in *onverbindendverklaring*, deze voor de toekomst tussen haar en de burger komt vast te liggen, terwijl een berusting in ‘verbindendverklaring’ door de burger minder sterke effecten heeft voor de toekomst. Een bijkomend argument is het feit, dat de overheid op relatief eenvoudige wijze de *onverbindendverklaring* kan intrekken of wijzigen. Die sterke positie van de overheid brengt mee, dat – als zij niet in hoger beroep gaat – in beginsel van haar verwacht mag worden, dat zij op een of andere wijze gebruikmaakt van haar vele mogelijkheden om de regeling aan te passen, of de door de *onverbindendverklaring* van de lagere bestuursrechter ‘begunstigde’ burger anderszins tegemoetkomt.

42 Vgl. Rb. Maastricht 17 maart 2004, *NJF* 2004, 338 (genoemd door Ferwerda 2005), waar de burgerlijke rechter ervan uitgaat, dat een *onverbindendverklaring* door de lagere bestuursrechter ook buiten de context van de vernietiging van het beroepen uitvoeringsbesluit door de burger kan worden ingeroepen. Overigens is dat *in casu* voor de burgerlijke rechter reden, om de eiser niet-ontvankelijk te verklaren ten aanzien van de door hem gevorderde declaratoire *onverbindendverklaring*, omdat hij daarbij geen belang meer heeft (zie r.o. 3.3.1).

8.3.4 *De hoogste bestuursrechter heeft over een uitvoeringsbesluit geoordeeld*

De Hoge Raad heeft een aantal belangrijke arresten gewezen over het effect van toetsing door de hoogste bestuursrechter. Deze arresten zijn relevant voor de rechtsbescherming van een burger die geprocedeerd heeft tegen een uitvoeringsbesluit.⁴³

- (a) In zijn arrest *Aujeszky*⁴⁴ formuleert de Hoge Raad de regel, dat de burgerlijke rechter een *onverbindendheidsoordeel* van de hoogste bestuursrechter moet volgen.

Het Landbouwschap verplicht ter bestrijding van de ‘ziekte van Aujeszky’ de vaccinatie van varkens. Een aparte retributieverordening regelt de betaling voor deze vaccinaties. Volgens deze retributieverordening zijn varkenshouders verplicht om aan het Landbouwschap te betalen. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelt deze retributieverordening onverbindend. Een aantal varkenshouders vordert vervolgens bij de burgerlijke rechter terugbetaling van (6:203 BW) dan wel schadevergoeding voor (6:162 BW) de retributie. De Staat betwist de onverbindendverklaring door het College van Beroep en vraagt de burgerlijke rechter om alsnog uit te spreken dat de verordening juridisch wél houdbaar is.⁴⁵

Als de *hoogste* bestuursrechter de onverbindendheid van een wettelijke regeling heeft uitgesproken, geldt volgens de Hoge Raad:

‘Indien een bestuursorgaan dat die regeling heeft uitgevaardigd of met de uitvoering daarvan is belast in een bestuursrechtelijke procedure als partij betrokken was, en een burger, ongeacht of hij al dan niet partij was in de bestuursrechtelijke procedure, zich beroept op de in die procedure uitgesproken onverbindendheid van de regeling, is de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt in een daarna volgend civielrechtelijk geding daaraan gebonden in die zin dat deze zich niet op het standpunt kan stellen dat de regeling in de civielrechtelijke procedure voor verbindend moet worden gehouden.’⁴⁶

Heeft de hoogste bestuursrechter een uitvoeringsbesluit vernietigd, dan kan schadevergoeding of terugbetaling worden gevraagd voor schade of kosten die zijn toe te rekenen aan het vernietigde besluit. Tegelijk kan *eenieder* voor de burgerlijke rechter een beroep doen op de onverbindendverklaring door de hoogste bestuurs-

43 Daarnaast wordt in het *Aujeszky*-arrest derdenwerking verleend aan onverbindendverklaring. Op verschillende aspecten van deze derdenwerking ga ik in hfdst. 14 dieper in.

44 HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283 (*Aujeszky*).

45 Vgl. het tweede cassatiemiddel.

46 R.o. 3.5. de Hoge Raad gaat ‘om’ ten opzichte van de overweging ten overvloede in *Vulhop/Amsterdam*, dat ook een onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter slechts rechtsgevolg heeft in de procedure waarin zij was uitgesproken, HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 638 (*Vulhop/Amsterdam*), r.o. 3.4.

rechter. Voor de toekomst wordt de regeling dus definitief als onverbindend aangemerkt.

- (b) *OZB/Staat* ziet op het geval, dat de hoogste bestuursrechter een indirect werkende regeling heeft getoetst en heeft uitgesproken, dat zij *verbindend* is.⁴⁷

De opbrengst van de Ziekenfondspremies wordt beheerd door het College van zorgverzekerden. Nederlandse ziekenfondsen ontvangen jaarlijks een dotatie, door het College toegekend aan de hand van aanwijzingen van de Minister van VWS. Deze aanwijzingen zijn (indirect werkende) avv's; de vaststelling van het precieze bedrag van de dotatie is een appellabel uitvoeringsbesluit. Ziekenfonds OZB ontvangt na een aanpassing van de ministeriële aanwijzingen een veel lagere dotatie dan voorheen. OZB gaat bij de Afdeling Bestuursrechtspraak tegen de toekenning in beroep en voert aan, dat de nieuwe aanwijzingen onverbindend zijn. De Afdeling spreekt echter met zoveel woorden uit, dat de aanwijzingen wél verbindend zijn, en laat de toekenningsbeschikking in stand.

OZB probeert het vervolgens bij de burgerlijke rechter. Het vordert een verklaring voor recht, dat de uitvaardiging van de volgens hem onverbindende ministeriële aanwijzingen jegens hem onrechtmatig is. Echter:

'OZB heeft (...) tevergeefs tot in hoogste instantie betoogd dat de aanwijzingen onverbindend zijn. Een en ander brengt mee dat *OZB* niet met vrucht voor de burgerlijke rechter kan aanvoeren dat de aanwijzingen onverbindend zijn, omdat in dit geval het uit een oogpunt van het bieden van aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter niet noodzakelijk is over te gaan tot een herbeoordeling van het door de hoogste bestuursrechter uitgesproken oordeel.' [curs. RS]⁴⁸

Laat de hoogste bestuursrechter een uitvoeringsbesluit in stand, dan kan ook bij de burgerlijke rechter geen 6:162- of 6:203-vordering worden ingesteld ter zake van de aan het (in stand gelaten) uitvoeringsbesluit toerekenbare schade. Dit volgt al uit het gezag van gewijsde van de uitspraak van de bestuursrechter, op grond waarvan een niet vernietigd besluit als rechtmatig heeft te gelden.

Echter, een verbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter legt (in beginsel)⁴⁹ ook de geldigheid van het achterliggend voorschrift tussen deze particulier en de overheid vast.

Niet alleen een civielrechtelijke vordering strekkende tot vergoeding van de reeds geleden schade heeft dus geen zin meer; ook een civielrechtelijke vordering

47 HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 152 (*OZB/Staat*). Zie ook par. 14.2.2.

48 R.o. 3.3.1.

49 Zie par. 14.2.2.

die uitsluitend is gericht op toetsing⁵⁰ biedt geen soelaas.⁵¹ De Hoge Raad kent in *OZB/Staat* aan het gezag van gewijsde van de uitspraak van de hoogste bestuursrechter het effect toe, dat het ook tegenover de particulier die in het beroep bij de hoogste bestuursrechter was betrokken, de verbindendheid van de achterliggende regeling vastlegt.⁵²

8.3.5 Feitelijke verplichtingen

Hiervoor, in paragraaf 8.2, bleek dat ook een regeling die volledig door uitvoeringsbesluiten wordt uitgevoerd, soms schade kan veroorzaken doordat de burger in verband met de te verwachten handhaving van de regeling kosten moet maken. Denk aan de rondvaartmaatschappij die al haar foldermateriaal moest aanpassen wegens een mogelijk onverbindende regeling voor gemakkelikhedenbelasting of aan de luchthaven Schiphol die een kostbaar systeem dreigde te moeten aanschaffen om toeristenbelasting aan zijn klanten door te berekenen.⁵³ Het gaat hier om feitelijke verplichtingen voor de burger, die niet met zoveel woorden uit de regeling zelf blijken.⁵⁴ (Dreigende) veroorzaking van deze schade werd genoemd als de reden, waarom burgers een (spoedeisend) belang kunnen hebben om tegen een indirect werkende regeling te procederen.

Stel dat de burgerlijke rechter in het geval-Schiphol de verordening niet buiten werking had gesteld, omdat zij niet *onmiskenbaar* onverbindend was. Schiphol investeert in de vereiste aanpassingen, maar gaat tevens tegen de eerste aanslag in beroep. Uiteindelijk verklaart de Hoge Raad in zijn kwaliteit van belastingrechter de regeling in een bodemprocedure ('gewoon') onverbindend.⁵⁵ In dit fictieve voorbeeld treedt de schade werkelijk op.⁵⁶

50 Een vordering, strekkend tot een toepassingsverbod of onverbindendverklaring.

51 Tegen een tweede toekenningsbesluit liep de door OZB ingestelde beroepsprocedure nog (conclusie A-G, nr. 1.11.1) In die beroepsprocedure kon OZB – opnieuw – de onverbindendheid van de achterliggende regeling opwerpen. Had OZB in zijn civiele wetgevingsgeding ontvangen moeten worden? Volgens de rechtbank niet; volgens het hof wel; de Hoge Raad komt aan deze vraag niet toe, omdat tegen de ontvankelijkverklaring door het hof geen cassatiemiddel is ingebracht. De Hoge Raad casseert in burgerlijke zaken niet ambtshalve (zie HR 18 november 1988, *AB* 1989, 185, conclusie A-G, nr. 4; vgl. par. 15.3.3, noot). Bij toepassing van het ontvankelijkheids criterium van par. 3.4.1 had OZB inderdaad niet-ontvankelijk verklaard kunnen worden, omdat het over een eenvoudige, niet extra riskante wijze beschikte om de verbindendheid bij de bestuursrechter (opnieuw) aan te vechten.

52 Tenzij de hoogste bestuursrechter niet aan toetsing is toegekomen.

53 Zie Pres. Rb. Haarlem 30 januari 1998 *KG* 1998, 73 (Toeristenbelasting Schiphol I), r.o. 3.7 en HR 17 september 1999, *NJ* 1999, 736 (Toeristenbelasting Schiphol II).

54 Zie par. 4.4.3.

55 In werkelijkheid werd de verordening in drie instanties buiten werking gesteld.

56 Ik ken geen voorbeeld van vergoeding van dit soort anticipatieschade door de burgerlijke rechter. Als deze schade dreigt, vraagt de potentiële benadeelde meestal een buitenwerkingstelling in kort geding.

Deze schade staat niet in causaal verband met een later op grond van de onverbindende regeling genomen uitvoeringsbeschikking, maar uitsluitend met de regeling zelf, in combinatie met de (in beginsel gerechtvaardigde) verwachting van de burger dat de regeling uitgevoerd zal worden. Dit heeft twee gevolgen.

Als een uitvoeringsbeschikking formele rechtskracht verwerft, kan daardoor veroorzaakte schade niet vergoed (dan wel teruggevorderd) worden. De ten onrechte gemaakte kosten voor invoering van een doorberekeningssysteem delen echter niet in de eventuele formele rechtskracht van deze aanslagen. De overheid is voor anticipatieschade aansprakelijk op grond van de door haar gepleegde onrechtmatige daad, bestaande in het uitvaardigen van een onverbindende regeling.⁵⁷

Bovendien zal deze schade bij vernietiging van de uitvoeringsbeschikking door de bestuursrechter – waarschijnlijk⁵⁸ – niet op grond van art. 8:73 Awb vergoed worden, omdat zij niet in causaal verband staat met de vernietigde beschikking.⁵⁹

Overigens bestaat wellicht niet altijd relativiteit tussen de onrechtmatige daad (inhoudende het uitvaardigen van een onverbindende regeling) en de schade ten gevolge van de feitelijke verplichting. Het is lastig om in algemene zin te zeggen, waar de grens loopt. In het geval-Schiphol is er wel relativiteit: het legaliteitsbeginsel,⁶⁰ dat gemeentebesturen verbiedt om belastingverordeningen uit te vaardigen zonder formeelwettelijke grondslag, beschermt de burger mijns inziens niet alleen tegen belastingheffing die niet berust op de formele wet, maar ook tegen kosten die de burger noodzakelijk moet maken om aan die belastingplicht te kunnen voldoen. Is men het daar niet mee eens, dan kan nog altijd worden aangenomen dat het maatschappelijk onzorgvuldig is, de burger door de uitvaardiging van een onverbindende regeling feitelijk te dwingen deze onnodige kosten te maken.⁶¹

57 Ik ga ervan uit, dat de regel uit HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (Kuijpers/Valkenswaard) een beperkt toepassingsbereik heeft en daarom niet van toepassing is op deze vorm van anticipatieschade. Zie par. 9.4.

58 Dat geldt in ieder geval voor bestuursrechters die dezelfde causaliteitsopvatting aanhangen als de Afdeling. Kort gezegd houdt deze in, dat alleen schade die is veroorzaakt *door* het vernietigde besluit op grond van art. 8:73 Awb vergoed wordt. Bovendien kan volgens de Afdeling alleen schade die *na* het nemen van een vernietigd besluit is ontstaan *door* dit besluit zijn veroorzaakt. Hierover uitgebreider par. 9.3.2.

59 Art. 8:73 Awb is op vernietigde belastingaanslagen van toepassing, zie art. 27j AWR.

60 Voor gemeentelijke belastingen gecodificeerd in art. 216 en 219 Gemw.

61 Par. 4.4.3.

9 Een onverbindende voorwaarde voor het verkrijgen van een vergunning

9.1 Inleiding

Soms bevat een onverbindende bepaling een voorwaarde waaraan een burger moet voldoen *voordat* hij een vergunning of een andere begunstigende beschikking krijgt. Dit type onverbindende regeling was aan de orde in de verschillende zaken over de Interimwet Ammoniak en Veehouderij (IAV).¹

De IAV verleende gemeentebesturen de bevoegdheid om bij verordening² voorwaarden te stellen voor het verkrijgen van een uitbreidingsvergunning voor de veestapel van een boerenbedrijf. Verscheidene gemeentebesturen eisten, dat een veehouder op het moment van vergunningverlening kon aantonen, dat de veestapel van een collega met een gelijk aantal dieren was teruggebracht (de ‘salderingseis’). Hiervoor werden aan collega-veehouders grote bedragen betaald. Deze salderingseis was volgens de Afdeling in strijd met de IAV en dus onverbindend.³

In deze gevallen heeft dus een onverbindende regeling een burger voorafgaand aan het nemen van een uitvoeringsbesluit tot een onnodige investering aangezet.⁴ Komt deze schade bij de burgerlijke rechter voor vergoeding in aanmerking? De

1 ABRvS 2 oktober 1997, *JM* 1997, 57 (Uden); ABRvS 8 december 1997, *JM* 1998, 29 (Sevenum); ABRvS 18 april 2000, *JM* 2000, 99 (Van Deursen/Gemert-Bakel); 21 januari 2005, *AB* 2006, 287 (Direks/Venray); HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (Kuijpers/Valkenswaard); HR 23 december 2005, *LJN* AU4526, (Lith) en Rb. 3-Hertogenbosch 9 oktober 2002, Zaaknummer 27262/HA ZA 98-1651, (Rovers/Uden; niet gepubliceerd).

2 Ik ga ervan uit, dat deze verordeningen avv inhielden. Volgens Van Ommeren (*AB* 2006, 287) ging het in sommige gevallen om beleidsregels. Dat maakt voor dit betoog weinig uit. Ten aanzien van een beleidsregel heeft het bestuur weliswaar een inherente afwijkingsbevoegdheid: het kan anders beslissen als het individuele geval daar aanleiding toe geeft, zie art. 4:84 Awb en Van Ommeren 1996, p. 249. Die afwijkingsbevoegdheid is echter geen reden, om een onwettige beleidsregel in die gevallen waarvoor hij is geschreven niet als onrechtmatig aan te merken. Een burger die investeert in vertrouwen op een voldoende duidelijke, maar onwettige beleidsregel, kan mijns inziens schadevergoeding krijgen. Daarom wordt het hierna volgende verhaal niet anders, indien enkele van de ammoniakplannen beleidsregels zouden zijn.

3 Zie ABRvS 2 oktober 1997, *JM* 1997, 57 (Uden) en ABRvS 8 december 1997, *JM* 1998, 29 (Sevenum).

4 Ten aanzien van vergunningen wordt vaak onderscheiden tussen voorwaarden voor het verkrijgen van een vergunning (voorwaarden waarop een vergunning wordt verleend) en verplichtende voorwaarden (of vergunningsvoorschriften), die aan de vergunning worden verbonden (voorwaarden waaronder de vergunning wordt verleend). Zie bijvoorbeeld Van Ommeren, 1996, p. 331, en De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 25-26. Deze indeling is gangbaar, al blijkt de grens tussen deze twee typen niet altijd scherp (Van Ommeren, t.a.p.). Ik betoog in par. 9.3, dat schade die voorafgaand aan vergunningverlening door een onverbindende regeling is veroorzaakt, niet in causaal verband staat met die vergunning, en daarom niet gedekt wordt door de formele rechtskracht. Dit soort schade is meestal het gevolg van een in een onverbindende regeling opgenomen voorwaarde van het eerste soort.

Hoge Raad meent van niet, zo blijkt uit *Kuijpers/Valkenswaard*.⁵ Dit hoofdstuk behandelt deze – volgens mij onjuiste – jurisprudentie.

Eerst bespreek ik de mogelijkheden die de burger heeft om bij de bestuursrechter te procederen als hij vermoedt, dat een wettelijke voorwaarde voor verkrijging van een vergunning onverbindend is (par. 9.2). Daarna wordt de jurisprudentie van de Hoge Raad over deze gevallen kritisch geanalyseerd en bepleit ik een andere benadering (par. 9.3). Tot slot zet ik uiteen, waarom deze jurisprudentie mijns inziens een beperkt toepassingsbereik heeft en geen wijziging brengt in de regel uit *Leenders/Ubbbergen* (par. 9.4).

Ik maak vooraf nog een kanttekening. *Kuijpers/Valkenswaard* wordt vaak eerder gezien als een arrest over onjuiste inlichtingen, dan als een toepassing van het leerstuk van onrechtmatige wetgeving.⁶ De betrokken gemeenten pleegden echter steeds verschillende, opeenvolgende onrechtmatige daden. Eerst werd een onverbindend ammoniakreductieplan uitgevaardigd. Daarna werden veehouders door ambtenaren (foutief) ingelicht over de verbindendheid van de hierin opgenomen investeringseis. Uiteindelijk spitste één van de hierover gevoerde procedures zich toe op onrechtmatige wetgeving;⁷ de overige op onjuiste informatieverstrekking.⁸ Niettemin lag bij deze al procedures mede een onverbindende regeling aan de schade ten grondslag.

9.2 Twee wijzen van procederen bij de bestuursrechter

Er zijn voor de burger twee processtrategieën om de *bestuursrechter* een wettelijke voorwaarde voor de verkrijging van een vergunning onverbindend te laten verklaren. De eerste is riskant (par. 9.2.1); de tweede leidt vaak niet tot succes (par. 9.2.2). In paragraaf 9.2.3 koppel ik terug naar het ontvankelijkheidscriterium uit paragraaf 3.4.1.

9.2.1 Een afwijzing uitlokken

De appellanten in de zaken *Uden* en *Sevenum* (ook zaken over een onverbindend ammoniakreductieplan) vroegen een uitbreidingsvergunning aan, zonder dat zij aan de salderingseis hadden voldaan.⁹ Zoals te verwachten was, werd hun aanvraag afgewezen. Daartegen stelden zij bezwaar en beroep in. De Raad van State verklaarde de gewraakte investeringseis onverbindend en vernietigde de afwijzing.

5 HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99.

6 Zo Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 725.

7 HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 325 Direks/Venray.

8 HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (*Kuijpers/Valkenswaard* – bij de rechtbank was de vordering wel mede gegrond op onrechtmatige wetgeving, zie r.o. 4.1.8. van het hof); HR 23 december 2005, *LJN* AU4526, (Lith) en Rb. 's-Hertogenbosch 9 oktober 2002, Zaaknr. 27262/HA ZA 98-1651, (*Rovers/Uden*; niet gepubliceerd).

9 ABRvS 2 oktober 1997, *JM* 1997, 57 (*Uden*); ABRvS 8 december 1997, *JM* 1998, 29 (*Sevenum*).

Deze eerste processtrategie houdt dus in, dat een afwijzing wordt uitgelokt, door een aanvraag te doen zonder dat aan de voorwaarde is voldaan. Door deze processtrategie te volgen vermijdt de burger het risico dat hij een investering doet die achteraf onnodig blijkt.

De burger kan deze processtrategie echter uitsluitend volgen, door *niet* aan de wettelijke voorwaarde te voldoen, en erop te gokken dat de bestuursrechter zal oordelen, dat toch een vergunning verstrekt had moeten worden. Die strategie bergt risico's in zich. Als bestuursrechter de vergunningsvoorwaarde uiteindelijk toch voor rechtsgeldig houdt, loopt de burger zijn vergunning mis. Bij de onverbindende salderingseis liep de burger 'slechts' het risico op winstderving, doordat hij een aanzienlijke tijd niet over een vergunning heeft kunnen beschikken. Afhankelijk van het type begunstigende beschikking dat de burger misloopt, kan het potentiële nadeel veel groter zijn: bijvoorbeeld bij een voorwaarde waaraan voldaan moet zijn om een uitkering of een verblijfsvergunning te krijgen.¹⁰ Bovendien, als de overheid de burger zou verwijten dat hij *deze* processtrategie heeft laten lopen, zou dat neerkomen op het verwijt, dat de burger een door diezelfde overheid uitgevaardigd voorschrift heeft nageleefd. Het past de overheid niet, de burger een dergelijk verwijt te maken.¹¹

9.2.2. *Eerst aan de voorwaarde voldoen, dan beroep instellen tegen de vergunning*

Ten tweede kan de burger wél aan de vergunningsvoorwaarde voldoen en de vergunning aanvragen. Zodra hij deze heeft verkregen, kan hij daartegen bezwaar en beroep instellen, met de stelling dat de wettelijke voorwaarde waaraan hij bij aanvraag moest voldoen, onverbindend was.

Deze strategie leidt echter maar in een beperkt aantal gevallen tot succes. Daarvoor moet in ieder geval in de tekst van het vergunningsbesluit geconstateerd worden, dat bij het afgifte aan de wettelijke investeringseis is voldaan. Er wordt immers tegen de vergunning beroep ingesteld, niet tegen het achterliggende voorschrift. De vergunning moet dus een element bevatten dat voor vernietiging vatbaar is.^{12, 13}

10 Bijvoorbeeld: de wet eist, dat een vreemdeling die zijn verblijfsvergunning wil verlengen, bij de aanvraag kan aantonen dat hij een kostbare cursus heeft gevolgd. Het is dubieus, of deze eis internationaalrechtelijk door de beugel kan. Als een vreemdeling zich m.b.v. de hierboven beschreven processtrategie verzet tegen deze bepaling, vraagt hij de vergunning aan zonder dat hij de cursus heeft gedaan en moet hij vervolgens procederen tegen de te verwachten afwijzing van zijn aanvraag. Mocht de bestuursrechter de wettelijke voorwaarde uiteindelijk wél verbindend oordelen, dan loopt de vreemdeling zijn verblijfsvergunning mis. Overigens betoog ik in par. 9.4 mede vanwege dit gevaar, dat de regel uit *Kuijpers/Valkenswaard* een beperkte toepassing moet krijgen. Over voorwaarden, waaraan vooraf moet worden voldaan om een uitkering te kunnen krijgen HR 25 april 2008, *JB* 2008, 122.

11 Zo ook par. 7.2.

12 Bij de eerste processtrategie – het uitlokken van een afwijzing – maakt de grond voor de afwijzing, het niet voldoen aan de investeringseis, deel uit van de motivering van de afwijzing.

13 De noodzaak van herhaling van de onverbindende voorwaarde in het vergunningsbesluit valt als volgt te illustreren. Stel, ik ga in beroep tegen een beschikking van B&W, waarin mijn hond wordt aangemerkt als een →

Het is echter niet genoeg, als de voorwaarde in de motivering van de vergunning wordt herhaald. Volgens de Afdeling moet de voorwaarde ook deel uitmaken van het *dictum* van het besluit. De bestuursrechter kan namelijk slechts die elementen van het besluit vernietigen, die op rechtsgevolg zijn gericht.

Van Deursen investeert in ammoniakrechten en verkrijgt de door hem aangevraagde uitbreidingsvergunning. Dan gaat hij in beroep tegen de in de vergunning opgenomen salderingseis en vraagt om schadevergoeding.

De Afdeling overweegt echter:

‘Verweerders hebben bij de beoordeling van de vergunningaanvraag [de salderingseis] als voorwaarde voor vergunningverlening gesteld. (...) Deze voorwaarde is echter niet als opschortende voorwaarde of als vergunningvoorschrift aan het bestreden besluit verbonden (zij was volgens verweerders bij het nemen van het bestreden besluit reeds vervuld). (...) Het bestreden besluit bevat wel een overweging waaruit blijkt dat verweerders van mening zijn dat aan deze voorwaarde moest worden voldaan en is voldaan. Deze overweging is geen op zelfstandig rechtsgevolg gericht onderdeel van het bestreden besluit. *Het is niet mogelijk om uitsluitend beroep in te stellen tegen een overweging, indien het dictum van het besluit overeenstemt met de beslissing die men van het bestuursorgaan verlangde.* Nu appellants volgens verweerders aan de voorwaarde heeft voldaan en een besluit met het door hem verlangde dictum heeft verkregen, is beroep tegen uitsluitend de overweging dan ook niet mogelijk.’¹⁴ [curs. RS]

De tweede processtrategie biedt dus geen soelaas, als in het besluit slechts wordt geconstateerd, dat bij afgifte van de vergunning aan de onverbindende investeringsvoorwaarde was voldaan. Alleen elementen van een besluit die op rechtsgevolg zijn gericht, kunnen vernietigd worden.¹⁵

9.2.3 Conclusie

Een wettelijk voorschrift op grond waarvan de burger voorafgaand aan vergunningverlening een bepaalde investering moet doen, kan door de burger op twee manieren aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Beide wegen naar bestuursrechtelijke rechtsbescherming zijn voor de burger lastig begaanbaar.

dier dat ik in het openbaar moet muilkorven. In mijn beroep werp ik ook de onverbindendheid op van de gemeentelijke bepaling over hondenbelasting. Ik vraag de bestuursrechter om de muilkorf-beschikking te vernietigen en meteen uit te spreken, dat het voorschrift op de hondenbelasting onverbindend is. De bestuursrechter zal de belastingbepaling niet toetsen, omdat mijn belang (vernietiging van de muilkorf-beschikking) daardoor niet bevorderd wordt. Al zou de belastingbepaling niet verbinden, dan nog zou de muilkorf-beschikking dezelfde inhoud gehad hebben. Bij de ammoniakreductie-zaken geldt hetzelfde. Als het bestuursorgaan dat de uitbreidingsvergunning verleent bij de aanvraag constateert, dat reeds aan de salderingseis is voldaan, maar deze voorwaarde niet in de vergunning opneemt, bevat de vergunning geen element dat voor vernietiging in aanmerking komt. Bovendien heeft de al dan niet verbindendheid van de wettelijke bepaling geen effect op de inhoud van de vergunning.

14 ABRvS 18 april 2000, *JM* 2000, 99 (Van Deursen/Gemert-Bakel).

15 Steeds als het voldoen aan de eis een eenmalige prestatie is die vervuld moet zijn voordat de vergunning wordt verleend, is vernietiging niet mogelijk. Vernietiging kan wel, als wordt geconstateerd, dat al voor vergunningverlening was voldaan aan een voorwaarde waar de appellants aan moet blijven voldoen.

De eerste processtrategie – het uitlokken van een afwijzing van de aanvraag – is riskant, omdat de burger nadeel ondervindt, als de bestuursrechter het wettelijk voorschrift uiteindelijk wel als verbindend aanmerkt. Afhankelijk van het type vergunning (of begunstigende beschikking) kan dat nadeel aanzienlijk zijn. De tweede processtrategie is gekunsteld, aangezien de burger moet procederen tegen een besluit dat niet in csqn-verband staat met de door hem geleden schade. Bovendien slaagt de tweede strategie niet, als in de vergunning slechts de niet op rechtsgevolg gerichte constatering bevat, dat reeds aan de voorwaarde is voldaan.

Ik concludeer dat de burger in deze gevallen niet beschikt over een eenvoudige, niet riskante en niet gekunstelde weg naar bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Als het ontvankelijkheidscriterium van paragraaf 3.4.1 wordt toegepast, kan de burger daarom steeds bij de burgerlijke rechter terecht – ook als hij vooraf aan de voorwaarde voldoet en de vergunning verkrijgt.

9.3 De onverbindende salderingseis bij de Hoge Raad

In *Kuijpers/Valkenswaard*¹⁶ blijkt echter dat de Hoge Raad vindt, dat de burger de processtrategie van het uitlokken van een afwijzing moet volgen (par. 9.3.1). Het arrest valt te bekritisieren (par. 9.3.2).

9.3.1 *Kuijpers/Valkenswaard*

Ook *Kuijpers* heeft aan de salderingseis voldaan. Hij verkrijgt de aangevraagde uitbreidingsvergunning en laat de termijn voor bezwaar en beroep verstrijken. Enige tijd later spreekt de Afdeling in de zaken *Uden* en *Sevenum* uit, dat de salderingseis onverbindend was.¹⁷ *Kuijpers* blijkt zonder noodzaak meer dan honderdduizend gulden geïnvesteerd te hebben. Hij vordert schadevergoeding. Let wel: zijn schade is ontstaan vóórdat de vergunning werd verleend en zij is veroorzaakt door het onjuiste gemeentelijke ammoniakreductieplan in combinatie met de onjuiste mededeling van de kant van de gemeente, dat op het moment van vergunningverlening aan de investeringseis voldaan moest zijn. Rechtbank en hof wijzen *Kuijpers*' vordering af. Ook bij de Hoge Raad vangt hij bot.

De kernpassage van het arrest van de Hoge Raad is uit twee delen opgebouwd:

- (1) eerst wordt *Kuijpers*' schade toegerekend aan de latere vergunning, waaraan inmiddels formele rechtskracht toekomt;
- (2) vervolgens overweegt de Hoge Raad, dat het feit dat *Kuijpers* zich uitsluitend via uitlokking van een afwijzing tegen de salderingseis had kunnen verzetten, geen reden is om een uitzondering op die formele rechtskracht te maken.

¹⁶ HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99; bevestigd in HR 23 december 2005, *LJN* AU4526 en HR 25 april 2008, *JB* 2008, 122.

¹⁷ ABRvS 2 oktober 1997, *JM* 1997, 57 (*Uden*); ABRvS 8 december 1997, *JM* 1998, 29 (*Sevenum*).

(1) Ten aanzien van de reikwijdte van de formele rechtskracht:

‘Bij de beoordeling van het onderdeel dient mede tot uitgangspunt dat de (...) inlichtingen [over de onverbindende salderingseis, RS] achteraf onjuist zijn gebleken. Daarin werden immers voorwaarden verbonden aan de verlening van de door Kuijpers verlangde vergunning die beruften op een achteraf onverbindend gebleken verordening. Niettemin faalt het onderdeel. Het – om diverse redenen onontbeerlijke – beginsel van de formele rechtskracht zou onaanvaardbaar worden uitgehold als inlichtingen die door een overheidsorgaan aan een burger worden gegeven met het oog op een door dat overheidsorgaan te nemen besluit, steeds of in de regel aan de formele rechtskracht van dat later gevolgde besluit onttrokken zouden worden geacht. (...) [E]en overheidsorgaan [kan] slechts aansprakelijk zijn op grond van onjuiste of onvolledige inlichtingen die aan een burger zijn gegeven, vooruitlopend op een beschikking die inmiddels formele rechtskracht heeft gekregen, indien het geven van die inlichtingen onafhankelijk van de inhoud van de desbetreffende beschikking onrechtmatig is. Inlichtingen die *zozeer samenhangen* met het beoogde besluit, dat zij ten opzichte daarvan een *onzelfstandig karakter* dragen, hoezeer ook onjuist, worden in beginsel echter “gedekt” door de formele rechtskracht van dat besluit.’[curs. RS]

Kuijpers had aangevoerd, dat de foutieve, op de onverbindende verordening gebaseerde inlichtingen niet onder de formele rechtskracht van de vergunning konden vallen, omdat de inlichtingen en de veroorzaakte schade dateerden van vóór de vergunningverlening.

‘Het onderdeel kan geen doel treffen. Zoals uit het hiervoor overwogene volgt, is de – tot op zekere hoogte toevallige – omstandigheid waarop het zich beroept, niet van beslissende betekenis voor het bepalen van de reikwijdte van de formele rechtskracht van het besluit van 25 maart 1997.’

De onrechtmatigheid van de aan het besluit voorafgaande inlichtingen gaat volgens de Hoge Raad op in de formele rechtskracht van dat besluit, als die inlichtingen een ‘onzelfstandig karakter’ dragen. Over onjuiste informatieverstrekking – eventueel een vertolking van een onverbindende regeling – voorafgaand aan een besluit kan enkel nog los van het besluit bij de burgerlijke rechter worden geklaagd, als de inlichtingen in strijd zijn met de wet, maar het latere besluit niet. De inlichtingen wijzen dan een andere kant uit dan het uiteindelijke besluit.¹⁸

In *Kuijpers/Valkenswaard* daarentegen wezen inlichtingen en besluit in dezelfde richting. Daarom kon volgens de Hoge Raad niet meer los van het besluit bij de burgerlijke rechter over de inlichtingen worden geklaagd. Dat geldt – blijkbaar – ook, als de schade van de burger niet in csqn-verband staat met het latere besluit.¹⁹

18 HR 2 februari 1990, AB 1990, 223 (Staat/Bolsius) en HR 7 oktober 1994, AB 1996, 125 (Staat/Van Bente).

19 Wordt het latere besluit, dan wel de daarin opgenomen constatering dat aan de salderingseis is voldaan, weggedacht, dan was de schade ook veroorzaakt!

- (2) Vervolgens beziet de Hoge Raad, of er in het geval van Kuijpers gronden zijn, om een uitzondering te maken op de – zojuist door hem zelf opgerekte – formele rechtskracht van de onaantastbaar geworden vergunning. Dat is niet het geval. Kuijpers heeft volgens de Hoge Raad ten onrechte de processtrategie van het uitlokken van een afwijzing laten schieten:

‘3.7 Onderdeel B.1 is gericht tegen de verwerping door het hof (...) van de stelling van Kuijpers dat hij alleen langs een zeer omslachtige, volstrekt niet voor de hand liggende weg, door een procedure bij de bestuursrechter zijn gelijk had kunnen halen. Volgens het onderdeel is dit oordeel onjuist omdat het hof geen, althans onvoldoende rekening heeft gehouden met het grote risico dat een agrariër als Kuijpers zou lopen door de voor hem openstaande bestuursrechtelijke weg te volgen.’

‘In het onderhavige geval had Kuijpers, zoals hij zelf stelt, *kunnen weigeren ammoniakrechten aan te kopen en vervolgens beroep kunnen instellen tegen de daarop te verwachten weigering van de door hem aangevraagde vergunning*. In het licht van de hiervoor vermelde uitspraken van de ABRvS, moet worden aangenomen dat deze bestuursrechtelijke rechtsgang voor hem tot succes zou hebben geleid. Kuijpers heeft daartegen slechts ingebracht dat het volgen van deze weg tot een zeer forse vertraging in de realisering van zijn uitbreidingsplannen zou hebben geleid. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, kan die enkele omstandigheid echter niet rechtvaardigen dat in het onderhavige geval een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht zou worden gemaakt.’ [curs. RS]

Volgens de Hoge Raad kan Kuijpers dus wél verweten worden dat hij de eerste processtrategie heeft laten schieten. Daarom is zijn kans verkeken om zijn schade bij de burgerlijke rechter vergoed te krijgen.

9.3.2 *Kritiek. Eigen opvatting*

Beide delen van deze redenering verdienen kritiek.

- (1) De oprekking van de formele rechtskracht getuigt van een causaliteitsopvatting, die afwijkt van die van de Afdeling, en die bovendien uiterst gekunsteld is.

De Afdeling gaat uit van de heldere regel, dat schade in beginsel alleen in causaal verband staat met een vernietigd besluit, als die schade *na* het nemen van dat besluit is ontstaan.

Een voorbeeld. Na inspectie door de milieudienst voelt een restauranthouder zich (feitelijk) gedwongen tot aanpassingen in zijn bedrijfsinrichting. Later krijgt hij toch een aanschrijving tot bestuursdwang, die door de Afdeling wegens onbevoegdheid wordt vernietigd. De restauranthouder vraagt op grond van 8:73 Awb vergoeding van de onnodige investeringskosten die hij voorafgaand aan het bestuursdwangbesluit had gemaakt, volgens eigen zeggen uit vrees voor maatregelen die door de inspectie was gewekt. De Afdeling acht echter causaal verband tussen de investeringen en de latere bestuursdwangbeschikking afwezig, omdat de

investeringen dateerden van voor de aanschrijving en het gevolg waren van een brief van de milieudienst, niet van de aanschrijving zelf.²⁰

Bij de bestuursrechter zou Kuijpers' schade – bestaande in een ten onrechte gedane investering voorafgaand aan de vergunningverlening – niet in causaal verband staan met de toewijzing van een vergunning.²¹ Volgens de Hoge Raad moet de schade juist aan de vergunning worden toegerekend. Had Kuijpers aan de investeringseis voldaan, en daarna meteen beroep tegen de vergunning ingesteld, dan had hij dus noch bij de bestuursrechter, noch (daarna) bij de burgerlijke rechter zijn schade vergoed kunnen krijgen. De Hoge Raad dwingt de burger, om in deze gevallen een afwijzing uit te lokken. Die strategie is riskant, zoals hiervoor al is uiteengezet.

Afgezien hiervan getuigt de redenering van de Hoge Raad van een gekunsteld causaliteitsbegrip. Een opvatting van het causaliteitsvereiste, waarbij schade kan worden toegerekend aan een besluit, dat pas wordt genomen *nadat* die schade is ontstaan, laat het minimumvereiste van een *condicio sine qua non*-verband voor causaliteit los. Er wordt causaal verband gelegd tussen een eerder gevolg en een later in de tijd plaatsvindende oorzaak. Dit creëert een causaliteitsbegrip dat afwijkt van de in het normale maatschappelijke leven gangbare causaliteitsopvatting, en dat daarom niet inzichtelijk is voor de justitiabele. Schade hoort niet toegerekend te worden aan een later besluit met formele rechtskracht, waardoor zij feitelijk niet veroorzaakt *kan* zijn.

(2) Het tweede deel van de redenering van de Hoge Raad is een verkapte eigen schuld-constructie.

Na de overweging, dat Kuijpers' schade in beginsel wordt gedekt door de formele rechtskracht van zijn uitbreidingsvergunning, onderzoekt de Hoge Raad, of er reden is om een uitzondering te maken op de (zojuist door hemzelf opgerekte) formele rechtskracht.

Kuijpers had de processtrategie van het uitlokken van een afwijzing kunnen volgen. Omdat hij dat heeft nagelaten, ziet de Hoge Raad onvoldoende reden om een uitzondering op de formele rechtskracht te maken.

20 ABRvS 19 maart 2003, *JB* 2003, 110; helder besproken bij Van Ravels 2006, p. 246 en Marseille 2006, p. 5663. Deze auteurs noemen de uitspraak ook om *Kuijpers/Valkenswaard* te bekritisieren. De Afdeling hanteert dus een helder causaliteitscriterium: als kosten zijn gemaakt voorafgaand aan een besluit, kunnen die kosten niet door dat besluit zijn veroorzaakt. Idem ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 100 (Marokkaanse echtscheiding); CBB 29 juli 1997, *AB* 1997, 447. Uit CRvB 30 december 1998, *JB* 1999, 53 valt mijns inziens eenzelfde opvatting af te leiden. De afdelingsuitspraak ABRvS 18 april 2000, *JM* 2000, 99 (Van Deursen/Gemert-Bakel) (zie par. 9.2.2) sluit bij deze causaliteitsopvatting aan (hoewel het beroep technisch werd afgedaan op de ontvankeelbaarheid). De in de vergunning opgenomen overweging, dat Van Deursen aan de salderingseis heeft voldaan, is slechts een constatering. Zij schiep geen rechtsplicht. Niet de vergunning, maar de onverbindende verordening en de daarop gebaseerde inlichtingen hebben Van Deursen tot investeren aangezet. De vergunning heeft de schade dus niet veroorzaakt.

21 In *Van Deursen/Gemert-Bakel* (par. 9.2.2) komt de Afdeling niet aan die overweging toe, omdat de in de vergunning opgenomen constatering, dat aan de salderingseis is voldaan, niet vernietigd kan worden, nu zij niet op rechtsgevolg is gericht. De constatering schiep dus geen rechtsplicht, wat strookt met de gedachte, dat er geen causaal verband is tussen dit aspect van de vergunning en de al eerder opgelopen schade.

Er is – zoals hierboven bleek – geen csqn-verband tussen de vergunning en de eerder geleden schade. Er valt echter wel een csqn-verband te leggen tussen het *nalaten* van Kuijpers en de schade. Had Kuijpers immers wél een afwijzing uitgelokt, dan had hij in het bestuursrechtelijk beroep daartegen (zo kan althans met kennis achteraf worden gezegd) succes gehad. In dat geval had de onnodige investering achterwege kunnen blijven.

De redenering van de Hoge Raad komt erop neer, dat Kuijpers' schade voor de volle honderd procent voor eigen rekening blijft, omdat hij een mogelijkheid om deze schade te voorkomen heeft laten schieten. Nu noemt de Hoge Raad art. 6:101 BW of de term eigen schuld niet, maar in feite is dit een eigen schuld-redenering. Materieel blijft de schade voor eigen rekening, omdat Kuijpers met de procedeerstrategie van uitlokking van een weigering de schade had kunnen voorkomen en omdat hem – blijkbaar – verweten kan worden dat hij deze mogelijkheid niet heeft aangegrepen.

Mijns inziens kan Kuijpers dit juist niet verweten worden. Slechts met kennis achteraf kan worden gezegd, dat het uitlokken van en procederen tegen een weigering Kuijpers' schade had voorkomen. Zoals al betoogd, was dit vóóraf echter een procedeerstrategie met risico op extra schade. Zou Kuijpers immers bij de bestuursrechter uiteindelijk in het ongelijk zijn gesteld, dan zou hij – inmiddels enige jaren verder – mogelijkheden zijn misgelopen om zijn bedrijf uit te breiden. Bovendien is het uitlokken van een afwijzing, teneinde te kunnen procederen tegen de achterliggende regeling, een gekunstelde, weinig voor de hand liggende weg naar rechtsbescherming.

Als men echter – anders dan ik – vindt, dat Kuijpers wel verweten kan worden dat hij geen afwijzing van een vergunningsaanvraag heeft uitgeklokt, dan is nóg de vraag, of de schade volledig voor eigen rekening van Kuijpers zou moeten blijven. Mijns inziens ligt in dat geval veel meer voor de hand, de schade overeenkomstig het systeem van art. 6:101 BW over dader en benadeelde te *verdelen* naar rato van de over en weer gemaakte fouten.

Eigen opvatting

Mijn conclusie is de volgende. Als een onverbindende wettelijke voorwaarde voor het verkrijgen van een begunstigende beschikking de burger aanzet tot een onnodige investering, dan valt de investeringsschade niet toe te rekenen aan de (latere) beschikking, omdat csqn-verband ontbreekt.²² De burger moet daarom de mogelijkheid hebben, om de investering te doen, en naderhand de verbindendheid van de regeling en de daardoor veroorzaakte schade bij de burgerlijke rechter aan de orde te stellen. De eventuele formele rechtskracht van de vergunning moet niet aan de civielrechtelijke vordering in de weg staan. De schade valt immers causaal volledig toe te rekenen aan de regeling en/of de daarop gebaseerde inlichtingen, *niet* aan de latere vergunning.

²² Csqn-verband is minimaal vereist voor aanwezigheid van causaal verband in de zin van art. 6:98 BW, zie par. 4.5.

9.3.3 Beschouwing. Mogelijke tegenwerpingen

De volgende tegenwerping tegen mijn opvatting moet worden onderzocht: bij strikte toerekening van schade op grond van de causaliteit is – in de woorden van de Hoge Raad – het ‘tot op zekere hoogte toevallige’ moment van ontstaan van de schade soms allesbepalend voor de vraag of schade bij de burgerlijke rechter voor vergoeding in aanmerking komt.²³

Stel, dat de Valkenswaardse regeling zo was vormgegeven, dat de ammoniakrechten binnen een half jaar ná vergunningverlening moesten worden aangeschaft, op straffe van verval van de vergunning. In dat geval was de verplichting om te investeren (mede) het gevolg van een op rechtsgevolg gericht element van het dictum van de vergunning. De schade was dan – ook in mijn benadering – wel door de formele rechtskracht van de vergunning gedekt. Zij had ook in mijn benadering niet meer aan de burgerlijke rechter voorgelegd kunnen worden.²⁴

De vraag of (achteraf) schadevergoeding kan worden verkregen bij de burgerlijke rechter, kan in mijn benadering dus in materieel sterk vergelijkbare gevallen een verschillend antwoord krijgen, afhankelijk van toevalligheden in de vormgeving van de vergunning of het moment waarop is geïnvesteerd. Dat heeft iets willekeurig.

Echter, deze vorm van willekeur is niet zo zeer het gevolg van mijn benadering, maar is inherent aan ons systeem overheidsaansprakelijkheid.²⁵ Daarbij verschillen de processuele mogelijkheden van de burgers hemelsbreed al naar gelang het type handeling of besluit dat schade veroorzaakt. Schade die is veroorzaakt door een appellabel besluit, wordt alleen vergoed als de belanghebbende strikt binnen de geldende, korte termijnen bezwaar en beroep instelt. Schade die is veroorzaakt door feitelijk handelen, of schade die uitsluitend valt toe te rekenen aan een onverbindende regeling, kan daarentegen nog vijf jaar nadat zij is ontstaan grond zijn voor een civiele procedure.²⁶

Meestal valt dit ingrijpende verschil niet zo op. Vaak valt schade veroorzaakt door onrechtmatig overheidshandelen volledig toe te rekenen aan een onrechtmatige beschikking, zodat de burger snel (bezwaar en) beroep bij de bestuursrechter moet instellen. Een geringer deel van de claims tegen de overheid wordt volledig afgehandeld bij de burgerlijke rechter,²⁷ waar het minder strikte gevolgen voor de burger heeft, als hij traag reageert op onrechtmatig overheidshandelen. Echter, als schade wordt veroorzaakt door twee of meer onrechtmatige daden, waarvan voor

23 *Kuijpers/Valkenswaard*, r.o. 3.5; zie de hierboven geciteerde passage.

24 Overigens was in dat geval een beroep op de bestuursrechter wél succesvol geweest, omdat de salderingseis dan een op rechtsgevolg gericht element van de vergunning was geweest dat – dus – vernietigd had kunnen worden.

25 *Vulhop/Amsterdam* is daar evenzeer een voorbeeld van.

26 Art. 3:310 BW.

27 Onrechtmatig feitelijk handelen, onrechtmatige wetgeving en – zeldzaam – onrechtmatige beleidsregels.

de ene het bestuursrechtelijke, en voor de andere het civielrechtelijke rechtsbeschermingstraject moet worden gevolgd, treedt zichtbaar op de voorgrond, hoezeer deze twee rechtsbeschermingstrajecten van elkaar verschillen.²⁸

Dat gebeurt ook bij de jurisprudentie over de onverbindende salderingseis. De beide rechtsbeschermingsregimes schuren daar langs elkaar. Er worden minstens drie onrechtmatige overheidsdaden gepleegd: er wordt een onwettige verordening vastgesteld, er worden op die verordening gebaseerde, onwettige inlichtingen gegeven en er wordt een onjuiste vergunning verleend. Als de beroepstermijn tegen die vergunning is verstreken, maakt het toerekenen van de schade aan vergunning enerzijds, of aan verordening of feitelijk handelen anderzijds voor de gelaedeerde een verschil van alles of niets.²⁹

Kortom: de hier bepleite toerekening van schade op grond van de causaliteit bergt een zekere willekeur in zich. Afhankelijk van het soms toevallige moment van ontstaan van de schade, wordt deze in mijn benadering toegerekend aan de regeling – zodat de schade ook aanzienlijke tijd achteraf nog vergoed moet worden – of aan de beschikking – zodat de schade vaak gedekt wordt door de formele rechtskracht van die beschikking. Die willekeur vindt echter zijn grond in het naast elkaar bestaan van twee procedurele regimes voor onrechtmatig overheids-handelen, waarvan de toepassing resultaten oplevert die hemelsbreed van elkaar kunnen verschillen: een, voor appellabele besluiten en een voor niet-appellabele besluiten en feitelijke handelingen. Als die twee regimes elkaar raken, doordat er een complex aan onrechtmatige handelingen heeft plaatsgevonden, wordt de willekeur duidelijker *zichtbaar* dan in het doorsnee-geval.³⁰ Uiteindelijk is het probleem echter inherent aan de wijze waarop ons systeem van rechtsbescherming tegen de overheid is ingericht. Ik vind deze tegenwerping daarom van onvoldoende gewicht om mijn visie aan te passen.

28 Dit is ook te zien in HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283 (Aujeszyk), zie par. 8.3.4 en par. 14.2.1. Door wets-technische toevalligheden in een onverbindende retributieverordening had de betaling van een kleine groep gedupeerden geen formele rechtskracht verkregen. Zij konden bij de burgerlijke rechter terecht. Degenen bij wie de betaling op een iets andere wijze was verlopen, werden wel geconfronteerd met formele rechtskracht.

29 In Rb. 's-Hertogenbosch 9 oktober 2002, Zaaknummer 27262/HA ZA 98-1651 (Rovers/Uden) werd de foutieve vergunningsvoorwaarde niet in de vergunning herhaald. Daardoor kon de burgerlijke rechter de gemeente *wel* schadevergoeding veroordelen.

30 Daar komt het volgende bij. Het naast elkaar bestaan van twee verschillende schadevergoedingsregimes, leidt tot ongelijke behandeling van sterk vergelijkbare gevallen. Men kan die ongelijke behandeling onwenselijk vinden. Uit die onwenselijkheid valt echter niet af te leiden, welke van beide regimes de voorkeur verdient. Zolang alleen beschikkingen (en b.a.s. in enge zin) appellabel zijn en wettelijke voorschriften, feitelijke handelingen en beleidsregels niet, kan de toepasselijkheid van de beide schadevergoedingsregimes beter worden afgebakend met behulp van een helder criterium: het *csqn*-vereiste – dat aansluit bij de in het maatschappelijk verkeer gebruikelijke causaliteitsopvatting, die inhoudt dat een oorzaak eerder in de tijd ligt dan zijn gevolg – in plaats van de formele rechtskracht op te rekken, zoals de Hoge Raad doet.

9.4 Toepassingsbereik en verhouding tot Leenders/Ubbergen

Ook in de zaak *Leenders/Ubbergen* gold, dat eiser Leenders een vergunning had kunnen aanvragen, met het doel om bij de bestuursrechter tegen de te verwachten afwijzing daarvan te kunnen procederen.³¹ Ten aanzien van Leenders overwoog de Hoge Raad, dat ‘deze weinig voor de hand liggende weg’ de toegang tot de burgerlijke rechter niet kon blokkeren.

Van Kuijpers wordt wél verlangd, dat hij een afwijzing uitlokt, om daartegen te gaan procederen. Dit roept de vraag op, of hiermee de regel uit *Leenders/Ubbergen* is verouderd. Naar mijn inschatting is dat niet het geval. De regel van verplichte uitlokking van een afwijzing is geformuleerd tegen de achtergrond van drie bijzonderheden van het geval *Kuijpers/Valkenswaard*.

- (1) Het voldoen aan de eisen die door de onverbindende regeling werden gesteld, was een voorwaarde om een begunstigende beschikking te kunnen verkrijgen. De eis in de onverbindende regeling raakt dus slechts die burgers, die hun bedrijf willen uitbreiden. Zij bevat geen rechtstreeks tot eenieder gerichte ge- of verboden.
- (2) Er ligt een begunstigende beschikking voor, die formele rechtskracht heeft verkregen. In die beschikking is de verplichting uit de onverbindende regeling herhaald.
- (3) In *Kuijpers/Valkenswaard* neemt de Hoge Raad aan, dat van Kuijpers verlangd kan worden, dat hij de afwijzing van een vergunningsaanvraag uitlokt. Die processtrategie pakt nadelig uit in het geval dat de bestuursrechter de bepaling uiteindelijk wel voor verbindend houdt. Het risico dat Kuijpers liep, was echter volledig economisch van aard.

Ik verwacht, dat de regel uit *Kuijpers/Valkenswaard* geen toepassing zal vinden in gevallen waarin deze drie bijzondere omstandigheden niet aan de orde zijn.

- (1) In *Leenders/Ubbergen* legde de onverbindende regeling *rechtstreeks* een verbod aan de burger op. Het ligt daarom (nog) minder voor de hand, om de burger naar de bestuursrechter te sturen, dan in een geval zoals dat van Kuijpers, die werd geraakt door een regeling die verband hield met de aanvraag van een typisch ruimtelijke-orderingsbesluit. Kuijpers moest, anders dan Leenders, hoe dan ook een vergunning aanvragen. Voorlopig ga ik er daarom van uit, dat de regel uit *Leenders/Ubbergen* nog overeind staat.³²
- (2) Als de onverbindende wettelijke voorwaarde niet in de definitieve beschikking wordt opgenomen, zal de regel uit *Kuijpers/Valkenswaard* evenmin van toepassing zijn.

³¹ Zie par. 7.3.

³² Helemaal zeker is dit natuurlijk niet. Mocht de Hoge Raad erop uit zijn, de overheidsaansprakelijkheid (nog verder) in te perken, dan zou het toepassen van de regel uit *Kuijpers/Valkenswaard* in gevallen als *Leenders/Ubbergen* daar een mogelijkheid toe zijn.

Interessant is *Rovers/Uden*.³³ Ook Rovers wordt er door inlichtingen over een onjuist ammoniakreductieplan toe gebracht, in ammoniakrechten te investeren. De investeringseis maakt deel uit van een aan Rovers verstrekte ontwerpvergunning. Voordat de vergunning definitief wordt vastgesteld, wijst de Afdeling haar uitspraken *Uden* en *Sevenum*. De gemeente schrapt dan de investeringseis uit Rovers' vergunning. Rovers vordert vervolgens bij de civiele rechter vergoeding van zijn schade. De investeringseis is in de vergunning niet terug te vinden. De schade is niet toe te rekenen aan de vergunning, maar aan voorafgaand handelen van de gemeente. De Rechtbank 's-Hertogenbosch wijst de vordering van Rovers – mijns inziens terecht – toe.

Ook in dit geval had de rechtbank aansprakelijkheid kunnen wegpoetsen met de redenering, dat Rovers de investering niet had hoeven doen, maar in plaats daarvan een afwijzing had kunnen afwachten. Ik ga er echter vanuit, dat de regel uit *Kuijpers/Valkenswaard* niet bedoeld is om ook voor gevallen zoals bij Rovers aansprakelijkheid tegen te gaan. Doordat bij Rovers de investeringseis niet in de beschikking werd herhaald, kunnen de onjuiste inlichtingen in zijn geval wel als zelfstandig beschouwd worden. Dat maakt het verschil met het geval van *Kuijpers*.

- (3) Als de burger door het mislopen van een vergunning een groter risico loopt dan alleen het lijden van omzetschade, zijn er mijns inziens ook goede redenen om de regel uit *Kuijpers/Valkenswaard* niet toe te passen.

Stel, een vreemdeling die zijn verblijfsvergunning wil laten verlengen, moet van te voren een kostbare cursus doen. Stel, dat de Hoge Raad na enige tijd procederen door een aantal belangenclubs uitsprekt, dat de wettelijke verplichte regeling om de cursus te doen onverbindend is, omdat zij strijdig is met het internationale recht.³⁴ Wat gebeurt er als een inmiddels verlengde verblijfsvergunning de constatering bevat, dat de cursus met goed gevolg is afgelegd, zodat de vergunning verlengd kan worden? Ook hier had de belanghebbende kunnen weigeren de cursus te doen, teneinde tegen de te verwachten afwijzing van de aangevraagde verlenging te procederen.

Kuijpers riskeerde alleen winstderving door het uitlokken van een afwijzing. Een vreemdeling die zijn verblijfsvergunning wil laten verlengen, zet echter zijn recht om in Nederland te verblijven op het spel als hij een afwijzing uitlokt. Om die reden valt het de vreemdeling niet te verwijten als hij zich strikt aan een later onverbindend gebleken regeling houdt. De vreemdeling moet daarom achteraf bij de burgerlijke rechter om schadevergoeding kunnen vragen.

33 Rb. 's-Hertogenbosch, 9 oktober 2002, Zaaknummer 27262/HA ZA 98-1651 (niet gepubliceerd). Zie ook noot 29.

34 Vgl. par. 9.2.1, noot 10.

Het voorgaande overziende is de conclusie als volgt. De *Valkenswaard*-jurisprudentie heeft niet noodzakelijk een verstrekkend bereik. Zij geldt alleen voor gevallen, waar een burger voorafgaand aan het nemen van een begunstigende beschikking door (verstrekking van onjuiste informatie over) een onverbindend voorschrift schade lijdt, doordat hij in vertrouwen op de juistheid van dat voorschrift een onnodige investering doet, de latere begunstigende beschikking de ten onrechte gestelde eis herhaalt en de burger door het uitlokken van een afwijzing alleen het risico van winstderving loopt.

De regel uit *Leenders/Ubbergen* blijft overeind.

Deel III: De burgerlijke rechter en het toetsingsverbod van art. 120 Gw

Opbouw Deel III

In de voorgaande twee delen is onderzocht, hoe bij de burgerlijke rechter kan worden geprocedeerd ter zake van onverbindende voorschriften. Daarbij is geen onderscheid gemaakt tussen de wet in formele zin en lagere regelingen. Het rechtsregime voor toetsing van de formele wet aan internationaal- of Europees recht is immers op grote lijnen hetzelfde als het regime voor toetsing van lagere regelingen.

Dit derde deel gaat uitsluitend over de formele wet, in dit deel meestal kortheidshalve aangeduid als 'de wet'. Ik onderzoek de bijzondere problemen waarvoor de burgerlijke rechter komt te staan, doordat art. 120 Gw hem verbiedt de formele wet te toetsen aan hoger recht van nationale origine. Dit deel dient twee doelen. Het beoogt op de eerste plaats een systematisch overzicht te geven van de gevolgen die het toetsingsverbod heeft voor de rechtspraak van de burgerlijke rechter. Op de tweede plaats wordt een interpretatie van het toetsingsverbod bepleit waarbij de rechtsbescherming voor de burger zoveel mogelijk intact blijft, zonder dat de kern van het verbod wordt aangetast. Het normatieve uitgangspunt is daarbij, dat het toetsingsverbod niet ruimer hoeft te worden uitgelegd dan zijn functie vereist.

Eerst bespreek ik in hoofdstuk 10 enkele relevante elementen uit de totstandkomingsgeschiedenis van het toetsingsverbod, gevolgd door een positiefrechtelijke beschouwing van de jurisprudentie op het toetsingsverbod in hoofdstuk 11. In hoofdstuk 12 bepleit ik, dat het toetsingsverbod duidelijker moet worden geïnterpreteerd in het licht van zijn functie. Dat mondt uit in het betoog, dat het toetsingsverbod niet in de weg zou moeten staan aan op het *égalité*-beginsel gegronde vorderingen voor schade als gevolg van een wet in formele zin (hfdst. 13).

10 Totstandkomingsgeschiedenis van het toetsingsverbod

10.1 Inleiding

Een beknopte weergave van de relevante elementen uit de totstandkomingsgeschiedenis van het toetsingsverbod kan in dit betoog niet ontbreken. In hoofdstuk 12 en hoofdstuk 13 komt een belangrijke rol toe aan het leerstuk dat de wet in niet-verdisconteerde gevallen buiten toepassing blijft, als die toepassing in strijd is met een rechtsbeginsel.¹ Bovendien baseer ik mijn verdere betoog verscheidene malen op de functie van het toetsingsverbod. Ik wil daarom laten zien, wat de wetsgeschiedenis leert over de functie van het toetsingsverbod en over de mogelijkheid om de wet in uitzonderlijke gevallen buiten toepassing te laten.²

Art. 120 Gw stamt in zijn huidige formulering uit 1983. De regering presenteerde het toetsingsverbod in de nieuwe stijl als een voortzetting van het toen bestaande toetsingsverbod.³ De parlementaire geschiedenis van het oude toetsingsverbod bleef dus van belang. Ik bespreek eerst de totstandkomingsgeschiedenis van het oorspronkelijke en daarna die van het huidige toetsingsverbod.

10.2 Het toetsingsverbod-oude stijl

De Grondwetten van voor 1848 bevatten geen bepaling die de rechter het toetsingsrecht toekende of ontzegde.⁴ Volgens Struycken is de rechter in de periode, gedurende welke een grondwetsbepaling over het toetsingsrecht ontbrak, nooit gevraagd om een wet aan de Grondwet te toetsen.⁵

1 HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (Harmonisatiewet), r.o. 3.9.

2 Dat is overigens niet zo veel. Voor een overzicht van de hele geschiedenis van het verbod: Van Houten 1997, p. 27-51.

3 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3 p. 20 (MvT); *Kamerstukken II* 1980/81, 16 162, nr. 11, p. 5 (NEV): de betekenis van art. 131 Gw 1972 is ook in het nieuwe artikel tot uitdrukking gebracht.

4 Hetzelfde geldt voor de verschillende staatsregelingen tussen 1798 en 1814; Van Houten 1997, p. 30-32.

5 Struycken 1915, p. 91, hoofdtekst en noot 1. Zie ook Beelaerts van Blokland 1868, p. 175; Van Houten 1997, p. 28. Tegen deze achtergrond lijkt mij de vraag of het toetsingsrecht in die periode in abstracto heeft bestaan niet met zekerheid beantwoordbaar. Buijs 1883, p. 633-634, meent dat tot 1848 het bestaan van toetsingsbevoegdheid moeilijk te betwisten viel. Volgens Van Houten 1997, p. 32 en Beelaerts van Blokland 1868, p. 177 en 184 bestond het toetsingsrecht juist niet.

In 1848 werd het toetsingsverbod in de Grondwet opgenomen.⁶ De bepaling luidde:

‘Alle voorstellen van wet, door de Staten-Generaal aangenomen en door de Koning goedgekeurd, verkrijgen kracht van wet en worden door de Koning afgekondigd.
De wetten zijn onschendbaar.’

De formulering ‘De wetten zijn onschendbaar’ lokte veel kritiek uit. Verscheidene kamerleden én de meeste commentaren vonden haar onduidelijk of duister.⁷ De Kamer vat de frase blijkens het voorlopig verslag als volgt op. De bepaling betekent volgens haar, dat zolang de wetgever niet tussenbeide treedt,

‘de *geldigheid* der wetten boven alle bedenking verheven moet zijn.’ [curs. RS]

De regering repliceert in haar memorie van antwoord, dat de kamer de bedoeling van de bepaling juist heeft begrepen. Zij strekt ertoe, de uitvoerende macht, de rechter én de decentrale overheden

‘alle gelijkelijk eene *volstreckte eerbiediging* van de wetten op te leggen’ [curs. RS].⁸

Tussen regering en kamer bestaat overeenstemming, dat het toetsingsverbod buiten twijfel stelt, dat de formele wet altijd verbindt. Ook haast alle commentatoren – met Thorbecke als bekende uitzondering⁹ – vinden de onschendbaarheidsbepaling mét deze toelichting voldoende duidelijk.¹⁰ De betekenis van de bepaling is, dat de geldigheid van de wet niet door een ander ambt dan de wetgever mag worden aangetast.

Er is geen oog voor een tempering van de gevolgen van het toetsingsverbod in die zin, dat de wet in een individueel geval buiten toepassing gelaten zou kunnen worden. De interpretatie die de regering blijkens het citaat geeft aan het toetsingsverbod – een plicht tot *volstreckte eerbiediging* van de wet – sluit die mogelijkheid zelfs uit.

6 C.A.J.M. Kortmann 1987, p. 33.

7 *Handelingen I* 1848/49, p. 468, te kennen uit: Struycken 1915, p. 92; zie ook Voorduyn 1848, p. 270. Commentatoren: Heemskerk 1881, p. 188; Stellinga 1953, p. 202; De Savornin Lohman 1920, p. 286; Oud 1970, p. 11.

8 *Handelingen I* 1848/49, p. 547, zie Struycken 1915, p. 92; Voorduyn 1848 p. 270.

9 Thorbecke 1848, p. 60-63, met de beroemde zinsnede ‘voor deze nieuwe spreuk zal (...) ieder als voor een gesloten deur blijven staan’ (Thorbecke 1848, p. 60). Overigens zijn de bezwaren die Thorbecke presenteert als bedenkingen tegen de formulering, veeleer bezwaren tegen het toetsingsverbod als zodanig.

10 In sommige oudere commentaren wordt de bepaling omschreven als een verbod om de wet aan de Grondwet te toetsen in plaats van als een verbod om de geldigheid van de wet aan te tasten. Destijds was het denken over rechtsbeginselen in het publiekrecht nauwelijks ontwikkeld. Er waren dus geen rechtsbeginselen ‘voorhanden’ waaraan de wet getoetst kon worden. In die omstandigheden kan een onschendbaarheidsbepaling adequaat worden weergegeven als een verbod op grondwettigheidstoetsing; zie Struycken 1915, p. 94; Stellinga 1953, p. 202; Oud 1970, p. 11. Anderen omschrijven de bepaling wel als een verbod om de verbindendheid van de wet aan te tasten; zie Heemskerk 1881, p. 188-189; De Savornin Lohman 1868, p. 286-287.

Een plicht tot volstrekte eerbiediging van de wet past in een legistisch denkraam. Als de wet kenbron hoort te zijn van alle recht, wordt het problematisch om in het concrete geval soms voorrang te geven aan ongeschreven normen door de wet buiten toepassing te laten.¹¹

10.3 Het toetsingsverbod-nieuwe stijl

De oude onschendbaarheidsbepaling wordt in 1983 vervangen door de frase:

‘De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.’¹²

Deze bepaling verandert volgens de regering niets aan het geldende recht, zoals dat nader was omljnd in het *Prof. Van den Bergh*-arrest.¹³ In de memorie van toelichting omschrijft de regering de betekenis van dat arrest als volgt. De grondwetgever heeft:

‘het oordeel over de vraag met welke bepalingen van de Grondwet bij het totstandbrengen der wetten moet worden rekening gehouden en hoe die bepalingen moeten worden uitgelegd en toegepast, uitsluitend willen doen toekomen aan de wetgever zelf en dus aan de beoordeling door de rechter onttrokken.’¹⁴

Daarbij mag onder de oude én de nieuwe bepaling noch de procedure van totstandkoming, noch de inhoud van de wet aan de Grondwet worden getoetst.¹⁵

Ook al wordt de nieuwe bepaling in de toelichting gepresenteerd als een voortzetting van het oude toetsingsverbod, de beperking van de tekst tot een verbod op grondwettigheidstoetsing roept de vraag op, of toetsing aan ongeschreven recht voortaan is toegestaan.¹⁶

11 Over legisme Jansen 2008, p. 27-28. Wellicht is legisme te verenigen met de bevoegdheid om de wet te toetsen aan de voldoende duidelijk geformuleerde bepalingen van de Grondwet (vgl. de opmerkingen over art. 11 Wet AB in par. 2.3). Hier gaat het mij erom, dat de plicht tot *volstrekte* eerbiediging van de wet getuigt van de legistische gedachte, dat de wetgever in de wet een belangenafweging zou kunnen neerleggen die in alle concrete gevallen redelijk uitwerkt.

12 Art. 120 Gw is een samenvoeging van art. 60 lid 3 Gw 1972 (een verbod op grondwettigheidstoetsing van verdragen) en art. 131 Gw 1972 (het toetsingsverbod-oude stijl). C.A.J.M. Kortmann 1987, p. 333.

13 HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248 (zie par. 10.3); *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 20 (MvT).

14 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 20 (MvT).

15 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 20 (MvT).

16 De nieuwe formulering is letterlijk overgenomen uit de Proeve van een nieuwe grondwet. De toelichting in de Proeve vermeldt: ‘dat nu de wet niet “onschendbaar” wordt verklaard, maar de grondwettigheid van de wet aan het oordeel van de rechter wordt onttrokken, ruimte is geschapen voor de rechter, en wel gezien de cassatiegronden van art. 97 van de wet op de rechterlijke organisatie (...) om zich te begeven in het algemene rechtskarakter van een wet.’ De ruimte die de formulering biedt voor toetsing aan andere hogere normen dan de Grondwet, is door de bedenkers van de formulering dus ook bedoeld, Proeve 1966, p. 180. Zie ook Van Maarseveen 1966, p. 253-261, i.h.b. p. 256 en 259; Koekkoek e.a. 2000, p. 545-546.

De regering stelt aanvankelijk, dat de aanpassing van de formulering niet de bedoeling heeft de rechter bevoegdheid te verlenen om:

‘zich te begeven in het algemene rechtskarakter van een wet, met andere woorden: voor het onderzoek naar de vraag of een wet in overeenstemming is met algemene rechtsbeginselen, en het eventueel uit dien hoofde buiten toepassing laten van de wet.’¹⁷

In de Kamer wordt de vrees geuit, dat deze opmerking in de memorie van toelichting de mogelijkheid zou kunnen blokkeren om in een incidenteel geval de toepassing van een dwingend wetsvoorschrift achterwege te laten als toepassing van dit voorschrift strijdig blijkt met een rechtsbeginsel.¹⁸

De regering antwoordt, dat de nieuwe formulering de gedachte van onschendbaarheid juist pregnanter weergeeft dan de oude bepaling. Het artikel staat niet toe dat de rechter het algemene rechtskarakter van een wet beoordeelt.¹⁹ Meteen daarop laat zij echter een – gezien het voorgaande – verwarrende passage volgen:

‘Het behoort tot het normale proces van rechtsvinding dat de rechter in een hem voorgelegd geval nagaat of een wettelijk voorschrift dient te worden toegepast. Toepassing kan achterwege blijven omdat het betreffende voorschrift strijdig is met een in de wet of in een verdrag geformuleerd algemeen rechtsbeginsel. In deze gevallen is er sprake van een toetsing die buiten art. [120 Gw] om gaat. In dit artikel gaat het uitsluitend om het verbod te treden in de beoordeling van de grondwettigheid. Buiten toepassing laten mag niet geschieden op de grond, dat de rechter uitspreekt dat de wet ongrondwettig is. Daartegen wordt de formele wet beschermd door art [120 Gw].’²⁰

In haar nota naar aanleiding van het eindverslag stelt de regering vervolgens weer, dat aan de nieuwe formulering geen andere betekenis moet worden gehecht dan aan het oude toetsingsverbod;

‘met name niet de betekenis, dat de deur zou openstaan voor een toetsing door de rechter van de wet aan het recht (buiten de (...) toetsing van de wet aan een ieder verbindende bepalingen uit internationale overeenkomsten.)’²¹

Bij de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer benadrukken zowel staatssecretaris Haars als regeringscommissaris Simons nogmaals, dat de rechter ook onder de nieuwe formulering de wet niet aan ‘het recht’ mag toetsen.²² De laatste voegt daaraan wel weer toe:

17 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3 p. 21 (MvT). Over de *contra legem*-jurisprudentie uitgebreid par. 11.5.

18 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 162, nr. 6, p. 13 (VV).

19 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 162, nr. 8, p. 22 (MvA).

20 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 162, nr. 8, p. 22-23 (MvA).

21 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 162, nr. 11, p. 5 (NEV).

22 De CDA-fractie blijft herhaalde malen benadrukken dat zij de bepaling wél zo opvat, dat deze toetsing aan rechtsbeginselen zou toestaan. Zij geeft deze volgens haar door de bepaling geboden mogelijkheid ook als een reden om vóór het nieuwe artikel te stemmen, *Handelingen II* 1980/81, p. 3255. Die stemverklaring lokt de hierboven weergegeven reactie van regering en regeringscommissaris uit.

‘Het artikel spreekt uitsluitend over de grondwettigheid van de wet. Daaruit af te leiden dat de rechter de wet wél zou mogen toetsen aan het recht, gaat onzes inziens te ver. Verder wordt de verhouding tussen wet en recht zeker beïnvloed door algemene rechtsbeginselen. Allereerst hebben deze hun werking voor de interpretatie van de wet. Dan kunnen zich gevallen voordoen – uitzonderingsgevallen – waarin zelfs een formele wetsbepaling op grond van algemene rechtsbeginselen door de rechter geacht wordt buiten toepassing te moeten blijven. Dat geldt thans en dat zal ook gelden bij het nieuwe artikel (...) niet meer, maar ook niet minder.’²³

Wat is nu de conclusie over het standpunt van de grondwetgever ten aanzien van de vraag wanneer de formele wet buiten toepassing gelaten mag worden omdat die toepassing strijdig is met een rechtsbeginsel?

De verschillende passages over deze kwestie spreken elkaar deels tegen. Ter geruststelling van hen die vrezen dat deze mogelijkheid wordt geblokkeerd, neemt de regering in de memorie van antwoord de hierboven geciteerde passage op. Daarin schiet zij door: deze passage valt op zichzelf genomen nauwelijks anders te lezen dan als een openstelling van toetsing aan rechtsbeginselen.²⁴ Dit wordt vervolgens weersproken door de overige weergegeven passages, waarin de regering en de regeringscommissaris benadrukken dat de rechter het algemene rechtskarakter van de wet niet mag beoordelen. Tot slot komt naar voren, dat de wet soms toch buiten toepassing gelaten mag worden. De regeringscommissaris formuleert dit zo, dat in ‘uitzonderingsgevallen’ ‘zelfs een formele wetsbepaling’ wegens een algemeen rechtsbeginsel buiten toepassing gelaten kan worden. De – mijns inziens essentiële – voorwaarde dat het moet gaan om een geval dat de wetgever bij de totstandkoming van de wet niet bewust heeft meegewogen, wordt niet genoemd.

Uit dit samenstel van elkaar deels tegensprekende beweringen valt slechts af te leiden dat de grondwetgever het buiten toepassing laten van de wet bij strijd met een rechtsbeginsel duidelijk heeft willen toestaan, maar deze mogelijkheid wel beschouwde als een uitzonderingsgeval. Wellicht mede door de toenmalige stand van de jurisprudentie lijkt de deelnemers aan het debat geen uitgekristalliseerd beeld van deze rechtsfiguur voor ogen te hebben gestaan. Duidelijk is wel, dat de regering niet langer vindt dat de rechter gehouden is tot ‘volstreekte eerbiediging van de wetten’. De legistische gedachte, dat de wetgever in staat is, om algemene wetten te maken die in ieder concreet geval acceptabel uitwerken, wordt daarmee losgelaten.

23 *Handelingen II* 1980/81, p. 3321 resp. p. 3324. Deze formulering wekt de indruk, dat de wet buiten toepassing gelaten mag worden zodra die (toepassing) maar in voldoende ernstige mate in strijd zou komen met een rechtsbeginsel. De voorwaarde dat zich een geval voordoet dat de wetgever niet onder ogen heeft gezien, is pas in het *Harmonisatiewet*-arrest (1989) geïntroduceerd. Zie hierna, par. 11.5.2.

24 In die zin C.A.J.M. Kortmann 1987, p. 334 en – voorzichtig – Nicolai 1984, p. 7; bestreden door Mok 1985, p. 56. De passage is inderdaad lastig anders uit te leggen. Een alinea ervoor stelt de regering echter dat geen ruimte wordt geschapen voor beoordeling van het ‘algemene rechtskarakter’ van de wet. De twee alinea’s zijn eenvoudig onderling tegenstrijdig.

11 | Positief recht. Jurisprudentie op het toetsingsverbod

11.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de jurisprudentie op het toetsingsverbod. Op een enkele uitzondering na bespreek ik de jurisprudentie van de burgerlijke rechter. Ik beantwoord de vraag, welke gevolgen het toetsingsverbod heeft voor rechtsvorderingen tegen de Staat ter zake van het handelen van de formele wetgever.

De indeling is als volgt.

In de paragrafen 11.2 tot en met 11.4 komt de kern van het toetsingsverbod aan bod, zichtbaar in het *Prof. Van den Bergh-* en het *Harmonisatiewet-*arrest (par. 11.2); en in de uitbreiding die deze kern in *Tegelen/Limburg* heeft gekregen (par. 11.3).

Daarna, in de paragrafen 11.5 tot en met 11.7 komen de mogelijkheden aan de orde die resteren om in individuele gevallen rechtsbescherming te bieden: de *contra legem*-rechtspraak (par. 11.5) en de staatsaansprakelijkheid voor niet-wetgeven (par. 11.6). Het leerstuk uit *Kooren-Maritiem* begrenst de resterende rechtsbescherming (par. 11.7). Ik sluit het hoofdstuk af met een korte opmerking over bloot-formele wetgeving (par. 11.8).

Deze 'thematische' indeling geeft een duidelijker beeld van het toetsingsverbod dan een chronologische bespreking van de relevante arresten. Ik neem het nadeel op de koop toe, dat soms hetzelfde arrest in twee verschillende paragrafen aan bod moet komen.

De indeling in een kern van het toetsingsverbod en een restant aan rechtsbescherming keert terug in paragraaf 12.4.

11.2 Kern van het toetsingsverbod (I): geen toetsing van de uitgevaardigde wet

Een uitgevaardigde wet mag formeel (par. 11.2.1), noch materieel (11.2.2) getoetst worden.

11.2.1 Verbod op formele toetsing

Het *Prof. Van den Bergh*-arrest is de *locus classicus* voor het verbod op formele toetsing van de wet.¹ Met formele toetsing is bedoeld: de beoordeling of bij tot stand brengen van de wet is voldaan aan de daarvoor gestelde procedurele vereisten.²

Bij invoering van de AOW wordt het pensioen van Tweede-Kamerleden met een gelijk bedrag gekort.³ Voor de geldelijke voorzieningen voor leden en oud-leden van de Staten-Generaal geldt en gold de grondwettelijke eis, dat deze worden geregeld in een wet die met tweederde meerderheid wordt aangenomen, zie art. 63 Gw. Het kortingswetje wordt zonder hoofdelijke stemming aangenomen. Volgens oud-kamerlid Van den Bergh is daardoor niet komen vast te staan, dat de grondwettelijke eis van een tweederde meerderheid is vervuld. Dit brengt volgens hem mee, dat de wet Kamerleden niet verbindt. Van den Bergh vordert doorbetaling van het gekorte bedrag.

Volgens de Hoge Raad volgt uit het toetsingsverbod, dat:

‘de rechter, gesteld voor de vraag, of enig zich blijkens de wijze van afkondiging als wet aandienend voorschrijft in den zin van het eerste lid van artikel 131 kracht van wet heeft doordat de in dat artikel bedoelde aanneming door de Staten-Generaal en goedkeuring door den Koning hebben plaatsgevonden, bij de beantwoording van deze vraag het standpunt, dat ten aanzien van die aanneming blijkens de voor zijn kennisneming vatbare stukken door de Staten-Generaal zelf is ingenomen, zal hebben te eerbiedigen;
dat met betrekking tot de (...) wet (...) waarvan Van den Bergh de aanneming door de Staten-Generaal betwist, uit de handelingen van de Staten-Generaal ondubbelzinnig volgt dat naar het oordeel van elk van beide kamers van de Staten-Generaal het ontwerp van die wet door die kamer (...) is aangenomen;
dat op grond van dit oordeel, dat niet ter toetsing staat van den rechter, het desbetreffende voorstel van wet voor aangenomen moet worden gehouden, zodat, nu het blijkens de wijze waarop

1 HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248. De Hoge Raad weigerde al eerder te toetsen of een wet onverbindend was wegens niet horen van de Raad van State, zie HR 25 november 1912, *W* 9419, p. 2.

2 Het onderscheid tussen formele en materiële toetsing is niet haarscherp. Het eerste kan worden omschreven als nagaan, of voor de totstandkoming van een besluit de daarvoor rechtens voorgeschreven procedure is gevolgd; het tweede als het nagaan, of de inhoud van een besluit in overeenstemming is met het recht. Meestal is het verschil duidelijk. Tussenvormen zijn echter mogelijk, vooral wanneer een bijzondere procedure verplicht is voor, dan wel een bevoegdheid is beperkt tot het nemen van een besluit met een bepaalde inhoud. Als van een dergelijk besluit wordt nagegaan of, gezien de inhoud, de juiste procedure is gevolgd, zijn elementen van formele én van materiële toetsing aanwezig. Het verschil tussen beide soorten toetsing heeft geen rechtsgevolgen. Voor lagere regelgeving zijn beide typen toetsing toegestaan; voor de wet in formele zin zijn beide verboden (vgl. par. 2.3). Dat zou een reden kunnen zijn om het hele onderscheid te laten vallen (zoals Van Houten 1997, p. 45). Daar staat tegenover dat het onderscheid in de meeste gevallen wél duidelijk is en dat de Hoge Raad (zie r.o. 3.4 van *Tegelen/Limburg*, par. 11.3) en de meeste handboeken het onderscheid ook maken. Het onderscheid heeft blijkbaar een didactische en systematiserende functie.

3 Wet van 31 januari 1957, *Stb.* 1957, 30.

het door de Koningin is afgekondigd, mede de Koninklijke goedkeuring verworven heeft, dat voorstel in den zin van het eerste lid van artikel 131 van de Grondwet kracht van wet heeft gekregen en door de afkondiging verbindend is geworden’.

Volgens de Hoge Raad is formele toetsing verboden.

Van den Berghs stelling, dat het toetsingsverbod uitsluitend materiële toetsing verbiedt en formele toetsing zou toestaan, is niet onbegrijpelijk. Op andere regelingen dan de wet in formele zin – zoals AMvB’s of ministeriële regelingen – is het toetsingsverbod niet van toepassing. De rechter moet dus, als hem wordt gevraagd een regeling aan de Grondwet te toetsen, vaststellen of hij met een wet in formele zin van doen heeft, of met een ander, wél toetsbaar besluit. De rechter kan zich niet baseren op wat een partij daarover beweert. Hij moet zich een eigen oordeel vormen. De rechter moet dus altijd een minimum aan formele toetsing vereisten: hij moet zelf nagaan, of het hem voorgelegde besluit de vereiste vormkenmerken bezit om voor onschendbare wet te kunnen doorgaan. Vanuit die gedachte is het niet zo’n grote stap om te veronderstellen, dat de rechter voor álle vereiste vormkenmerken van een wet mag nagaan, of de wet ze bezit.

Volgens de Hoge Raad zijn de eigenschappen waaraan de rechter de onschendbare wet herkent: de vraag (1) of een voorstel van wet volgens de Staten-Generaal zélf is aangenomen en (2) of het is bekrachtigd. Ten aanzien van een handeling van regering en/of Staten-Generaal die niet aan deze minimumvereisten voldoet, kan de rechter verklaren, dat zij geen wet in formele zin inhoudt.⁴ De burgerlijke rechter zou in een voorkomend geval dan ook een verklaring voor recht kunnen geven dat een bepaalde handeling van regering en/of Staten-Generaal geen wet in formele zin inhoudt, omdat zij de twee minimumkenmerken van een formele wet niet bezit. Een besluit dat de twee minimumkenmerken wél bezit, mag echter verder niet getoetst worden aan de ‘overige’ formele vereisten waaraan de wet moet voldoen.

Soms verplicht een gewone wet, om bij totstandkoming van een (andere) specifieke wet een bijzondere hoor- of adviesprocedure te doorlopen voordat de eigenlijke, in de Grondwet geregelde wetsprocedure een aanvang neemt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij gemeentelijke herindeling. Deze geschiedt bij wet, art. 123 Gw. Nu vereist de Wet algemene regels herindeling (Wet arhi)⁵ dat éérst een herindelingsontwerp wordt opgesteld door provinciale staten in overleg met de betrokken gemeente(n), voordat de regering een wetsvoorstel voor een gemeentelijke herindeling indient.⁶ In *Tegelen/Limburg* blijkt, dat het verbod van formele toetsing ook

4 De Hoge Raad had die buitengrens nóg terughoudender kunnen kiezen. Zo meende Struycken 1915, p. 94-95, dat ieder besluit dat door de Koning als wet is afgekondigd, een onschendbare wet is, zelfs als het niet door de Staten-Generaal is aangenomen. Van den Bergh 1961, p. 394, concludeert uit het arrest, dat de Hoge Raad formele toetsing juist aanvaardt. Ten aanzien van de twee ‘minimumkenmerken’ is dat te verdedigen.

5 Wet van 24 oktober 1984, *Stb.*1984, 522.

6 Een ander bij gewone wet voorgeschreven voorbereidingstraject kan van toepassing zijn, als de wetgever de structuur wijzigt van een publieke dienst die een onderneming is in de zin van de Wet op de ondernemingsraden. De Staat moet soms vóór indiening van een wetsvoorstel de ondernemingsraad horen. Zie Hof Amsterdam 22 juli 1999, *NJ* 1999, 806 (Dienst omroepbijdragen/Staat).

een verbod omvat om te toetsen of een dergelijke, bij gewone wet voorgeschreven procedure is nageleefd:

‘Zoals hiervoor reeds is aangestipt, geschiedt wijziging van de gemeentelijke indeling bij wet. Is een dergelijke wet eenmaal tot stand gebracht, dan komt aan de rechter niet het oordeel toe dat onrechtmatig is gehandeld doordat bij de voorbereiding en de behandeling van die wet ter zake gegeven procedurevoorschriften zijn geschonden. De rechter heeft het oordeel van de formele wetgever – de Regering en de Staten-Generaal – over de vraag of die voorschriften in acht zijn genomen, te eerbiedigen.’⁷

Ook schending van een in een (andere) gewone wet geregelde voorbereidingsprocedure door de wetgever of door een ander ambt, kan dus niet leiden tot onverbindendverklaring van een wet.⁸

Samengevat: art. 120 Gw verbiedt de rechter om te toetsen of bij totstandkoming van een wet de voorgeschreven procedure is gevolgd. Dit verbod omvat zowel grondwettelijke als bij gewone wet gestelde procedurevoorschriften. Wél heeft het verbod noodzakelijk een ‘buitengrens’. In voorkomend geval zou de (burgerlijke) rechter daaraan kunnen toetsen.⁹

11.2.2. Verbod op materiële toetsing

Het *Harmonisatiewet-arrest*¹⁰ is het toonaangevende arrest voor het toetsingsverbod in de formulering van 1983.

De maximale duur van studiefinanciering wordt in de ‘Harmonisatiewet’ voor alle studenten gelijkgetrokken. Voorheen was volledige financiering van een tweede studie onder voorwaarden mogelijk. Onder het regime van de Harmonisatiewet wordt de duur van de eerste studie plotseling meegerekend bij het bepalen van de maximale studieduur. Voor verscheidene studenten die een tweede studie volgen, blijkt de studiefinanciering daardoor veel eerder af te lopen dan bij aanvang van deze studie te verwachten was. De Landelijke Studenten Vakbond vordert een

⁷ HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160, r.o. 3.4, tweede alinea.

⁸ Gaat dit arrest over het toetsingsverbod of over de *specialis*-regel? Als de totstandkoming van een herindelingswet afwijkt van de procedure die de Wet arhi voorschrijft, kan deze herindelingswet worden gezien als een *specialis* (en een *posterior*) ten opzichte van de Wet arhi (zie ook de conclusie van A-G Mok, nr. 3.7.1). De Hoge Raad redeneert dat de rechter het oordeel van de wetgever over de vraag, of een andere wet correct is nageleefd, dient te eerbiedigen. Anders gezegd: de Hoge Raad stelt niet voorop, dat de wetgever bevoegd is van de eigen wet af te wijken (een *specialis/posterior*-redenering), maar stelt, dat de rechter hier gebonden is aan een wetsinterpretatie van de wetgever. De rechter mag dus niet eens nagaan óf de beide wetten conflicteren. Dat is een redenering langs de lijn van het toetsingsverbod.

⁹ Volgens Van Houten 1997, p. 44-45, geldt een absoluut verbod op formele toetsing, maar mag de rechter wel nagaan of datgene wat zich als wet aandient, wet is. Mij lijkt, dat formele toetsing hetzelfde is, als nagaan of een handeling die zich als een bepaald besluit aandient, ook daadwerkelijk als zodanig kan gelden. Tussen onderzoeken of hetgeen zich aandient als wet, wet is, en onderzoeken of alle procedurele vereisten zijn vervuld, bestaat slechts gradueel verschil. In het eerste geval is de rechter sneller tevreden.

¹⁰ HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469.

bevel aan de Staat om deze studenten te blijven financieren volgens het regime van de oude wet. De vordering steunt, voor zover hier relevant, op het ongeschreven rechtszekerheidsbeginsel en op art. 43 lid 2 Statuut, dat het rechtszekerheidsbeginsel codificeert.¹¹

De Hoge Raad stelt in zijn overwegingen voorop, dat het toetsingsverbod vóór de grondwetswijziging van 1983 elke toetsing van de wet uitsloot, 'aan welke hogere regel dan ook.' De nieuwe formulering uit 1983 roept de vraag op, of de grondwetgever heeft willen toestaan, dat de formele wet voortaan aan algemene rechtsbeginselen wordt getoetst (r.o. 3.3).¹² De Hoge Raad geeft een uitvoerig overzicht van de in de literatuur gevoerde discussie over een dergelijke interpretatie van het toetsingsverbod. Deze discussie

'...noopt tot de conclusie dat, al valt niet te ontkennen dat de rechtsontwikkeling sedert het totstandkomen van de [G]rondwet van 1983 het gewicht van de voor restrictieve interpretatie van dat verbod pleitende argumenten heeft doen toenemen, moet worden geoordeeld dat de rechter de hem gestelde grenzen zou overschrijden door te oordelen dat art. 120 Grondwet zich niet (ook) tegen toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen verzet.'

Het is en blijft de (burgerlijke) rechter dus verboden om de formele wet te toetsen aan algemene rechtsbeginselen.¹³

Ook het beroep op art. 43 lid 2 Statuut strandt.¹⁴ De ontstaansgeschiedenis van het Statuut van het Koninkrijk en een 'traditie van niet toetsing' binnen het Koninkrijk staan in de weg aan toetsing van de formele wet aan het Statuut.¹⁵

De Hoge Raad merkt wel op, dat hij 'de te dezen bestreden bepalingen (...) in strijd acht met gerechtvaardigde verwachtingen'.¹⁶ Art. 120 Gw verbiedt de rechter blijkbaar niet, om zich terloops te laten ontvallen dat hij een wet in strijd acht met een rechtsbeginsel.¹⁷ Kan deze 'bevoegdheid' de basis vormen voor een constructie die lijkt op een declaratoire overbindendverklaring?¹⁸ De civiele rechter kan immers een declaratoir geven, dat een lagere regeling in strijd is met hoger recht, of dat een formele wet in strijd is met een verdrag. De wetgever wordt daardoor in

11 Uitgebreid over de omstandigheden bij de totstandkoming van de Harmonisatiewet: Stroink 1990, p. 16-21.

12 Vgl. par. 10.3. Volgens eisers is dit na de tekstwijziging van 1983 mogelijk, zie het incidenteel cassatiemiddel sub 1.

13 Over de uitzondering in de vorm van de *contra legem*-leer hierna, par. 11.5.

14 R.o. 4.5.

15 Fleuren houdt vol, dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van het Statuut wél het bestaan van toetsingsbevoegdheid kan worden afgeleid, Fleuren 2004a, p.143. Zo ook C.A.J.M. Kortmann 2008, p. 110.

16 R.o. 3.1.

17 De oudere arresten HR 28 februari 1868, *W* 2995; HR 25 november 1912, *W* 9419; HR 9 januari 1924, *W* 11.173 bevatten steeds een overweging met de strekking dat de rechter zich niet mag *uitlaten* over de grondwettigheid van de wet. De Raad van State huldigt dit standpunt nog steeds, zie ABRvS 24 juli 2002, *AB* 2003, 204.

18 Daarover par. 5.3.1.

een positie gebracht, waarin hij zijn regeling zou moeten aanpassen. Gewoonlijk doet hij dat ook. Kan een benadeelde vorderen, dat de rechter voor recht verklaart dat een wet in strijd komt met een rechtsbeginsel (of met de Grondwet of het Statuut), zij het, zonder dat hij uitspreekt dat de wet niet verbindt?

Het belang dat eiser bij zo'n uitspraak zou kunnen hebben is de te verwachten gevoeligheid van de wetgever voor zo'n oordeel.¹⁹ Uit een dergelijk oordeel kan echter nooit een rechtsplicht van de Staat jegens de eiser voortvloeien.²⁰ Daarom zal de eiser nooit een rechtens relevant belang bij de vordering hebben. Een dergelijke vordering wordt op grond van art. 3:303 BW afgewezen.²¹

11.3 Kern van het toetsingsverbod (II): het toetsingsverbod werpt zijn schaduw vooruit

Het zojuist al gedeeltelijk besproken *Tegelen/Limburg* geeft een tweede regel.

Provinciale staten van Limburg hadden, conform de Wet arhi, met de gemeente Tegelen overlegd over een provinciaal plan voor een gemeentelijke herindeling. Volgens Tegelen was de provincie Limburg niet voldoende onbevangen aan dat overleg begonnen. Tegelen vordert een verbod aan de provincie om het provinciale herindelingsplan aan het Rijk te sturen.

Volgens de Hoge Raad staat art. 120 Gw in de weg aan een verbod aan de provincie om een herindelingsontwerp naar de Staat te sturen. Hij redeneert, dat *nadat* de herindelingswet eenmaal tot stand is gekomen, de rechter deze niet meer (formeel) kan toetsen.²² Daarom is voor de burgerlijke rechter ook geen rol weggelegd *voordat* de eigenlijke wetsprocedure is begonnen:

‘Met dit stelsel [het verbod van formele toetsing, RS] zou niet te rijmen zijn dat de rechter in de loop van de procedure die tot een wet in formele zin leidt, wél zou kunnen oordelen dat procedurevoorschriften niet in acht zijn genomen en op die grond in het wetgevingsproces zou kunnen ingrijpen, hetgeen zou meebrengen dat de vraag of procedurevoorschriften zijn geschonden en, zo ja, welke gevolgen daaraan moeten worden verbonden, *in feite wordt onttrokken aan de beoordeling door de formele wetgever*, aan wie dit oordeel bij uitsluiting toekomt.’ (curs. RS)

Het eigenlijke toetsingsverbod verbiedt de rechter, om de gelding van een *wet* aan te tasten. Op grond van *Tegelen/Limburg* delen handelingen ter voorbereiding van een wet in die onschendbaarheid.²³ Het toetsingsverbod werpt zijn schaduw voor-

19 De Harmonisatiewet is aangepast bij wet van 10 juli 1989, *Stb.* 295.

20 Noch een plicht tot niet-toepassing, noch een plicht tot schadevergoeding.

21 Vgl. ook HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey).

22 Dit is een extensieve uitleg van het *Prof. Van den Bergh*-arrest, zie hiervoor, par. 11.2.1.

23 *Tegelen/Limburg* vertoont verwantschap met het *Waterpakt*-arrest (zie par. 15.3.1) Beide arresten getuigen van terughoudendheid ten aanzien van het wetgevingsproces. Dogmatisch zitten de arresten echter anders in elkaar. De Hoge Raad redeneert in *Waterpakt* vanuit het primaat van de politiek. De burgerlijke rechter kan geen bevel tot wetgeving geven, omdat hij zich niet zou horen te mengen in de politieke afweging, of een wet tot →

uit. De ratio daarvoor is, dat de exclusieve bevoegdheid van de wetgever om te beoordelen of een wetsontwerp rechtmatig is, niet wordt ondergraven.²⁴

11.4 Kern van het toetsingsverbod (III): balans en civielrechtelijk gevolg

a. balans

De kern van het toetsingsverbod is nu in beeld.

Naar de letter verbiedt art. 120 Gw de rechter om de wijze van totstandkoming en de inhoud van de wet te toetsen aan de Grondwet.²⁵ Dit verbod omvat echter ook een verbod op toetsing aan het Statuut²⁶ of aan ongeschreven rechtsbeginselen.²⁷ De rechter mag zich wel in opiniërende zin uitlaten over de verenigbaarheid van de wet met een rechtsbeginsel. Een vordering waarbij de civiele rechter een declaratoir met die strekking wordt gevraagd, strandt echter op gebrek aan belang.

De kern van het toetsingsverbod krijgt in *Tegelen/Limburg* een uitbreiding. De Hoge Raad laat ook voorbereidingshandelingen ten aanzien van de formele wet delen in de onschendbaarheid van de wet. Hij wil daarmee voorkomen, dat de beoordeling van de inhoud van een wetsvoorstel aan de wetgever wordt onttrokken.

b. gevolg voor (on)rechtmatigheid naar burgerlijk recht

Als een (materiële) wetgever een regeling uitvaardigt die door de rechter onverbindend wordt verklaard, dan betekent dat, dat de (materiële) wetgever door uitvaardiging van zijn voorschrift een hogere rechtsregel heeft geschonden. Die schending van hoger recht is een onrechtmatige daad.²⁸

De kern van het toetsingsverbod houdt in dat de formele wetgever zélf beoordeelt, of de wet in overeenstemming is met de Grondwet, het Statuut of rechtsbeginselen. De burgerlijke rechter kan niet – met rechtsgevolg – constateren, dat de formele wetgever aan de wet een foutieve interpretatie van nationale, hogere normen ten grondslag heeft gelegd. Als gevolg daarvan kan de burgerlijke rechter niet uitspreken, dat (de Staat door) de formele wetgever een onrechtmatige daad heeft gepleegd, bestaande in een foutieve interpretatie van Grondwet, Statuut of rechts-

stand moet komen. De redenering gaat tevens op voor decentrale wetgevers (HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679). In het *Tegelen/Limburg* wordt geredeneerd vanuit het toetsingsverbod: om dit verbod niet te ondergraven, krijgen ook voorbereidingshandelingen bescherming. Zie par. 4.2.1.3 over de verhouding tot de 'algemene regel' dat het concipiëren van een ontwerp-regeling in beginsel niet onrechtmatig is.

24 Term van Schlössels, noot bij *Tegelen/Limburg*, *JB* 2000, 1, pt. 2.

25 Ter illustratie: Rb. 's-Gravenhage 14 augustus 2002, *LJN* AE6513, r.o. 4.1; Rb. Maastricht 12 maart 2003, *LJN* AF5839, r.o. 3.8; Hof Leeuwarden 20 juni 2003, *LJN* AH1057, r.o. 3.5; Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2005, *JV* 2005, 144 (Leges Turkse immigranten), r.o. 3.18; ABRvS 12 mei 2004, *AB* 2004, 211; Hof 's-Hertogenbosch 25 april 2006, *LJN* AX0997.

26 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 10 mei 2007, *LJN* BA9202.

27 Ter illustratie: Rb. 's-Gravenhage 21 november 2001, *LJN* AD7789, r.o. 3.2; CBB 20 januari 2005, *LJN* AS5289, r.o. 5.4; Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2007, *LJN* BA4952, r.o. 4.4: niet vooruitlopen op de aanneming van het Voorstel-Halsema.

28 Zie uitgebreid hfdst. 4.

beginselen. De schending van deze normen valt weg als mogelijke grond om uitvaardiging van de formele wet als onrechtmatige daad te bestempelen.

Wel kan de schending van internationaal of Europees recht (gewoon) een onrechtmatige daad van de formele wetgever opleveren, zoals in Deel I al werd betoogd.²⁹

In de volgende paragrafen bespreek ik de mogelijkheden die naar geldend recht overblijven om in individuele gevallen rechtsbescherming te bieden tegen (niet-) handelen van de formele wetgever.

11.5 Resterende ruimte voor rechtsbescherming (I): de contra legem-jurisprudentie

De aan rechter en bestuur opgelegde ‘volstreekte eerbiediging van de wetten’³⁰ is vanaf de jaren zeventig van de 20^e eeuw in de jurisprudentie gerelativeerd. In de ‘*Doorbraak*-arresten’ bleek, dat rechter en bestuur soms de onschendbare wet buiten toepassing laten als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur daartoe noopt (zie par. 11.5.1). Het *Harmonisatiwet*-arrest breidde het toepassingsgebied van deze jurisprudentie – in potentie – uit (zie par. 11.5.2). Hier wordt de positiefrechtelijke betekenis van deze relativering in beeld gebracht. Hierna, in hoofdstuk 12, wordt betoogd dat het toetsingsverbod nog verder gerelativeerd kan worden.

11.5.1 De *Doorbraak*-arresten

Klassiek zijn de *Doorbraak*-arresten van de belastingkamer van de Hoge Raad.³¹ Het gaat om drie arresten met gelijklopende kernoverwegingen.

Een belastingplichtige vertrouwde gerechtvaardigd op een ministeriële circulaire die belastinginspecteurs opdroeg, in bepaalde gevallen een lagere aanslag op te leggen dan de wet vereiste. In de *Doorbraak*-zaken negeerde de belastinginspecteur de opdracht van de minister, en hield zich in plaats daarvan aan de strengere letter van de wet.

Volgens de Hoge Raad geldt, dat:

‘onder omstandigheden strikte toepassing van de wet, waaruit de belastingschuld rechtstreeks voortvloeit, in die mate in strijd kan komen met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur, dat die toepassing achterwege dient te blijven;

²⁹ Par. 4.2.1.2.

³⁰ *Handelingen I* 1848/49, p. 547, zie hiervoor par. 10.2.

³¹ HR 12 april 1978, *NJ* 1979, 533; HR 12 april 1978, *BNB* 1978, 135 en HR 12 april 1978, *BNB* 1978, 137. De constructie is overgenomen uit CRvB 18 februari 1975, *AB* 1975, 243. Zie voor de ontwikkeling van dit leerstuk Scheltens 1978, p. 717-729.

dat in het algemeen de vraag onder welke omstandigheden dit laatste zich voordoet van geval tot geval moet worden beantwoord door afweging van het beginsel dat de wet moet worden toegepast tegen een of meer in aanmerking komende beginselen van behoorlijk bestuur;

dat het een beginsel van behoorlijk bestuur is dat de administratie verwachtingen, welke zij bij een belanghebbende ten aanzien van een door haar te volgen gedragslijn heeft opgewekt en waarop deze zich in redelijkheid tegenover haar mag beroepen, honoreert'

'dat derhalve, indien de belastingplichtige zich beroept op vertrouwen dat hij aan uitlatingen als hiervoor genoemd heeft mogen ontnemen, die aanslag dienovereenkomstig behoort te worden vastgesteld, ook al zou de wet de fiscus ter zake niet een bepaalde beleidsvrijheid laten'.

Het vertrouwensbeginsel krijgt hier '*contra legem*-werking'. Het beginsel verbiedt de inspecteur, de wet strikt naar de letter toe te passen. In zoverre werkt het beginsel dus tegen de wet in. Anders gezegd: het vertrouwensbeginsel doorbreekt hier de – op grond van het toetsingsverbod in beginsel bestaande – strikte toepasselijkheid van de wet.³² In deze oorspronkelijke formulering is de *contra legem*-leer duidelijk toegespitst op gedrag van het bestuur. Een algemeen beginsel van behoorlijk *bestuur* kan onder omstandigheden met zich brengen, dat het *bestuur* in verband met eigen gedrag de wet buiten toepassing moet laten.

Welke functie heeft het leerstuk in de praktijk?

Het leidt er soms toe, dat wegens de omstandigheden van het geval niet strikt de hand wordt gehouden aan een fatale termijn of een appelverbod.³³ Vaker nog wordt het leerstuk toegepast bij gedingen over financiële relaties tussen een burger en de overheid. Als het ambt dat de wet uitvoert, bij een burger ten onrechte vertrouwen wekt op een gunstigere financiële beslissing dan de wet voorschrijft, kan schade vaak eenvoudig worden voorkomen door van strikte wetstoepassing af te zien. Dat kan in het belastingrecht vooral door conform de toezegging (en dus *contra legem*) een lagere aanslag op te leggen. Bij sociale zekerheid en andere financiële aanspraken op de overheid wordt de burger soms een hogere financiële aanspraak toegekend dan de letter van de wet dicteert.³⁴ Ook wordt het leerstuk nogal eens toegepast, nadat een bestuursorgaan er zelf toe is overgegaan, om bepaalde burgers financieel gunstiger te behandelen dan de wet voorschrijft. Het gelijkheidsbeginsel kan onder omstandigheden derden *contra legem* een aanspraak op een vergelijkbare, gunstigere beslissing geven.³⁵

32 In de literatuur wordt de *contra legem*-leer soms gepresenteerd als een vorm van (beginselconforme) interpretatie van de wet, zie bijvoorbeeld Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 358-359 en 374. Groenewegen 2006, p. 157-159, laat echter zien, dat bij de *contra legem*-toepassing van een rechtsbeginsel geen sprake is van beginselconforme interpretatie. Het gaat om gevallen, waar de letter van de wet zo duidelijk is, dat er voor beginselconforme interpretatie geen ruimte meer is. In plaats daarvan wordt de wet buiten toepassing gelaten. Zie ook Van Houten 1992, p. 699 en De Lange 1999, p. 9 e.v.

33 ARRVs 10 januari 1991, AB 1992, 69; HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242 (Enka/Dupont).

34 Zie bijvoorbeeld CRvB 11 september 1980, AB 1981, 233 en CRvB 27 juni 1990, AB 1991, 55.

35 Zie bijvoorbeeld HR 15 juli 1988, AB 1988, 600 (Mosselbank) en HR 15 maart 2000, AB 2000, 278 (Meerderheidsregel).

Bij een zuivere tweepartijen-relatie, zoals een financiële relatie tussen burger en overheid, is toepassing van de *contra legem*-leer vaak eenvoudig. Derden hebben er dan in beginsel geen 'last' van, als de wet buiten toepassing wordt gelaten. In het economisch en ruimtelijk bestuursrecht wordt het leerstuk nauwelijks toegepast. Wettelijke regelingen op deze rechtsgebieden beogen mede, de belangen van derden te beschermen. Deze belangen zijn in beginsel in deze regelingen verdisconteerd. Derden moeten er daarom op kunnen vertrouwen dat een uitvoeringsbesluit conform de wet is. Een onrechtmatige toezegging (of een andere bestuurs-handeling) tegenover de aanvrager van een besluit leidt er in het economisch en ruimtelijk bestuursrecht daarom in beginsel niet toe, dat de wet buiten toepassing blijft.³⁶

Samengevat: de *contra legem*-leer is door de verschillende bestuursrechters³⁷ en door de burgerlijke rechter³⁸ aanvaard. In de praktijk heeft zij als voornaamste functie, dat op eenvoudige³⁹ wijze de gevolgen van onrechtmatig bestuurshandelen kunnen worden rechtgetrokken in gedingen waar een tweepartijen-relatie speelt tussen burger en overheid, zoals in het belasting- of het sociale zekerheidsrecht.⁴⁰

11.5.2 *Nogmaals het Harmonisatiewet-arrest: een verruimde contra legem-leer*

In het hiervoor al gedeeltelijk besproken *Harmonisatiewet*-arrest krijgt de vooral op de bestuursrechtelijke beschikkingenpraktijk toegespitste *contra legem*-leer een ruimere formulering.

Op grond van de *Harmonisatiewet* verviel onverwachts het recht op studiefinanciering voor ouderejaarsstudenten die een tweede studie volgden. Volgens hen was dit in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.⁴¹

36 Vgl. ABRvS 22 maart 2001, *AB* 2001, 195 (De Plagge) en ABRvS 26 oktober 2005, *JB* 2006, 8 (Scheepswerf Grave). Zie ook HR 23 maart 1979, *NJ* 1979, 534 (Oberman): het algemeen belang vereist, dat diploma's conform de wettelijke eisen zijn; geen diplomaverlening '*contra legem*'.

37 Zie voor meer rechtspraak van de bestuursrechter Van Kreveld 2003; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2006, p. 359-372; Schlössels 2006, p. 142-143. Volgens Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 371 past de Afdeling het leerstuk überhaupt niet toe. Volgens mij heeft de terughoudendheid van de Afdeling vooral te maken met het feit, dat de Afdeling vaak oordeelt in geschillen over ruimtelijke ordening, waar meestal de belangen van derden bij betrokken zijn. Zijn er geen derdenbelangen bij een besluit betrokken, dan lijkt ook de Afdeling minder moeite te hebben met toepassing van de *contra legem*-leer of daarop gelijkende constructies, zie ABRvS 15 augustus 2007, *JB* 2007, 184.

38 HR 15 juli 1988, *AB* 1988, 600 (Mosselbank) en eerder HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 (Enka/Dupont).

39 Bij onrechtmatige toezeggingen kan los van een beroep tegen de beschikking een onrechtmatige-daadsactie worden ingesteld ter vergoeding van schade, geleden door de onrechtmatige toezegging (HR 2 februari 1990, *AB* 1990, 223, Staat/Bolsius). Toepassing van de *contra legem*-leer leidt bij onrechtmatige financiële toezeggingen soms sneller tot hetzelfde resultaat.

40 Bij Van der Meulen & Simon, p. 71, is de gedachte te vinden dat de *contra legem*-leer kan worden toegepast als een vorm van schadevergoeding voor onrechtmatig bestuurshandelen.

41 Uitgebreider par. 11.2.2.

De eisers proberen de Hoge Raad met een beroep op de *contra legem*-leer zover te krijgen, dat hij de wijzigingswet jegens de getroffen buiten toepassing verklaart wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.⁴² Volgens de Hoge Raad is de rechter weliswaar bevoegd tot

‘het in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling op de grond dat de toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel’

Deze bevoegdheid moet echter worden onderscheiden van

‘het wegens zulk een strijd buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond van omstandigheden welke in haar afweging zijn betrokken, dus in gevallen waarvoor zij juist is geschreven. Het eerste raakt niet aan de verbindende kracht van de bepaling (...), het tweede ontnemt echter aan die bepaling haar verbindende kracht en is de rechter ingevolge artikel 120 Grondwet verboden.’

In casu deed zich de tweede figuur voor:

‘Bij het totstandbrengen van de gewraakte bepalingen van de Harmonisatiewet zijn immers de verwachtingen welke bij de daardoor getroffen studenten waren gewekt door de voorheen geldende regelingen, in de afweging betrokken.’⁴³

Nieuw is de voorwaarde, dat de wet buiten toepassing gelaten kan worden in een geval dat de wetgever bij zijn afweging niet onder ogen heeft gezien. Het gaat er niet meer om, dat de beginselplicht om de wet toe te passen wordt afgewogen tegen andere uit beginselen voortvloeiende rechtsplichten van het bestuur, zoals in de *Doorbraak*-arresten nog het geval was. Voortaan gaat het om de vraag, of de nadelige wijze waarop de wet in een concreet geval blijkt uit te pakken, *door de wetgever* is voorzien. Deze vraag komt ‘in de regel’ aan de orde bij onrechtmatig bestuurshandelen. In de regel is echter niet altijd. De mogelijke toepassing van het leerstuk is daardoor niet langer beperkt tot onrechtmatig bestuurshandelen.⁴⁴

Wat kan de burgerlijke rechter met de *contra legem*-leer?

Op grond van deze leer is het ambt dat de wet uitvoert soms gehouden, de wet jegens een bepaalde burger buiten toepassing te laten. Als dit ambt de wet dan toch toepast, levert dat een onrechtmatige daad op. De burgerlijke rechter zou de overheid een bevel kunnen geven om de wet jegens deze ene burger buiten toepassing

42 Incidenteel cassatiemiddel sub 2.

43 Citaten afkomstig uit r.o. 3.9. Het feit, dat de wetgever de positie van eisers onder ogen heeft gezien, wordt door de Hoge Raad uit de parlementaire geschiedenis van de wet afgeleid.

44 Bestuursrechters bezigen de nieuwe formule inmiddels ook als zij de wet buiten toepassing laten wegens onrechtmatig bestuurshandelen, zie bijvoorbeeld CRvB 24 januari 2001, *JB* 2001, 76.

te laten.⁴⁵ Een dergelijk bevel is een preventief verbod op een vorm van onrechtmatige handhaving of uitvoering van de wet. Het is een variant van de relatieve toepassingsverboden, besproken in paragraaf 5.2.3. Alleen de grond voor het buiten toepassing laten verschilt van de gevallen in hoofdstuk 5: deze grond is niet gelegen in de onverbindendheid van de wet, maar in het feit dat toepassing van de wet wegens de bijzonderheden van het voorliggende geval een onrechtmatige daad zou opleveren.⁴⁶

De praktijk heeft hiervan – bij mijn weten – tot nu toe geen voorbeeld opgeleverd. Dat neemt niet weg, dat de burgerlijke rechter de *contra legem*-constructie in een voorkomend geval kan inzetten zoals hier beschreven.

11.6 Resterende ruimte voor rechtsbescherming (II): staatsaansprakelijkheid bij het uitblijven van een wet

In deze paragraaf worden twee gevallen behandeld, waarin een burger schade leed die door uitvaardiging van een wet zou zijn voorkomen. De vraag is, in hoeverre het toetsingsverbod in de weg staat aan staatsaansprakelijkheid, als de wetgever er niet toe is gekomen een wet uit tevaardigen. Ik bespreek eerst het *Kortverbanders*-arrest (par. 11.6.1). Daar doet de Staat aan een groep burgers financiële toezeggingen. De wetgever honoreert die toezeggingen niet.⁴⁷ Vervolgens komt het *Trias*-arrest aan bod (par. 11.6.2). Aan een burger wordt toegezegd, dat een *wet* tot stand zal komen. Dat gebeurt vervolgens niet, waardoor hij schade lijdt.⁴⁸ In paragraaf 11.6.3 maak ik de balans op.

11.6.1 *Kortverbanders*⁴⁹

Rond 1948 verloopt de werving voor ambtelijke functies in Nederlands-Indië steeds moeizamer, omdat onzeker is of Nederlands-Indië bij het Koninkrijk zal blijven. De Staat doet daarom enkele beloften aan ambtenaren die overwegen zich te laten uitzenden. Eén daarvan is, dat de ‘tropenclausule’ uit de Pensioenwet 1922 ook op nieuw uitgezonden zal worden toegepast. Deze clausule bepaalde, dat bij pensioenberekening de diensttijd ‘doorgebracht (...) in de (...) bezittingen van het Rijk in andere werelddelen’ dubbel telde. Mede door deze toezegging werden de eisers overgehaald om voor een ‘kort verband’ van drie jaar in Nederlands-Indië te dienen. Na de onverwachts snelle soevereiniteitsoverdracht in 1949 eist de Staat van de ‘kortverbanders’, dat zij de volle drie jaar in Indonesië uitdienen.⁵⁰

45 Vgl. HR 3 oktober 1986, *NJ* 1987, 911 (Arucar), r.o. 3.5. Weliswaar wordt de *contra legem*-leer daar toegepast op een lagere regeling, maar de constructie is verder dezelfde.

46 Wordt een kort geding aangespannen, dan zal er een spoedeisend belang moeten zijn; waarschijnlijk zal de rechter ook de aanvullende eis stellen dat de onrechtmatigheid van toepassing van de wet in het voorliggende geval onmiskenbaar moet zijn.

47 HR 9 juni 1989, *AB* 1989, 412, *NJ* 1989, 718.

48 HR 19 februari 1993, *AB* 1993, 305.

49 HR 9 juni 1989, *AB* 1989, 412.

50 De Staat had zich bij verdrag verplicht om ambtelijke bijstand te verlenen aan de organen van de nieuwe republiek, zie r.o. 6. d en f van het hof.

Vanaf eind jaren zestig weigeren de bevoegde pensioeninstanties⁵¹ om de tropenclausule op de kortverbanders toe te passen. Naar de letter gold de tropenclausule voor de diensttijd, doorgebracht in ‘bezittingen’ in andere werelddelen. Ná de soevereiniteitsoverdracht was Indonesië geen ‘bezitting’ meer. Daarom zou de tropenclausule ondanks de eerdere beloften niet van toepassing zijn.

Dertien kortverbanders vorderen bij de burgerlijke rechter uitbetaling van het misgelopen pensioen.⁵² Volgens de Staat is het oordeel of de toezeggingen moeten worden gehonoreerd, aan de wetgever voorbehouden.⁵³ In de Garantiewet Burgerlijk Overheidspersoneel Indonesië 1950 (hierna: Garantiewet) zijn de pensioenen van in voormalig Nederlands-Indië werkzame ambtenaren zeker gesteld. De toezeggingen aan de kortverbanders zijn niet in deze wet geïncorporeerd. Daaruit zou blijken, dat de wetgever ‘bewust’ zou hebben ‘gekozen’ om de toezeggingen aan de kortverbanders niet te honoreren. De rechter zou ‘niet (mogen) treden in de beoordeling van de rechtmatigheid van een dergelijk stelsel.’⁵⁴

De Hoge Raad denkt daar anders over. Eerst constateert hij, dat de verschillende bevoegde ambten van de Staat onrechtmatig hebben gehandeld door de pensioen-toezeggingen niet na te komen.⁵⁵ Vervolgens oordeelt hij, dat het (zijdelingse⁵⁶) beroep van de Staat op het toetsingsverbod hier niet opgaat:

‘Noch uit de tekst van, noch uit de toelichting op die wet blijkt (...) dat de wetgever bij het totstandbrengen van die wet:

- 1e. zich heeft gerealiseerd dat het onder vigeur van de toenmaals geldende Nederlandse pensioenwetgeving (...) onzeker was of, wanneer later de artt. 56 en 58 Pensioenwet 1922 zouden moeten worden toegepast op kortverbanders (...) de tijd welke zij na de soevereiniteitsoverdracht in dienst van de Indonesische overheid zouden hebben doorgebracht als “diensttijd” in de zin van die bepalingen zou worden aangemerkt;
 - 2e. de vraag onder ogen heeft gezien of in de Garantiewet dienaangaande een voorziening moest worden gegeven; en
 - 3e. deze vraag na afweging van alle betrokken belangen ontkennend heeft beantwoord.
- (...)

Anders dan de klacht blijkens de daarop gegeven toelichting veronderstelt, doet zich hier dus niet het geval voor dat de rechter wordt gevraagd op grond van bepaalde omstandigheden onrechtmatig te oordelen dat zekere aanspraak geen regeling in de wet heeft gevonden, terwijl de wetgever, toen hij die wet tot stand bracht, na een afweging waarin die omstandigheden zijn betrokken, heeft geoordeeld dat de wet die aanspraak niet moest honoreren.’

51 De Pensioenraad en de directie van het ABP; zie r.o. 6° o van het hof.

52 Aan de vordering ligt een onrechtmatige daad ten grondslag. Deze toezeggingen zijn wellicht verbintenissen, zodat ook op grond van art. 3:296 BW nakoming of op grond van 6:74 BW schadevergoeding gevorderd had kunnen worden. Dat had echter tot dezelfde uitkomst geleid.

53 Cassatiemiddel, nr. 2, slot.

54 Cassatiemiddel, nr. 4.

55 R.o. 3.3, zie ook r.o. 7 van het hof.

56 De Staat noemt art. 120 Gw niet; de Hoge Raad leest in het middel een beroep op dit artikel (r.o. 3.2° C).

De Hoge Raad onderzoekt dus, óf de wetgever de aanspraken van de kortverbanders bewust niet heeft willen honoreren. De Garantiewet 1950 blijkt geen bewuste beslissing van de wetgever in te houden, dat de pensioentoezeggingen aan de kortverbanders niet gehonoreerd moeten worden. Om *die* reden staat de Garantiewet niet aan toewijzing van de vordering in de weg. Had aan de Garantiewet wél een dergelijke beslissing ten grondslag gelegen, dan had de rechter een onrechtmatige-daadsactie tegen de Staat dus moeten afwijzen.

Als eind jaren zestig blijkt, dat de bevoegde pensioeninstanties de tropenclausule niet op kortverbanders willen toepassen, worden regering en Staten-Generaal verschillende keren op dit probleem gewezen. De aanspraken van de kortverbanders worden ook nu niet in de wet verankerd. Dat is voor de Hoge Raad evenmin een reden, om af te zien van een zelfstandige beoordeling of de Staat de toezeggingen moet nakomen:

‘Voor zover in de toelichting op het middel voorts nog is betoogd dat met een dergelijk (negatief) oordeel van de wetgever gelijkgesteld moet worden het zich hier tevens voordoende geval dat de regering noch de Tweede Kamer, hoewel de onderhavige aanspraak van de kortverbanders in de loop van de zeventiger jaren meermalen onder hun aandacht is gebracht, aanleiding heeft gevonden gebruik te maken van de bevoegdheid alsnog een wettelijke regeling ter zake tot stand te brengen (...) kan dit (...) betoog de Staat reeds daarom niet baten, omdat geen rechtsregel noopt tot aanvaarding van een zo vergaande beperking van ’s rechters vrijheid van oordelen.’

De wetgever heeft alle gelegenheid gehad, om het probleem van de kortverbanders op te lossen door een wettelijke regeling te treffen. Hij heeft dat niet gedaan. Dat is voor de Hoge Raad onvoldoende reden om te concluderen, dat het toetsingsverbod in de weg staat aan een toewijzing van de civielrechtelijke vordering.

Nu de wetgever noch in 1950, noch in de jaren daarna weloverwogen heeft beslist dat de toezeggingen niet nagekomen moesten worden, staat het toetsingsverbod niet aan toewijzing van de vordering in de weg.

De precieze betekenis van het arrest

Uit het arrest is de volgende regel af te leiden.

Als de wet een toezegging uit het verleden *bewust* niet honoreert, mag de rechter die beslissing niet doorkruisen.⁵⁷ Louter stilzitten van de tot de wetgever behorende ambten wordt echter niet geïnterpreteerd als een door art. 120 Gw beschermde beslissing van de wetgever, dat een toezegging niet moet worden nagekomen – ook niet als de tot de wetgever behorende instanties erop zijn geweest, dat de Staat zijn toezeggingen niet nakomt, maar met die informatie niets hebben gedaan.

57 Het wordt anders, als de uitvoerende instanties uit eigen beweging de wet ruimhartiger toepassen. Dan mag de rechter op zeker moment uitspreken, dat het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel de overheid verplichten in vergelijkbare gevallen hetzelfde ruimhartigere beleid te voeren. vgl. HR 15 juli 1988, *AB* 1988, 600 (Mosselbank) en HR 15 maart 2000, *AB* 2000, 278 (Meerderheidsregel).

Wanneer is er nu een bewuste, door art. 120 Gw beschermde beslissing van de wetgever, om een toezegging niet te honoreren? Ik schets drie situaties.

- (1) De bewuste beslissing om een toezegging niet te honoreren kan blijken, doordat de *tekst* van een geldende wet een uitputtende regeling bevat, waar toezeggingen uit het verleden duidelijk buiten vallen. Zo had de Garantiewet de tropenclausule bijvoorbeeld van toepassing kunnen verklaren op slechts een deel van de kortverbanders. Mogelijk is ook, de aanspraken van de kortverbanders aanvankelijk wél in de Garantiewet waren gehonoreerd, maar dat de desbetreffende bepalingen – bijvoorbeeld wegens budgettaire tegenvallers – later met een wijzigingswet weer waren geschrapt.⁵⁸

In dit geval is er een *geldende* wet met de betekenis, dat een toezegging uit het verleden niet moet worden gehonoreerd. Het zou in strijd zijn met art. 120 Gw als de burgerlijke rechter de Staat zou veroordelen, de toezegging toch na te komen.

- (2) Dit blokkerend effect op rechtsvorderingen hoeft niet per se uit de letter van de wet te blijken. De Hoge Raad gaat (in de eerste geciteerde passage) immers na, of uit de tekst van de wet *of uit de toelichting* daarop blijkt, dat de aanspraken van de kortverbanders bewust niet zijn gehonoreerd. Ook uit de overige bronnen die gewoonlijk naast de wetstekst worden geraadpleegd om de bedoeling van de wetgever te achterhalen, kan dus blijken dat een wet uitputtend is bedoeld.⁵⁹ Ik zou dit als volgt willen omschrijven: *als de bedoeling van de wetgever zo duidelijk uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat zij kan worden opgevat als een element van de betekenis van de wet, dan wordt deze door art. 120 Gw beschermd*. Na totstandkoming van een wet mag de rechter geen vordering toewijzen, die (een element van de betekenis van) de formele wet doorkruist.

Let wel: in deze tweede situatieschets stelt de rechter door wetshistorische interpretatie vast, dat de wet uitputtend is bedoeld, terwijl de wetstekst niet tot die conclusie dwingt. Hier is terughoudendheid geboden. De wetsgeschiedenis is slechts *een* gezichtspunt bij het achterhalen van de betekenis van de wet. Bij de kortverbanders had de rechter op voorhand vastgesteld, dat niet-nakoming van de pensioentoezegging onrechtmatig zou zijn. Ook dat gezichtspunt kan worden meegewogen bij de interpretatie van de wet.

Mijns inziens mag de rechter er in beginsel van uitgaan, dat een wet niet zo is bedoeld, dat een burger op onrechtmatige wijze een aanspraak wordt ontzegd. De rechter mag van het vermoeden uitgaan dat de wet zo is bedoeld, dat zij in overeenstemming is met (ongeschreven) rechtsbeginselen. In het hierboven

58 Deze casus is vergelijkbaar die van het *Harmonisatiewet*-arrest. Uit een wijzigingswet – zelf wet in formele zin – blijkt dat een aanspraak op de overheid niet langer gehonoreerd moet worden.

59 Toelichtende stukken bij het wetsvoorstel; de reactie van de indiener op het advies van de Raad van State; de gedachteswisseling tussen regering en Staten-Generaal. Ik spreek hierna van ‘wetsgeschiedenis’.

behandelde geval lijkt de eiser op grond van ongeschreven recht een aanspraak op de Staat toe te komen, wat op voorhand pleit voor de (beginselconforme) interpretatie dat de wet niet uitputtend is bedoeld. Het toetsingsverbod staat uitsluitend aan toewijzing van de vordering in de weg als *ondubbelzinnig* uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat de wet uitputtend is bedoeld. Het wetshistorische argument moet krachtig genoeg zijn om een beginselconforme interpretatie van de wet te overrulen.⁶⁰

- (3) Bij situatie (1) en (2) is een wet tot stand gekomen. Het niet honoreren van eerdere toezeggingen was een element van de betekenis van die *tot stand gekomen* wet. Om die reden stond art. 120 Gw in de weg aan een ‘doorkruising’ daarvan door de burgerlijke rechter. Wat is rechtens als er geen wet tot stand komt?

Bij de kortverbanders bestond er door – niet van de wetgever afkomstige – toezeggingen een aanspraak op de Staat, waarvan de niet-nakoming onrechtmatig was. De tot de wetgever behorende ambten werden eind jaren zestig op dit probleem gewezen. Zij hadden dit kunnen corrigeren, maar lieten dat na. Voor de Hoge Raad is dit geen reden om de vordering af te wijzen. Het toetsingsverbod strekt niet zo ver, dat het enkele feit dat de wetgever er niet toe is gekomen om een toezegging in de wet te verankeren, gelijk wordt gesteld aan een onschendbare beslissing van de wetgever, dat de rechter toekomstige rechtsvorderingen tot nakoming moet afwijzen. Kortom: het toetsingsverbod beschermt stilzitten van de wetgever niet, ook niet als de wetgever op de situatie van gedupeerden is gewezen, maar er niet aan toe is gekomen, hun probleem te verhelpen.⁶¹

60 In de literatuur wordt er sowieso al voor gewaarschuwd, dat met de wethistorische interpretatiemethode terughoudend moet worden omgegaan. Zo niet, dan wordt te snel een opmerking van één minister of kamerlid gelijkgesteld aan de opvatting van de wetgever. Zie Asser/Vranken 1995, nr. 142-144; Boon, Reijntjes & Rinkes 2003, p. 142; Groenewegen 2006, p. 101-102, 105, zie ook Wolthuis 2008, p. 611-612 en 615. Dit ondersteunt de gedachte dat de rechter de vordering in de tweede situatieschets alleen moet afwijzen als de wetsgeschiedenis *ondubbelzinnig* is.

61 Het arrest laat de vraag open, wat rechtens is, als *alle* tot de wetgever behorende ambten buiten de wetsprocedure *ondubbelzinnig* besluiten om geen wet tot stand te brengen. Stel, dat de regering de aanspraken van de kortverbanders niet wettelijk wil erkennen. Vervolgens verwerpt de Tweede Kamer een motie die oproept om wel een regeling tot stand te brengen. In de Eerste Kamer gebeurt hetzelfde. Materieel is dit een beslissing van alle tot de wetgever behorende ambten. Deze – academische – situatie deed zich in het *Kortverbanders*-arrest niet voor (in het *Trias*-arrest evenmin, zie noot 75). Verschillende antwoorden zijn mogelijk. (1) Art. 120 Gw beschermt alleen de tot stand gekomen wet, overige beslissingen van de ambten die tot de wetgever behoren niet (zo C.A.J.M. Kortmann 2003, p. 505.) (2) De functie van het toetsingsverbod is de regering en de Staten-Generaal het primaat te geven bij de rechtsvorming. Een beslissing die materieel op één lijn valt te stellen met een bewuste beslissing van de formele wetgever, moet door de rechter gerespecteerd worden; ook buiten art. 120 Gw om (in die geest Van den Bergh 1951, p. 419-420). (3) Wat mij betreft heeft de voorkeur, dat de rechter dit probleem ‘inhoudelijk’ oplost, in plaats van het toetsingsverbod op te rekken. Mochten die de samenstellende ambten van de formele wetgever buiten het wetgevingsproces uitspreken, dat een bepaalde regeling niet tot stand moet komen, dan is dat een duidelijke aanwijzing dat de (inhoud van) de vordering ongegrond is – maar uiteindelijk oordeelt de rechter zelf.

11.6.2 Trias

De Arubaanse Staatsregeling bevat een toetsingsverbod dat, voor zover hier van belang, vergelijkbaar is met het onze.⁶² In een Arubaanse casus besliste de Hoge Raad, dat het toetsingsverbod de overheid niet beschermt tegen aansprakelijkheid voor schade door het uitblijven van een toegezegde wet.⁶³

Lopez wil op Aruba een watersportbedrijf beginnen. De Arubaanse regering is over dit voornemen zeer te spreken. De bevoegde minister laat Lopez weten, dat het land Aruba zich voor zijn leningen borg wil stellen. De minister vermeldt daarbij, dat de Arubaanse Staatsregeling vereist, dat deze garantstelling wordt goedgekeurd bij landsverordening.⁶⁴ Snel na de toezegging van de minister nemen de Staten van Aruba met algemene stemmen een motie aan, waarin de regering wordt opgeroepen, met spoed een ontwerp-landsverordening⁶⁵ in te dienen. De regering verstrekt Lopez alvast exploitatievergunningen voor zijn geplande bedrijf. Daarna rijzen echter bij de Raad van Advies (pendant van de Raad van State) en bij verschillende maatschappelijke organisaties economische en milieukundige bezwaren tegen het project.⁶⁶ De regering draaft met het indienen van een ontwerpverordening. Als uiteindelijk een ontwerp wordt ingediend, gaat dit vergezeld van een memorie van toelichting die suggereert, dat het beter verworpen kan worden. De Staten schorten de behandeling voor onbepaalde tijd op. Zonder de overheidsgarantie krijgt Lopez zijn financiering niet rond.

Kan Lopez het land Aruba aansprakelijk stellen?

Het wetgevingsproces is door de indiening van een ontwerp al in gang gezet. De ambten die de wetgever uitmaken hebben de totstandkoming van de landsverordening bewust tegengehouden wegens inhoudelijke bezwaren daartegen.⁶⁷

In eerste aanleg wordt Lopez' vordering toegewezen. In hoger beroep klaagt Aruba, dat deze beslissing in strijd is met het toetsingsverbod. Het hof overweegt:

‘Het punt is juist dat er geen landsverordening tot stand is gekomen (...). Van een beoordeling (of toetsing) van een landsverordening is dus geen sprake. Ook is niet aan de orde of de rechter mag ingrijpen in het wetgevingsproces, dan wel of hij de wetgever mag opdragen een wet tot stand te brengen. Aan de orde is of het niet tot stand brengen van een landsverordening jegens Trias [de vennootschap van Lopez, RS] in het licht van de contacten tussen partijen onrechtmatig is en of Aruba op die grond schadeplichtig is.

62 Art. VI.4 Staatsregeling Aruba: ‘De rechter treedt behoudens het bepaalde in art. I.22 niet in de beoordeling van de verenigbaarheid van landsverordeningen met de Staatsregeling.’ Art. I.22 Staatsregeling Aruba maakt op dit toetsingsverbod een uitzondering voor de grondrechten. Deze uitzondering is hier niet relevant.

63 HR 19 februari 1993, AB 1993, 305 (Trias).

64 De landsverordening is de Arubaanse pendant van de formele wet, zie art. V.14 Staatsregeling.

65 De Arubaanse Staatsregeling spreekt, anders dan art. 82-87 Gw, van ‘ontwerp’, niet van ‘voorstel’.

66 Zie r.o. 5.4.5 van het arrest van het hof.

67 In tegenstelling tot de casus in het *Kortverbanders*-arrest.

Het hof legt het toetsingsverbod eng uit: het heeft slechts betrekking op de tot stand gebrachte landsverordening/wet. Aan schadevergoeding voor niet-wetgeven staat het verbod niet in de weg. De Hoge Raad ondersteunt deze visie van het hof. Hij overweegt over de betekenis van het (Arubaanse) toetsingsverbod:

‘Onderdeel 3 strekt ten betoge, dat het (...) toetsingsverbod (...) niet toelaat dat de rechter treedt in een beoordeling van de vraag of het land onrechtmatig heeft gehandeld door niet of niet tijdig een landsverordening tot goedkeuring van de garantiestelling tot stand te brengen. Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. Voormelde bepaling, die inhoudt dat de rechter (...) niet treedt in de beoordeling van de verenigbaarheid van landsverordeningen met de Staatsregeling, verbiedt de rechter slechts aan landsverordeningen de verbindende kracht te ontnemen en belette het Hof dan ook niet het *uitblijven* van een landsverordening – *in samenhang met de overige door het Hof in aanmerking genomen omstandigheden* – onrechtmatig te oordelen.’ [curs. RS]

Over de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel maak ik twee opmerkingen.

Ten eerste. Volgens de Hoge Raad verbiedt het toetsingsverbod de rechter ‘slechts’, aan landsverordeningen ‘de verbindende kracht te ontnemen’. Kan de rechter dan wel – los van een toetsing van de verbindendheid – de uitvaardiging van de wet als onrechtmatige daad kwalificeren?⁶⁸

Het is verhelderend, om het *Trias*-arrest in verband te brengen met het stelsel uit *Pocketbooks II*.⁶⁹ Voor (materiële) wetgeving in het algemeen geldt, dat uit de publiekrechtelijke onregelmatigheid van handelen van een (materiële) wetgever rechtstreeks de privaatrechtelijke onrechtmatigheid volgt. De schending van een hogere rechtsregel die de grond is voor onverbindendheid van een wettelijke regeling, levert tegelijkertijd een onrechtmatige daad van de wetgever op.

Art. 120 Gw verbiedt de rechter, om de interpretatie van hoger, nationaal recht die aan de wet ten grondslag ligt, als onjuist te aan te merken, anders dan in opiniërende zin. De rechter kan niet constateren, dat de interpretatie van nationaal recht door de wetgever onjuist was.⁷⁰ Als gevolg daarvan beschikt de rechter niet over mogelijkheden om de wet onverbindend te verklaren wegens een dergelijke foutieve interpretatie. Daarmee vervalt ook de mogelijkheid om uit te spreken dat de formele wetgever een onrechtmatige daad heeft begaan die bestaat in een onjuiste interpretatie van hoger recht.⁷¹

68 Vgl. Scheltema *NJ* 1995, 704.

69 Uitgebreid par. 4.2.1.1.

70 Zie ook hfdst. 12.

71 In hfdst. 12 en 13 betoog ik, dat de rechter de uitvaardiging van de wet als onrechtmatige daad kan bestempen tegenover burgers wier situatie *niet* is meegewogen. Die opvatting strookt met de hier opgezette redenering.

Kortom: de gronden die de rechter krachtens het toetsingsverbod niet mag aanvoeren ter onverbindendverklaring van de wet in formele zin, kan hij evenmin gebruiken ter onrechtmatigverklaring van het handelen van de wetgever.⁷²

Ten tweede. In *Trias* blijkt de rechter (niet-)handelen van de wetgever op grond van nationaal recht als onrechtmatig te kunnen kwalificeren, terwijl de wetsprocedure nog niet is afgerond. Hoe verhoudt *Tegelen/Limburg* zich tot deze mogelijkheid?

Het is van belang om die uitspraak te bezien tegen de achtergrond van de overige omstandigheden van het geval. Lopez heeft geïnvesteerd in gerechtvaardigd vertrouwen op de toezegging dat er een landsverordening zal komen. Vervolgens besluiten de regering en de staten om geen verordening tot stand te brengen wegens milieukundige bezwaren tegen Lopez' project. De wetgever ziet dus bewust af van totstandbrenging van een regeling.

Een aanvaard rechtsbeginsel is, dat de overheid haar beleid mag wijzigen, zolang de burger die heeft vertrouwd op eerdere toezeggingen zijn schade vergoed krijgt. De rechter toetst de beleidswijziging marginaal. Meestal is deze rechtmatig. Onrechtmatig is, dat de overheid door beleidswijziging een belofte niet gestand doet, *zolang* de schade van de individuele gedupeerde niet wordt vergoed.

Het *Trias*-arrest geeft mijns inziens een toepassing van deze regel.⁷³ De landsverordeninggever wijzigde om hem moverende redenen het beleid en gaf geen toestemming voor borgstelling door het land. De rechtmatigheid van het enkele feit, dat werd afgezien van de toestemmingsverordening kon in het midden blijven.⁷⁴ Wel is duidelijk, dat de door de wetgever wekken van verwachtingen in samenhang met het niet inlossen daarvan, kon worden bestempeld als een onrechtmatige daad die tot het betalen van schadevergoeding verplichtte.

Uit *Trias* blijkt dus op de eerste plaats, dat een burger die gerechtvaardigd vertrouwt op totstandkoming van een wet, schadevergoeding krijgt als die wet door beleidswijziging niet tot stand komt.⁷⁵ Die aansprakelijkheid kan al voor afronding van de wetsprocedure worden uitgesproken.

72 Scheltema beredeneert dit anders (*NJ* 1995, 704; idem Alkema 1985, p. 5). Bij financiële wetgeving heeft het toekennen van schadevergoeding hetzelfde effect als onverbindendverklaring. Had de rechter bijvoorbeeld de Harmonisatiewet niet onverbindend maar wél onrechtmatig verklaard, dan was de Staat aansprakelijk geweest voor de misgelopen studiefinanciering. De Staat had dan bij wijze van schadevergoeding de studiefinanciering op de oude voet moeten blijven uitbetalen. Zo zou het toetsingsverbod voor financiële wetgeving ondergraven worden. Deze redenering geeft mijns inziens minder duidelijke uitkomsten voor andere dan financiële wetgeving.

73 Het arrest is een toepassing van de *Leffers*-constructie op niet-wetgeven. Over *Leffers/Staat* par. 13.3.2.

74 De eerste rechter vond overigens wel degelijk dat het niet-wetgeven *an sich* onrechtmatig was; zie de eerder genoemde feiten.

75 Zie hiervoor, noot 61. Daar is de vraag gesteld, wat rechtens is, als alle tot de wetgever behorende ambten buiten het wetgevingsproces ondubbelzinnig uitspreken, dat een wet niet tot stand moet komen. Het *Kortverbanders*-arrest gaf over die vraag geen uitsluitsel. Het *Trias*-arrest evenmin. De Hoge Raad oordeelde immers niet dat de beslissing van regering en staten om geen verordening tot stand te brengen *sec* onrechtmatig was. Het uitblijven van een verordening was onrechtmatig in samenhang met de overige omstandigheden. Mijns inziens betekent dit: in verband met de toezegging moest het land de schade door de beleidswijziging vergoeden; niet-wetgeven zonder schadevergoeding was onrechtmatig. Zie ook de conclusie van A-G Koopmans, nr. 5.

11.6.3 Balans: aansprakelijkheid bij uitblijven van een wet

Art. 120 Gw beschermt de uitgevaardigde wet tegen toetsing aan hoger recht van nationale origine. Dit toetsingsverbod laat mogelijkheden voor rechtsbescherming bij *niet-wetgeven* onaangetast.

Als een burger krachtens een toezegging een aanspraak heeft op de overheid, maar de wet erkent deze aanspraak niet, dan staat het toetsingsverbod niet aan staatsaansprakelijkheid in de weg. Ook als de wetgever is blijven stilzitten nadat aan (de tot) hem (behorende ambten) is gevraagd, een financiële toezegging uit het verleden in de wet te verankeren, blokkeert art. 120 Gw een vordering bij de burgerlijke rechter niet. Slechts als uit een *uitgevaardigde* wet blijkt, dat de wetgever ondubbelzinnig heeft besloten, dat een toezegging uit het verleden niet moet worden gehonoreerd, staat het toetsingsverbod wél in de weg aan toewijzing van een civielrechtelijke vordering tot nakoming. Hiervóór is betoogd, dat de rechter bij toepassing van deze regel terughoudend te werk moet gaan: het toetsingsverbod blokkeert een civielrechtelijke vordering uitsluitend, als de beslissing dat een toezegging uit het verleden niet moet worden gehonoreerd, ondubbelzinnig blijkt, zodat zij valt op te vatten als een element van de betekenis van de geldende wet.

Wanneer is toegezegd, dat een *wet* tot stand zal komen, is de Staat aansprakelijk als de beloofde wet uitblijft. Art. 120 Gw immuniseert de Staat niet tegen aansprakelijkheid voor schade die de burger lijdt, als een toegezegde wet in verband met beleidswijziging niet tot stand komt.

11.7 Resterende ruimte voor rechtsbescherming (III): een grens

In *Kooren-Maritiem*⁷⁶ blijkt, dat de Staat niet op grond van het ongeschreven rechtsbeginsel van de *égalité devant les charges publiques* (hierna *égalité*-beginsel) aansprakelijk is voor schade als gevolg van de formele wet. Ik bespreek dit arrest hier als element van de positiefrechtelijke betekenis van art. 120 Gw. In Hoofdstuk 12 en 13 bepleit ik, dat de Hoge Raad op het arrest terugkomt.

Kooren is al vijftientig jaar werkzaam als zelfstandig bemiddelaar bij de verkoop van teboekstaande binnenschepen. Na de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) worden deze schepen notarieel geleverd. Kort voor inwerkingtreding van het NBW raakt de wetgever ermee bekend, dat vele scheepsmakelaars hier nadeel van zullen ondervinden.⁷⁷ Er komt een overgangsregeling waarbij de gesloten groep van voor april 1991 beëdigde scheepsmakelaars de bevoegdheid krijgt, om een aan een notariële akte gelijkwaardige onderhandse

⁷⁶ HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713.

⁷⁷ PG Boek 8, p. 1228.

leveringsakte te verlijden.⁷⁸ Kooren is echter nooit beëdigd. Daarom valt hij buiten de overgangsgroep.⁷⁹ Doordat hij, anders dan de meeste andere scheepsmakelaars, wél steeds een notaris moet inschakelen voor levering van een schip, kan hij niet meer scherp concurreren en moet hij zijn bedrijf staken. Hij vordert nadeelcompensatie bij de civiele rechter.

De beoordeling van een vordering die strekt tot het verkrijgen van nadeelcompensatie voor de wet in formele zin vereist volgens het hof een onderzoek naar de vraag, of de betreffende wet in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Dat zou volgens het hof een overtreding van het toetsingsverbod inhouden.

Volgens Kooren gaat het hof er ten onrechte van uit, dat art. 120 Gw verbiedt, dat 'de rechter oordeelt dat het uitvaardigen, handhaven en uitvoeren van een wet in formele zin jegens een (rechts-)persoon onrechtmatig is'.⁸⁰ Kooren stelt in cassatie:

'Meer in het bijzonder heeft het Hof miskend dat als door de inwerkingtreding van een wet in formele zin een rechtspersoon als Kooren in onevenredige mate in zijn belangen wordt getroffen, waardoor er sprake is van schending van het evenredigheidsbeginsel als onder meer tot uitdrukking komend in (...) HR 18 januari 1991 (Leffers/Staat), artikel 120 Grondwet niet aan een veroordeling tot schadevergoeding in de weg staat.'

Maar de Hoge Raad schuift deze stelling terzijde:

'Het Hof is kennelijk en terecht ervan uitgegaan dat het oordeel dat het uitvaardigen, handhaven en uitvoeren van de wet in formele zin jegens een persoon onrechtmatig is wegens strijd met algemene rechtsbeginselen, neerkomt op toetsing van die wet aan zulke beginselen, en heeft evenzeer met juistheid geoordeeld dat het in art. 120 neergelegde toetsingsverbod mede betrekking heeft op toetsing aan algemene rechtsbeginselen'.

'Voor zover het subonderdeel zich beroept op HR 18 januari 1991 (...), miskent het dat het in de zaak waarop dit arrest betrekking had, niet ging om toetsing van een wet in formele zin.'

Het leerstuk uit *Leffers/Staat* – over nadeelcompensatie voor lagere wetgeving – geldt niet voor de wet in formele zin.⁸¹ De voor toepassing van die constructie noodzakelijke stap dat de schadetoebrengende wet als een (jegens een bijzonder getroffen) onrechtmatig besluit wordt gekwalificeerd, wordt volgens de Hoge Raad geblokkeerd door het toetsingsverbod.⁸²

78 Wet van 6 februari 1992, *Stb.* 1992, 81, strekkende tot wijziging van de Overgangswet Nieuw BW.

79 Art. 254 lid 3 Ow.

80 Kennelijk ontleend aan HR 19 februari 1993, *AB* 1993, 305 (Trias).

81 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 (Leffers/Staat). De constructie komt uitgebreid aan bod in hfdst. 13.

82 Zo ook HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 (Whv VI), r.o. 4.1; Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, *Gst.* 2007, 59 (XS4ALL/Staat) en HR 20 maart 2009, *LJN* BG9951 (Nadeelcompensatie pluimveerechten). Zie ook Van den Broek 2007, p. 126. Zie uitgebreid hfdst. 13.

Kooren beroept zich bovendien op r.o. 3.9 van het *Harmonisatiewet*-arrest. Hij betoogt aan de hand van de memorie van toelichting bij de overgangsregeling, dat de situatie van onbeëdigde scheepsmakelaars de wetgever niet voor ogen heeft gestaan.⁸³ De Hoge Raad beperkt het leerstuk van r.o. 3.9 van het *Harmonisatiewet*-arrest:

‘Zoals het Hof heeft opgemerkt, wordt in dit geding niet verlangd dat de Wet ten aanzien van Kooren buiten toepassing blijft. Derhalve is niet aan de orde de in voormeld arrest van 14 april 1989 (rov. 3.9) aangestipte mogelijkheid dat een wet buiten toepassing moet blijven op de grond dat toepassing ervan in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel.’

Het niet verdisconteerd zijn van een concrete omstandigheid kan slechts reden zijn om de wet buiten toepassing te laten, maar niet om in plaats daarvan de wet wél toe te passen en tegelijkertijd schadevergoeding toe te kennen. Blijkbaar kan het uitvaardigen van een wet in formele zin ook niet in een incidenteel geval jegens een individuele burger als onrechtmatige daad bestempeld worden.

Hoe ver reikt deze blokkade? Het toetsingsverbod verhindert ook in de benadering van de Hoge Raad slechts de toekenning van nadeelcompensatie voor die schade, die het *rechtstreeks* gevolg is van (een wijziging van) de formele wet. Koorens schade bijvoorbeeld vloeide voort uit de nadelige positie waarin de wet hem plaatste, doordat de wet aan zijn concurrenten een voorrecht toekende dat hem werd onthouden.⁸⁴ De wet zelf was de directe schadeoorzaak.

Wordt schade veroorzaakt door uitoefening van een op de formele wet berustende bevoegdheid, dan blijft het toetsingsverbod in beginsel buiten beeld. In dat geval kan de rechter immers de rechtmatigheid beoordelen van de concrete bevoegdheidsuitoefening. Deze kan hij zo nodig aanmerken als onevenredig belastend en dus onrechtmatig jegens de benadeelde. Het onevenredig nadeel is dan het gevolg van de afzonderlijke beslissing tot gebruik van de wettelijke bevoegdheid, niet een (rechtstreeks) gevolg van de wet zelf. Zo kan bijvoorbeeld nadeelcompensatie worden gevorderd voor de onevenredige schade van derden bij de inzet van een dwangmiddel uit het Wetboek van Strafvordering.⁸⁵

De grens ligt bij uitoefening van strikt gebonden, wettelijke bevoegdheden. Daar kan het toetsingsverbod naar geldend recht wel een blokkerend effect hebben. Als de wet degene die haar toepast tot het nemen van een uitvoeringsbesluit met een bepaalde inhoud dwingt, kan de rechter dat uitvoeringsbesluit immers niet

83 Cassatiemiddel, onderdeel II sub b.

84 Denk ook aan de *W/v*-zaak, waar schade ontstond door wijziging van een wettelijk vergunningsstelsel en aan Rb. s-Gravenhage 21 februari 2007, *Gst.* 2007, 59 (XS4ALL/Staat), waar het toetsingsverbod een vordering tot nadeelcompensatie voor een wettelijk verplichte investering blokkeerde, zie par. 13.4.2.

85 HR 30 maart 2001, *NJ* 2003, 615 (Staat/Lavrijsen); zie ook Corstens 2008, p. 431 e.v.

toetsen aan rechtsbeginselen, zonder in feite de achterliggende beslissing van de wetgever zelf te toetsen.⁸⁶

Concluderend: uit *Kooren-Maritiem* zijn twee samenhangende regels af te leiden. Ten eerste wordt het leerstuk dat in r.o. 3.9 van het *Harmonisatiewet*-arrest is ‘aangestipt’ begrensd: als de wet in een concreet geval onvoorzien nadelig uitpakt, is het buiten toepassing laten van de wet de enige manier om de burger tegemoet te komen. Het is naar geldend recht niet mogelijk, de wet wél toe te passen en tegelijkertijd schadevergoeding toe te kennen. De *contra legem*-leer kan – door de begrenzing die *Kooren-Maritiem* daaraan geeft – slechts aan de *handhaver* van de wet de verplichting opleggen om de wet in verband met ongeschreven recht buiten toepassing te laten.⁸⁷ Het niet verdisconteerd zijn van bepaalde omstandigheden slaat niet terug op de rechtmatigheid van de wet zelf.

Ten tweede, als gevolg van deze regel kan de Staat niet worden veroordeeld tot compensatie van onevenredig nadeel dat rechtstreeks wordt veroorzaakt door de wet in formele zin.

11.8 Korte opmerking: bloot-formele wetgeving

Art. 81 Gw bestempelt ieder volgens de procedure van art. 81 e.v. tot stand gekomen besluit van regering en Staten-Generaal gezamenlijk tot wet. Voor kwalificatie als ‘wet’ is niet vereist dat een ‘wet’ algemene regels bevat. Ieder besluit van de formele wetgever is een wet in de zin van art. 81 Gw, ongeacht de inhoud daarvan.⁸⁸ Soms komen formele wetten tot stand, die materieel een beschikking inhouden. De Grondwet kan daartoe verplichten.⁸⁹ Een enkele keer legt de formele wetgever uit eigen beweging een concreet werkend besluit bij formele wet vast. Het oogmerk daarvoor kan zijn, het besluit onaantastbaar te maken voor rechterlijke toetsing.⁹⁰

Een bloot-formele wet valt als alle formele wetten onder het bereik van art. 120 Gw. Ook al bevat zij geen algemene regels, hetzelfde uitgangspunt geldt als bij wetten in formele zin die wél algemene regels bevatten: de beslissing van de formele wetgever mag niet aan nationaal recht worden getoetst. Ten gevolge daarvan is ook een onrechtmatige-daadsactie naar geldend recht uitgesloten. Er is geen grond om de afweging die de wetgever heeft gemaakt als onrechtmatig te bestempelen.⁹¹

⁸⁶ Vgl. Van Houten 1992; C.A.J.M. Kortmann, noot bij ABRvS 24 juli 2002, *AA* 2003, p. 779.

⁸⁷ Eventueel kan een verbod worden gegeven op de grond dat degene die de wet toepast een onrechtmatige daad dreigt te plegen, vgl. par. 11.5.2.

⁸⁸ Van der Nat 2004, (T&C Grondwet), art. 8, aant. 3.

⁸⁹ Vooral bij concrete besluiten ten aanzien van het staatshoofd, vgl. art. 28, 29, 30, 35, 36, 37 Gw. De landsverordening uit *Trias* is een Arubaans voorbeeld.

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld de Vergunningwet Westerschelde van 27 juni 1997, *Stb.* 1997, 258. Deze wet was een reactie op de vernietiging van een Awb-besluit met dezelfde inhoud; zie Konijnenbelt 2008a.

⁹¹ Voorzichtig anders Van Maanen & De Lange 2005, p. 110.

Ook voor een bloot-formele wet geldt de relativering van het toetsingsverbod uit r.o. 3.9-*Harmonisatiewet*. Ten aanzien van belangen en omstandigheden die de wetgever *niet* in zijn afweging heeft betrokken, kan ongeschreven recht de handhaver van de wet verplichten, de wet buiten toepassing te laten. Het zal echter niet snel voorkomen, dat een bloot-formele wet die op één concreet geval is toegepast, in de praktijk leidt tot toepassingen die de wetgever niet voor ogen hebben gestaan. Een vordering op grond van het *égalité*-beginsel is (bij vasthouden aan *Kooren-Maritiem*) in beginsel⁹² bij een bloot-formele wet ook uitgesloten.⁹³

92 Een rechtsvordering op grond van art. 1 EP EVRM blijft mogelijk.

93 Hoewel juist in het geval dat de wetgever een concreet besluit bij wet vastlegt om het te vrijwaren van beoordeling door de bestuursrechter, compensatie voor de nadelige gevolgen van dat besluit geboden kan zijn.

12 | Een interpretatie van art. 120 Gw in het licht van zijn functie

12.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is onderzocht, welke rechtsgevolgen het toetsingsverbod naar positief recht heeft. In dit hoofdstuk wordt bepleit om art. 120 Gw niet ruimer te interpreteren dan noodzakelijk is in verband met zijn functie. In paragraaf 12.2 zet ik uiteen, welke functie binnen ons staatsbestel aan art. 120 Gw toegekend moet worden. In paragraaf 12.3, paragraaf 12.4 en paragraaf 12.5 wordt deze gedachte op enkele van de in het vorige hoofdstuk besproken arresten toegepast. In paragraaf 12.6 kom ik terug op wat volgens mij de kern van het toetsingsverbod moet zijn.

12.2 Art. 120 Gw in het licht van zijn functie

Zoals wij in hoofdstuk 10 zagen, is het toetsingsverbod in 1848 in de Grondwet opgenomen met de bedoeling om ieder een ‘volstreckte eerbiediging’ van de wet op te leggen. Deze interpretatie van het toetsingsverbod past uitstekend bij een legistisch ideaal, dat wil zeggen: bij de gedachte, dat al het geldende recht in de wet moet staan, zodat codificatie de voorkeur heeft boven evoluerend rechtersrecht. Het onaantastbaar maken van de wet voor ‘aanranding’ door de rechter is daarvan een logisch complement.

Er zijn twee hedendaagse ontwikkelingen, die met een dergelijke volstreckte eerbiediging van de wet op gespannen voet staan.

Ten eerste. Vrijwel alom is aanvaard, dat niet al het recht in de wet staat, en ook niet kan staan. Moderne wetten en codificaties bevatten dan ook een veelheid aan open normen, waarmee de wetgever uitdrukkelijk de bedoeling heeft gehad, de rechter in staat te stellen om van geval tot geval recht te doen. Ook bij afwezigheid van een ‘hardheidsclausule’ hoeft de wet niet meer *volstrekt* geëerbiedigd te worden. In de *Doorbraak*-arresten en in het *Harmonisatiewet*-arrest bleek immers dat de letter van de wet in het concrete geval zo nadelig kan uitpakken, dat de rechter de wet buiten toepassing kan laten.

Bovendien zijn (ongeschreven) rechtsbeginselen in het gehele (publiek)recht een belangrijke aanvullende rechtsbron geworden.¹ Juist deze beginselen stellen de rechter in staat, om in het hem voorgelegde geval tot een aanvaardbare uitkomst te komen. Het moderne recht heeft niet de pretentie, dat de wetgever alle mogelijke toepassingen van de wet kan overzien en voor alle gevallen op voorhand een aanvaardbare regeling kan treffen. De rechter heeft mede tot taak (gekregen), om op het concrete geval toegespitste, redelijke oplossingen te vinden met behulp van open normen in de wet, rechtsbeginselen en ongeschreven recht.

Ten tweede. In het hedendaags publiekrecht is hecht verankerd, dat de burger aanspraak heeft op goede rechtsbescherming tegen de overheid. Toegang tot de rechter is een fundamentele internationale én nationale norm geworden.² De burger moet een inbreuk die de overheid op zijn rechtspositie maakt, in beginsel steeds aan de onafhankelijke rechter kunnen voorleggen.

Hier staat het toetsingsverbod van art. 120 Gw tegenover, dat de rechter juist verbiedt, de wet in formele zin te toetsen aan hoger recht van nationale origine. Dit artikel beperkt nog altijd de rechtsbescherming tegen de overheid. De burger die meent dat een formele wet zijn rechtspositie onrechtmatig beknot, kan dit niet aan de onafhankelijke rechter voorleggen, althans niet op de grond dat de wet in strijd is met de Grondwet, het Statuut of een rechtsbeginsel.

Ik pleit ervoor art. 120 Gw zo te lezen dat, enerzijds, de rechtsbescherming van de burger zo min mogelijk wordt beknot, zonder dat, anderzijds, art. 120 Gw de functie verliest die het speelt bij het vastleggen van de verhouding tussen de staatsmachten. Dit kan door art. 120 Gw zó op te vatten, dat het de wetgever het laatste woord geeft bij de interpretatie van hoger, nationaal recht. In alle gevallen waar zich geen 'interpretatieconflict' tussen wetgever en rechter voordoet, hoeft het artikel de rechtsbescherming van de burger tegen handelen of nalaten van de wetgever *niet* te blokkeren. De rechter kan dan zijn normale taak uitoefenen door mede aan de hand van ongeschreven normen na te gaan, of in concreto recht is gedaan.

In deze lezing van art. 120 Gw blijft gewaarborgd, wat volgens mij de belangrijkste functie van dat artikel is. De democratisch gelegitimeerde wetgever blijft de ultieme interpretator van de Grondwet, het Statuut en nationale rechtsbeginselen. Bij verschil van inzicht tussen wetgever en rechter over de verenigbaarheid van de wet met deze nationale normen, geeft de visie van de wetgever de doorslag. Daardoor wordt het volgende bereikt. Bij het vertalen van courante maatschappelijke rechtsopvattingen in wetgeving, interpreteert de wetgever het hogere nationale recht. Meent de wetgever, dat het nationale recht de totstandkoming van een

1 Denk bijvoorbeeld aan de codificatie van de belangrijkste algemene beginselen van behoorlijk bestuur in Hoofdstuk 3 van de Awb.

2 Denk alleen al aan de uitgebreide rechtspraak op art. 6 EVRM en de opkomst van het communautaire beginsel van effectieve rechtsbescherming.

wet toestaat, dan kan hij deze wet ook uitvaardigen. De rechter kan deze maatschappelijk gewenste wet niet van haar kracht beroven door een andere interpretatie aan hoger nationaal recht te geven. Rechtsopvattingen van de rechter vormen zo geen hinderpaal om veranderende maatschappelijke opvattingen in de wet op te nemen. Aangenomen, dat de opvattingen van de wetgever de rechtsopvattingen van het electoraat adequaat weerspiegelen, is het uiteindelijke en bedoelde effect van het toetsingsverbod, dat een door het electoraat gewenste rechtsontwikkeling kan worden doorgezet. De door de democratisch gelegitimeerde wetgever gewenste rechtsontwikkeling wordt niet door de rechter gehinderd.³

Echter, waar de wetgever geen duidelijk standpunt over de interpretatie van het nationale recht inneemt, bestaat tussen wetgever en rechter geen interpretatieconflict. Er bestaat ook geen verschil van inzicht over de gewenste ontwikkeling van het recht. De functie van het toetsingsverbod staat er niet aan in de weg, dat de rechter in *deze* gevallen 'recht op maat' biedt, in plaats van 'blindelings' de wet toe te passen. Hij doet dan, wat hij in 'normale gevallen' – dat wil zeggen: als er geen handelen van de wetgever in het geding is – naar hedendaagse opvattingen altijd mag: de burger op het concrete geval toegesneden rechtsbescherming bieden, mede met behulp van open normen en (ongeschreven) rechtsbeginselen.

Het toetsingsverbod verklaart de wet niet heilig, noch de wetgever onfeilbaar. Het beoogt slechts in onze rechtsorde de (nuttige) functie te vervullen dat bij conflicterende wensen ten aanzien van de rechtsontwikkeling de opvatting van democratisch gelegitimeerde wetgever prevaleert. Zolang er geen interpretatieconflict is of dreigt, kan de rechter daarom in het concrete geval recht doen, zonder aan deze functie van het toetsingsverbod afbreuk te doen.

Concluderend: ik pleit ervoor, de strekking van het toetsingsverbod beperkter op te vatten dan het opleggen van een volstreekte eerbiediging van de wet. Het toetsingsverbod heeft in mijn visie als functie te voorkomen, dat de rechter de interpretatie doorkruist die de wetgever geeft aan een hogere norm van nationale origine. Zo bepaalt de democratisch gelegitimeerde wetgever zelf in hoeverre hoger nationaal recht toestaat, een courante maatschappelijke opvatting tot wet te verheffen. De wetgever heeft het laatste woord bij de interpretatie van hogere normen van nationale origine. Waar zich geen interpretatieconflict tussen rechter en wetgever voordoet, kan de rechter zijn normale taak vervullen en de burger rechtsbescherming bieden. Daarbij kan hij rekening houden met alle relevante omstandigheden van het geval.

Deze beperktere interpretatie van het toetsingsverbod heeft vooral gevolgen voor de regels, geformuleerd in het *Harmonisatiewet*-arrest (par. 12.3) en in *Kooren-Maritiem* (par. 12.4). Ook de regel uit *Tegelen/Limburg* kan worden bijgesteld

³ Althans binnen de grenzen van het nationale recht, zoals geïnterpreteerd door de wetgever zelf. Vgl. Schutte 2004, i.h.b. p. 95, 98 en 99. In voorkomend geval kan de wet natuurlijk in strijd worden verklaard met internationaal of Europees recht.

(par. 12.5). In paragraaf 12.6 kom ik terug op de kern van het toetsingsverbod en de resterende mogelijkheden voor rechtsbescherming tegen de formele wetgever. In het vervolg spreek ik kortweg over ‘de functie’ van art. 120 Gw waar bedoeld is: de functie die mijns inziens aan art. 120 Gw toegekend zou moeten worden.⁴

12.3 Toepassing (I): r.o. 3.9 van het *Harmonisatiewet*-arrest

In het vorige hoofdstuk is r.o. 3.9 van het *Harmonisatiewet*-arrest al besproken. De Hoge Raad overweegt daarin, dat de wet in formele zin onder omstandigheden buiten toepassing kan blijven. Dat is het geval, als die toepassing (1) verband houdt met niet in de wet verdisconteerde omstandigheden en (2) in strijd komt met een fundamenteel rechtsbeginsel.

Over de precieze betekenis van deze rechtsoverweging bestaat in de literatuur verschil van mening. Om daar meer inzicht in te krijgen bespreek ik eerst enige ‘theorie’ over de gronden om de wet buiten toepassing te laten (par. 12.3.1). Daarna ga ik in op de twee visies in de literatuur (par. 12.3.2), op mijn eigen visie (par. 12.3.3) en op de wijze waarop de rechter mijns inziens te werk zou moeten gaan (par. 12.3.4). Tot slot weerleg ik mogelijke bezwaren tegen mijn opvatting (par. 12.3.5).

12.3.1 *Theorie: gronden om de wet buiten toepassing te laten*

In theorie zijn er drie verschillende redenen te onderscheiden, waarom de rechter de wet buiten toepassing zou kunnen laten in verband met de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging.⁵

- (1) De belangenafweging van de wetgever is in strijd met hoger recht, omdat de wetgever aan de betrokken belangen een verkeerd gewicht heeft toegekend in het licht van de vereisten van nationale hogere normen.⁶ Anders gezegd: de wetgever heeft een verkeerde interpretatie van hoger nationaal recht aan de wet ten grondslag gelegd. Hij meende ten onrechte, dat de door hem gemaakte belangenafweging door de beugel kon. Ieder is het erover eens, dat art. 120 Gw de rechter in dit geval verbiedt, de wet buiten toepassing te laten. De rechter mag de belangenafweging die aan de wet ten grondslag ligt, niet met een beroep op het nationale recht doorkruisen.

4 Ik gebruik het begrip normatief. *Kooren-Maritiem* is zelfs een duidelijke aanwijzing dat de door mij bepleite functie géén geldend recht is (zie hierna, par. 12.3.2).

5 Andere gronden om de wet buiten toepassing te laten komen voor, maar die houden geen verband met de belangenafweging die aan de wet ten grondslag ligt. Die bespreek ik daarom niet (zie wel par. 2.5).

6 Is aan de relevante belangen een ander gewicht toegekend dan gelet op internationaal recht had gemoeten, dan kan de rechter de wet naar geldend recht natuurlijk sowieso buiten toepassing laten.

- (2) De afweging van de wetgever is onvolledig, doordat de wetgever een relevant belang over het hoofd heeft gezien, terwijl dat belang wel in beeld was gekomen als de wetgever de wet beter had voorbereid. Door een minder zorgvuldige voorbereiding is een relevant belang niet meegewogen.
- (3) De wetgever heeft een belang niet meegewogen, omdat dit niet kenbaar was op het moment dat de wet tot stand kwam. Een dergelijk belang kón niet verdisconteerd worden, omdat de situatie die de aanleiding was om de wet buiten toepassing te laten, nog niet bestond.⁷ Hoe zorgvuldig de wetgever de wet ook zou hebben voorbereid, het niet verdisconteerde belang zou hem nooit onder ogen gekomen zijn. Er valt de wetgever niets te verwijten.

12.3.2 Twee visies in de literatuur

In de literatuur zijn (a) een enge en (b) een ruime lezing van r.o. 3.9 verdedigd.

a. *de enge lezing: geen bezwaar tegen de wet*
Vooral Van Houten legt r.o. 3.9 beperkt uit:

‘De rechter mag door het buiten toepassing laten van de wet geen oordeel uitspreken over de wet.’⁸

Anders gezegd:

‘Laten de bezwaren gericht tegen de toepassing zich herleiden tot bezwaren tegen de wet (...) dan overtreedt de rechter het toetsingsverbod.’⁹

Deze gedachte heeft een beperkend effect op de betekenis van r.o. 3.9 van het *Harmonisatiewet*-arrest. Zij heeft namelijk tot gevolg, dat de wet niet buiten toepassing mag worden gelaten in gevallen die de wetgever had kunnen voorzien, maar niet heeft voorzien – situatie (2) zoals hierboven onderscheiden. In deze tweede situatie kán de wetgever immers een verwijt gemaakt worden: had hij de wet zorgvuldiger voorbereid, dan was een bepaald belang hem wél onder ogen gekomen en had hij met het oog op dat belang een afwijkende regeling kunnen treffen. R.o. 3.9 ziet in de enge lezing dus uitsluitend op situatie (3).

Dit valt te illustreren aan de hand van Van Houtens opmerkingen over de *Harmonisatiewet*-casus.¹⁰ Als bij de totstandkoming van de *Harmonisatiewet* géén aandacht was besteed aan de gerechtvaardigde verwachtingen van studenten die een tweede studie volgden, had de rechter volgens haar de *Harmonisatiewet* *niet*

⁷ Zie voor enkele voorbeelden Groenewegen 2006, p. 106-107.

⁸ Van Houten 1992, p. 700.

⁹ Van Houten 1997, p. 89.

¹⁰ Zie ook Van Houten 1997, p. 95 noot 188 met vergelijkbare opmerkingen over het *Arucar*-arrest.

jegens hen buiten toepassing mogen laten.¹¹ Ook al zou in dat geval nergens uit blijken, dat de wetgever de omstandigheden van de gedupeerden voor ogen had gehad, toch zouden de belangen van de gedupeerden volgens Van Houten dan moeten gelden als in de wet verdisconteerde omstandigheden. Met de vaststelling dat de toepassing van de wet in strijd zou komen met het rechtszekerheidsbeginsel ‘zou de rechter een oordeel uitspreken over de wet’, wat volgens haar een overtreding van het toetsingsverbod is.¹²

b. ruime lezing: al wat de wetgever vergeten is

Andere auteurs zien in r.o. 3.9-*Harmonisatiewet* een verdere relativering van het toetsingsverbod.

Van Kreveld schrijft het volgende. Ook al blijkt de *contra legem*-leer in de praktijk gebruikt te worden ter correctie van foutief bestuurshandelen, dat doet er niet aan af, dat ook wanneer

‘van voorafgaand bestuurlijk handelen geen sprake is, nog wel denkbaar [is] dat beginselen van behoorlijk bestuur eisen dat het bestuursorgaan op het *enkele* grond dat het wettelijk voorschrift te onredelijk uitwerkt, van (strikte) toepassing van dat voorschrift afziet, zij het dat de rechter hierin heel terughoudend zal zijn.’¹³

Ook Hirsch Ballin vat r.o. 3.9 heel ruim op.¹⁴ Het toetsingsverbod brengt volgens hem nog altijd mee, dat de rechter de wet niet buiten toepassing mag laten wegens wél verdisconteerde, maar – volgens de rechter – niet naar de eisen van het recht meegewogen omstandigheden.¹⁵ Is de belangenafweging door de wetgever echter incompleet geweest, dan mag de rechter wél ingrijpen.¹⁶ Gevolg is, dat de wet soms zelfs buiten toepassing kan blijven als een grondwettelijk beschermd belang niet is meegewogen bij de totstandkoming van de wet. Deze toepassing van r.o. 3.9 van het *Harmonisatiewet*-arrest levert volgens Hirsch Ballin wel enige spanning op met de tekst van art. 120 Gw, maar te betwijfelen valt of nog kan worden volgehouden dat dit type toetsing de rechter niet toekomt.¹⁷

11 In werkelijkheid was die problematiek bij de parlementaire behandeling aan de orde gekomen.

12 Van Houten 1997, p. 90. Dit is ook volgens Halsema positief recht, zie de Nadere MvA naar aanleiding van de behandeling van het voorstel tot wijziging van art. 120 Gw, *Kamerstukken I* 2007/08, 28 331, nr. E, p. 6. Als ik hen goed begrijp, zijn ook Van der Meulen & Simon 1989, p. 73, van mening dat buiten toepassing laten van de formele wet niet mag neerkomen op een ‘(gedeeltelijke) diskwalificatie’ van die wet.

13 Van Kreveld 2003, p. 105.

14 Hirsch Ballin 1989.

15 Hirsch Ballin 1989, p. 590. Bijvoorbeeld: de wetgever heeft weliswaar opgemerkt, dat een wet op gespannen voet staat met verworven rechten van een bepaalde groep, maar heeft – volgens de rechter ten onrechte – beslist, dat de wet jegens hen niet in strijd is met de rechtszekerheid.

16 Hirsch Ballin 1989, p. 590. Hij vindt dit overigens ongerijmd, omdat het meebrengt, dat onrechtmatige belangenafwegingen onschendbaar zijn, maar onvolledige niet. Het ‘afdekken’ van onrechtmatige interpretaties door de formele wetgever van nationaal recht is echter inherent aan het toetsingsverbod.

17 Hirsch Ballin 1989, p. 591. In vergelijkbare zin: Damen, *Gst.* 1989, 6886.3, p. 423, l.k. Zie ook C.A.J.M. Kortmann, *RegelMaat* 1989, p. 83. Iets terughoudender is Scheltema, *NJ* 1989, 469, pt. 9.

Barendrecht leest in het *Harmonisatiewet*-arrest, dat buiten toepassing laten van de formele wet uitsluitend verboden is, als dat zou gebeuren met het oog op expliciet in de beschouwing betrokken omstandigheden. In andere gevallen is dat volgens hem dus wel toegestaan.¹⁸

De visie van deze auteurs komt erop neer, dat art. 120 Gw uitsluitend verbiedt, de wet in situatie (1) buiten toepassing te laten. Zowel in situatie (2), als de wetgever verwijtbaar iets over het hoofd heeft gezien als in situatie (3), waar de wetgever een belang niet kón voorzien, kan de wet buiten toepassing blijven.

c. wie heeft gelijk?

De Hoge Raad overweegt in het *Harmonisatiewet*-arrest uitdrukkelijk, dat de omstandigheden waarin de eisers verkeren, in de wet verdisconteerd zijn. Daarmee motiveert hij, dat de uitzondering van r.o. 3.9 *in casu* niet op gaat. De relevantie van die overweging valt lastig in te zien, als de Hoge Raad niet de bedoeling zou hebben gehad, dat de *Harmonisatiewet* tegenover de gedupeerden wel buiten toepassing had kunnen blijven, als de wetgever hun omstandigheden over het hoofd zou hebben gezien. De enge lezing staat daarmee opgespannen voet. Mij lijkt dan ook, dat de Hoge Raad r.o. 3.9 destijds ruimer heeft bedoeld dan Van Houten in haar proefschrift aangeeft. Latere jurisprudentie geeft echter duidelijk steun aan de enge lezing.

In het latere arrest *Kooren-Maritiem* spreekt de Hoge Raad uit, dat de vaststelling van de wet nooit, dus ook niet tegenover een incidentele getroffene, als een onrechtmatige daad mag worden aangemerkt. Als de rechter de vaststelling van de wet niet als onrechtmatige daad mag kwalificeren, impliceert dat, dat hij niet het oordeel mag uitspreken, dat er iets is misgegaan bij de vaststelling van de wet. Dit is een sterke aanwijzing dat de rechter – zoals Van Houten ook zegt – niet mag uitspreken dat er een bezwaar kleeft aan de wet.¹⁹ De enge lezing is dus sinds *Kooren-Maritiem* waarschijnlijk positief recht.²⁰

12.3.3 *Eigen, normatieve opvatting, gelet op de functie van art. 120 Gw*

In paragraaf 12.2 heb ik een hedendaagse lezing van het toetsingsverbod bepleit, waarbij dat verbod de rechter verhindert om de interpretatie te doorkruisen die de wetgever aan nationaal recht gegeven heeft.

Deze uitleg van het toetsingsverbod brengt mee, dat aan de ruime visie op r.o. 3.9 van het *Harmonisatiewet*-arrest de voorkeur gegeven moet worden. Art. 120 Gw fixeert de verhouding tussen de staatsmachten zó, dat de wetgever de ultieme interpretator van (hoger) nationaal recht is. Daarom moet de rechter een duidelijk ‘bedoelde’ interpretatie van nationaal recht door de wetgever respecteren. Komt de toepassing van de wet echter in strijd met een rechtsbeginsel, terwijl aannemelijk

¹⁸ Barendrecht 1992, p. 104-105.

¹⁹ De relevante belangen zijn in het licht van hoger recht verkeerd gewaardeerd (situatie 1) of er zijn belangen over het hoofd gezien (situatie 2).

is, dat de wetgever dit geval niet voor ogen heeft gehad, dan is er aan deze functie van het toetsingsverbod geen reden te ontleen om de wet toe te passen.

Het is in deze benadering niet relevant of de wetgever een zorgvuldigere afweging had kunnen maken; het is alleen relevant welke afweging hij hééft gemaakt.²¹ Slechts een bedoelde beslissing van de wetgever moet worden beschermd tegen doorkruising door de rechter. Bij een onzorgvuldige, want onvolledige afweging door de wetgever (situatie 2) is er geen reden waarom de rechter de wet niet zou kunnen aanvullen of verbeteren – ook niet als aanvulling impliceert, dat de aan de wet ten grondslag liggende afweging vollediger had kunnen zijn. In dat geval is er aan de scheiding der machten geen goede reden te ontleen, om de op het concrete geval toegespitste rechtsbescherming tegen de overheid te beknotten. De visie van Barendrecht c.s. is in mijn benadering dus wenselijk recht.

12.3.4 Toepassing

Bij een ruime lezing van r.o. 3.9 moet de rechter zelf bepalen, of de wetgever een (type) geval heeft verdisconteerd. Hoe moet hij daarbij te werk gaan?

Als een (type) geval in de wetsgeschiedenis wordt genoemd, maar de wetgever niettemin geen uitzondering heeft gecreëerd, is de bedoeling van de wetgever duidelijk.²² In dat geval moet de wet – ook in mijn benadering – krachtens art. 120 Gw worden toegepast.²³

Blijft een (type) geval in de wetsgeschiedenis ongenoemd, dan wordt het lastiger. Dat kán betekenen dat het niet is verdisconteerd, maar dit hoeft niet zo zijn.

Veel, zo niet alle gevallen waarop de wet van toepassing is, verschillen van elkaar. Lang niet al die verschillen zijn relevant. In de wet wordt onderscheid gemaakt op grond van de verschillen die de wetgever relevant vindt, terwijl onbeduidende, irrelevante verschillen juist onder één noemer worden gebracht. De wetgever kan bij de totstandkoming van een wet onmogelijk alle denkbare, maar *irrelevante* verschillen expliciet in de toelichtende stukken voorzien van de opmerking dat ze te onbetekenend zijn voor een afzonderlijke regeling. Als een bepaald (type) geval niet uitdrukkelijk bij de behandeling van een wet is benoemd, kan dat heel goed betekenen dat de wetgever het te onbetekenend vond om er een afzonderlijke regeling voor te treffen.

De rechter staat dus voor de taak om zelf onderscheid te maken tussen, enerzijds, een niet expliciet genoemd geval dat zodanig afwijkt van de gevallen die de wetgever wél voor ogen gestaan hebben dat het niet in de wet is verdisconteerd en, anderzijds, een geval dat onbetekenend was en om die reden niet is genoemd.

20 Helemaal zeker is dat niet, omdat de Hoge Raad in *Kooren-Maritiem* niets zegt over toegestane gronden om de wet buiten toepassing te laten. Het arrest draait om schadevergoeding wegens een toepasselijke wet.

21 De vraag of het buiten toepassing laten een diskwalificatie inhoudt, is dus een onnodige tussenstap.

22 In de praktijk gebruikt de rechter de wetsgeschiedenis voornamelijk om te laten zien, dat het hem voorgelegde geval verdisconteerd is, zie bijvoorbeeld CBB 27 mei 1997, *AB* 1997, 279; CRvB 3 januari 2001, *LJN* AA9927; CRvB 24 januari 2000, *JB* 2001, 76; Rb. Amsterdam 22 oktober 2001, *LJN* AD5051; Rb. 's-Gravenhage 16 april 2002, *LJN* AE2662, r.o. III.3; CRvB 16 augustus 2005, *LJN* AU2774 en het *Harmonisatiewet*-arrest, r.o. 3.9.

23 Dit is immers een voorbeeld van situatie (1).

Anders gezegd: de rechter moet zelfstandig onderscheiden of zich situatie (1) of (2) voordoet.

De rechter kan zich daarbij van de volgende vuistregel bedienen. Als de toepassing van de wet in een concrete casus op gespannen voet staat met een rechtsbeginsel, terwijl de wet dat in de ‘doorsnee-toepassing’ niet is, is dat een sterke aanwijzing, dat dit concrete geval niet is verdisconteerd. Dit wordt anders, als de wet in de doorsnee-toepassing volgens de rechter ook in strijd is met hetzelfde rechtsbeginsel.²⁴ Dat is juist een aanwijzing, dat de wetgever heeft gemeend, dat deze wet conform het rechtsbeginsel is, zodat van een bewuste interpretatie sprake is.

Stel, dat de wetgever de AOW afschaft. Het is mogelijk, dat een rechter dit in strijd acht met de rechtszekerheid van degenen die jarenlang premie hebben betaald. Ook als zich een bijzonder geval voordoet, kan dat niet snel leiden tot buiten toepassing of onrechtmatig verklaren van die intrekking tegenover een individuele getroffene. De wetgever meende immers, dat de intrekkingwet in algemene zin door de beugel kon. Het wordt pas anders, als zich een bijzonder geval voordoet, waarvan – ook in het licht van het feit dat de wetgever intrekking *as such* legitiem achtte – vermoed kan worden dat de wetgever er anders over zou hebben beslist als het te zijner kennis was gekomen.

Het doorsnee-geval waarvoor de wet is gegeven, belichaamt een duidelijke beslissing over de conformiteit van de wet met een rechtsbeginsel. Zo’n duidelijke keuze moet de rechter krachtens art. 120 Gw respecteren. Hij moet niet het eerste ietwat afwijkende geval dat zich voordoet aangrijpen om deze bewuste beslissing van de wetgever te doorkruisen.

Een wet zal heel vaak een duidelijke kern bevatten, een ‘prototypisch geval’, waarin evident is, dat zij hiervoor nu juist is bedoeld. Deze doorsnee-toepassing van de wet kan ook bij de hier verdedigde lezing van art. 120 Gw nauwelijks of niet in strijd met een rechtsbeginsel verklaard worden. Het is namelijk moeilijk denkbaar, dat het *standaard*-geval waarop de wet betrekking heeft, in strijd is met een rechtsbeginsel, terwijl tegelijkertijd aannemelijk gemaakt kan worden, dat de wetgever dit probleem daadwerkelijk over het hoofd heeft gezien.

Overigens, aan het voorbeeld van intrekking van de AOW valt te zien, dat het vrij onwaarschijnlijk is dat de wetgever een wet tot stand brengt, waarvan de standaardtoepassing serieuze vragen oproept over de conformiteit met een rechtsbeginsel, zonder dat aan die kwestie bij de totstandkoming aandacht wordt besteedt. Als de wetgever de AOW intrekt, roept dat zoveel vragen op, dat in de toelichtende stukken of anders bij de parlementaire behandeling de verwachtingen van de gedupeerde premiebetalers wel aan bod zullen komen.

²⁴ Zie over ‘prototypische gevallen’ Smith 2007, p. 144-156, i.h.b. 151-152 en 156 met verwijzingen naar Hart 1994, p. 128-129 (‘paradigm cases’).

Uiteindelijk komt het erop neer, dat het concrete geval waarin de rechter onderzoekt of hij de wet buiten toepassing kan laten, zodanig van de ‘standaardtoepassing’ afwijkt, dat aannemelijk is dat het de wetgever niet voor ogen heeft gestaan. De hierboven genoemde vuistregel biedt mijns inziens voldoende aanknopingspunten voor het onderscheid tussen onbetekenende gevallen enerzijds en ten onrechte niet verdisconteerde gevallen anderzijds. Glashelder wordt de vuistregel natuurlijk nooit. Enige vaagheid lijkt mij echter een aanvaardbare prijs voor de toegenomen mogelijkheden om ‘recht op maat’ te bieden.²⁵

12.3.5 Gevaar voor uitholling van het toetsingsverbod?

Tot slot ga ik in op twee mogelijke bezwaren tegen de ruime lezing van r.o. 3.9.

Ten eerste. Betekent deze ruime lezing van r.o. 3.9 niet, dat de rechter soms een ‘bezwaar’ tegen de wet uitspreekt?²⁶ Soms wel, maar op zich is dat geen probleem. Als de wet buiten toepassing wordt gelaten in een geval dat de wetgever niet heeft verdisconteerd, maar dat hij wel had kunnen voorzien, dan heeft de wetgever een onvolledige afweging gemaakt. Als dit (type) geval bij zorgvuldiger onderzoek was voorzien, had de wetgever dat geval (eigenlijk) ook behoren te voorzien. Buiten toepassing laten van de wet is hier te herleiden tot een onvolledige afweging door de formele wetgever. Dit is een bezwaar tegen de wet.²⁷ Het constateren van dit bezwaar is echter niet in strijd met de functie van het toetsingsverbod. Deze functie is niet, de wetgever onfeilbaar te verklaren, maar slechts om duidelijke interpretaties van de wetgever te beschermen tegen doorkruising door de rechter. Bij gevallen waar de wetgever geen duidelijke beslissing heeft genomen wordt die functie niet bedreigd. Het is niet relevant of het buiten toepassing laten van de wet een bezwaar tegen de wet impliceert. Relevant is, welke afweging de wetgever heeft willen maken.

Een tweede mogelijk bezwaar wordt helder verwoord in Prakkes preadvies over constitutionele toetsing.²⁸

Prakke bespreekt daarin een advies van de Hoge Raad uit 1970.²⁹ De Hoge Raad is op dat moment geen voorstander van invoering van het toetsingsrecht. Hij vreest, dat de rechter daardoor te zeer in politieke strijdvragen betrokken wordt.³⁰ De Hoge Raad onderkent echter, dat een wet slechts in algemene zin met de grondwettelijke vrijheidsrechten rekening kan houden. Daardoor bestaat het gevaar, dat in een concreet geval aan de individuele vrijheidssfeer onvoldoende

²⁵ Precies andersom: Prakke 1992, p. 20.

²⁶ Vgl. de visie-Van Houten, par. 12.3.2.

²⁷ Dit is een mogelijk bezwaar tegen de wet (namelijk situatie 2); het zij duidelijk, dat een bezwaar tegen de afweging die *is* gemaakt (situatie 1), door art. 120 Gw wordt verboden.

²⁸ Prakke 1992, p. 3-33, i.h.b. p. 17-23.

²⁹ Advies van de Hoge Raad der Nederlanden, *Stcr.* 23 maart 1970, nr. 57, p. 9.

³⁰ In 1991 adviseerde de Hoge Raad opnieuw over invoering van het toetsingsrecht; ditmaal positief. Zie *NJCM-Bulletin* 1992, p. 243-259.

recht wordt gedaan. De Hoge Raad adviseert daarom, het toetsingsverbod opnieuw te formuleren. De wet zou geen toepassing moeten vinden, indien deze toepassing onverenigbaar zou zijn met een grondrecht in een geval, waarvan niet is aan te nemen dat het de wetgever voor ogen heeft gestaan.³¹ Weliswaar is dit voorstel toegespitst op de verenigbaarheid van de wet met grondrechten, maar in de kern behelst het dezelfde gedachte als een ruime lezing van r.o. 3.9 van het *Harmonisatiewet*-arrest: de rechter mag niet de abstracte toetsing van de wetgever overdoen. Concrete omstandigheden die bij de abstracte afweging van de wetgever niet zijn meegenomen, kunnen echter wel aanleiding geven de wet buiten toepassing te laten.³²

Toch verwerpt Prakke deze ook voor hem 'tentatieve suggestie', omdat hij meent, dat nooit voldoende zeker is of een bepaald geval de wetgever voor ogen heeft gestaan. Daardoor zou de bevoegdheid misbruikt kunnen worden om ook weloverwogen beslissingen van de wetgever af te wijzen.³³ Zo wordt het toetsingsverbod volgens Prakke toch uitgehouden.

Prakke laat echter een belangrijke vorm van *check and balance* waarover de wetgever beschikt, onvermeld. Bij een volgens de wetgever te vrijmoedige toepassing van de *contra legem*-leer kan de wetgever de rechter vrij eenvoudig corrigeren – anders dan bij invoering van een echt toetsingsrecht. De wetgever kan de niet voorziene toepassing van de wet alsnog uitdrukkelijk in de wet opnemen; ook kan hij een 'interpretatieve wet' uitvaardigen, waarin hij vastlegt hoe zijn eerdere wet begrepen moet worden.³⁴ Na het uitvaardigen van een nieuwe wet, is wél een weloverwogen beslissing van de wetgever voorhanden voor het (type) geval, dat aanvankelijk over het hoofd was gezien. De rechter moet zich onder art. 120 Gw bij een dergelijke aanvulling van de wet neerleggen. Er is ná aanvulling van de wet immers wel onmiskenbaar een weloverwogen interpretatie van de wetgever voorhanden. De wetgever krijgt dan het laatste woord, zodat het toetsingsverbod zijn functie kan vervullen.

Dat is het verschil met schrapping van het toetsingsverbod. Als de rechter na eventuele schrapping van het toetsingsverbod de wet onverbindend verklaart wegens strijd met de Grondwet of een rechtsbeginsel, valt dat slechts te corrigeren door een grondwetswijziging, of doordat de rechter zelf op deze jurisprudentie terugkomt. De wetgever kan een dergelijke beslissing van de rechter niet bijstellen.

31 Volgens de Hoge Raad in 1970 en volgens Prakke is voor deze mogelijkheid dus een wijziging van art. 120 Gw nodig. Volgens mij kan dit al onder het huidige art. 120 Gw verwezenlijkt worden, zonder dat de functie van dit artikel geweld wordt aangedaan.

32 Hetzelfde geldt voor rechtsbeginselen. De Hoge Raad noemt die niet om de begrijpelijke reden, dat zelfs lagere regelingen destijds niet aan het ongeschreven recht werden getoetst (zie par. 2.3).

33 Prakke 1992, p. 18-20.

34 Van Houten noemt de 'interpretatieve wet' als instrument om een ongewenste grondwetsconforme wetsuitlegging van de rechter voor de toekomst te corrigeren. Een voorbeeld daarvan is de wet van 1 juni 1861, *Stb.* 54, Van Houten 1992, p. 704. Deze figuur kan ook fungeren als correctie op het buiten toepassing laten van de wet.

In de door mij beschreven gevallen volstaat het tot stand brengen van een gewone wet. Het toetsingsverbod wordt niet uitgehold, omdat de wetgever het laatste woord houdt.³⁵

Het toetsingsverbod legt slechts de *eindbeslissing* bij de wetgever. Daarmee is – zoals algemeen wordt aanvaard – niet in strijd dat de rechter een belangrijke rechtsvindende en zelfs rechtsvormende taak heeft. Juist in de praktijk kunnen zich problemen voordoen, waar de wetgever om wat voor reden dan ook niet aan heeft gedacht. Rechtsvorming door de rechter heeft het heilzame effect, dat snel en efficiënt nieuwe regels kunnen worden geformuleerd op het moment dat de noodzaak daarvoor zich voordoet. De praktijk hoeft niet te wachten tot de wetgever daaraan toekomt. Het toetsingsverbod – in combinatie met de gedachte van het primaat van de wetgever – zorgt er daarbij voor, dat de wetgever de door de rechter geformuleerde, op een bijzonder geval toegespitste regel voor de toekomst kan corrigeren. Ook in mijn benadering blijft dat de kern van het toetsingsverbod.

12.4 Toepassing (II): Kooren-Maritiem

Ook de regel uit *Kooren-Maritiem* kan worden bijgesteld. Het toetsingsverbod wordt zo uitgelegd, dat de rechter een bewuste interpretatie van nationaal recht door de wetgever niet mag doorkruisen (in par. 12.3.1 situatie (1) genoemd). De rechter mag een dergelijke interpretatie niet desavoueren; hij mag de wet op die grond onverbindend verklaren, noch buiten toepassing laten. In het verlengde daarvan kan de rechter niet uitspreken dat de wetgever een onrechtmatige daad heeft begaan, bestaande in een onjuiste interpretatie van hoger, nationaal recht.³⁶

De rechter mag wel de wet buiten toepassing laten op een grond die de wetgever niet had kunnen verdisconteren (situatie 3) dan wel, idealiter zou hebben verdisconteerd maar over het hoofd heeft gezien (situatie 2). Anders dan de Hoge Raad overweegt in *Kooren-Martitiem*, is het geen probleem als de rechter in plaats van de wet buiten toepassing te laten, in deze gevallen aan de benadeelde op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding toekent. De grondslag van de schadevergoeding is namelijk niet een (door art. 120 Gw verboden) onrechtmatigverklaring van een bewuste interpretatie door de wetgever. De grondslag is slechts, dat de wetgever een bepaald (type) geval over het hoofd heeft gezien (situatie 2), dan wel het feit, dat de effecten van de wet tegenover benadeelde op een onvoorzienbare wijze onrechtmatig benadelend uitpakken (situatie 3). In hoofdstuk 13 werk ik dit uit. De voorlopige conclusie kan zijn, dat het niet zonder meer in strijd is met de functie van het toetsingsverbod als de vaststelling van de wet jegens een individuele getroffene als een onrechtmatige daad wordt bestempeld.

35 Vgl. Schutgens 2007. Ik betoogde daar, dat bij gedeeltelijke schrapping van art. 120 Gw (het voorstel-Halsema) zonder meer de rechterlijke bevoegdheid zou ontstaan, om de wet buiten toepassing te laten als deze niet op een weloverwogen interpretatie van de Grondwet berust. Ook onder het geldende art. 120 Gw zou de rechter al een dergelijke bevoegdheid kunnen uitoefenen als het toetsingsverbod naar zijn functie wordt uitgelegd.

36 Vgl. de opmerkingen aan het slot van par. 11.6.2.

12.5 Toepassing (III): Tegelen/Limburg

De functie die aan het toetsingsverbod moet worden toegekend is, zoals gezegd, dat de rechter niet de interpretatie mag doorkruisen die de wetgever geeft aan een hogere norm van nationale origine. Hierdoor krijgt de wetgever bij de interpretatie van nationaal recht het laatste woord.

Ook *Tegelen/Limburg* behoeft, gelet op deze functie van het toetsingsverbod, bijstelling. In dit arrest breidde de Hoge Raad het toetsingsverbod uit. Een rechtsvordering ten aanzien van een handeling ter voorbereiding van de formele wet is volgens de Hoge Raad niet mogelijk. De Hoge Raad wil daarmee voorkomen dat de beoordeling van een wetsvoorstel *de facto* aan de formele wetgever wordt onttrokken.³⁷

Op zichzelf is dit standpunt vanuit de functie van het toetsingsverbod wel te verklaren. Zou de burgerlijke rechter voorbereidingshandelingen uit het wetgevingsproces kunnen isoleren en betrokkenen verdere medewerking daaraan kunnen verbieden, dan zou – in theorie – een stelsel van preventieve constitutionele toetsing kunnen ontstaan. De rechter had dan bijvoorbeeld de bij de Harmonisatiewet betrokken wetgevingsambtenaren kunnen bevelen om de feitelijke voorbereiding van het ontwerp voor de Harmonisatiewet te staken.³⁸ Het toetsingsverbod zou dan ondergraven raken, omdat de wetgever de mogelijkheid wordt ontnomen, zelfstandig te interpreteren of nationaal recht de totstandkoming van een bepaalde wet toelaat. De *Tegelen*-jurisprudentie voorkomt dit.

Echter, goed in het oog houden van de functie van het toetsingsverbod leidt tot een beperkt toepassingsbereik van deze jurisprudentie. De burgerlijke rechter zou zich bij rechtsvorderingen ten aanzien van een voorbereidingshandeling steeds de vraag moeten stellen of hij door toewijzing van de vordering, de beslissing over de conformiteit van een wet met nationaal recht *daadwerkelijk* aan de wetgever zou onttrekken. Alleen dan hoeft hij de vordering af te wijzen.

In de casus *Tegelen/Limburg* was dat mijns inziens niet het geval. Een bevel aan de provincie om opnieuw in overleg te treden met de gemeente Tegelen had de indiening van een wetsvoorstel hoogstens wat vertraagd. De wetgever was dan niet het laatste woord over het voorstel ontnomen. In dit geval paste de Hoge Raad dus een op zich zinnige regel – te weten: de wetgever de beoordeling van een wetsvoorstel niet ontnemen – toe, zonder dat daar *in casu* gelet op de functie van het toetsingsverbod een reden voor was.³⁹

³⁷ Zie par. 11.3.

³⁸ Zo ook de conclusie A-G, nr. 3.7.2. Overigens is in par. 4.2.1.3 betoogd, dat schrijven, indienen en publiceren van ontwerpregelgeving in beginsel geen publiekrechtelijk onjuiste handeling oplevert, omdat de uitvaardiging het uiterste moment markeert waarop een regeling juist moet zijn. Ook deze benadering kan natuurlijk grotendeels voorkomen dat een stelsel van preventieve toetsing ontstaat, zelfs zonder dat daar een redenering via art. 120 Gw voor nodig is.

³⁹ Wellicht is het karakter van het geschil mede aanleiding geweest om de vordering af te wijzen. Het ging om een geschil tussen openbare ambten, over een puur publiekrechtelijke kwestie, vermengd met een politieke competentiestrijd. Een 'minder civielrechtelijk' geschil is haast niet denkbaar. Als dit inderdaad de achterliggende reden was voor de afwijzing, had de Hoge Raad beter de gemeente niet-ontvankelijk kunnen verklaren, vgl. de opmerkingen hierover in par. 6.3 en de annotaties van Koopmans *NJ* 2000, 160, pt. 2; Drupsteen, *AB* 2000, 387 en Schutgens & Sillen, *Gst.* 2007, 151, pt. 5.

Overtuigender is de – eerdere – uitspraak van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam.⁴⁰ De Staatssecretaris van OC&W wenst de omroepbijdrage te fiscaliseren en de met inning daarvan belaste Dienst Omroepbijdragen op te heffen. De ondernemingsraad van de dienst is over die opheffing volgens het Hof Amsterdam ten onrechte niet gehoord.⁴¹ Op het moment dat de procedure voor het gerechtshof speelt, heeft de ministerraad al beslist over een wetsvoorstel waarmee de opheffing wordt geëffectueerd. Het hof verklaart zich niet bevoegd in het proces van formele wetgeving in te grijpen. Echter, dat neemt volgens hem niet weg, dat de ondernemingskamer als bij uitstek bevoegde rechter de bevoegdheid heeft, de Staat te veroordelen om zijn verplichting tegenover de ondernemingsraad na te komen. Dit lijkt mij juist: door de Staat te verplichten, alsnog een ondernemingsraad te horen over een plan dat (toevallig) in een wetsvoorstel is vervat, wordt de formele wetgever geenszins de mogelijkheid ontnomen om het laatste woord te spreken over conformiteit van de wet met nationaal-rechtelijke normen.

Goed in het oog houden van de functie van het toetsingsverbod bij de toepassing van het *Tegelen*-criterium, heeft het voordeel dat de bezwaren die tegen *Tegelen/Limburg* naar voren zijn gebracht, grotendeels worden weggenomen.⁴² Deze bezwaren zijn tweërlei.

Het eerste bezwaar tegen het arrest is, dat zeer onduidelijk wordt, op welk moment de bescherming van het toetsingsverbod aanvangt.

Zo vraagt Kortmann zich af, of de bescherming begint, als de regering een wetsvoorstel indient, als een ambtenaar opdracht krijgt een wetsvoorstel te schrijven of wellicht al als het voornemen een wetsvoorstel in te dienen in de troonrede wordt aangekondigd.⁴³ Drupsteen voegt daaraan toe, dat het criterium voor de rechter in eerste aanleg moeilijk toepasbaar is. Tegelen daagde de provincie Limburg nog tijdens de provinciale overlegprocedure voor de rechter. De rechter wist toen niet óf het ooit tot een wetsvoorstel zou komen. Hoe kon hij weten of hij de vordering moest afwijzen?⁴⁴ Kortom, allerhande meningsuitingen van allerhande ambtenaren dreigen onschendbaar te worden, omdat zij wellicht ooit hun neerslag zullen vinden in enig wetsvoorstel. Het toetsingsverbod dreigt onwerkbaar ver te worden opgerekt.

Door de functie van het toetsingsverbod voor ogen te blijven houden, hoeft een rechtsvordering slechts te worden afgewezen, als de gedaagde⁴⁵ aannemelijk kan maken, dat bij toewijzing van de vordering de beoordeling van een wetsvoorstel

40 Hof Amsterdam 22 juli 1999, *NJ* 1999, 806 (Dienst omroepbijdragen/Staat). Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *AA* 2000, p. 110.

41 De Hoge Raad omzeilt de problematiek van art. 120 Gw door een engere uitleg van de WOR, vgl. HR 26 januari 2000, *RvdW* 2000, 30c en HR 26 januari 2000, *RvdW* 31c.

42 Zie vooral C.A.J.M. Kortmann 2000; C.A.J.M. Kortmann, *AA* 2000, p. 107-110; Drupsteen, *AB* 2000, 387; Koekkoek e.a. 2000, p. 548 en Koopmans, *NJ* 2000, 160. Instemmend: Schlössels *JB* 2000, 1 en Van Maanen *NTBR* 2000, p. 83-85.

43 C.A.J.M. Kortmann 2000, p. 82.

44 Drupsteen, noot in *AB* 2000, 387.

daadwerkelijk aan de wetgever zou worden onttrokken. Dat zal niet snel het geval zijn. Een groot deel van de onzekerheid over het aanvangsmoment van de bescherming van het toetsingsverbod wordt weggenomen.

Ten tweede brengt oriëntatie op de functie van het toetsingsverbod mee, dat de resterende mogelijkheden voor rechtsbescherming niet onnodig worden beknot.⁴⁶ Het zou een slechte zaak zijn, als *alle* voorbereidingshandelingen voor een formele wet generiek onder de bescherming van het toetsingsverbod worden gebracht.⁴⁷ Het is immers mogelijk, dat een van de betrokkenen bij een bijzondere voorbereidingsprocedure een specifieke zorgvuldigheidsnorm (of een andere rechtsplicht) schendt tegenover een particulier.⁴⁸

Iemand die wordt gehoord bij de openbare voorbereiding van een wet, zou opzettelijk misleidende informatie kunnen geven over een derde.⁴⁹ Bepaalde adviezen zouden ten onrechte geheim gehouden kunnen worden, waardoor een particulier schade lijdt.⁵⁰

De burgerlijke rechter is er juist om particulieren in dit soort gevallen rechtsbescherming te bieden. Zolang hij daardoor maar niet de beoordeling van (de rechtmatigheid van) een wetsvoorstel daadwerkelijk aan de formele wetgever onttrekt, is er geen reden om in deze gevallen van individuele rechtsbescherming af te zien.⁵¹ Er zijn verschillende rechtsvorderingen mogelijk – schadevergoeding; verplichte rectificatie – waaraan het toetsingsverbod niet in de weg staat, zolang zijn functie voldoende in het oog wordt gehouden.

12.6 Nogmaals de kern van het toetsingsverbod en de resterende mogelijkheden voor rechtsbescherming

In hoofdstuk 11, bij het onderzoek naar de positiefrechtelijke betekenis van art. 120 Gw, is de kern van het toetsingsverbod geplaatst tegenover de resterende mogelijkheden voor rechtsbescherming tegen handelen of niet-handelen van de wetgever.

De kern houdt naar geldend recht in, dat de rechter de wet niet mag toetsen aan de Grondwet, het Statuut of aan een rechtsbeginsel, waarbij de 'onaantastbaarheid' al aanvangt op het moment dat de wet wordt voorbereid. Resterende rechts-

45 Dat is niet per se de Staat, vgl. *Tegelen/Limburg*.

46 Dat immers slechts beoogt, de eindbeslissing over de conformiteit van de wet met hoger, nationaal recht aan de formele wetgever te laten.

47 Het arrest suggereert dit wel; C.A.J.M. Kortmann, *AA* 2000, p. 110.

48 In par. 4.2.1.3 is het volgende betoogd: slechts als een specifieke rechtsplicht wordt geschonden die gold vóór het moment van uitvaardiging van een regeling, handelt de overheid al tijdens de totstandkomingprocedure onrechtmatig. Probleem bij het *Tegelen/Limburg* is juist, dat ook vooraf geldende, specifieke rechtsplichten al heel snel niet meer bij de rechter afgedwongen kunnen worden. Vgl. noot 38.

49 Koopmans noemt het geval van corruptie, Koopmans, *NJ* 2000, 160, pt. 2.

50 C.A.J.M. Kortmann, *AA* 2000, p. 110.

51 Afgezien van het geval dat de parlementaire immuniteit (art. 71 Gw) van toepassing is.

bescherming bleek naar positief recht mogelijk, als de rechter de wet buiten toepassing kan laten bij niet verdisconteerde omstandigheden en als de wetgever in strijd met een toezegging geen wet tot stand brengt. De vaststelling van de wet mag echter nooit – ook niet in een niet-verdisconteerd geval – als een onrechtmatige daad worden aangemerkt.

In de voorgaande paragrafen van dit hoofdstuk is bepleit, dat de rechter zich bij vorderingen ten aanzien van de formele wet oriënteert op de functie van het toetsingsverbod. Art. 120 Gw zou zo moeten worden opgevat, dat de rechter geen welbewuste interpretatie van nationaal recht mag doorkruisen, die aan de wet ten grondslag ligt. De wetgever wordt zo de ultieme interpretator van nationaal recht.

Idealiter valt (de kern van) het toetsingsverbod met deze functie samen. De rechter mag de afweging die de wetgever heeft gemaakt ten aanzien van het nationaal recht, niet doorkruisen. Als gevolg daarvan kan hij een dergelijke interpretatie niet als onjuist en evenmin als onrechtmatig bestempelen.

De rechtsbescherming die dan resteert, heeft betrekking op iedere rechtsvordering ter zake van (niet-)handelen van de wetgever, waarbij de rechter niet wordt gevraagd een interpretatie van de wetgever van nationaal recht te doorkruisen.

Concreet betekent dit het volgende.

De kern van het toetsingsverbod wordt iets kleiner dan nu positief recht is. Alleen bedoelde interpretaties door de wetgever van nationaal recht worden er nog door beschermd.

De 'rest' wordt juist iets groter. De mogelijkheid om de wet buiten toepassing te laten wordt verruimd (zie par. 12.3.); bij niet-verdisconteerde gevallen kan de wet jegens een individueel getroffen als onrechtmatig worden aangemerkt als diens situatie de wetgever niet voor ogen heeft gestaan (par. 12.4 en hierna, hfdst. 13); rechtsvorderingen ten aanzien van voorbereidingshandelingen blijven mogelijk, zolang door toewijzing daarvan de wetgever niet bij voorbaat de functie van ultieme interpretator zou worden ontnomen (par. 12.5).

13 | Nadeelcompensatie voor de wet in formele zin

13.1 Inleiding

In dit hoofdstuk betoog ik dat mogelijk moet worden, de Staat op grond van het *égalité*-beginsel aansprakelijk te stellen voor de gevolgen van de wet in formele zin.¹

Eerst licht ik toe wat de toegevoegde waarde van deze verandering is, nu de Staat ook op grond van art. 1 Eerste protocol EVRM (hierna art. 1 EP EVRM) aansprakelijk kan worden gesteld voor de wet in formele zin (par. 13.2). Vervolgens bespreek ik enkele *landmark cases* voor de ontwikkeling van de grondslag van verplichtingen tot nadeelcompensatie (par. 13.3). Het daarbij verkregen inzicht wordt toegepast op de mogelijkheid om de Staat aansprakelijk te stellen voor de wet in formele zin bij aanvaarding van een verbintenis bij rechtmatige daad (par. 13.4) en op de mogelijkheid de Staat aansprakelijk te stellen bij handhaving van de route naar nadeelcompensatie via de onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter (par. 13.5). In paragraaf 13.6 kom ik kort terug op de aanvullende mogelijkheden die art. 1 EP EVRM wellicht kan bieden.

Over de inhoud van het beginsel van *égalité devant les charges publiques* zelf bestaat in literatuur en rechtspraak overeenstemming. Als een op zich rechtmatige maatregel voor een enkeling een onevenredig zware last meebrengt, moet de overheid op grond van het *égalité*-beginsel deze nadelige gevolgen compenseren. Een onevenredig zware last bestaat in nadeel dat ‘*anormal*’ en ‘*spécial*’ is, dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico valt en op een beperkte groep burgers drukt.² Deze kernvoorwaarden diep ik niet verder uit.³ Ik wil slechts de dam slechten, die art. 120 Gw – volgens de Hoge Raad – opwerpt tegen toepassing van het *égalité*-beginsel op nadelige gevolgen van de formele wet.⁴

-
- 1 Het Voorontwerp-Scheltema 2007 is niet van toepassing op nadeel als gevolg van de formele wet. Wordt dit ontwerp wet, dan blijft de burgerlijke rechter hiervoor de aangewezen rechter. Voorontwerp-Scheltema 2007, p. 18.
 - 2 De criteria zijn afkomstig uit de rechtspraak van de Franse *Conseil d'Etat*; C.A.J.M. Kortmann 1971, p. 36-37; Roozendaal 1998, p. 154-157; Schueler 2005, p. 196-208; Schlössels 2002, p. 152-154. Zij zijn inmiddels gemeengoed in Nederland, zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 807 e.v.; Voorontwerp-Scheltema 2007, p. 17; Van den Broek 2007, p. 119; Van Ravels 2004, p. 68.
 - 3 Zie over de invulling van het vereiste van *spécialité* bij nadeel ten gevolge van wettelijke regelingen: Tjepkema 2004, i.h.b. p. 14-16.
 - 4 Een enkele auteur meent, dat naast het *égalité*-beginsel nog andere beginselen een grond voor nadeelcompensatie kunnen zijn, zo Schueler 2001, p. 106, 126 en 199, stelling II. Zie hierover ook C.N.J. Kortmann 2006, p. 65. Mocht de rechtspraak deze gedachte overnemen (vgl. Voorontwerp-Scheltema 2007, p. 17), dan geldt wat in dit hoofdstuk wordt betoogd voor het *égalité*-beginsel, ook voor die andere beginselen.

13.2 Verhouding tot art. 1 EP EVRM

In het arrest inzake de Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) werd reeds staatsaansprakelijkheid voor de formele wet aanvaard op de basis van art. 1 EP EVRM (par. 13.2.1).⁵ Toch is het van waarde, om een leerstuk van aansprakelijkheid te ontwikkelen dat wortelt in het nationale recht (par. 13.2.2).

13.2.1 Art. 1 EP EVRM en het Whv-arrest

Art. 1 EP EVRM beschermt het eigendomsrecht. Het EHRM heeft naast 'klassieke' vormen van eigendom allerlei niet-stoffelijke vermogensbestanddelen zoals goodwill, een vordering uit onrechtmatige daad en sommige verhandelbare vergunningen als eigendom aangemerkt.⁶ Een voorwerp of een aanspraak die een geldelijke waarde vertegenwoordigt, is dus al snel een vorm van eigendom in de zin van art. 1 EP EVRM.⁷

Volgens het EHRM mogen ontneming van deze 'eigendommen' én de regulering van het gebruik daarvan, alleen plaatsvinden in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel, in het algemeen belang en met in achtneming van een 'fair balance' tussen de lasten van het getroffen individu en het algemeen belang. Als een individu een disproportionele last te dragen krijgt, kan de *fair balance* worden hersteld door schadevergoeding te betalen.⁸ Het vereiste om een *fair balance* te treffen kan zo de grondslag vormen voor een verplichting tot nadeelcompensatie.

In het *Whv*-arrest blijkt dat de Hoge Raad art. 1 EP EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het EHRM toepast als grondslag voor nadeelcompensatie voor de wet in formele zin.

Er speelde het volgende. Het aantal dieren dat een varkensboer mag houden, wordt gemaximeerd door 'varkensrechten'. Deze rechten zijn verhandelbaar en vertegenwoordigen een aanzienlijke geldelijke waarde. De Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) bevatte een aantal maatregelen waardoor de omvang van de varkensrechten behoorlijk inkromp, met een substantiële waardedaling tot gevolg. De Nederlandse Vakbond Varkenshouderij en een veertiental boerenbedrijven vorderen dat de Staat wordt veroordeeld tot betaling van nadeelcompensatie.

De Hoge Raad constateert dat de Whv eigendom reguleert en overweegt vervolgens:

'Uit het verband tussen dit lid 2 en de overige bepalingen van art.1 (...) heeft het EHRM het vereiste afgeleid dat een onder lid 2 vallende inbreuk op het recht van ongestoord genot van eigen-

5 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 (Whv VI).

6 Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 56-57; Van Dijk & Van Hoof 2006, p. 865-872.

7 Schutte 2004a, p. 37. Zelfs toekomstige inkomsten en voorwaardelijke aanspraken kunnen binnen het bereik van art. 1 EP EVRM vallen; vgl. HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 292.

8 EHRM 5 januari 2000, *NJ* 2000, 571 (Beyeler). Zie ook Schutte 2004a, p. 34; Van Dijk & Van Hoof 2006, p. 876-878.

dom slechts toegestaan is, wanneer een “fair balance” getroffen is tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds.’ (r.o. 6.2.2.)

‘Er zal (...) dienen te worden onderzocht of de bestreden maatregelen van de WHV voor een of meer van de eisers (...) in verband met bijzondere, niet voor alle varkenshouders geldende, feiten en omstandigheden een ‘individual and excessive burden’ vormen en of die desbetreffende bepalingen van de WHV om die reden voor hen buiten toepassing gelaten moeten worden, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie.’ (r.o.7.3)

De burgerlijke rechter kan dus toetsen, of de Staat op grond van art. 1 EP EVRM nadeelcompensatie verschuldigd is. Toepassing van een wet, die een *excessive burden* bij een individu legt, zonder deze financieel te compenseren, is in strijd met art. 1 EP EVRM en dus onrechtmatig.⁹ Op de voet van art. 94 Gw kan de rechter de formele wet jegens het getroffen individu buiten toepassing verklaren, totdat de Staat de *fair balance* door betaling van nadeelcompensatie heeft hersteld.¹⁰

13.2.2 Meerwaarde van nationale égalité-aansprakelijkheid

Het is dus al mogelijk de Staat aansprakelijk te stellen voor schade, veroorzaakt door een formele wet die eigendommen in de zin van art 1 EP EVRM beknod. De daarbij uitgevoerde toets, of er een *fair balance* is tussen individuele lasten door de verstoring van het genot op eigendom en het algemeen belang, vertoont gelijkenis met de nationale toets aan het égalité-beginsel.¹¹ Barkhuysen en Tjepkema concluderen in een onderzoek naar de overeenkomsten tussen beide leerstukken, dat:

‘hoewel de beide (...) schadevergoedingsregimes op grond van het égalité-beginsel en art. 1 EP zich los van elkaar hebben ontwikkeld, er vooral overeenkomsten kunnen worden geconstateerd in hun uitwerking en toepassing. (...) Toch zijn er ook verschillen. De verhouding tussen beide regimes kan dan ook het best worden getypeerd als voor een deel overlappend en voor een deel complementair.’¹²

De vraag rijst, wat de meerwaarde is van égalité-aansprakelijkheid die wortelt in het nationale recht, nu art. 1 EP EVRM ook een grond voor nadeelcompensatie kan opleveren.

⁹ Zie ook C.A.J.M. Kortmann 2003, p. 506-507.

¹⁰ Tenzij toepassing van de wet een zo klemmend maatschappelijk belang dient, dat een toepassingsverbod moet worden afgewezen, onder handhaving van het recht op schadevergoeding, art. 6:168 BW; vgl. voor de wet in materiele zin HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 (Leffers/Staat), r.o. 3.6.

¹¹ Zie Barkhuysen & Tjepkema 2006.

¹² Barkhuysen & Tjepkema 2006, p. 200.

Ten eerste. Er is – zoals Barkhuysen en Tjepkema stellen – nog altijd sprake van *complementaire* rechtsregimes. De op art. 1 EP EVRM gebaseerde aansprakelijkheid voor de formele wet wordt daardoor (deels) anders beoordeeld, dan die voor lagere regelingen. De effecten van lagere regelingen worden immers gewoon getoetst aan het nationale *égalité*-beginsel.¹³ Mijns inziens is er voor dat verschil geen goede grond. Het maakt in beginsel niet uit of onevenredig nadeel wordt toegebracht door een wet in formele zin of door een lagere regeling.¹⁴ Ik zie dan ook geen goede reden om het ‘complement’ dat bestaat in de extra bescherming van de nationale *égalité* niet op de formele wet toe te passen. Aanvaarding van *égalité*-aansprakelijkheid voor de formele wet zou tot een interne harmonisatie van de aansprakelijkheid bij rechtmatige daad leiden.

Ten tweede. Het is goed mogelijk, dat het EHRM op enig moment pas op de plaats maakt, en de eigendomsbescherming van art. 1 EP EVRM verenigt door bijvoorbeeld het eigendomsbegrip beperkter uit te leggen of sneller aan te nemen dat een *fair balance* bestaat. Zolang de Hoge Raad weigert, om de formele wet te ‘toetsen’ aan het nationale *égalité*-beginsel, draagt het *Whv*-arrest het karakter van een internationaal-rechtelijke uitzondering op een nationale hoofdregel van niet-aansprakelijkheid. Zodra het EHRM een stap terugzet, zal de Hoge Raad zich ook gedwongen zien de bestaande aansprakelijkheid gebaseerd op art. 1 EP EVRM te beperken.¹⁵ De aansprakelijkheid voor de wet in formele zin kan daarom beter in het nationale recht verankerd worden.

Ten derde. *Kooren-Maritiem* is conceptueel onjuist. Het toetsingsverbod, dat de wetgever het laatste woord geeft bij rechtsvorming, vereist niet, dat vorderingen tot compensatie van in een individueel geval geleden nadeel worden afgewezen. Dat is onnodig als art. 120 Gw wordt gezien in het licht van zijn functie.

Kortom, nu de *égalité*-aansprakelijkheid voor de wet in formele zin sinds het *Whv*-arrest toch mogelijk is, kan zij beter wortel schieten in regels en beginselen van het nationale recht, dan dat zij een geïmporteerd *Fremdkörper* blijft. Idealiter voldoet Nederland aan de vereisten van art. 1 EP EVRM door een voldoende ruimhartige toepassing van het nationale *égalité*-beginsel, mede door er ook de effecten van de formele wet aan te toetsen.¹⁶

13 HR 20 juni 2003, *NJ* 2005, 189 (Staat/Harrida), zie par. 13.3.1.3.

14 Behalve als de formele wet een als uitputtend bestempelde compensatieregeling bevat, zie hierna.

15 Als het EHRM een grondrecht beperkter uitlegt dan de Hoge Raad aanvankelijk deed, doet de Hoge Raad een stap terug, vgl. HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628 (Berrehab) en HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278, zie Fleuren 2004, p. 21, noot 76. Volgens Alkema legt de Hoge Raad art. 1 EP EVRM in vergelijking met het EHRM wel erg ruim uit; zie diens noot bij het *Whv*-arrest, *NJ* 2002, 469, noot II, punt 4. Dat komt wellicht, doordat de Hoge Raad de (vermeende) onaantastbaarheid van de effecten van de *Whv* voor toetsing aan het *égalité*-beginsel probeert goed te maken door toetsing aan art. 1 EP EVRM. Dit is echter slechts mogelijk, zolang het EHRM art. 1 EP EVRM niet duidelijk beperkter uitlegt dan de Hoge Raad.

16 Nadeelcompensatie voor beschikkingen, lagere regelingen e.d. wordt evenmin gegrond op 1 EP EVRM. Op dat terrein wordt het nationale *égalité*-beginsel verder tot ontwikkeling gebracht (zie ook het Voorontwerp-Scheltema 2007). Ook daar redeneren wij niet, dat art. 1 EP EVRM wel ‘genoeg’ is. Een nationaal wenselijk stelsel van aansprakelijkheid moet niet van een internationale regeling afhangen.

13.3 Rechterlijke toepassing van het égalité-beginsel: verschillende constructies

Formele wetgeving is een van de weinige overheidshandelingen waarvoor het nogal formalistische woordenspel¹⁷ rond de ‘rechtmatige daad’ nog duidelijke rechtsgevolgen heeft.¹⁸ In *Kooren-Maritiem* bleek, dat de Hoge Raad meent dat hij een formele wet niet als onrechtmatig kan kwalificeren. Daardoor kon – volgens de Hoge Raad – de stap naar égalité-aansprakelijkheid niet worden gezet. De Hoge Raad zou op dit punt om moeten gaan.

In deze paragraaf bespreek ik enkele mijlpalen uit de ontwikkelingsgeschiedenis van de égalité-aansprakelijkheid of ‘aansprakelijkheid bij rechtmatige daad’.¹⁹ Deze ontwikkeling is al vele malen beschreven; ik wil die discussie niet overdoen.²⁰ Deze paragraaf beperkt zich daarom tot die uitspraken, die nodig zijn om goed voor ogen te krijgen, wat de belemmeringen zijn voor aanvaarding van égalité-aansprakelijkheid voor de wet in formele zin.

De civiele rechter heeft égalité-aansprakelijkheid altijd gekoppeld aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Deze jurisprudentie bespreek ik in paragraaf 13.3.1. In paragraaf 13.3.2 maak ik een korte vergelijking met de jurisprudentie van de Afdeling. Zij heeft de beoordeling van verzoeken tot nadeelcompensatie losgekoppeld van de vraag naar de rechtmatigheid van het schadetoebrengend besluit.

Ik neem bewust geen standpunt in over de wenselijkheid van aanvaarding van een ‘echte’ égalité-verbintenis of ‘aansprakelijkheid bij rechtmatige daad’. Zoals ik nog zal uitleggen, is égalité-aansprakelijkheid voor de formele wet mogelijk via de onrechtmatige daad én via een égalité-verbintenis bij rechtmatige daad.²¹

13.3.1 De civiele rechter: verschuivende constructies

De constructie die de burgerlijke rechter toepast om égalité-aansprakelijkheid vorm te geven, is in de loop der jaren geëvolueerd. Ik bespreek drie belangrijke arresten: *Voorste Stroom VII* (13.3.1.1), *Leffers* (13.3.1.2) en *Staat/Harrida* (13.3.1.3).

17 C.N.J. Kortmann 2006, p. 66. Zie ook Koetser 2002, p. 110; Tjittes 1996, p. 39 en Huijgen 1998.

18 Sterker nog: het is mijns inziens het enige terrein waarop het nog iets uitmaakt.

19 De term ‘verbintenis uit rechtmatige daad’ of ‘aansprakelijkheid uit rechtmatige daad’ (zie bijvoorbeeld Scheltema & Scheltema 2008, p. 403) spreekt mij minder aan. Nadeelcompensatie is slechts verschuldigd bij een klein gedeelte van de rechtmatige daden. Ik gebruik bij voorkeur ‘égalité-verbintenis’.

20 Zie Van Maanen 2002, p. 27-40 met schilderachtige voorbeelden.

21 Par. 13.4 en 13.5.

13.3.1.1 *Voorste Stroom IV: proportionaliteit van een maatregel als zodanig*
 Het arrest *Voorste Stroom IV* uit 1953 heeft voor decennia de toon gezet.²²

Enkele langs de Voorste Stroom wonende Tilburgers stellen een onrechtmatige-daadsactie in tegen hun gemeente. Deze loost grote hoeveelheden ongezuiverd rioolwater op de Voorste Stroom. Omwonenden kregen daardoor te kampen met ernstige stankoverlast.²³

Volgens het hof is de handelwijze van de gemeente gerechtvaardigd vanuit het gezichtspunt van de op haar rustende taak om de afwatering van huishoudens te verzorgen. De hinder voor de omwonenden overschrijdt weliswaar de grens van het oorbare, maar de gemeente kan er door het aanbieden van schadevergoeding het onrechtmatige karakter aan ontnemen.

Volgens de Hoge Raad moet dit oordeel van het hof zo worden opgevat,

‘dat het belang van de gemeente bij de handhaving van den afvoer van rioolwater door de Voorste Stroom tegenover het subjectieve recht van Van Roessel (de eiser, RS) zo zwaar weegt, dat Van Roessel, indien de gemeente zich – bijvoorbeeld door aanbieding van een schadevergoeding – op behoorlijke wijze zijn belangen aantrekt, onredelijk zou handelen door (...) op staking van de afvoer van het rioolwater door de Voorste Stroom te blijven aandringen.’

‘Het hof heeft aangenomen dat de gemeente onder bepaalde omstandigheden bij voorbaat aan de handelingen, die zij zich voorneemt te verrichten, het onrechtmatig karakter kan ontnemen door schadevergoeding aan te bieden.’

De hinderlijke gevolgen die een overheidsmaatregel voor individuele burgers meebrengt, kan de grenzen van het oorbare overschrijden. De maatregel is dan – in aanvang – onrechtmatig. Door nadeelcompensatie te betalen worden de lasten voor de benadeelde verlicht. De aanvankelijk bestaande onrechtmatigheid wordt dan weggenomen.

De beoordeling of aanbieden van nadeelcompensatie geboden is, maakt hier deel uit van de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel als zodanig. Een abnormale en speciale last weegt mee aan de ‘kosten-kant’ van de proportionaliteitsafweging. Als de lasten van een voorgenomen maatregel voor enkele individuen te zwaar zijn, wegen de totale baten van de maatregel daar niet tegen op. De maatregel als zodanig is dan niet proportioneel en dus onrechtmatig. De (totale) proportionaliteitsbalans wordt weer in evenwicht gebracht door nadeelcompensatie aan te bieden.

Als de overheid nalaat, vooraf nadeelcompensatie aan te bieden, neemt zij de aanvankelijk bestaande disproportionaliteit van de maatregel niet weg. Dat levert een onrechtmatige daad op die (alsnog) tot nadeelcompensatie verplicht.

22 HR 19 december 1953, *NJ* 1953, 642 (Voorste Stroom VII).

23 Volgens de eiser moet zijn echtgenote bij voortduring het tafelzilver ontdoen van aanslag, ‘wil zij haar woning enigszins toonbaar houden’. De stank moet vreselijk zijn geweest.

Deze grondslag voor nadeelcompensatie is in veel gevallen houdbaar.²⁴ Hij is dogmatisch bezien vooral problematisch bij maatregelen ter bestrijding van (bijna) nood. De baten van een noodmaatregel zijn zo groot, dat deze al snel tegen een zware individuele last opwegen. Niettemin is de Hoge Raad de constructie lange tijd blijven gebruiken als algemene grondslag voor nadeelcompensatie.²⁵

13.3.1.2 *Leffers: de égalité ingepast in de evenredigheid van doel en middel*
In *Leffers* wordt de mogelijkheid aanvaard om bij de civiele rechter nadeelcompensatie te vorderen voor lagere wettelijke regelingen.²⁶ De Hoge Raad past naar de letter de *Voorste Stroom*-constructie toe, maar toetst materieel aan het égalité-beginsel.

Via de Regeling Verbod Voedsel- en Slachtafvalen verbiedt de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij het gebruik van swill als voeder in de varkenshouderij. Kort daarvoor is een geval van Afrikaanse Varkenspest geconstateerd, een besmettelijke varkensziekte die zich snel dreigt te verspreiden door het voederen met swill, dat slachtafval bevat.

Leffers had zijn hele bedrijf zo ingericht, dat zijn varkens uitsluitend met swill werden gevoederd. Het plotse verbod op het gebruik van swill noopt hem tot zulke kostbare aanpassingen, dat de varkensmesterij uiteindelijk geliquideerd moet worden. Hij vordert nadeelcompensatie van de Staat.

De Hoge Raad stelt voorop dat wanneer het uitvaardigen en uitvoeren van de regeling een onrechtmatige daad jegens eiser Leffers zou opleveren, deze onrechtmatigheid niet zou kunnen leiden tot buitenwerkingstelling van de regeling, wegens het zeer zwaarwichtige belang van het voorkomen van een epidemie van varkenspest.²⁷ Uitvaardiging en uitvoering van de regeling kon dan ook geen uitstel lijden.²⁸ Er is hier dus een noodtoestand, waardoor de regeling als zodanig (materieel) proportioneel en daarom de handhaving ervan niet verbiedbaar is.

24 Schueler vindt deze constructie nog steeds bruikbaar, zie Schueler 2001, p. 114-116; idem Sieburgh 2000, p. 28-31; Huijgen 1998. Volgens C.N.J. Kortmann 2006, p. 77 deugt zij niet. Precies deze constructie wordt in het *Wiv*-arrest door de Hoge Raad overigens gebruikt voor mogelijke staatsaansprakelijkheid voor de wet in formele zin op grond van art. 1 EP EVRM.

25 In het Nieuw Burgerlijk Wetboek is een novum ingevoerd in de vorm van art. 6:168. Als zwaarwegende maatschappelijke belangen eisen, dat een onrechtmatige handeling wordt geduld, kan de rechter een verbodsvordering afwijzen. Het recht op schadevergoeding blijft bestaan. Hierdoor kan de *Voorste Stroom*-constructie zonder problemen worden toegepast op maatregelen ter kering van nood. Deze materiele rechtmatige maatregelen kunnen dankzij art. 6:168 BW als onrechtmatig worden bestempeld – zodat er een grondslag voor schadevergoeding is – waarbij art. 6:168 BW ervoor zorgt dat een verbod niet aan de orde is.

26 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 (*Leffers/Staat*). Zie ook HR 3 april 1998, *AB* 1998, 256 (*Meiland/Staat*) en HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231 (*Krijco/Amersfoort*).

27 Deze overweging liep vooruit op de inwerkingtreding van art. 6:168 BW.

28 R.o. 3.6.

Over de aansprakelijkheid overweegt de Hoge Raad:

De ‘naar verhouding kleine groep van bedrijfsmatige varkensmesters die, [zoals Leffers, RS] anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoeding van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoedingssysteem hebben kunnen overschakelen zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan, [wordt] in onevenredige mate in haar belangen getroffen’

‘Niet kan worden gezegd dat een plotseling opgelegd, drastisch verbod als in de onderhavige regeling vervat, behoort tot de normale bedrijfsrisico’s die voor rekening van de ondernemer behoren te blijven.’

Met andere woorden: de aan Leffers toegebrachte schade is abnormaal en speciaal. Daarom hoort zij niet voor zijn rekening te blijven. Materieel wordt de aansprakelijkheid dus beoordeeld aan de hand van de twee kernvoorwaarden van het égalité-beginsel.²⁹ De Hoge Raad overweegt echter nog altijd, dat:

‘de minister, zo de voormelde stellingen van Leffers waar zijn, inderdaad jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door de voormelde Regeling uit te vaardigen en uit te voeren zonder dat hij daarbij tevens voor de hiervoor bedoelde varkensmesters (...) een regeling heeft getroffen die het hun financieel mogelijk maakte hun bedrijf aan te passen’.

Formeel wordt de geijkte constructie toegepast: er is onrechtmatig gehandeld doordat compenserende maatregelen zijn uitgebleven ondanks dat de regeling aan personen als Leffers een onevenredig zware last oplegde. De Hoge Raad zoekt de onrechtmatigheid in het uitvaardigen van de regeling in combinatie met achterwege laten van compenserende maatregelen.³⁰ Wat materieel een égalité-toetsing is, wordt ingepast in de *Voorste Stroom*-constructie, waarin de proportionaliteit van de overheidsmaatregel als zodanig wordt beoordeeld. Doel en middel van de regeling worden bestempeld als niet volledig in evenwicht zolang abnormaal en speciaal nadeel niet aan de getroffen wordt vergoed.³¹ Het niet-aanbieden van nadeelcompensatie is een onrechtmatige daad.

²⁹ Slier 2007, p. 367; Van Ravels 2004, p. 76.

³⁰ Zie ook Hennekens 2001, p. 27-31.

³¹ De beoordeling van de vraag, of er reden is om nadeelcompensatie toe te kennen, geldt bij de burgerlijke rechter nog altijd als de beoordeling van een element van de rechtmatigheid van het besluit. Vgl. Slier 2007, p. 371, 380 en 381.

13.3.1.3 Staat/Harrida: de égalité als norm

Een volgende stap wordt gezet in *Staat/Lavrijsen* en *Staat/Harrida*.³²

De casus van dat laatste arrest was als volgt. Na het uitbreken van ‘gekke-koeienziekte’ in het Verenigd Koninkrijk en Ierland wordt van de ene op de andere dag de invoer van rundvlees uit die landen verboden omdat besmet vlees bij mensen de ziekte Creuzfeldt Jacob kan veroorzaken. Importeur Harrida heeft zich vrijwel volledig toegelegd op de import van Iers rundvlees en lijdt aanzienlijke schade.

De Hoge Raad overweegt onder verwijzing naar Leffers:

‘Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (vgl. HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 [Leffers, RS], ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 Awb). Uit deze regel, die ook aan latere rechtspraak van de Hoge Raad ten grondslag ligt, vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een *op zichzelf rechtmatige* overheidshandeling als het onderhavige import- en handelsverbod jegens de getroffen onrechtmatig is.’ [curs. RS]

Het égalité-beginsel is, nog duidelijker dan in *Leffers/Staat*, materieel de maatstaf voor de vraag of voor een lagere regeling nadeelcompensatie verschuldigd is. Anders dan in *Leffers/Staat* wordt de schadetoebrengende regeling *als zodanig* als rechtmatig aangemerkt. De rechter beziet, of de *gevolgen* van de maatregel op zichzelf genomen te zwaar op de getroffen drukken. De beoordeling wordt losgekoppeld van de toetsing van de proportionaliteit van de schadeveroorzakende maatregel. Daarmee is de égalité in het burgerlijk recht materieel een bron geworden van overheidsaansprakelijkheid.³³ Het is een vorm van ongeschreven recht, dat de overheid verplicht, om in alle gevallen waar zij in het algemeen belang onevenredige schade veroorzaakt, deze te vergoeden.³⁴

De echo van de *Voorste Stroom*-constructie blijft echter hoorbaar: het toebrengen van de onevenredige schade is nog steeds *onrechtmatig* jegens de getroffen. De Hoge Raad presenteert het égalité-beginsel als een *norm*.³⁵ Aan burgers hoort – zo kan deze norm worden voorgesteld – geen onevenredige last te worden opge-

32 HR 30 maart 2001, *NJ* 2003, 615 (*Staat/Lavrijsen*), resp. HR 20 juni 2003, *NJ* 2005, 189 (*Staat/Harrida*). De constructie is in beide arresten dezelfde. De schadeoorzaak is in *Staat/Lavrijsen* niet een wet in materiele zin, maar strafvorderlijk optreden. Daarom bespreek ik *Staat/Harrida*.

33 Zie ook Sluysmans 2004, p. 418-419.

34 Volgens Van Ravels 2004, p. 69, is de égalité stevig gefundeerd in het Nederlandse recht en is zij bij iedere vorm van overheidsoptreden van toepassing. Het Voorontwerp-Scheltema 2007, p. 19, gaat ervan uit, dat het égalité-beginsel voor de overheid in voorkomend geval een *rechtsplicht* tot nadeelcompensatie oplegt.

35 Slier 2007, p. 381; Van Ravels 2004, p. 76-78.

legd. Gebeurt dat toch, dan is het feitelijk toebrengen van schade niet verbiedbaar. Wel is dit toebrengen van onevenredige schade een normoverschrijding die jegens de gelaedeerde een onrechtmatige daad oplevert.³⁶ Anders gezegd: een maatregel die een abnormale en speciale last oplegt, is op zichzelf genomen rechtmatig, maar er kleeft nog altijd één aspect van onrechtmatigheid aan, en wel in de relatie tussen de overheid en de onevenredig zwaar getroffen.³⁷ Doordat het besluit onevenredige schade tot gevolg heeft, schendt het de *égalité* als *norm*. Zo wordt de schadeplichtigheid toch weer ingepast in art. 6:162 BW. De onrechtmatige daad blijft formeel de grondslag van *égalité*-aansprakelijkheid.

13.3.2 *Vergelijking met de jurisprudentie van de Afdeling*

De Afdeling heeft, anders dan de Hoge Raad, ondubbelzinnig aanvaard, dat het *égalité*-beginsel een zelfstandige bron van verplichtingen tot schadevergoeding bij rechtmatige daad is. Dit is duidelijk te zien in de uitspraak over de prostitutiezone in Heerlen.

Het college van B&W heeft krachtens de APV een gebied aangewezen waar straatprostitutie is toegestaan. Dit aanwijzingsbesluit is al rechtens onaantastbaar geworden, als een omwonende verzoekt om nadeelcompensatie.

Bij een dergelijk verzoek

‘is (...) niet toetsing aan art. 3:4 Awb en het daarin gecodificeerde evenredigheidsbeginsel aan de orde, maar dient de vraag of aanspraak bestaat op nadeelcompensatie aan de hand van het algemeen rechtsbeginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten te worden beantwoord.’³⁸

De zaak *Venlose coffeeshops* bevestigt deze regel:

‘de omstandigheid dat er geen sprake is van onevenredige schade in de zin van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb, in de zin dat de gestelde schade niet bij voorbaat in de weg staat aan het nemen van een rechtmatig besluit, [betekent] niet dat er evenmin aanleiding is voor schadevergoeding op grond van het *égalité*-beginsel. Die laatste vraag vergt dus een andere beoordeling’³⁹

De proportionaliteit/evenredigheid van een besluit als zodanig (art. 3:4 Awb) staat los van de vraag of sprake is van ‘onevenredige’ schade in de zin van het *égalité*-beginsel.⁴⁰ De band is doorgesneden tussen *égalité*-aansprakelijkheid enerzijds en de (dis)proportionaliteit en (on)rechtmatigheid van het besluit als zodanig ander-

36 Schlössels 1998, p. 387.

37 Zo al eerder Teunissen 1994 en Van Maarseveen 1954.

38 ABRvS 12 november 2003, *AB* 2004, 95 (Gedoogzone Heerlen). Het *égalité*-beginsel werd al erkend in ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997, 143 (Beurskens). Daar heette het nog ‘mede’ aan art. 3:4 lid 2 ten grondslag te liggen. Zie Van den Broek 1999, p. 2-3; Van Ravels 2004, p. 68.

39 ABRvS 8 november 2006, *JB* 2007, 8 (Coffeeshops Venlo).

40 Vgl. Slier 2007, p. 377-378.

zijds. Als gevolg hiervan kan de bestuursrechter ook als een appellabel besluit onaantastbaar is geworden tóch beoordelen of de nadelige gevolgen van dat besluit gecompenseerd moeten worden. Hij kan de overheid aansprakelijkheid stellen voor een abnormaal en speciaal nadeel en tegelijkertijd het schadeveroorzakende besluit zelf als proportioneel en rechtmatig in de zin van art. 3:4 Awb aanmerken. De nadeelcompensatieplicht is niet langer gebaseerd op de in art. 8:73 Awb en art. 6:162 BW vastgelegde regel, dat een foutief besluit noopt tot (financieel) herstel van de ongewenste gevolgen daarvan.⁴¹ In de benadering van de Afdeling verplicht het ongeschreven *égalité*-beginsel uit eigen kracht – los van art. 3:4 juncto 8:73 Awb – tot het compenseren van onevenredig nadeel, waardoor de bestuursrechter voluit kan erkennen dat het schadetoebrengende besluit als zodanig juist is. Daarmee is het ongeschreven *égalité*-beginsel bij de Afdeling⁴² een zelfstandige bron van financiële verplichtingen voor de overheid.⁴³

Verschillende civilisten hebben ervoor gepleit, dat ook de burgerlijke rechter bij *égalité*-aansprakelijkheid de band met de onrechtmatige daad doorsnijdt.⁴⁴ De *égalité* moet volgens hen, net als in de jurisprudentie van de Afdeling, een autonome bron van verbintenissen worden. De schadeveroorzakende maatregel kan dan in ieder opzicht als rechtmatig worden aangemerkt, terwijl tegelijkertijd schadelijktigheid wordt uitgesproken op grond van het *égalité*-beginsel. De Hoge Raad zou in feite een nieuw type verbintenis aanvaarden, waarbij ‘aansprakelijkheid bij rechtmatige daad’ wordt gevestigd.

Na *Harrida* lijkt dat geen grote stap meer, omdat de Hoge Raad in dat arrest én de schadetoebrengende maatregel zelf als rechtmatig kwalificeert, én de *égalité* materieel toepast als grond voor aansprakelijkheid. Toch pakt de Hoge Raad niet door: ook in recente arresten houdt hij vast aan de constructie van de *égalité* als norm.⁴⁵ De pleidooien in de literatuur hebben tot nu dus weinig succes gehad.⁴⁶

41 Vroeger koppelde ook de bestuursrechter de plicht tot nadeelcompensatie aan de proportionaliteit van het schadetoebrengende besluit als zodanig, zie ARRvS 12 januari 1982, *AB* 1982, 299 (Paul Krugerbrug I). De Awb-wetgever sloot zich bij die jurisprudentie aan, zie PG Awb I, p. 212. Sindsdien heeft een hele reeks bestuursjuristen gepleit voor de *égalité* als verplichtingenscheppend beginsel; Van Buuren, *AB* 2004, 17, punt 2.

42 Ook de Centrale Raad lijkt de *égalité* als zelfstandig verplichtingenscheppend beginsel te aanvaarden, zie CRvB 27 september 2001, *AB* 2002, 26, r.o. 4.3.

43 Zolang er tenminste geen uitputtende wettelijke compensatieregeling is. Deze treedt op het specifieke terrein waarvoor zij is getroffen in de plaats van het *égalité*-beginsel. Zie C.N.J. Kortmann 2006, p. 96; Van Ravels 2005, p. 84-90; ABRvS 13 oktober 2004, *AB* 2004, 459 (Verlegging glasvezelkabel); ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2002, 395 (Scholtens Bouw).

44 Vaak al lang vóór de genoemde Afdelingsrechtspraak: zie o.a. Bloembergen 1992 en diens conclusie bij HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794 (Staat/B.); De Wijkerslooth 1993, i.h.b. p. 324; Tjittes 1996, p. 56; Hartlief 2002, p. 77-78; Van Maanen 2002; Scheltema & Scheltema 2008, p. 406.

45 Vgl. Daalder 2008, p. 2131, over HR 28 maart 2008, *JB* 2008, 105 (Asha/Amersfoort); zie ook HR 6 december 2002, *NJ* 2003, 616 (Pannekoekenhuis de Kabouter) en Scheltema & Scheltema 2008, p. 406. In HR 20 maart 2009, *LJN* BG9951 (Nadeelcompensatie pluimveerechten) zegt de Hoge Raad expliciet, de jurisprudentie van de Afdeling op dit punt (voorlopig?) niet te willen overnemen.

46 De aarzeling van de Hoge Raad wordt wel verklaard vanuit ons semi-gesloten stelsel van verbintenissen (art. 6:1 BW). Verbintenissen worden alleen buiten de wet om erkend als zij duidelijk uit het wettelijk stelsel voortvloeien, HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 (Quint/Te Poel). Rechtstreeks uit het *égalité*-beginsel voortvloeiende verbintenissen zouden niet aan dat vereiste voldoen (Genoemd door Van Ravels 2004, p. 70, Roozendaal 1998, p. 386; onderschreven door C.N.J. Kortmann 2006, p. 68; 84-86; bestreden door Bloembergen 1992). Dit lijkt mij een wel erg formalistische reden om aan de inpassing in de onrechtmatige daad vast te houden. →

Of de Hoge Raad in de toekomst een volwaardige égalité-verbintenis aanvaardt, is niet met zekerheid te zeggen. In de afgelopen decennia was de verbintenis bij rechtmatige daad in ieder geval niet zijn favoriet.

13.4 Aansprakelijkheid voor de wet in formele zin (I): de rechtmatige daad

In deze paragraaf werk ik uit, welke gevolgen een eventuele aanvaarding van een volwaardige civielrechtelijke égalité-verbintenis zou hebben voor de overheids-aansprakelijkheid voor de wet in formele zin. In de volgende paragraaf doe ik hetzelfde voor égalité-aansprakelijkheid via de onrechtmatige daad. Ik gebruik deze volgorde, omdat aanvaarding van égalité-aansprakelijkheid voor de formele wet het eenvoudigst is bij een volwaardige verbintenis bij rechtmatige daad. In deze paragraaf ga ik er dus vanuit, dat de Hoge Raad op enig moment in de toekomst uitspreekt, dat uit het égalité-beginsel als zodanig een verbintenis tot nadeelcompensatie kan voortvloeien, waarbij de schadeveroorzakende maatregel in alle opzichten als rechtmatig wordt aangemerkt.

Égalité-aansprakelijkheid wordt bij aanvaarding van de rechtmatige daad niet langer geblokkeerd door het arrest *Kooren-Maritiem*. De Hoge Raad sprak in dat arrest uit, dat iedere toetsing van de wet aan een rechtsbeginsel – zoals het égalité-beginsel – en de daaraan te verbinden conclusie dat de wet jegens een gelaedeerde onrechtmatig is, door art. 120 Gw wordt verboden.⁴⁷ Bij toepassing van de constructie van de (égalité-verbintenis bij) rechtmatige daad, wordt enkel nog getoetst, of de gevolgen die een wet in formele zin voor een individuele burger meebrengt, onevenredig zwaar op hem drukken. De wet, noch het schadetoebrengend (feitelijk) handelen op grond van die wet hoeft onrechtmatig verklaard te worden om een vergoedingsplicht te construeren. Evenmin hoeft het toebrengen van de schade onrechtmatig verklaard te worden tegenover de gelaedeerde, zoals bij *Harrida* nog het geval was. De beoordeling van de aanvaardbaarheid van de gevolgen van de wet is volledig losgekoppeld van de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de schadetoebrengende wet zelf.⁴⁸ Toewijzing van een égalité-claim in verband met de formele wet impliceert niet meer, dat er een gebrek kleeft aan de wet die de onevenredige schade veroorzaakt – materieel noch formeel. Hierdoor hoeft een onderzoek naar de gerechtvaardigdheid van een dergelijke égalité-claim niet langer te worden gezien als een vorm van toetsing van de schadeveroorzakende wet zelf. Een veroordeling tot nadeelcompensatie voor de for-

Het semi-gesloten stelsel van verbintenissen dient de rechtszekerheid (vgl. C.N.J. Kortmann 2006, p. 69). Materieel is de égalité in *Staat/Harrida* echter al de grondslag van de aansprakelijkheid. De rechtszekerheid van de overheid wordt niet aangetast door op de zelfde aansprakelijkheid een ander etiket te plakken – behalve wellicht doordat aansprakelijkheid voor de formele wet onbetwistbaar mogelijk wordt. Dat is dan ook het enige terrein waarop de aanvaarding van een égalité-verbintenis materieel iets zou veranderen.

⁴⁷ Zie hiervoor, par. 11.7.

⁴⁸ Over loskoppelen van de aanvaardbaarheid van een besluit en de aanvaardbaarheid van zijn gevolgen Schueler 2001, p. 103 e.v.

mele wet wordt in beginsel mogelijk. Toch blijft het toetsingsverbod een rol spelen. Ik maak onderscheid tussen het geval, dat de wet geen compensatieregeling bevat (par. 13.4.1), en het geval waarbij dat wel zo is (par. 13.4.2).

13.4.1 De wet bevat geen compensatieregeling

Als een wet die onevenredige schade toebrengt, geen compensatieregeling bevat, kan de schade in beginsel op basis van de *égalité*-verbintenis worden vergoed. Wetstekst en wetsgeschiedenis kunnen echter tot een andere conclusie dwingen. Ik schets drie situaties. Deze lopen gelijk op met de situaties die bij het *Kortverbanders*-arrest zijn onderscheiden.⁴⁹ Deze parallel is als volgt te verklaren. Ook in *Kortverbanders* was het uitgangspunt, dat aan de eiser krachtens ongeschreven recht een (financiële) aanspraak op de overheid toekwam.⁵⁰ Die aanspraak werd in de wet niet gehonoreerd, waarna de vraag rees, of daaruit moest worden afgeleid, dat de wetgever had bedoeld dat de betreffende aanspraak in rechte niet geldend gemaakt zou mogen worden.

Ook als volgens de rechter voorshands kan worden gezegd, dat de overheid krachtens het *égalité*-beginsel verplicht is tot nadeelcompensatie, moet vervolgens worden bezien of de wetstekst of de wetsgeschiedenis aanwijzingen geven, dat de wetgever het tegendeel heeft gewild. Drie situaties kunnen worden onderscheiden.

- (1) Als een wet de uitdrukkelijke bepaling kent, dat de kosten die de wet voor individuele burgers met zich brengt, voor eigen rekening moet blijven, staat art. 120 Gw aan toewijzing van een vordering tot nadeelcompensatie in de weg.⁵¹ De tekst van de wet blokkeert dan de vordering tot nadeelcompensatie.
- (2) De wet zwijgt over nadeelcompensatie, maar een compensatieregeling is bij de totstandkoming van de wet als ongewenst bestempeld. Een dergelijke overweging in de toelichtende stukken of in het parlementaire debat bij totstandkoming van de wet kan onder omstandigheden in de weg staan aan een vordering tot nadeelcompensatie.

Opmerkingen, gemaakt bij de totstandkoming van de wet en passages in de toelichtende stukken, delen hier dus in de onschendbaarheid van de wet, terwijl die opmerkingen geen neerslag hebben gevonden in de tekst van de wet.⁵² Dat moet niet te snel gebeuren. Blokkering van de vordering is alleen op haar plaats als gezegd kan worden, dat de wetgever ondubbelzinnig heeft gewild, dat de onevenredige last voor rekening van de benadeelde zou blijven. De

49 Par. 11.7.

50 Bij de *kortverbanders* was de overheid krachtens het vertrouwensbeginsel gebonden aan eerdere toezeggingen; bij een onevenredig belastende wet is de overheid krachtens het *égalité*-beginsel gehouden tot compensatie. Subtiel verschil: bij de *kortverbanders* ging het bestaan van de aanspraak vooraf aan de Garantiewet; hier doet de schadetoebrengende wet zelf de aanspraak ontstaan.

51 De gelaedeerde kan nog proberen schadevergoeding te krijgen op grond van art. 94 Gw jo. art. 1 EP EVRM, zie hierna, par. 13.6.

52 Vgl. par. 11.6 over het *Trias*- en het *Kortverbanders*-arrest.

beslissing om niet te compenseren kan dan worden opgevat als een element van de betekenis van de *geldende* wet, die door art. 120 Gw wordt beschermd.

- (3) De schadetoebrengende wet zwijgt over nadeelcompensatie. In de wetsgeschiedenis is hierover evenmin iets te vinden.

De rechter moet bij het interpreteren van de wet uitgaan van een vermoeden: de wetgever zal niet hebben bedoeld om een aanspraak te blokkeren die een burger krachtens het (ongeschreven) recht op de overheid heeft.⁵³ Uit het feit, dat de wetgever heeft nagelaten de pensioentoezeggingen aan de kortverbanders in de wet te verankeren, wordt niet afgeleid dat de wetgever heeft gewild, dat nakoming van die toezeggingen definitief is uitgesloten. Net zo goed betekent het stilzwijgen van de wet over nadeelcompensatie niet, dat de wetgever nadeelcompensatie heeft willen uitsluiten. Als de wet en de wetsgeschiedenis zwijgen, kan de rechter dus aan de hand van de gewone maatstaven voor de toepassing van het *égalité*-beginsel beoordelen of toewijzing van een claim gerechtvaardigd is.

De casus *Kooren-Maritiem* kan als voorbeeld dienen.⁵⁴

Bij invoering van het nieuwe leveringsregime voor schepen van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek was geen compensatieregeling getroffen. Wel is de regering in overleg getreden met vertegenwoordigers van *beëdigde* scheepsmakelaars.⁵⁵ Voor hen is een overgangsregeling getroffen. In de toelichtende stukken wordt niets gezegd over de nadelen die wet voor *niet-beëdigde* scheepsmakelaars als Kooren heeft. Het is aannemelijk dat de positie van niet-beëdigde scheepsmakelaars de wetgever überhaupt niet voor ogen heeft gestaan.⁵⁶

Wij vertrekken van het uitgangspunt, dat de wetgever niet bewust heeft gewild dat onevenredige schade niet vergoed wordt. Daar komt *in casu* nog bij, dat aan iemand als Kooren ook niet is gedacht bij het treffen van een overgangsregeling. Er is met zijn geval eenvoudig geen rekening gehouden. De wetsgeschiedenis geeft hier dus zelfs een extra aanwijzing, dat de wetgever de schade voor iemand als Kooren niet onder ogen heeft gezien. Dat versterkt ons uitgangspunt nog. De rechter had Koorens vordering dus kunnen toewijzen, voor zover zijn schade als *anormal* en *spécial* te kwalificeren viel.

De vraag of een overgangsregeling nodig is, moet overigens worden onderscheiden van de vraag of nadeelcompensatie nodig is. Voor een *égalité*-vordering is relevant, of de wetgever *nadeelcompensatie* heeft willen uitsluiten. Een derge-

53 Vgl. par. 11.6.1 over het Kortverbandersarrest, bij situatie (2). Let wel: dat de toepassingsvoorwaarden van het *égalité*-beginsel (is de schade abnormaal en speciaal?) open van karakter zijn, doet er niet aan af, dat als de rechter oordeelt dat in een voorliggend geval nadeelcompensatie verschuldigd is, voor de overheid een financiële verplichting voortspuit uit het ongeschreven recht.

54 De casus is beschreven in par. 11.7.

55 Kooren was niet beëdigd.

56 PG Boek 8, p. 1228-1229. Vgl. Bloembergen, *NJ* 2000, 713.

lijke beslissing van de wetgever kan de (burgerlijke) rechter op grond van art. 120 Gw niet doorkruisen. Als de wetgever een *overgangsregeling* onnodig vindt, mag die beslissing niet worden doorkruist.⁵⁷ Het feit, dat de wetgever na afweging van de relevante belangen tot het oordeel komt, dat een overgangsregeling niet nodig is, wil niet zonder meer zeggen dat hij ook een nadeelcompensatie-claim wil blokkeren. Een en ander zal aankomen op zorgvuldige interpretatie van de wet: de redengeving voor het achterwege laten van een overgangsregeling kan best aanwijzingen bevatten, dat de individuele gevolgen van een nieuwe wet volgens de wetgever overkomelijk zijn. In dat geval kan er ook reden zijn om een *égalité*-vordering af te wijzen.

13.4.2 De wet bevat wél een compensatieregeling

Bevat de wet wél een compensatieregeling, maar lijdt een individuele burger schade die daardoor niet wordt gedekt, dan moet worden bezien in hoeverre de wetgever de compensatieregeling uitputtend heeft bedoeld. Hier geldt dezelfde driedeling als hiervoor.

- (1) De wettelijke compensatieregeling kan een bepaling bevatten die het toepassingsgebied daarvan beperkt. In dat geval staat art. 120 Gw ook na aanvaarding van een verbintenis bij rechtmatige daad aan toewijzing van een buitenwettelijke, op de *égalité* gebaseerde vordering in de weg. Een aardige illustratie hiervan biedt de zaak *XS4ALL/Staat*.⁵⁸

Hoofdstuk 13 van de Telecommunicatiewet (Tw) verplicht internetproviders om hun netwerk ten behoeve van de opsporing aftapbaar te maken.⁵⁹ Krachtens het Wetboek van Strafvordering kunnen gegevens van de gebruikers bij de provider worden opgevorderd.⁶⁰

Art. 13.6 Tw luidt:

1. De investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten voor de technische voorzieningen die door aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten zijn of worden gemaakt teneinde te kunnen voldoen aan de artikelen 13.1, 13.4 en 13.5 komen te hunnen laste.
2. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten hebben aanspraak op vergoeding uit 's Rijks kas van de door hen gemaakte administratiekosten en personeelskosten rechtstreeks voortvloeiend uit het voldoen aan een bijzondere last dan wel een toestemming op grond van de Wet op de inlichtingen- en veiligheids-

⁵⁷ Bijvoorbeeld door de beperkte wettelijke overgangsregeling – *contra legem* – in een concreet geval toch van toepassing te verklaren.

⁵⁸ Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, *Gst.* 2007, 59 (*XS4ALL/Staat*).

⁵⁹ Art. 13.1 Tw.

⁶⁰ Art. 126nc t/m 126nh en 126uc t/m 126uh Sv.

diensten 2002 als bedoeld in artikel 13.2, eerste en tweede lid, dan wel een vordering of een verzoek als bedoeld in artikel 13.2a, artikel 13.2b of artikel 13.4, eerste of tweede lid.

3. Bij ministeriële regeling worden regels gesteld met betrekking tot de vaststelling en vergoeding van de kosten, bedoeld in het tweede lid.

Providers worden dus schadeloos gesteld voor de afzonderlijke gevallen waarin een bevoegde autoriteit gegevens opvoert. De aanpassings- en onderhoudskosten voor het aftapbaar maken van het netwerk blijven volgens art. 13.6 Tw echter voor eigen rekening. XS4ALL vordert bij de civiele rechter op grond van het égalité-beginsel vergoeding van juist deze aanpassings- en onderhoudskosten.

Ook als de burgerlijke rechter de mogelijkheid van égalité-aansprakelijkheid voor de formele wet zou aanvaarden, zou *in casu* de vordering moeten worden afgewezen.⁶¹ Art. 13.6 Tw limiteert met zoveel woorden de kosten die voor vergoeding in aanmerking komen. Art. 120 Gw staat aan toekenning van nadeelcompensatie in de weg, omdat daarmee de afweging die aan een formeelwettelijke bepaling zélf – art. 13.6 lid 1 Tw – ten grondslag ligt, zou worden doorkruist. Dit zou een door art. 120 Gw verboden toetsing inhouden van art. 13 Tw aan het égalité-beginsel.⁶²

- (2) Ook uit de toelichtende stukken op en het debat over de wet, kan onder omstandigheden afgeleid worden dat een compensatieregeling uitputtend is bedoeld. Als die bedoeling voldoende duidelijk is, moet een vordering tot compensatie van nadeel dat buiten de regeling valt, worden afgewezen.⁶³
- (3) Het enkele feit, dat de in het concrete geval geleden schade buiten de in de wet opgenomen compensatieregeling valt, wil niet zonder meer zeggen dat zij niet voor vergoeding in aanmerking komt. Wij kunnen er op voorhand van uitgaan, dat de wetgever het ongeschreven recht niet heeft willen schenden. Als een burger op grond van het ongeschreven égalité-beginsel een aanspraak op nadeelcompensatie toekomt, terwijl die niet onder de wettelijke regeling valt, kunnen wij van het vermoeden uitgaan, dat de wetgever dit geval over het hoofd heeft gezien. Het ongeschreven égalité-beginsel kan de wettelijke compensatieregeling dan aanvullen.

⁶¹ Zie wel par. 13.6.

⁶² In werkelijkheid werd de vordering afgewezen op grond van de regel uit *Kooren-Maritiem*, vgl. mijn noot bij die uitspraak, *Gst.* 2007, 59.

⁶³ Hier geldt hetzelfde als in par. 13.4.1 onder (2) werd opgemerkt: wij verlenen een niet woordelijk uit de wet blijkende opvatting van de tot de wetgever behorende ambten onschendbaarheid. Dat is mogelijk, maar alleen als deze opinie voldoende duidelijk en ondubbelzinnig is om te worden opgevat als een element van de betekenis van de geldende wet.

13.4.3 Conclusie

Bij aanvaarding van een verbintenis bij rechtmatige daad komt voorop te staan, dat de overheid verplicht is, de gevolgen te compenseren van een overheidshandeling die in een individueel geval een onevenredig zware last met zich brengt. Ook als het toevallig om een wet in formele zin gaat, verplicht het *égalité*-beginsel de Staat tot compensatie.

Blijkt echter uit een formeelwettelijke bepaling, dat de wetgever uitdrukkelijk heeft gewild, dat bepaalde schade niet wordt gecompenseerd, dan blokkeert art. 120 Gw de toewijzing van een vordering tot nadeelcompensatie. De vraag óf de wetgever een dergelijke bedoeling heeft gehad, moet worden beantwoord door interpretatie van de wet.

In het voorgaande zijn enkele suggesties gedaan voor hoe die interpretatie zou kunnen gebeuren. Daarbij heb ik het uitgangspunt voorgesteld, dat de wetgever het ongeschreven recht niet heeft willen schenden. Als de rechter van oordeel is, dat in een bepaald geval duidelijk een onevenredig zware last wordt opgelegd die krachtens het ongeschreven recht moet worden gecompenseerd, wordt de vordering dus toegewezen, tenzij duidelijk blijkt dat de wetgever het tegendeel heeft gewild.⁶⁴

13.5 Aansprakelijkheid voor de wet in formele zin (II): de omweg via de onrechtmatige daad

Het is, als gezegd, goed mogelijk dat de burgerlijke rechter in de toekomst géén volwaardige *égalité*-verbintenis bij rechtmatige daad zal aanvaarden, maar nadeelcompensatie zal blijven gronden op de onrechtmatige daad. Anders dan wel wordt aangenomen,⁶⁵ is *égalité*-aansprakelijkheid voor de wet in formele zin ook mogelijk zónder erkenning van een zelfstandige *égalité*-verbintenis. Daarvoor moet de stap gezet worden, dat de wet in formele zin in een concreet geval jegens een onevenredig zwaar getroffen als onrechtmatig wordt aangemerkt. Gelet op de functie van het toetsingsverbod – omschreven in het vorige hoofdstuk – is dat mogelijk. Ik werk dit eerst uit voor de *Lavrijsen/Harrida*-constructie (par. 13.5.1) en daarna voor de *Leffers*-constructie, waar de aansprakelijkheid het lastigst is (par. 13.5.2).

64 Het hier geschetste ‘stelsel’ vertoont gelijkenissen met het leerstuk van staatsaansprakelijkheid voor de wet in formele zin zoals dat door de Franse *Conseil d’Etat* is ontwikkeld vanaf het arrest *La Fleurette*, CE 14 januari 1938, *GA* no. 57; zie Roozendaal 1998, p. 157-161, Koopmans 2003, p. 142-147, C.A.J.M. Kortmann 1971 en Bloembergen, *NJ* 2000, 713. Ook naar Frans constitutioneel recht is de formele wet onschendbaar. De *Conseil d’Etat* is echter bereid om, onder erkenning van de rechtmatigheid van de wet, aansprakelijkheid *sans faute* uit te spreken voor wetten die een individu een onevenredige last opleggen. De *Conseil* onderzoekt, of het de bedoeling van de wetgever is geweest, dat het nadeel van de burger ongecompenseerd blijft (Roozendaal 1998, p. 158, 160). Hij beziet daarvoor onder andere, of de wetgever zich heeft uitgelaten over de wenselijkheid van schadevergoeding (Roozendaal 1998, p. 161). Het door mij voorgestelde ‘stelsel’ doet hieraan denken. Dat is niet zo vreemd: beide ‘stelsels’ zijn op een betrekkelijk ‘logische’ wijze af te leiden uit het samenstel van het *égalité*-beginsel en de gedachte dat de wet onschendbaar is.

65 Zie bijvoorbeeld Van den Broek 2007, p. 126-127; op grond van de vigerende regel uit *Kooren-Maritiem* is dat natuurlijk juist.

13.5.1 *Lavrijsen en Harrida: de égalité als norm*

In het *Lavrijsen*- en het *Harrida*-arrest past de Hoge Raad de *égalité* niet toe als verbintenisscheppend rechtsbeginsel, maar als norm. Een maatregel ten gevolge waarvan een enkeling onevenredige schade lijdt, schendt deze norm. Daarvoor is de overheid op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk jegens de benadeelde.⁶⁶ Het opleggen van een onevenredige last is in deze benadering een onrechtmatig aspect van een in andere opzichten rechtmatige overheidshandeling. Om *égalité*-aansprakelijkheid voor de formele wet bij deze constructie mogelijk te maken, moet de rechter uitspreken dat uitvaardiging van de betreffende wet jegens de benadeelde burger een onrechtmatige daad inhoudt. Deze mogelijkheid volgt vrij gemakkelijk uit hetgeen in hoofdstuk 12 is betoogd.

De functie van het toetsingsverbod is – althans zou moeten zijn – dat de wetgever het laatste woord krijgt bij de interpretatie van nationaal recht. Als twijfel mogelijk is over de interpretatie van een nationale norm waarmee de wet in overeenstemming moet zijn, geeft niet de interpretatie van de rechter, maar die van de wetgever de doorslag. Zo kunnen rechterlijke rechtsopvattingen een maatschappelijk gewenste rechtsontwikkeling niet blokkeren. De rechter mag een van de wetgever afkomstige interpretatie van nationaal hoger recht niet door kruisen, dat wil zeggen: niet in strijd verklaren met het (publiek)recht. Sinds *Pocketbooks II* is duidelijk, dat een handeling van een (materiële) wetgever die in strijd is met een regel van publiekrecht, een onrechtmatige daad oplevert. De rechter kan het uitvaardigen van een wet die volgens hem in strijd is met een hogere regel van nationale origine niet als onrechtmatige daad bestempelen. Die mogelijke grond voor onrechtmatigheid valt door art. 120 Gw weg.

Dit brengt echter niet mee, dat (uitvaardiging van) een wet die in een concreet geval een onevenredig zware last oplegt, niet kan worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad jegens de getroffene. Zolang de wetgever niet duidelijk heeft gewild, dat door de wet veroorzaakt nadeel voor eigen rekening blijft, doorkruist de rechter geen bewuste interpretatie van het *égalité*-beginsel als hij de Staat tot nadeelcompensatie veroordeelt. Door de uitvaardiging van de wet jegens één individu onrechtmatig te verklaren zegt de rechter niet méér, dan dat de wet in een niet verdisconteerd geval een nadelig effect heeft dat als een niet bedoeld, maar onrechtmatig element van de wet beschouwd kan worden. Uitsluitend wanneer de wetgever uitdrukkelijk heeft beslist, dat het *égalité*-beginsel niet tot compensatie van een bepaalde schade verplicht, mag de rechter daar geen andersluidend, eigen oordeel voor in de plaats zetten.⁶⁷

Hier verschijnt hetzelfde stelsel als hiervoor werd opgezet voor de aansprakelijkheid na aanvaarding van een volwaardige *égalité*-verbintenis. Uitgangspunt kan ook nu weer zijn, dat de wetgever niet heeft gewild, dat een onevenredig zware last ongecompenseerd blijft. De wetsgeschiedenis of de wetstekst kunnen anders

⁶⁶ Zie hiervoor, par. 13.3.1.2 en 13.3.1.3.

⁶⁷ Vgl. *Kortverbanders*, par. 11.6.1 en par. 13.4.

uitwijzen; in dat geval staat art. 120 Gw aan rechterlijke doorkruising van de bedoeling van de wetgever in de weg.

13.5.2 *Leffers*

De *Leffers*-constructie werd in *Lavrijsen/Staat* en *Harrida/Staat* verlaten. Toch waart zij nog rond in het denken van de civiele rechter.⁶⁸ Ik bespreek daarom kort de mogelijkheid om deze constructie op de formele wet toe te passen.

De *Leffers/Staat* is een variant op *Voorste Stroom VII*. Een maatregel die onevenredige schade toebrengt, is jegens de getroffen onrechtmatig zolang die schade niet wordt vergoed. De onrechtmatigheid bestaat in het opleggen van een onevenredig zware last zonder die last vooraf te compenseren. Een maatregel is in deze benadering uitsluitend rechtmatig, als van te voren in kaart is gebracht welke onevenredige gevolgen hij heeft. Bij toepassing van de *Leffers*-constructie, wordt de overheid dus een *verwijt* gemaakt: de schade is ten onrechte niet vooraf gecompenseerd.⁶⁹ De aansprakelijkheid is mede gegrond op de onvolledigheid – en dus onrechtmatigheid – van de besluitvorming. Toepassing van de *Leffers*-constructie op de wet in formele zin is daarom ‘gewaagder’ dan toepassing van de *Harrida*-constructie.

Kooren-Maritiem kan als voorbeeld dienen.

In de casus *Kooren-Maritiem* zou de aansprakelijkheid gebaseerd kunnen worden op de grond, dat het uitvaardigen van Boek 8 NBW jegens Kooren onrechtmatig was, omdat bij uitvaardiging geen compensatieregeling is vastgesteld. De wetgever heeft de onevenredige schade van personen als Kooren – om wat voor reden dan ook – ten onrechte niet onder ogen gezien. Dat is onrechtmatig jegens personen als Kooren. De aansprakelijkheid van de Staat is nu gegrondvest op de onvolledigheid van de afweging van de wetgever.

Ik herinner nog een keer aan de functie van het toetsingsverbod zoals die eerder is omschreven. Art. 120 Gw geeft de wetgever het laatste woord bij de interpretatie van nationaal hoger recht, ter verzekering van zijn primaat bij de rechtsvorming. Een afweging die de wetgever hééft gemaakt, kan daarom niet in strijd worden verklaard met een rechtsbeginsel.⁷⁰ Belangen die de wetgever niet voor ogen hebben gestaan, kunnen een grond opleveren om de wet buiten toepassing te laten, ook als dat betekent dat de gemaakte afweging verwijtbaar onvolledig is. De func-

68 Zie het *Kabouter*-arrest, dat dateert van ná *Harrida*. De Hoge Raad past de constructie ook toe bij aansprakelijkheid op grond van art. 1 EP EVRM, zie par. 13.2.1.

69 Bij toepassing van de *Voorste Stroom*-constructie op maatregelen ter kering van nood – zoals het voorkomen van varkenspest – is maar de vraag of dat verwijt ‘reëel’ is. Het verwijt krijgt in die gevallen iets gekunstelds. Ik laat die kwestie in het midden, omdat het mij er niet om gaat, dat de ene *égalité*-constructie wordt vervangen door de andere.

70 Zie par. 12.3.3.

tie van het toetsingsverbod wordt daardoor niet ondergraven. Daarnaast kan de rechter bij een onvolledige afweging ook de wet als onrechtmatig bestempelen tegenover de gelaedeerde. Hij herstelt dan een misschien verwijtbare, maar onbedoelde onrechtvaardigheid, die in een concreet geval aan het licht treedt.⁷¹ De functie van het toetsingsverbod staat dit toe.

Als deze stap is gezet, ontstaat materieel hetzelfde ‘stelsel’ als in de vorige paragrafen. Als blijkt, dat de wetgever het ongecompenseerd blijven van een aan een individu of bepaalde individuen opgelegde last heeft *beoogd*, heeft de wetgever daarmee een interpretatie van het *égalité*-beginsel gegeven die de rechter niet mag doorkruisen. In andere gevallen kan de Staat gewoon op grond van het *égalité*-beginsel aansprakelijk worden gehouden voor de wet in formele zin.

13.6 Aansprakelijkheid voor de wet in formele zin (III): de wetgever heeft het ongecompenseerd blijven beoogd

Art. 120 Gw hoeft de *égalité*-aansprakelijkheid van de Staat voor de wet in formele zin bij geen enkele van de mogelijke constructies voor nadeelcompensatie te blokkeren. Art. 120 Gw blokkeert de vordering uitsluitend, als de wetgever heeft gewild dat het een bepaalde vorm van nadeel ongecompenseerd zou blijven. Er is een blokkade, als de schadetoebrengende wet een passage bevat, die nadeelcompensatie uitsluit; als uit de toelichtende stukken en/of de parlementaire behandeling van de wet zo duidelijk blijkt, dat de tot de wetgever behorende ambten gewild hebben, dat bepaald nadeel ongecompenseerd blijft dat dit kan worden opgevat als een element van de betekenis van de wet; of als een uitputtende formeelwettelijke compensatieregeling is getroffen. Slechts een uitdrukkelijke beslissing over nadeelcompensatie wordt door art. 120 Gw beschermd.

Een burger die meent, dat zijn nadeel ondanks een wettelijke blokkade toch vergoed moet worden, kan alleen proberen om de Staat op de voet van art. 1 EP EVRM juncto art. 94 Gw aansprakelijk te stellen. Langs deze weg kan de rechter een bepaling die de *égalité*-aansprakelijkheid van de Staat beperkt, wegens strijd met art. 1 EP EVRM buiten toepassing laten. Vervolgens kan de rechter de bet-

71 In par. 12.3.1 zijn drie varianten beschreven van het niet of foutief afwegen van belang door de wetgever. Zowel in situatie (2) – de onevenredige last is ten onrechte over het hoofd gezien – als in situatie (3) – de onevenredige last was *onvoorzienbaar* – kan een grond opleveren voor aansprakelijkheid. Ik geloof dat HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430 (TBS-er met verlof) niet in de weg hoeft te staan aan *égalité*-aansprakelijkheid voor schade die voor de wetgever niet voorzienbaar was. In dit arrest overweegt de Hoge Raad, dat de overheid alleen aansprakelijk is voor de schade, door een TBS-er op proefverlof toegebracht aan een derde, omdat deze schade voor de overheid niet redelijkerwijs voorzienbaar was. Het voorzienbaarheids criterium wordt daar gebruikt, om de aansprakelijkheid van de overheid af te grenzen van die van de voor zijn eigen daden aansprakelijke TBS-er (anders Van Ravels 2004, p. 17-18, die in het arrest een beperking van het *égalité*-beginsel ziet. Zie ook Van Maanen 2002, p. 65-69, die stelt, dat bij niet-voorzienbare, ‘toevallige’ schade een andere grondslag nodig is voor nadeelcompensatie dan de *égalité*.) Vooralsnog zou ik er echter van willen uitgaan, dat het *égalité*-beginsel de grondslag kan zijn voor nadeelcompensatie voor bij uitvaardiging niet voorzienbare schade. Juist omdat de afweging die de wetgever maakt, noodzakelijk algemeen is en op een open groep onbekende burgers gericht, kan de *égalité* een rol spelen bij het wegvijlen van de allerscherpste kantjes die de wet in de praktijk blijkt te hebben.

aling van nadeelcompensatie bevelen om de *fair balance* te herstellen tussen de lasten voor het individu en de baten voor het collectief.⁷² De rechter kan bij toepassing van art. 1 EP EVRM dus voorbij gaan aan de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever; art. 94 Gw verleent hem daartoe de bevoegdheid.

Er zijn aanwijzingen, dat het EHRM zich op het standpunt stelt dat toekenning van nadeelcompensatie niet snel op haar plaats is, als de wetgever dat nadeel ongecompenseerd heeft willen laten. Zo overweegt het Hof in zijn *Denimark*-arrest:

‘Because of their direct knowledge of their society and its needs and resources, the national authorities must enjoy a wide margin of appreciation in determining (...) the types of loss resulting from the measure for which compensation will be made; *the legislature’s judgment* in this connection will in principle be respected unless it is manifestly arbitrary or unreasonable.’ [curs. RS]⁷³

Zolang hierover weinig Nederlandse rechtspraak voorhanden is, is lastig te zeggen of de Nederlandse rechter met behulp van art. 1 EP EVRM duidelijke beslissingen van de wetgever terzijde zal willen stellen.⁷⁴ In de gevallen waarin hiervoor werd bepleit dat nadeelcompensatie kan worden toegewezen, was het steeds zo, dat het *égalité*-beginsel de Staat (volgens de rechter) verplicht tot het compenseren van nadeel, terwijl geen duidelijke beslissing van de wetgever voorhanden was, waaruit bleek dat deze het *égalité*-beginsel anders interpreteert. Het is een veel ingrijpendere rechterlijke beslissing, om een nadeelcompensatieclaim toe te wijzen tegen de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever in.

Kort gezegd: op grond van art. 1 EP EVRM juncto art. 94 Gw kan de rechter een uitdrukkelijke beslissing tot niet-compenseren doorkruisen. Waarschijnlijk zal hij daartoe minder snel bereid zijn dan in de gevallen waar de wetgever over de nadeelcompensatie geen duidelijke beslissing heeft genomen.

72 Par. 13.2.1.

73 EHRM 26 september 2000, app. no. 37660/97 (Denimark); EHRM 19 december 1989 app. no. 10522/83 (Mellacher), r.o. 56 en de noot van Alkema bij het arrest *Whv VI*, NJ 2002, 469, Noot II, pt. 4. Zie over die ruime *margin of appreciation* bijvoorbeeld CBB 5 december 2007, JB 2005, 50 (Radio 538).

74 Bij de *Whv*-zaak zijn er aan de parlementaire geschiedenis wellicht enige aanwijzingen te ontleen, dat de wetgever heeft gewild, dat de door uitvaardiging van de *Whv* veroorzaakte waardedaling van de bestaande varkensrechten niet gecompenseerd zou worden, zie het citaat in de conclusie A-G, nr. 7.9.4.2. Als dat juist is, heeft de rechter hier art. 1 EP EVRM wel aangegrepen om de bedoeling van de wetgever te doorkruisen.

Deel IV: Vormen van derdenwerking

Opbouw Deel IV

Dit vierde deel bestaat uit twee hoofdstukken.

Eerst ga ik in op een aantal arresten waarin de Hoge Raad zijn positie bepaalt ten opzichte van onverbindendheidsoordelen van de hoogste bestuursrechter. Zoals zal blijken, verleent de Hoge Raad zonder veel omhaal van woorden derdenwerking aan onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter (hfdst. 14).

Wordt de Hoge Raad daarentegen gevraagd een bevel tot wetgeven uit te spreken, dan geeft hij niet thuis: wetgevingsbevelen zijn volgens de Hoge Raad categorisch onmogelijk. De argumenten die de Hoge Raad daarvoor geeft, zijn de scheiding der machten en de ongewenstheid van het dervedeffect dat een wetgevingsbevel zou hebben. Hoofdstuk 15 bevat een analyse van deze jurisprudentie en de argumenten van de Hoge Raad, mede tegen het licht van de ruime derdenwerking die aan onverbindendverklaring wél toekomt (hfdst. 14) en de mogelijkheden die de rechter heeft, om een declaratoir te geven (hfdst. 5).

14 | Onverbindendverklaring door de hoogste rechter

14.1 Inleiding¹

Dit hoofdstuk gaat over de derdenwerking van onverbindendverklaring door de hoogste (bestuurs)rechter, in het bijzonder over de ‘volgplicht-arresten’ van de Hoge Raad.

Van oudsher konden derden aan de toetsing van een wettelijk voorschrift door de rechter geen rechten ontleen. De Nederlandse rechter kan een wettelijk voorschrift niet vernietigen – definitief uit de rechtsorde verwijderen – maar slechts de onverbindendheid daarvan constateren. In hoofdstuk 5 is al naar voren gekomen, dat de Hoge Raad in het verleden meermalen duidelijk heeft uitgesproken, dat het juridisch effect van een onverbindendverklaring slechts rechten en plichten geeft voor hen, die partij waren in de procedure waarin zij is uitgesproken.²

Dat geldt (of gold) van oudsher ook, wanneer de *hoogste* rechter de onverbindendheid heeft geconstateerd. De Nederlandse rechtsorde kent immers geen precedentenstelsel dat lagere rechters bindt aan het oordeel van een hoogste rechter.³ Via de ‘hulpconstructie’ van binding aan het hoogste rechterlijk oordeel is dus juridisch-dogmatisch evenmin derdenwerking van onverbindendverklaring door de hoogste rechter te construeren. Traditioneel sorteert een onverbindendverklaring van de hoogste rechter dus slechts feitelijk effect, doordat rechters geneigd zullen zijn in de toekomst op gelijke wijze te beslissen.⁴ Zelfs na onverbindendverklaring door de hoogste rechter heeft de burger naar geldend recht dus nooit *zekerheid* over de onverbindendheid van een wettelijk voorschrift.

Dat alles is de theorie. Wie zich verdiept in de praktijk van toetsing van wettelijke voorschriften ontdekt al snel, dat de feitelijke precedentwerking van het resultaat van toetsing door de hoogste rechter in de Nederlandse rechtsorde groot is. Het is (haast) onmogelijk om een voorbeeld te vinden van een geval, waar een rechter de onverbindendheid van een wettelijk voorschrift opnieuw moest uitspreken, nadat het eerder al door de hoogste rechter onverbindend was verklaard.⁵ De

¹ Het grootste deel van dit hoofdstuk is eerder gepubliceerd in *RMThemis*, zie Schutgens 2006.

² HR 16 mei 1983, *NJ* 1984, 361 (Bullenbaai); HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 306, (LSV); HR 16 oktober 1992, *AB* 1993, 40 (Vulhop/Amsterdam). Zie ook reeds HR 19 april 1864, *W* 2706 (Haskerland).

³ Art. 12 AB. Weliswaar is de Nederlandse rechter – mede in verband met de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid – sterk geneigd om zich naar oordelen van de hoogste rechter te richten, dat is iets anders dan een echt precedentenstelsel, zie Bovend'Eert 2006.

⁴ HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360 (LSV), r.o. 3.4, 4^e alinea.

⁵ Ik ben daarvan althans geen voorbeelden tegengekomen.

ambten die met de uitvoering van een regeling zijn belast, verwachten blijkbaar een zo sterke feitelijke precedentwerking van onverbindendverklaring door de hoogste rechter, dat zij hun verlies nemen en de handhaving van het voorschrift staken.

Aan de hand van drie arresten⁶ betoog ik in dit hoofdstuk, dat de Hoge Raad deze sterke feitelijke derdenwerking van (de uitkomst van) rechterlijke toetsing ook in de vorm van een rechtsregel heeft gegoten. Ik bespreek de 'volgplicht-arresten' van de Hoge Raad (par. 14.2);⁷ de mogelijkheid om aan onverbindendverklaring sterk derdeneffect te verlenen door een aantal leerstukken in serie te schakelen (par. 14.3); de vraag, of nadelige effecten voor derden een argument zijn om derdenwerking in te perken (par. 14.4) en tot slot de vraag, of de Afdeling ook onverbindendverklaringen van de hoogste civiele rechter moet gaan volgen (par. 14.5). Bij de bespreking van de volgplicht-arresten van de Hoge Raad wijk ik voor een keer af van het uitgangspunt, dat alleen de civielrechtelijke jurisprudentie wordt geanalyseerd. De treffende overeenkomsten tussen de civiele en de strafrechtelijke arresten én het feit, dat juist de combinatie van de verschillende volgplicht-arresten verrassend sterke effecten oplevert, rechtvaardigen deze kleine *détour*.

14.2 De volgplicht-arresten van de Hoge Raad

14.2.1 Door de hoogste bestuursrechter uitgesproken onverbindendheid

In het *Aujeszky*-arrest formuleert de Hoge Raad de regel, dat de burgerlijke rechter een onverbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter moet volgen.⁸

De casus is in paragraaf 8.3.4 al kort uiteengezet. Een retributieverordening van het Landbouwschap regelt de betaling voor verplichte vaccinatie van varkens. Deze verordening biedt de mogelijkheid om vrijwillig te betalen. Slechts wie niet uit zichzelf betaalt, krijgt een (appellabele) aanslag. In een beroep tegen een aanslag oordeelt het CBB, dat de retributieverordening onverbindend is. Enkele varkenshouders die vrijwillig hadden betaald, stappen naar de burgerlijke rechter en vorderen hun geld terug. Vanwege de wetstechnische toevalligheid dat zij op eigen initiatief hadden betaald, strooide de leer van de formele rechtskracht in hun zaak geen roet in het eten.

6 HR 11 oktober 2005, *NJB* 2005, p. 2106-2107 (Nijmeegse gebiedsontzegging); HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283 (Aujeszky); HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 152 (OZB/Staat). Hierover ook Ferwerda 2005.

7 Het *Aujeszky*-arrest en het *OZB*-arrest zijn in hfdst. 8 al aan de orde gekomen, bij de bespreking van de mogelijkheden die de individuele burger heeft om bij verschillende rechters te procederen tegen een 'indirect werkend voorschrift' (zie par. 8.1). Hier wordt ingegaan op de derdenwerking, gecreëerd door het *Aujeszky*-arrest en de vraag hoe het *OZB*-arrest zich tot deze derdenwerking verhoudt.

8 HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283 (Aujeszky).

De Staat betwist de onverbindendverklaring door het College van Beroep en vraagt de burgerlijke rechter om alsnog uit te spreken dat de verordening juridisch wél houdbaar is.⁹ Als de *hoogste* bestuursrechter de onverbindendheid van een wettelijke regeling heeft uitgesproken, geldt volgens de Hoge Raad echter het volgende:

‘Indien een bestuursorgaan dat die regeling heeft uitgevaardigd of met de uitvoering daarvan is belast in een bestuursrechtelijke procedure als partij betrokken was, en een burger, *ongeacht of hij al dan niet partij was in de bestuursrechtelijke procedure*, zich beroept op de in die procedure uitgesproken onverbindendheid van de regeling, is de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt in een daarna volgend civielrechtelijk geding daaraan gebonden in die zin dat deze zich niet op het standpunt kan stellen dat de regeling in de civielrechtelijke procedure voor verbindend moet worden gehouden.’[curs. RS]¹⁰

Wanneer derden die niet in de oorspronkelijke bestuursrechtelijke procedure betrokken waren, zich naderhand op de onverbindendheid van de regeling beroepen, kan het bestuursorgaan de civiele rechter niet meer vragen, alsnog de verbindendheid van dat voorschrift uit te spreken. Anders gezegd: in gevallen waarin de burger zich daarop beroept, heeft de burgerlijke rechter een *volgplicht* ten aanzien van een onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter.

De Hoge Raad geeft twee redenen voor het formuleren van deze regel.

Burgers moeten na onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter zekerheid hebben over hun rechtspositie. Daarom behoort een bestuursorgaan dat in een geding bij de hoogste bestuursrechter wordt geconfronteerd met een onverbindendverklaring, af te zien van verdere handhaving van het onverbindendverklarde voorschrift. Het bestuursorgaan beschikt meestal over voldoende bevoegdheden om het onverbindendverklarde voorschrift gemakkelijk te kunnen aanpassen. Die sterke positie van het bestuursorgaan rechtvaardigt de verwachting, dat het bestuursorgaan na onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter niet op de oude voet doorgaat met handhaving en uitvoering van het voorschrift.¹¹

Bovendien moet volgens de Hoge Raad worden tegengegaan, ‘dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter tot verschillende oordelen over dezelfde rechtsvraag komen.’¹² De tweede reden voor het aannemen van een volgplicht van de burgerlijke rechter is dus het streven naar *rechtseenheid*: als de hoogste bestuursrechter onverbindend heeft verklaard, is het onwenselijk dat hetzelfde wettelijke voorschrift binnen de civielrechtelijke ‘kolom’ wel als verbindend wordt aange-merkt.

9 Vgl. het tweede cassatiemiddel.

10 R.o. 3.5.

11 Idem.

12 Idem.

Er is mij geen arrest bekend, waarin de civiele kamer van de Hoge Raad een vergelijkbare volgrege formuleert ten aanzien van een door de hoogste strafrechter vastgestelde onverbindendheid. Mijns inziens gaat hier dezelfde redenering op. Ook na onverbindendverklaring door de hoogste strafrechter moet de burger kunnen weten waar hij aan toe is; ook in dat geval geldt bovendien, dat het uiteenlopen van rechterlijke oordelen uit oogpunt van rechtseenheid ongewenst is. Wij kunnen dus wel aannemen, dat een onverbindendverklaring van de hoogste strafrechter op een vergelijkbare manier door de civiele rechter *erga omnes* wordt toegepast.

In het geval van de *Nijmeegse gebiedsontzegging*¹³ neemt de Hoge Raad als uitgangspunt, dat een behoorlijke taakverdeling tussen de straf- en de bestuursrechter ertoe noopt, dat ook de strafrechter een door de hoogste bestuursrechter uitgesproken onverbindendverklaring in beginsel volgt:

‘Voor de vraag of de strafrechter aan deze uitspraken is gebonden, dient te worden vooropgesteld dat een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter, *mede met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken*, meebrengt dat in het geval de daartoe bij uitstek aangewezen hoogste bestuursrechter in een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang in een beslissing ten gronde een algemeen verbindend voorschrift onverbindend heeft geoordeeld, de strafrechter in beginsel van dat oordeel dient uit te gaan (vgl. HR 26 november 2002, *NJ* 2003, 81, rov. 3.5).’[curs. RS]¹⁴

De grondslag van de volgrege is blijkens de gecursiveerde zinsnede ook hier het streven naar rechtseenheid: tegenstrijdige uitspraken moeten voorkomen worden. Als de hoogste bestuursrechter een voorschrift onverbindend verklaard heeft, kunnen daarom ook derden zich voor de strafrechter op die onverbindendheid beroepen.

De voorlopige conclusie kan zijn, dat derden zich in civiele en strafprocedures kunnen beroepen op een onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter. In dat geval moeten de strafrechter en de civiele rechter de hoogste bestuursrechter volgen. Die volgplicht berust op een door de Hoge Raad geformuleerde *rechtsregel*.¹⁵ ‘Extrapolatie’ van de redenering uit het *Aijeszky*-arrest leidt tot de conclusie, dat ook een onverbindendverklaring van de strafkamer van de Hoge Raad door de burgerlijke rechter *erga omnes* wordt overgenomen.

13 HR 11 oktober 2005, *NJB* 2005, p. 2106-2107 (Nijmeegse gebiedsontzegging).

14 R.o. 3.6.2. Deze regel is in het Nijmeegse geval overigens niet van toepassing, nu de eerdere onverbindendverklaringen afkomstig zijn van de bestuursrechter in eerste aanleg.

15 De door de Hoge Raad gegeven volgrege *zelf* is onderworpen aan art. 12 AB, dat precedentwerking uitsluit. Strikt logisch bezien kan geen enkele vorm van precedentwerking van uitspraken van de hoogste rechter worden geïntroduceerd in een uitspraak van die hoogste rechter: aan die uitspraak zelf zou dan immers nog steeds geen die precedentwerking toekomen. Deze tegenwerping is echter wat formalistisch.

14.2.2 Een 'verbindendheidsoordeel' van de hoogste bestuursrechter

In *OZB/Staat* spreekt de Hoge Raad zich uit over het geval, dat de hoogste bestuursrechter in antwoord op een opgeworpen exceptie heeft geoordeeld, dat een regeling wél verbindt.¹⁶ De volgplicht die de burgerlijke rechter heeft ten aanzien van zo'n 'verbindendheidsoordeel', is zwakker.

De casus is bekend.¹⁷ Ziekenfonds OZB krijgt naar zijn idee een te lage dotatie van het College van zorgverzekerden. De toekenningsbeschikking berustte op aanwijzingen van de Minister van VWS. Deze aanwijzingen zijn avv. Volgens OZB zijn zij onverbindend. In een beroep tegen de toekenningsbeschikking spreekt de Afdeling met zoveel woorden uit, dat de aanwijzingen wél verbinden, en laat de toekenningsbeschikking in stand.

OZB probeert het vervolgens bij de burgerlijke rechter. Het vordert onverbindendverklaring van de ministeriële aanwijzingen. Wij zagen al in paragraaf 8.3.3, dat de burgerlijke rechter ten aanzien van OZB niet opnieuw kon toetsen of de aanwijzingen verbinden:

'OZB heeft (...) tevergeefs tot in hoogste instantie betoogd dat de aanwijzingen onverbindend zijn. Een en ander brengt mee dat OZB niet met vrucht voor de burgerlijke rechter kan aanvoeren dat de aanwijzingen onverbindend zijn, omdat in dit geval het uit een oogpunt van het bieden van aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter niet noodzakelijk is over te gaan tot een herbeoordeling van het door de hoogste bestuursrechter uitgesproken oordeel, en zulks ter voorkoming van tegenstrijdige uitspraken en uit een oogpunt van een behoorlijke taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter ook niet wenselijk is.'¹⁸ [curs. RS]

De burger die de hoogste bestuursrechter er niet van heeft kunnen overtuigen, dat een wettelijk voorschrift verbindende kracht mist, kan in een latere civielrechtelijke procedure dus niet opnieuw die verbindendheid ter discussie stellen. Ten aanzien van *die* burger moet de burgerlijke rechter zich voegen naar het eerdere oordeel van de bestuursrechter.

Het gezag van gewijsde van de uitspraak van de hoogste bestuursrechter wordt hier enigszins opgerekt. Het omvat niet langer uitsluitend het oordeel over de (on)rechtmatigheid van het beroepen besluit. Het omvat tegenover de appellant nu ook het uitdrukkelijke oordeel van de hoogste bestuursrechter, dat de aan het beroepen besluit ten grondslag liggende regeling verbindend is.

Wat is het effect van het verbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter ten opzichte van *derden*? Enerzijds voert de Hoge Raad het voorkomen van uiteenlopende oordelen aan als bijkomend argument voor het overnemen van het ver-

16 HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 152 (OZB/Staat); zie ook HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 388 (COA/Simon c.s.), overigens zonder expliciete volgregeel (r.o. 3.5). Zie ook par. 8.3.4.

17 Zie par. 8.3.3.

18 R.o. 3.3.1.

bindendheidsoordeel van de bestuursrechter. Anderzijds ontzegt hij de mogelijkheid om ‘hertoetsing’ te vragen uitdrukkelijk *aan OZB*. Voor derden staat de mogelijkheid van hertoetsing door de burgerlijke rechter blijkbaar nog open.

Dat bergt het gevaar in zich, dat een door de hoogste bestuursrechter als verbindend bestempelde regeling door de burgerlijke rechter alsnog onverbindend wordt verklaard. In het al besproken *Aujeszky* overweegt de Hoge Raad over uiteenlopen van rechterlijke oordelen over de rechtskracht van wettelijke voorschriften:

‘Dit moet uit een oogpunt van rechtsbescherming van de burger (...) worden aanvaard indien de bestuursrechter in een procedure waarin deze burger *niet* was betrokken, een regeling *wel* verbindend heeft geacht’¹⁹ [curs. RS]

Uiteenlopen moet voorkomen worden, zodra een voorschrift eenmaal door de hoogste bestuursrechter onverbindend is verklaard. Na een ‘verbindendheidsoordeel’ echter, kunnen derden een wettelijk voorschrift onder omstandigheden wél nog bij de burgerlijke rechter onder vuur nemen.

Omdat de Hoge Raad, zoals blijkt uit datzelfde arrest *Aujeszky*, uit *OZB/Staat* en het genoemde *Nijmeegse gebiedsontzegging*, tegelijkertijd streeft naar rechtseenheid, doet deze beperking van het juridisch effect van een *verbindendheidsoordeel* tot de burger ten opzichte van wie het is uitgesproken, op het eerste gezicht wat vreemd aan. Zij is bij nader inzien toch met het streven naar rechtseenheid te verzoenen.

Bij een *onverbindendheidsoordeel* van de hoogste bestuursrechter heeft deze een wettelijk voorschrift beproefd op zijn verenigbaarheid met een regel van hoger recht, en het lagere voorschrift daarmee in strijd bevonden. Bij een eventuele latere ‘hertoetsing’ zou de burgerlijke rechter het wettelijk voorschrift hoe dan ook opnieuw moeten vergelijken met *dezelfde* hogere rechtsregel, om alsnog aan de onverbindendheid te kunnen afdoen. Een civielrechtelijk oordeel, dat de regeling de eiser tóch verbindt, zal daarom altijd de interpretatie doorkruisen die de hoogste bestuursrechter aan een specifieke regel van hoger recht heeft gegeven.

Een ‘verbindendheidsoordeel’ is echter nooit definitief. Wij weten – in elk geval in theorie – ook na toetsing van een lager voorschrift aan hogere regel A nooit helemaal zeker, of niet een derde met een andere, in de bestuursrechtelijke procedure ‘gemiste’ hogere rechtsnorm B op de proppen zal komen, die de verbindende kracht van het wettelijk voorschrift wel aantast. Wanneer de ene burger er niet in is geslaagd, om de onverbindendheid van een voorschrift aan te tonen, komt het daarom minder juist voor, om een andere burger op voorhand de mogelijkheid te ontzeggen om het beter aan te pakken. Derden hebben dus in zoverre recht op ‘hertoetsing’, dat de burgerlijke rechter nieuwe argumenten voor onver-

19 R.o. 3.5.

bindendheid zelfstandig beoordeelt.²⁰ De burgerlijke rechter kan op deze manier ‘hertoetsen’, zonder de interpretatie te doorkruisen die de bestuursrechter eerder aan een specifieke, (andere) hogere regel heeft gegeven.²¹

Aan het *Aujeszyk*- en het *OZB*-arrest kan daarom het beste de volgende interpretatie gegeven worden. Als de hoogste bestuursrechter uitdrukkelijk een wettelijke regeling heeft getoetst aan een hogere norm, neemt de burgerlijke rechter het oordeel van de bestuursrechter over de (non-)conformiteit van de regeling met die specifieke hogere norm over. Het resultaat is, dat een onverbindendverklaring jegens derden wordt overgenomen, terwijl derden na een verbindendheidsoordeel nog de mogelijkheid hebben, de regeling aan een andere hogere norm te laten toetsen.

Ik zie één duidelijke uitzondering op deze door mij voorgestelde interpretatie, dat het resultaat van toetsing aan een specifieke hogere norm moet worden overgenomen.²² Als de bestuursrechter een regeling ten onrechte ‘eigenmachtig’ conform EG-recht heeft verklaard, in plaats van een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de EG, kan de civiele rechter dit alsnog doen.²³ Blijkt, dat de regeling toch in strijd is met het Europese recht, dan wordt de interpretatie die de hoogste bestuursrechter aan een hogere regel heeft gegeven, wél door een ‘betere’ interpretatie vervangen. Dit geldt ook, als de hoogste bestuursrechter – naar later blijkt – ten onrechte een beroep op onverbindendheid wegens strijd met het EVRM heeft verworpen.²⁴ In beide gevallen is de uitspraak van de hoogste bestuursrechter ‘objectief’ als onjuist aan te merken. Er is immers een andere, internationale instantie aangewezen die het laatste woord heeft over de interpretatie van een hogere regeling. Voor diens uitleg zal het oordeel van iedere nationale rechter moeten wijken.

20 Wanneer de bestuursrechter niet op een mogelijke rechtsgrond voor onverbindendheid is ingegaan, staat volledige (her)toetsing de burgerlijke rechter natuurlijk eveneens vrij. Art. 8:69 lid 2 Awb verplicht de bestuursrechter tot het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden. Bij een beroep op de onverbindendheid van een regeling moet de bestuursrechter dus ook toetsen aan hogere rechtsnormen waarop de appellante zich niet beroepen heeft. Los van de aanvullingsplicht wordt wel aangenomen, dat de rechter steeds ambtshalve de geldigheid moet toetsen van de rechtsregels die hij toepast, vgl. De Werd 1998 en De Bock 2004, p. 61; anders: Ferwerda 2005, p. 40. Wat daar ook van zij, er is nog niet het omgekeerde mee gezegd, namelijk dat wij van de fictie moeten uitgaan, dat de hoogste bestuursrechter een regeling waarvan hij een concrete toepassing als rechtmatig bestempeld heeft, uitputtend aan al het hoger recht getoetst zou hebben, ook als uit zijn vonnis niet blijkt, dat hij die toetsing heeft verricht.

21 *OZB* daarentegen voerde *in civilibus* precies dezelfde argumenten aan als bij de Afdeling; vgl. r.o. 3.2.

22 Vgl. de noten bij *OZB/Staat van Schlössels*, *JB* 2005, 32 en Van Ommeren, *AB* 2005, 399.

23 Spier redeneert mijns inziens terecht, dat *zodra* een andere rechter twijfelt, of misschien toch een prejudiciële vraag gesteld had moeten worden, uit die twijfel al blijkt, dat er geen sprake is van een *acte clair*. Zie zijn conclusie bij *Aujeszyk*, nr. 4.39.2.

24 Het is mogelijk, dat een hoogste nationale rechter ten onrechte ‘te streng’ is geweest, doordat hij een regeling onverbindend meende te moeten verklaren, terwijl die rechtmatig was. Dit is een probleem van nationaal staatsrecht: de rechter trekt in dat geval meer toetsingsbevoegdheid aan zich, dan hem op grond van art. 94 Gw toekomt. Hierdoor zal niet snel een *volkenrechtelijke* plicht van het Koninkrijk geschonden worden. De noodzaak tot hertoetsing is dus kleiner. Hertoetsing lijkt mij echter ook hier mogelijk, met de kanttekening dat daarbij omzichtig moet worden omgegaan met de rechtspositie van burgers die hebben gehandeld in goed vertrouwen op de eerdere, onjuist gebleken onverbindendverklaring. Instructief *Fleuren* 2004, p. 21, noot 76.

De ruimte die de burgerlijke rechter voor hertoetsing rest, loopt in feite gelijk op met die van de bestuursrechter zelf. Wie na een verbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter onderaan de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingskolom opnieuw de verbindendheid van een wettelijk voorschrift ter discussie stelt, zal in beginsel nul op het rekest krijgen. De lagere bestuursrechter richt zich naar het oordeel van de hoogste bestuursrechter en ook deze laatste zal slechts in uitzonderlijke gevallen op zijn eigen eerder oordeel willen terugkomen. Alleen met nieuwe argumenten of een aantoonbaar juiste, andere interpretatie van internationaal recht is het de moeite waard om de verbindendheid onderaan de bestuursrechtelijke kolom opnieuw te betwisten.^{25, 26}

Een verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter moet dus in zoverre in civielrechtelijke gedingen doorwerken, dat de argumenten voor onverbindendheid die de bestuursrechter heeft gewogen en te licht bevonden, in beginsel niet opnieuw bij de burgerlijke rechter ter discussie gesteld kunnen worden. Alleen juridische ‘nova’ kunnen tot een nieuwe toetsing leiden.²⁷ Een andere visie is zeer lastig te rijmen met het streven naar rechtseenheid dat de Hoge Raad belijdt.

14.3 Serieschakeling

De sterke feitelijke precedentwerking die toch al toekwam aan onverbindendverklaringen door de hoogste rechter, is door de besproken volgplicht-arresten voorzien van een basis in het recht. In ieder geval wanneer onverbindendheid door de hoogste bestuursrechter is uitgesproken, bindt dat oordeel in beginsel de burgerlijke en de strafrechter krachtens een door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel, niet meer krachtens een onverplichte gewoonte.

Het is in deze constructie wel nog mogelijk, dat de hoogste bestuursrechter zélf op zijn eerdere onverbindendheidsoordeel terugkomt. Het met handhaving belaste bestuursorgaan zou daarvoor de uitvoering van de in hoogste bestuursrechtelijke instantie onverbindend verklaarde regeling moeten voortzetten. In een beroep tegen een nieuw besluit dat op de regeling gebaseerd is, kan de regeling dan – uiteindelijk – wederom aan de hoogste bestuursrechter worden voorgelegd, zodat deze zijn onverbindendverklaring opnieuw kan overwegen.

In *Aujeszky* overweegt de Hoge Raad echter, dat:

‘...van een bestuursorgaan moet worden verwacht dat het, als de hoogste bestuursrechter een regeling onverbindend heeft geacht, hetzij het daarheen leidt dat alsnog een verbindende regeling wordt totstandgebracht, hetzij zich ook in andere gevallen aan de uitspraak van die hoogste rechter houdt.’²⁸

25 Vgl. Van Ommeren, noot bij HR 18 februari 2005, *AB* 2005, 400 (*Aujeszky*), onder 4.

26 Dit roept overigens de vraag op: had *OZB* dan niet met een nieuw argument kunnen aankomen? De Hoge Raad hoefde die vraag in het arrest niet te beantwoorden omdat *OZB* precies dezelfde argumenten aanvoerde als het eerder bij de bestuursrechter had gedaan.

27 Na verloop van tijd kunnen rechtsopvattingen natuurlijk wel wijziging ondergaan. Dan zal ook aan dezelfde – maar wellicht van betekenis veranderde – hogere rechtsnormen getoetst kunnen worden.

28 R.o. 3.5.

Na onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter bestaat er dus voor het bestuursorgaan een rechtsplicht om af te zien van voortgezette handhaving. Met deze overweging voor ogen kan door vier arresten in serie te schakelen een effect bereikt worden, dat tendeeft naar dat van een vernietigingsberoep.

Er geldt voor het bestuursorgaan een rechtsplicht om ten aanzien van derden af te zien van voortgezette handhaving van het voorschrift. Derden kunnen zich bovendien ook binnen de civielrechtelijke kolom op de onverbindendheid beroepen. Voortgezette handhaving van het voorschrift is dus een onrechtmatige daad.

Wanneer de burger nu de reële vrees koestert, dat het bestuursorgaan het voorschrift blijft toepassen, zal het civiele kort geding veelal soelaas bieden.²⁹ De individuele burger kan een individueel toepassingsverbod eisen; een belangenorganisatie kan buitenwerkingstelling vragen.³⁰

Uit het arrest in kort geding betreffende de Wet herstructurering varkenshouderij bleek, dat de kortgedingrechter zich moet richten naar een onverbindendheidsoordeel dat al door de civiele bodemrechter is uitgesproken.³¹ Dat brengt mee, dat hij de buitenwerkingstelling van een wettelijk voorschrift kan uitspreken zonder dat is voldaan aan het vereiste van onmiskenbare onverbindendheid. Zodra voortgezette uitvoering dreigt, zou (op grond van *Aujeszký*) een belangenorganisatie zich tegenover het openbaar lichaam waartoe het bestuursorgaan behoort, kunnen beroepen op de onverbindendheid die door de hoogste bestuursrechter is vastgesteld. In een civiele bodemprocedure zou de regeling als onverbindend aangemerkt worden. De kortgedingrechter kan zich op dat (hypothetische) oordeel van de bodemrechter oriënteren en heeft de bevoegdheid om zonder bijkomende vereisten de 'buitenwerkingstelling' van het voorschrift tegen het openbaar lichaam uit te spreken.³²

Deze buitenwerkingstelling houdt in, dat aan de overheidsrechtspersoon in algemene zin het uitvoeren van de regeling wordt verboden.³³ Er mogen geen uitvoeringsbesluiten meer op de regeling gebaseerd worden, noch mag zij op enige andere wijze uitgevoerd of gehandhaafd worden. De weg naar hertoetsing door de hoogste bestuursrechter wordt afgesneden, doordat voortgezette uitvoering in algemene zin wordt verboden. Er komt normaal gesproken geen 'steen des aanstoots' meer beschikbaar, die ingang voor een bestuursrechtelijke procedure kan zijn.

Een buitenwerkingstelling bindt echter alleen de ambten van het openbaar lichaam ten opzichte waarvan zij is uitgesproken. Als dat openbare lichaam een ander is dan de Staat, is het Openbaar Ministerie als ambt van de Staat dogmatisch

29 Afgezien hiervan zal het aansprakelijkheidsrisico het bestuursorgaan ertoe aanzetten om af te zien van verdere handhaving. Voor handhaving van onverbindende regelgeving geldt immers het strenge aansprakelijkheidsregime van HR 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252 (Staat/Van Gelder), zie par. 4.2 en 4.3.

30 Wel moet de eiser een spoedeisend belang hebben. Bij een individuele burger die ook een uitvoeringsbeschikking kan afwachten is dat niet altijd het geval, zie par. 8.2.

31 HR 19 mei 2000, *NJ* 2001, 407 (Whv V), zie par. 5.2.1.

32 Men kan ook redeneren, dat de onverbindendheid onmiskenbaar is, omdat de hoogste bestuursrechter haar heeft uitgesproken.

33 Par. 5.2.2.

niet gebonden aan het algemene toepassingsverbod van de buitenwerkingstelling. Gesteld, dat het wettelijk voorschrift ook strafrechtelijk gehandhaafd wordt, dan is niettemin via de regel uit de *Nijmeegse Gebiedsontzegging* ook de weg naar strafvervolgning geblokkeerd: onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter bindt immers ook de strafrechter.

De voorlopige conclusie kan zijn, dat de Hoge Raad voor onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter een vorm van derdenwerking heeft geïntroduceerd binnen de straf- en de civielrechtelijke kolom, die via de ‘hulpconstructie’ van buitenwerkingstelling normaal gesproken ook eventuele herbeoordeling door de hoogste bestuursrechter zelf kan blokkeren.

14.4 Doorwerking ten nadele van derden

De onverbindendheid van een wettelijk voorschrift wordt doorgaans uitgesproken, nadat een burger bij de rechter de bescherming van hoger recht inroept om aan een voor hem nadelige vorm van overheidsingrijpen te ontkomen. Bij haast iedere onverbindendverklaring is daarom een groep burgers gebaat, zodat de doorwerking van onverbindendverklaring veelal gunstig is voor de burger. Vooral in het ruimtelijke ordenings- en milieurecht³⁴ en in het economisch bestuursrecht komt het echter voor, dat derden een belang hebben bij de handhaving van een regeling. Onverbindendverklaring kan voor hen juist nadelig uitpakken.³⁵

De regel uit *Aujeszky* is zo geformuleerd, dat een volplicht bestaat zodra *de burger* zich op onverbindendheid beroept; in het arrest van de *Nijmeegse Gebiedsontzegging* overweegt de Hoge Raad, dat de bestuursrechtelijke onverbindendheid ‘in beginsel’ in de strafprocedure doorwerkt. Men kan zich de vraag stellen, of de Hoge Raad hier ruimte laat om een onverbindendverklaard voorschrift alsnog als rechtsgeldig toe te passen in gevallen waar de onverbindendheid een justitiabele benadeelt.³⁶

Stel bijvoorbeeld, dat een gemeentelijke verordening boeren verplicht, om de ammoniakuitstoot van hun bedrijf met recente zuiveringstechnologie te halveren, voordat zij voor uitbreiding van hun varkensstapel in aanmerking komen. Als de hoogste bestuursrechter deze regeling onverbindend oordeelt, gaan de burens erop

34 C.N.J. Kortmann, noot bij *Aujeszky*, *JBPr* 2005, 35.

35 Vgl. par. 5.3.3, slot. De onverbindendverklaring van een bestuursrechtelijke regeling kan ook ‘puur’ nadelig zijn voor burgers, dat wil zeggen: zonder dat zij enige burger voordeel oplevert. Zo zou een bestuursorgaan zich tegenover een belanghebbende kunnen beroepen op de onverbindendheid van een subsidieregeling. Ik bespreek dit geval hier niet, omdat het volgens mij geen bijzonder probleem oplevert bij eventuele doorwerking in de civielrechtelijke kolom. Zie voor een voorbeeld P.J. Boon, noot bij ARRvS 24 januari 1984, *AB* 1984, 384 (Bronbeek). Het is denkbaar, dat het bestuursorgaan dat een subsidieregeling uitvoert, op zeker moment moet concluderen dat die regeling onverbindend is omdat zij verboden staatssteun inhoudt, vgl. art. 87 en 88 EG.

36 C.N.J. Kortmann (*JBPr* 2005, 35, p. 287, l.k.) suggereert – als ik hem goed begrijp – dat de burger aan voor hem ongunstige ‘doorwerking’ kan ontkomen door een beroep op de onverbindendheid achterwege te laten.

achteruit.³⁷ Was de voorwaarde rechtsgeldig geweest, dan zou de stankoverlast immers met de helft verminderd zijn.

Een civielrechtelijk bevel aan de genoemde gemeente om de regeling te handhaven, zou deze opzadelen met twee tegenstrijdige rechtsplichten. Zij zou tegelijkertijd de bestuursrechtelijke onverbindendverklaring moeten respecteren, maar toch het civielrechtelijk vonnis moeten naleven door wel te handhaven. De gemeente zal daarom bij een tegen haar aangespannen bevelsactie de door de hoogste bestuursrechter uitgesproken onverbindendheid aan derden kunnen tegenwerpen.³⁸

Eventueel kan een benadeelde derde een schadeactie tegen de overheid instellen. Ook dan werkt de onverbindendheid door in de civiele kolom, omdat de benadeelde zich zelf op het standpunt moet stellen dat de regeling onverbindend is – ook al geeft hij eigenlijk de voorkeur aan handhaving van de regeling alsof zij verbindend was.³⁹

Daarnaast lijkt doorwerking mij zelfs wenselijk in gedingen tussen burgers onderling. Deze vorm van doorwerking volgt niet rechtstreeks uit de regel van *Aujeszký*, die slechts ziet op de rechtsverhouding tussen een openbaar lichaam en (derde) burgers.

Stel, dat in de Nijmeegse APV wordt verboden, om zonder speciale vergunning een *SUV* in de binnenstad te parkeren. Dit voorschrift wordt door de Afdeling onverbindend verklaard wegens strijd met de Wegenverkeerswet, die een uitputtende regeling geeft voor toelating van voertuigen tot de openbare weg. Een milieu- of verkeersveiligheidsorganisatie behoort mijns inziens de civiele rechter niet om ‘hertoetsing’ te kunnen vragen, met als mogelijke uitkomst, dat een bewoner van de binnenstad alsnog een rechterlijke last krijgt om zijn *SUV* elders te parkeren.⁴⁰ Dit geldt mijns inziens zelfs dan, wanneer de onverbindendheid niet onmiskenbaar uit hoger recht voortvloeit. Een andere opvatting heeft het resultaat, dat de trotse eigenaar die bestuursrechtelijk een bepaalde vrijheid heeft herkrege, deze via privaatrechtelijke weg weer zou verliezen.

37 De werkelijke casus was gecompliceerder, zie ABRvS 2 oktober 1997, *JM* 1997, 57 (Uden) en hfdst. 9.

38 Ik ga voorbij aan ontvankelijkheidskwesties in verband met de mogelijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de weigering om te handhaven; het gaat mij hier om de ‘doorwerking’.

39 Deze schadeactie strandt overigens al snel op de relativiteitseis. De hogere norm, die de grond voor onverbindendverklaring vormde, zal meestal de belangen beschermen van degene tot wie de lagere regeling zich richtte, niet de belangen van een omwonende voor wie regeling juist begunstigend uitpakte omdat de regeling zijn belangen beoogde te beschermen. Derden kunnen in dit geval alleen schadevergoeding krijgen als (1) zij hebben gedisponeerd in vertrouwen op de juistheid van de (voor hen begunstigende) onverbindend gebleken regeling, zie par. 4.4.3, of in het uitzonderlijke geval dat (2) hoger recht de lagere regelsteller tot het vaststellen van de onverbindendverklaring verplichtte juist met het oog op bescherming van belangen zoals die van de gelaedeerde, én als bovendien bepaalbaar is, welk niveau van bescherming de regeling minimaal zou moeten bieden. Aan die voorwaarden is niet snel voldaan. Het kan wel voorkomen bij niet-tijdige of incorrecte omzetting van een Europese richtlijn. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 458 e.v.

40 Belangenorganisaties kunnen ook jegens particulieren een verbod vorderen, vgl. HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139 (Kuunders).

Ook als derden nadeel ondervinden van de niet-naleving van een bestuursrechtelijk onverbindendverklaarde regeling, is doorwerking van de onverbindendverklaring in de civielrechtelijke kolom van belang. Zonder een dergelijke vorm van doorwerking zouden civielrechtelijke acties van derden het bestuursrechtelijke rechtsregime kunnen doorkruisen, waardoor de appelland de vrijheid die hij met hulp van de hoogste bestuursrechter op de overheid 'herwonnen' heeft, weer aan zijn medeburger zou verliezen. De bestuursrechtelijke onverbindendheid zal daarom ook ten detrimente van derden moeten doorwerken in de civielrechtelijke kolom van rechtsbescherming. Het nadeel voor de ene burger vormt daarbij de keerzijde van de winst voor de andere.⁴¹

Wetgeving die producteisen geeft, of voorwaarden die de toelating tot de markt regelen, kan in strijd komen met een van de Europese economische vrijheden.⁴² Concurrenten die wél geïnvesteerd hebben om aan bijvoorbeeld een vergunningsvereiste te voldoen, hebben nadeel, maar geen recht op hertoetsing van een latere bestuursrechtelijke onverbindendverklaring. Valt de onverbindendheid af te leiden uit de uitkomst van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, dan zal al uit de gemeenschapstrouw voortvloeien, dat *alle* nationale rechters het voorschrift buiten toepassing moeten laten. Een afzonderlijke doorwerkingsregel is daarvoor niet meer nodig.

Ook in het strafrecht kan onverbindendheid soms nadelig uitpakken voor de burger. Buruma noemt het geval, dat een onverbindend voorschrift een speciale rechtvaardigingsgrond bevat of blijk geeft van een gewijzigd inzicht van de wetgever ten aanzien van de strafwaardigheid van een delict.⁴³ Onverbindendheid heeft hier tot gevolg, dat strafbaarheid wordt 'uitgebreid', doordat men terugvalt op een algemene of een oudere strafbepaling.

Het is lastig voorstelbaar, dat het Openbaar Ministerie – zelf 'overheid' – uit eigen beweging de onverbindendheid zou inroepen van een voorschrift waarmee de (materiële) wetgever de burger tegemoet heeft willen komen. Dit soort 'strafbaarheid uitbreidende onverbindendheid' kan echter eerder door de hoogste bestuursrechter zijn vastgesteld. Buruma noemt juist dit type onverbindendheid als mogelijke uitzondering op de doorwerking bij de strafrechter. Voorbeelden doen overigens al snel wat gewrongen aan.

Een (complete) regeling kan op formele gronden onverbindend worden geoordeeld bij een beroep tegen een op die regeling gebaseerde beschikking. De regeling voerde een vergunningsstelsel in en trok tegelijkertijd de strafbaarheid van een bepaald delict in, of verlaagde tegelijkertijd het bedrag van een gefixeerde boete. Door onverbindendverklaring 'herleeft' de oudere, voor de verdachte ongunstigere regeling.

41 Treffende formulering van Prinssen 2004, p. 153. Zie p. 151-158 voor vergelijkbare nadelige effecten die de toetsing van nationaal recht aan richtlijnen kan hebben voor derden.

42 Vgl. bijvoorbeeld HvJ EG 30 april 1996, AB 1998, 47 (CIA Security), zie Prinssen 2004, p. 154 of – tevergeefs – HR 18 januari 2005, NJ 2005, 404.

43 Noot bij HR 24 september 2002, NJ 2003, 80 (Dijkverbod), onder 4.

Onverbindendverklaring op grond van een materieel gebrek kan het bereik van het strafrecht evengoed uitbreiden.

Stel bijvoorbeeld, dat de Flora- en faunawet het opjagen van beschermde vogels verbiedt. Zij kent provincies de bevoegdheid toe, om bij verordening vogelsoorten die schade toebrengen aan gewassen, van dit verbod uit te zonderen. Provinciale Staten van Friesland staan aan particulieren zonder meer toe, om vogels van hun perceel te verjagen. Ook boeren mogen vogels verdrijven, maar moeten daarvoor wel eerst een vergunning aanvragen. De Faunabescherming gaat tegen de verlening van een dergelijke vergunning in beroep. De Afdeling oordeelt de gehele provinciale verordening onverbindend, omdat niet is voldaan aan de voorwaarden die de Flora- en faunawet aan het vaststellen van de provinciale ontheffing verbindt.

Als deze onverbindendverklaring nu doorwerkt in de strafrechtelijke procedure, valt ook de hobbytuinier weer onder de algemene strafbaarstelling van de Flora- en faunawet.⁴⁴

Het is mogelijk, dat in het theoretische geval dat het openbaar ministerie gaat vervolgen, de strafrechter gebruikmaakt van de ruimte die hem in *Nijmeegse gebiedsontzegging* wordt geboden door na een eigen toets de regeling alsnog als verbindend aan te merken.

Ik vind deze ‘hertoetsing’ echter minder fraai. De strafrechter geeft een nieuwe interpretatie aan hoger recht,⁴⁵ terwijl eigenlijk zijn oogmerk is, de verdachte tegemoet te komen. Bovendien biedt deze werkwijze geen oplossing voor het geval, dat de strafrechter bij zijn ‘zelfstandige’ toetsing naar beste weten moet concluderen, dat de bepaling inderdaad niet verbindt.

Ik voel er meer voor, om hier aan te nemen dat bij de verdachte wegens verschoonbare rechtsdwaling alle schuld afwezig is. De reden waarom dit soort onverbindendverklaringen tegen het rechtsgevoel instrijkt, is dat moeilijk te verteren valt dat burgers strafbaar zouden zijn, terwijl zij een handeling hebben verricht in goed vertrouwen op de geldigheid van een wettelijke regeling. *Dat* moet dan ook de grond zijn, om niet te straffen, in plaats van de bestuursrechtelijke interpretatie van de hogere norm te vervangen door die van de hoogste strafrechter.

Mij lijkt, dat burgers in strafrechtelijk verband⁴⁶ (in beginsel) steeds mogen vertrouwen op de rechtsgeldigheid van een – reeds door zijn vaststelling als rechtsgeldig gepresenteerd – wettelijk voorschrift. In plaats van de regeling opnieuw te toetsen, kan de strafrechter beter het beroep van de verdachte op afwe-

44 Geïnspireerd op HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (Faunabescherming/Provincie Fryslân).

45 Dat wil zeggen aan de hogere rechtsnorm die de grond was voor onverbindendverklaring door de bestuursrechter.

46 Buiten het strafrecht is dat naar mijn mening niet altijd zo. Bij terugvordering van verboden staatssteun (art. 87 en 88 EG) komt de burger slechts bij uitzondering een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen toe. Dat zal waarschijnlijk niet anders zijn als de staatssteun is gebaseerd op een wettelijke regeling die in strijd was met het EG-recht. Vgl. Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 457.

zigheid van alle schuld honoreren. De verdachte heeft verontschuldigbaar gedwaald omtrent de inhoud van het objectieve recht.⁴⁷

14.5 Volgplicht voor de Afdeling?

Aan onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter is een sterke vorm van derdenwerking verbonden. Deze valt te verklaren uit een streven van de Hoge Raad naar rechtszekerheid en rechtseenheid. De vraag is echter, of de volgplicht van de gewone rechter ten aanzien van onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter tevens berust op de gedachte, dat de bestuursrechter de meest geschikte rechter zou zijn om de verbindendheid van (een bepaald type) wettelijke voorschriften te beoordelen. In *Nijmeegse Gebiedsontzegging* valt te lezen dat de strafrechter de onverbindendverklaring van de 'daartoe bij uitstek aangewezen hoogste bestuursrechter' dient te volgen. In *OZB/Staat* en *Aujeszký* komt een vergelijkbare overweging echter niet voor.⁴⁸

Rechtseenheid en rechtszekerheid zijn natuurlijk evenzeer gediend met het volgen van straf- of civielrechtelijke onverbindendverklaring door de bestuursrechter. Een volgregel voor de bestuursrechter ten aanzien van een onverbindendverklaring door de Hoge Raad is nog niet uitgesproken. Ik acht zo'n regel wel wenselijk.

Die wenselijkheid wordt vergroot door *Staat/NJCM*, op grond waarvan belangenbehartigers eenvoudig toegang hebben tot een civiel wetgevingsgeding, ook in het geval dat een bepaalde regeling tegenover de 'achterban' wordt uitgevoerd door appellabele uitvoeringsbeschikkingen.⁴⁹ De Hoge Raad overweegt, dat belangenbehartigers die geen belanghebbende zouden zijn in een bestuursrechtelijke procedure, rechtstreeks de civiele rechter kunnen adiëren om het voorschrift te laten toetsen.⁵⁰ Belangenbehartigers zullen waarschijnlijk veel gebruik blijven maken van de mogelijkheid om de rechtsgeldigheid van voorschriften, waarvan de toepassing door individuele belanghebbenden bij de bestuursrechter kan worden aangevochten, ten behoeve van hun achterban rechtstreeks aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Als de belangenbehartiger vraagt om een simpele verklaring voor recht dat de aangevallen regeling onverbindend is, dan komt door het vonnis een rechtsbetrekking vast te staan die alleen geldt tussen de verkrijger van het vonnis en de overheidsrechtspersoon.⁵¹ De belangenbehartiger zelf schiet doorgaans echter weinig op met de vaststelling van onverbindendheid; alleen

47 Over verschoonbare rechtsdwaling in het strafrecht De Hullu 2003, p. 366-367. HR 16 november 1984, *NJ* 1985, 294, (*Camping Domburg*) leert, dat de burger in beginsel mag vertrouwen op de rechtsgeldigheid van een vergunning. Deze regel kan analoog worden toegepast op wettelijke bepalingen die een algemene strafbaarstelling imperken.

48 Vgl. Koopmans, noot bij *OZB/Staat*, *NJ* 2005, 152.

49 HR 3 september 2004, *NJ* 2006, 28 (*Staat/NJCM*). Zie par. 6.4.

50 Zie r.o. 3.4.2 van het arrest, geciteerd in par. 6.4.

51 Art. 3:302 BW, zie par. 5.3.

degenen wier belangen hij behartigt hebben daadwerkelijk ‘last’ van de regeling. Dergelijke gedingen zijn dus op het creëren van een precedent *gericht*. Zij zijn eigenlijk alleen maar van waarde, voor zover een eventuele onverbindendverklaring door de hoogste burgerlijke rechter zou worden overgenomen door de bestuursrechter. De waarde van onmiddellijke toetsing op initiatief van een belangenbehartiger is, dat derden al voordat de overheid tot uitvoering van een wettelijk voorschrift overgaat, *zekerheid* hebben over hun rechtspositie. Wanneer de bestuursrechter zich wegens een hem toekomend ‘toetsingsprimaat’ vrij zou voelen, om de toetsing door de hoogste civiele rechter opnieuw uit te voeren, zou hij een nuttige rechtsfiguur van haar waarde beroven. De onverbindendverklaring zou degraderen tot een vrijblijvende opiniepeiling bij de burgerlijke rechter.⁵² Mijn verwachting is overigens, dat de bestuursrechter zich in voorkomende gevallen ook zal conformeren aan een onverbindendverklaring door de Hoge Raad.⁵³

14.6 Conclusie

De Hoge Raad geeft in zijn volplicht-arresten juridische erkenning aan een stelsel van derdenwerking van onverbindendverklaring dat de facto al geruime tijd functioneerde. De vraag of een controversieel wettelijk voorschrift juridisch houdbaar is, komt in de praktijk na enig procederen meestal vrij eenvoudig bij de hoogste rechter terecht, waarna lagere rechters zich naar diens oordeel plegen te voegen, net zoals dat gaat in de vele andere gevallen waar de hoogste rechter recht vormt. Doordat in twee (soms drie) verschillende rechterlijke kolommen geprocedeerd kan worden over precies dezelfde rechtsvraag, werd de Hoge Raad nu gedwongen, om zich over het bestaan van volplichten uit te spreken.

De volplicht-arresten hebben – in serie geschakeld – tot gevolg, dat een onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter een sterke derdenwerking krijgt, die trekken heeft van een vernietiging. Materieel verliest een door de hoogste bestuursrechter onverbindendverklaard wettelijk voorschrift jegens allen zijn rechtskracht met behulp van een aantal constructies van de *civiele* rechter.

52 Ik meen, dat na onverbindendverklaring door de hoogste civiele rechter voor ambten van de overheid-rechtspersoon tegen wie zij is uitgesproken, evenzeer geldt, dat van hen verwacht mag worden, dat zij een nieuwe regeling tot stand brengen, dan wel ook tegenover derden van voortgezette handhaving afzien, vgl. r.o. 3.5. uit *Aujesky*.

53 In de zaak over verhoging van de leges voor verblijfsvergunningen voor Turkse immigranten (Rechtbank 3-Gravenhage 16 februari 2005, *JV* 2005, 144, Leges Turkse immigranten) vraagt een groot aantal belangenorganisaties alleen een verklaring voor recht, doch geen buitenwerkingstelling. Men had er blijkbaar vertrouwen in, dat de overheid na een simpele onverbindendverklaring de handhaving van het voorschrift jegens derden zou staken.

15 | Wetgevingsbevelen

15.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over wetgevingsbevelen. Ik ga eerst kort in op de relevante bepalingen uit het BW (par. 15.2) en vervolgens op de vigerende jurisprudentie, volgens welke wetgevingsbevelen niet zijn toegestaan (par. 15.3). Daarna bezie ik wat de rol en de toegevoegde waarde van wetgevingsbevelen zou kunnen zijn (par. 15.4). Dan volgt een beoordeling van de argumenten die de Hoge Raad tegen wetgevingsbevelen aanvoert (par. 15.5). Ik zal mij een gematigd voorstander van wetgevingsbevelen betonen (par. 15.6).

Vooraf het volgende. Sommige auteurs maken onderscheid tussen een bevel¹ tot intrekking en een bevel tot uitvaardiging van een wettelijke regeling.² Een bevel tot intrekking zou een minder grote inbreuk op de scheiding der machten opleveren dan een bevel tot uitvaardiging. Ik zie geen principieel verschil tussen deze bevelen. Praktisch komt nu eenmaal vaker voor dat de rechter met voldoende duidelijkheid kan vaststellen, dat de wetgever de grenzen van zijn bevoegdheid heeft overschreden, dan dat hij kan vaststellen dat een wet met een bepaalde inhoud tot stand had moeten komen. Voor beide gevallen geldt echter, dat de rechter alleen een bevel kan geven als uit hoger recht met voldoende precisie valt af te leiden, dat de wetgever iets moet doen of nalaten.³ Het zijn twee loten aan dezelfde stam. Een onderscheid tussen beide vormen van wetgevingsbevelen levert dan ook geen extra inzichten op.⁴

Voor de eenvoud gebruik ik het woord ‘wetgevingsbevel’ voor ieder bevel van de burgerlijke rechter dat inhoudt dat een materieel-wettelijke regeling moet worden uitgevaardigd, aangepast of ingetrokken. Waar één specifiek type wettelijke regeling wordt bedoeld, geef ik dat met zoveel woorden aan. Het woord ‘wetgever’ heeft in dit hoofdstuk de betekenis van ‘ambt dat een wet in materiële zin uitvaardigt’.

1 Het onderscheid tussen gebod en verbod (Deurvorst (Onrechtmatige Daad), II.1, aant. 56 en 312) is zo subtiel, dat ik hier beide varianten als ‘bevel’ kan aanduiden. Ik spreek hierna steeds over ‘wetgevingsbevelen’.

2 Zo Bok 2006, p. 115-116.

3 Zie par. 15.5.2.

4 Dat is ook de visie van de Hoge Raad; zie hierna, par. 15.3.2 en *Faunabescherming/Provincie Fryslân*.

15.2 Relevante bepalingen uit het BW

Twee bepalingen uit het BW zijn met name van belang: art. 3:296 en art. 3:305a BW.

Art. 3:296 lid 1 BW luidt:

‘Tenzij uit de wet, de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.’

De grondslag voor een rechterlijk bevel is een rechtsplicht jegens de eiser.⁵ Deze rechtsplicht hoeft geen verbintenis te zijn. Ook de verplichting om zich te onthouden van een onrechtmatige daad is een rechtsplicht in de zin van art. 3:296 lid 1 BW.⁶ Onrechtmatig wetgeven valt daarom in beginsel onder het bereik van art. 3:296 BW.

Bij een bevel om zich te onthouden van een onrechtmatige daad geldt de toerekenbaarheidseis van art. 6:162 lid 3 BW niet.⁷ Wel geldt het relativiteitsvereiste: de gedaagde moet een rechtsplicht jegens de eiser (dreigen te) schenden.⁸

Is een rechtsplicht jegens de eiser geschonden, dan is de hoofdregel, dat de burgerlijke rechter een bevel uitspreekt zodra de eiser daar om vraagt.⁹ De drie in art. 3:296 BW genoemde weigeringsgronden (wet, aard der verplichting of rechtshandeling) zijn uitzonderingen op die hoofdregel. Bij de totstandkoming van de bepaling is er geen aandacht geweest voor de vraag of een van de uitzonderingsgronden van toepassing is als de burgerlijke rechter om een wetgevingsbevel wordt gevraagd.¹⁰

Uit oudere rechtspraak blijkt wel, dat een bevel tot het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling mogelijk is. Bekend is het *Rijbewijs*-arrest, waarin de burgerlijke rechter aan een provincie het bevel gaf, dat de Commissaris der Koningin een Rijbewijs moest verstrekken.¹¹

In vrijwel alle hierna nog te bespreken gedingen werd een wetgevingsbevel gevorderd door een belangenorganisatie. Belangenorganisaties zijn in wetgevingsgedingen snel ontvankelijk.¹² Bij hun acties tegen onrechtmatig handelen of nalaten

5 Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 118 e.v.

6 Deurvorst (Onrechtmatige Daad), II.1, aant. 46.

7 Deurvorst (Onrechtmatige Daad), II.1, aant. 96.

8 Deurvorst (Onrechtmatige Daad), II.1, aant. 106.

9 Dat geldt althans voor een bodemprocedure: HR 25 juni 1985, *NJ* 1986, 356 (Claas c.s./Van Tongeren), r.o. 3.3, 2^e al.; in kort geding is vanzelfsprekend een nadere belangenafweging mogelijk: HR 15 december 1995, *NJ* 1996, 509 (Procter & Gamble/Kimberly-Clark), r.o. 3.3. Zie ook Stolker 2005 (T&C BW), art. 3:296 BW, aant. 1.

10 PG Boek 3, p. 893-896; het onderwerp wordt daar niet behandeld.

11 HR 9 mei 1958, *NJ* 1960, 475, zie p. 1109. Zie ook HR 11 juni 1976, *NJ* 1977, 64: cassatiemiddel II bestrijdt, dat de burgerlijke rechter een bevel tot een (bouw)vergunning kan geven. De Hoge Raad gaat daaraan voorbij.

12 Par. 6.4.

van de wetgever kan een wetgevingsbevel een geschikt instrument zijn. Meestal probeert de organisatie ten behoeve van het collectief een (vermoede) fout in de wetgeving te repareren. Het is niet vreemd, hiervoor een wetgevingsbevel te vragen. Echter, ook bij totstandkoming van art. 3:305a BW heeft de wetgever niet de vraag onder ogen gezien, of de rechter (op vordering van een belangenorganisatie) een wetgevingsbevel kan uitspreken.¹³ De rechter moest deze vraag dus zelf beantwoorden.

15.3 Jurisprudentie over wetgevingsbevelen

Er zijn verscheidene oudere uitspraken waarin een lagere rechter een wetgevingsbevel geeft.¹⁴ In de recentere arresten *Waterpakt* en *Faunabescherming/Provincie Fryslân* wijst de Hoge Raad wetgevingsbevelen echter resoluut van de hand.¹⁵

Ik behandel eerst de vigerende jurisprudentie voor bevelen aan de formele wetgever (par. 15.3.1); daarna voor decentrale vertegenwoordigende lichamen (par. 15.3.2) en tot slot voor materiële wetgeving door een bestuursambt (par. 15.3.3).

¹³ Over deze totstandkomingsgeschiedenis Frenk 1994; zie p. 145-150 en 152-154 over bevelen.

¹⁴ Lagere rechters hadden er in het verleden niet veel moeite mee om bestuursambten wetgevingsbevelen te geven, zie Pres. Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 1977, *NJ* 1978, 170: bevel om een AMvB pas uit te vaardigen nadat met belanghebbenden is overlegd; Pres. Rb. 's-Gravenhage 21 mei 1987, *KG* 1987, 243 (Huisartsentarieven): bevel aan de minister om een 'aanwijzing' te geven met avv-karakter; idem Hof 's-Gravenhage 10 juli 1987, *AB* 1988, 131; Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 juni 1988, *KG* 1988, 284 (Tarieven medisch specialisten): bevel om af te zien van goedkeuring van een COTG-richtlijn met avv-karakter; Pres. Rb. 's-Gravenhage 25 november 1996, *KG* 1997, 88: bevel om wijziging van een AMvB uit te stellen; Pres. Rb. 's-Gravenhage 1 december 1995, *KG* 1996, 26: bevel tot aanpassing van een AMvB; Pres. Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 1997, *KG* 1997, 273 (Instituut de Boer): bevel tot vaststelling ministeriële regeling; Pres. Rb. 's-Gravenhage 2 november 2000, *KG* 2000, 234: een gevraagd bevel om ministeriële regeling te wijzigen wordt op inhoudelijke gronden afgewezen. Anders: Pres. Rb. 's-Gravenhage 18 oktober 1990, *AB* 1991, 86 (NOvA/Staat I): rechterlijk bevel tot aanpassing van een AMvB zou het nog te verwachten advies van de Raad van State zinloos maken en is daarom niet mogelijk; vernietigd door het Hof 's-Gravenhage 7 maart 1991, *AB* 1991, 381 (NOvA/Staat II). De President van de Rechtbank 's-Gravenhage vond een bevel tot een raadsverordening toelaatbaar: Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 oktober 1985, *AB* 1986, 176, *KG* 1985, 336 (Winkelsluitingsverordening Haarlem), zie r.o. 3.2.7. Ook een bevel tot aanpassing van een beleidsregel leek mogelijk, zie Hof 's-Gravenhage 6 maart 1986, *KG* 1986, 232 en Pres. Rb. Zwolle 12 januari 1995, *KG* 1995, 64 (Recreatiewoningen Dalfsen), waar zelfs wordt gedictieerd hoe een beleidsregel moet gaan luiden. Bij formele wetgeving hadden feitenrechters ook in het verleden meer moeite met een bevel: Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 januari 1985, *AB* 1985, 154 (WWV): bevel tot aanpassing van formele wetgeving, echter vernietigd door Hof 's-Gravenhage, 13 maart 1985, *NJ* 1985, 263; Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 mei 1989, *KG* 1989, 232 (AAW): verbod op bekrachtiging van een wetswijziging past niet in ons staatsbestel (r.o. 6.2); idem Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 september 1990, *KG* 1990, 32. Zie ook Pres. Rb. 's-Gravenhage 21 mei 1984, *AB* 1985, 12 (Eems-Dollard): verbod om een bepaald verdrag tot stand te brengen is staatsrechtelijk niet mogelijk, want voorbehouden aan regering en Staten-Generaal. Iets toegelijker is Pres. Rb. Haarlem 19 december 1988, *KG* 1989, 68 (Eurasy/Staat), volgens wie een ingreep in de formele wetsprocedure in 'extreme gevallen' mogelijk is (r.o. 3.8 en 3.9). Zie ook Verkade 1984, p. 565 en Van Male 1995, p. 44.

¹⁵ HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 resp. HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679.

15.3.1 *Waterpakt: geen bevel aan de formele wetgever*

Het *Waterpakt*-arrest draait om de onvolledige omzetting van de Nitraatrichtlijn uit 1991, die beoogde de nitraatvervuiling van het oppervlaktewater te verminderen.¹⁶

Nadat de Staat twee maal door de Europese Commissie in gebreke is gesteld, wordt hij in 1998, dus ruim na het verstrijken van de implementatietermijn van twee jaar,¹⁷ voor de civiele rechter gedaagd door Waterpakt, een samenwerkingsverband van milieuorganisaties.¹⁸ De rechtbank beveelt de Staat om zodanige maatregelen te nemen dat de doelstellingen van de Nitraatrichtlijn worden gehaald. Het dictum bevat geen uitdrukkelijke opdracht tot regelstelling. In hoger beroep stelt de Staat echter, dat de richtlijn uitsluitend kan worden uitgevoerd door formele wetgeving, zodat de rechtbank impliciet een wetgevingsbevel heeft gegeven. Het hof vernietigt het bevel, dat volgens hem constitutioneel ontoelaatbaar is.¹⁹ Waterpakt stelt cassatieberoep in en weerspreekt daarbij niet, dat uitvoering van de Nitraatrichtlijn formele wetgeving vereist. In cassatie staat daarom vast, dat de rechtbank een bevel tot formeel wetgeven heeft gegeven.²⁰

De Hoge Raad overweegt eerst, (1) dat een bevel aan de formele wetgever naar nationaal staatsrecht niet mogelijk is, en vervolgens, (2) dat het Europese recht niet dwingt tot het aannemen van een uitzondering op die regel.

(1) nationaal staatsrecht

‘3.5. Wetten in formele zin worden ingevolge art. 81 Gr.w vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn. Ook ingeval de wetgever heeft nagelaten binnen de implementatietermijn van een richtlijn wetgeving vast te stellen om het vereiste resultaat te bereiken, en indien moet worden aangenomen dat de Staat daarmee onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog die wetgeving vast te stellen. Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo

16 Richtlijn 91/676/EG (*Pb* EG L 375/1).

17 Art. 12 Nitraatrichtlijn.

18 De conclusie A-G, nr. 1.1-1.7, geeft een duidelijk overzicht van deze voorgeschiedenis.

19 De beslissing, of de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door gebrekkige omzetting, wordt door het Hof 's-Gravenhage aangehouden tot na de uitspraak in een over dezelfde kwestie ingestelde inbreukprocedure (art. 226 EG). Nederland is een half jaar na het *Waterpakt*-arrest inderdaad veroordeeld, zie HvJ EG 2 oktober 2003, *NJ* 2004, 474. Na deze veroordeling krijgt Waterpakt bij het Hof 's-Gravenhage geen declaratoir meer wegens gebrek aan procesbelang, Hof 's-Gravenhage 27 oktober 2005, *LJN* AU5626 (niet gepubliceerd).

ja welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden. Evenzeer is het een kwestie van politieke beoordeling of de Staat, wanneer niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze formele wetgeving is tot stand gebracht ter implementatie van een richtlijn, het wil laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure.(...) Voor de beoordeling van de hiervoor in 3.4 bedoelde vraag is evenmin van belang dat de rechter formele wetgeving, als zij eenmaal is tot stand gekomen, op grond van art. 94 Gr.w buiten toepassing moet laten, voor zover zij in strijd is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Het buiten toepassing laten van formele wetgeving op deze grond heeft een ander karakter dan een bevel wetgeving tot stand te brengen: het buiten toepassing laten geldt immers alleen jegens de eiser(s) in de procedure en het heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken, terwijl met een bevel formele wetgeving tot stand te brengen wordt beoogd een algemeen, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen.'

De Hoge Raad neemt voor wetgevingsbevelen dus een uitzondering aan op de hoofdregel van art. 3:296 BW. Hij geeft daarvoor twee argumenten.

Ten eerste draagt art. 81 Gw de totstandbrenging van een formele wet op aan regering en Staten-Generaal. Die uitdrukkelijke grondwettelijke opdracht brengt mee, dat de rechter zich daarbuiten moet houden.²¹ Zelfs als hoger recht vastlegt, wanneer er een wet moet komen en wat haar inhoud moet zijn, is voor daadwerkelijke totstandbrenging – blijkbaar – nog altijd een extra afweging nodig, voorbehouden aan de politieke ambten. Het besluit om een wet tot stand te brengen is als het ware 'per definitie politiek'.²²

Ten tweede, art. 94 Gw verplicht de rechter uitsluitend om wettelijke bepalingen in individuele gevallen buiten toepassing te laten als die toepassing in strijd zou komen met een een ieder verbindende verdragsbepaling. Dat is volgens de Hoge Raad een wezenlijk andere rechtsfiguur dan een wetgevingsbevel, dat tot gevolg heeft dat een regeling tot stand komt met rechtsgevolgen voor derden. Anders gezegd: de rechter kan de vordering afwijzen zonder in strijd te geraken met art. 94 Gw. Art. 94 Gw is hier niet van toepassing.²³

Een bevel aan de formele wetgever om een algemene regeling vast te stellen is dus niet mogelijk. Ik ga ervan uit, dat de rechter evenmin een bevel mag geven tot intrekking, wijziging of uitvaardiging²⁴ van een bloot-formele wet die in strijd is met internationaal of Europees recht.²⁵ Weliswaar heeft een bloot-formele wet geen (althans veel minder) rechtsgevolgen voor derden, maar het argument van de

20 R.o. 3.4 sub a van de Hoge Raad.

21 Niet alleen art. 81 Gw attribueert regelstellende bevoegdheid. Art. 127 Gw levert een vergelijkbaar argument op tegen wetgevingsbevelen aan decentrale overheden. Ruim een jaar na het *Waterpakt*-arrest trekt de Hoge Raad in *Faunabescherming/Provincie Fryslân* (zie hieronder) de lijn uit *Waterpakt* dan ook door.

22 Bunschoten 2004, p. 220.

23 Afgezien van het feit, dat art. 93 en 94 Gw niet op EG-recht van toepassing zijn, zie par. 2.5.

24 Overigens zal internationaal recht in de praktijk nooit verplichten tot uitvaardiging van een bloot-formele wet.

25 Strijdigheid met nationaal recht is niet aan de orde door art. 120 Gw, zie Deel III.

politieke besluitvorming gaat net zo goed op. Het *Waterpakt*-arrest ademt een grote eerbied voor de wetgever. Bij bloot-formele wetgeving is diens bijzondere, democratisch gelegitimeerde positie net zo goed in het geding.

Conclusie: de Hoge Raad sluit op dit moment ieder bevel aan de formele wetgever uit.

(2) Europees recht dwingt niet tot aannemen van een uitzondering

Vervolgens onderzoekt de Hoge Raad of het Europese recht ertoe noopt, een uitzondering te maken op de – zojuist door hem zelf gecreëerde – Nederlandse regel dat de rechter geen wetgevingsbevel uitsprekt:

‘3.6. (...) in de eerste plaats [is] van belang dat volgens het arrest (...) (Francovich), “de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, de volle werking van die bepalingen dient te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten moet beschermen”. Aangenomen moet worden dat de taak van de rechter de volle werking van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen te verzekeren, te dezen slechts kan worden vervuld binnen het kader van de voor hem bestaande bevoegdheden, en dat deze bevoegdheden worden bepaald door het nationale recht HvJ EG (...) (Van Schijndel). Uit hetgeen hiervoor in 3.5 is overwogen, volgt dat de rechter naar Nederlands recht niet bevoegd is de wetgever te bevelen formele wetgeving tot stand te brengen.

Opmerking verdient voorts dat volgens art. 228 EG het Hof van Justitie wel kan vaststellen dat een Staat een krachtens het Verdrag op hem rustende verplichting niet is nagekomen, in welk geval deze Staat gehouden is de maatregelen te nemen ter uitvoering van het arrest van het Hof, maar dat in dit artikel niet aan het Hof de bevoegdheid is gegeven een Staat te bevelen formele wetgeving tot stand te brengen. Ook in het licht hiervan kan niet worden aangenomen dat het EG-recht ertoe noopt de Nederlandse rechter de specifieke bevoegdheid toe te kennen de Staat een bevel te geven formele wetgeving vast te stellen (...). Dit een en ander leidt tot de slotsom dat redelijkerwijs buiten twijfel is dat in het EG-recht geen grond kan worden gevonden voor een andere beslissing.’

Uit het arrest *Van Schijnde*²⁶ blijkt, dat in beginsel het nationale procesrecht van toepassing is op vorderingen, gebaseerd op het Europese recht. Het Nederlandse procesrecht kent het wetgevingsbevel nu eenmaal niet, waarmee het voor de Hoge Raad een uitgemaakte zaak is dat ook het Europese recht hem niet dwingt tot het geven van een wetgevingsbevel. Volgens A-G Langemeijer had de Hoge Raad evenwel een prejudiciële vraag moeten stellen.²⁷ De Hoge Raad zelf vindt zijn Europeesrechtelijke opvatting evident genoeg, om geen prejudiciële vraag te stellen. Verschillende auteurs hebben de Hoge Raad hierom bekritiseerd.²⁸ Het door-

26 HvJ EG 14 december 1995, *NJ* 1997, 116 (Van Schijndel).

27 Conclusie A-G, nr. 2.27.

28 Backes, *AB* 2004, 39, nr. 5; De Jong, *JB* 2003, 120; Wissink & Meijer 2007, p. 303; Meijer 2007, p. 194-195 en p. 221; Mortelmans e.a. 2004, p. 24.

lopen van de prejudiciële procedure had het gezag van het *Waterpakt*-arrest zeker versterkt. Alleen al daarom had de Hoge Raad er beter aan gedaan een vraag te stellen.

Een diepgaande bespreking van de vraag, of het in de rede ligt, dat het HvJ EG deze bevelsbevoegdheid zou willen construeren, valt in beginsel buiten dit onderzoek.²⁹ Een uitgebreide beoordeling van de nationaalrechtelijke merites van het *Waterpakt*-arrest zou echter weinig zin hebben, als het HvJ EG in de nabije toekomst zou uitspreken dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter kan verplichten om de nationale wetgever een bevel te geven.

Ik licht daarom kort toe, waarom dit mijns inziens onwaarschijnlijk is.³⁰

In beginsel wordt het EG-recht in de nationale rechtsorde gehandhaafd met behulp van het nationale procesrecht. Uitgangspunt is, dat de lidstaten hun eigen procesrecht vormgeven.³¹ Het HvJ EG toetst of regels van nationaal procesrecht een voldoende doeltreffende handhaving van het EG-recht mogelijk maken. De intensiteit van toetsing van het nationale procesrecht verschilt. Soms toetst het HvJ EG slechts, of het procesrecht Europeesrechtelijke vorderingen niet nadeliger behandelt dan nationaalrechtelijke vorderingen (het gelijkwaardigheidsbeginsel) en of handhaving van het Europese recht niet uiterst moeilijk wordt gemaakt (het doeltreffendheidsbeginsel).³² Soms is het Hof strenger en eist het, dat het nationale procesrecht effectieve rechtsbescherming biedt.³³ Het is vaak niet goed te voorspellen of het Hof de strengere of de mildere aanpak zal kiezen.³⁴

Om twee redenen meen ik toch te kunnen zeggen, dat het minder waarschijnlijk is, dat het Hof van Justitie de komende tijd de Nederlandse burgerlijke rechter – op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming – zal dwingen, wetgevingsbevelen te gaan uitspreken.

Ten eerste komt een bevoegdheid om de wetgever een bevel te geven, in veel lidstaten niet voor. De introductie van die bevoegdheid zal daarom door velen worden beschouwd als een belangrijke verschuiving in het evenwicht tussen de staatsmachten. Nu is het zo, dat het Hof er in het verleden soms niet voor is teruggekeerd om een nieuwe, aan het nationale procesrecht vreemde bevoegdheid voor de nationale rechter te creëren die onder omstandigheden diepgewortelde constitutionele tradities opzij zette.³⁵ Toch zal het Hof daar naar mijn verwachting alleen

29 Zie daarvoor Meijer 2007. Hij concludeert na een uitgebreide analyse van het EG-recht, dat de jurisprudentie van het HvJ EG geen duidelijk antwoord geeft op de vraag, of het EG-recht de nationale rechter er in voorkomende gevallen toe dwingt, wetgevingsbevelen uit te spreken (Meijer 2007, p. 194-195).

30 Zo ook Besselink, *SEW* 2004, 31, p. 237 en Polak 2004, p. 178. Anders: Van den Bossche 2006, die in het *Waterpakt*-arrest een miskening ziet van art. 10 EG. Koopmans *NJ* 2003, 691 vindt de Europeesrechtelijke redenering van de Hoge Raad 'niet overtuigend'. Zie verder Van Gestel & Groenhuijsen 2006, die vreemd genoeg menen, dat op grond van nationaal recht wetgevingsbevelen moeten worden uitgesproken om zo het ontbreken van Europese, rechtstreekse werking van kaderbesluiten (art. 34.2 ° b EU) te compenseren, vgl. Schutgens 2007a.

31 HvJ EG 14 december 1995, *NJ* 1997, 116 (Van Schijndel); HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (Rewe).

32 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (Rewe).

33 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Jur.* 1986, p. 1651 (Johnston) en vele andere arresten.

34 Mortelmans e.a. 2004, p. 24; Wissink & Meijer 2007, p. 303.

35 Zo introduceert HvJ EG 30 september 2003, *NJ* 2004, 160 (Köbler) de in verschillende lidstaten voorheen onbekende mogelijkheid van staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke uitspraken.

toe willen overgaan, als een dergelijke ingreep in de traditionele, nationale bevoegdheidsverdeling echt noodzakelijk is om de effectiviteit van de handhaving van het gemeenschapsrecht te vergroten. Nu kan niet-wetgeven (in Nederland) al zonder belemmeringen onderwerp zijn van een schade-actie of een declaratoir. Daarmee lijkt de handhaving van Europese rechtsplichten goeddeels verzekerd. Zoals hierna wordt betoogd, zou een wetgevingsbevel de effectiviteit van de rechtsbescherming enigszins vergroten.³⁶ Ik verwacht echter niet dat de meerwaarde daarvan zo groot zou zijn, dat het Hof bereid zal zijn diep in te grijpen in de Nederlandse staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling.

Ook het *Unibet*-arrest uit 2007 levert een argument op, waarom het minder waarschijnlijk is dat het Hof van Justitie Nederland op korte termijn zal dwingen het wetgevingsbevel te aanvaarden. In *Unibet* beantwoordt het Hof de prejudiciële vraag van de Zweedse rechter, of het nationale procesrecht een procedure moet bevatten waarin belanghebbenden de rechter rechtstreeks kunnen adieren voor toetsing van nationale wettelijke regelingen aan het EG-recht. Het Hof van Justitie antwoordt, dat het Europese recht de lidstaten niet dwingt om een rechtsgang open te stellen waarin nationale regelgeving rechtstreeks aan het EG-recht kan worden getoetst, zolang er maar voldoende effectieve vormen van exceptieve toetsing bestaan.³⁷ De mogelijkheid om een nationale regeling aan het EG-recht te laten toetsen in een procedure over een vergunningsaanvraag biedt bijvoorbeeld al voldoende effectieve rechtsbescherming.³⁸

Het Europese recht vereist dus in veel gevallen niet eens, dat de burger een reeds bestaande wet rechtstreeks aan de rechter kan voorleggen. Dit oordeel brengt mee, dat evenmin een – in verschillende landen om ons heen bestaand – vernietigingsberoep tegen uitgevaardigde regelgeving niet hoeft open te staan. Als het HvJ EG het al niet nodig vindt, lidstaten te dwingen tot het openstellen van een rechtsgang waarin de rechter direct geadieerd kan worden om een wet te toetsen, zou het mij verbazen, als het vervolgens wel via de band van de gemeenschapstrouw de in de verschillende lidstaten ongebruikelijke en nog ingrijpendere bevoegdheid van een bevel aan de wetgever zou introduceren.

Conclusie: het *Europeesrechtelijke* deel van de redenering van de Hoge Raad kan dus overeind blijven, al vind ook ik, dat de Hoge Raad hierover in een voorkomend geval een prejudiciële vraag moet stellen.

36 Zie hierna, par. 15.4.3.

37 HvJ EG 13 maart 2007, AB 2007, 301 (Unibet).

38 HvJ EG 13 maart 2007, AB 2007, 301 (Unibet), r.o. 60-61.

15.3.2 *Faunabescherming/Provincie Fryslân: geen bevel aan een centraal vertegenwoordigend lichaam*

Het arrest *Faunabescherming/Provincie Fryslân* was een logisch vervolg op *Waterpakt*.³⁹

De Flora- en faunawet verbiedt het doden of verstoren van dieren van een beschermde diersoort. Een AMvB kan diersoorten aanwijzen die schade toebrengen aan gewassen. Een provinciale verordening kan grondgebruikers toestaan, de aangewezen dieren te doden of te verjagen. De provinciale verordening en de AMvB vormen samen een generieke vrijstelling van het verbod in de wet.

Volgens de Faunabescherming geeft de Friese Verordening schadebestrijding dieren een ruimere vrijstelling dan de Vogel- en de Habitatrictlijn toestaan.⁴⁰ Zij vordert een bevel tot intrekking.

Anders dan Faunabescherming meende, maakt het volgens de Hoge Raad geen verschil, of een bevel tot intrekking of een bevel tot vaststelling van een verordening wordt gevorderd.

‘Nu intrekking van de verordening (...) slechts kan geschieden door vaststelling van een provinciale verordening tot intrekking van de (eerder vastgestelde) verordening, maakt het voor de beoordeling van de vraag of de rechter een bevel kan geven geen verschil of het gaat om vaststelling van een (nieuwe) provinciale verordening of vaststelling van een provinciale verordening tot intrekking van een (eerder vastgestelde) provinciale verordening.’ (R.o. 3.3.2)

De Hoge Raad gebruikt daarom grotendeels dezelfde argumentatie als in *Waterpakt*, waar een bevel tot vaststelling (en geen bevel tot intrekking) werd gevraagd. De Hoge Raad herhaalt eerst de redenering uit *Waterpakt*. Dan vervolgt hij:

‘Ook indien de rechter een bevel zou geven tot vaststelling (...) van een provinciale verordening, zou sprake zijn van een ongeoorloofd ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming en belangenafweging die is voorbehouden aan de gekozen vertegenwoordigers in de provinciale staten. Dit geldt ook indien de rechter zou bevelen dat een zodanige met een Europese richtlijn strijdige provinciale verordening zou moeten worden ingetrokken. Voorts zou het gevolg van een zodanig bevel eveneens zijn dat aldus een algemene ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven zou worden geroepen.

In het onderhavige geval zou dat betekenen dat de verbodsbepalingen van de art. 9 en 10 Ffw in volle omvang voor iedereen in Friesland zouden gaan gelden. Ten slotte geldt hetgeen in rov. 3.6 van het in 3.3.1 vermelde arrest is overwogen [namelijk dat het Europese recht niet dwingt tot een andersluidende beslissing, RS] eveneens ten aanzien van zodanige provinciale verordeningen.’

39 HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (Faunabescherming/Provincie Fryslân).

40 Richtlijn nr. 79/409/EG (*PbEG* 1979, L 103) resp. Richtlijn nr. 92/43-EG (*PbEG* 1992, L 206).

De argumenten uit *Waterpakt* gaan dus ook op voor verordeningen van provinciale staten.

Ten eerste is het aan de gekozen vertegenwoordigers om de naar haar aard politieke afweging te maken of een regeling tot stand moet komen.

Ten tweede zou een wetgevingsbevel derdeneffecten hebben. Dat is ongewenst. Dit argument wordt hier sterker aangezet dan in het *Waterpakt*-arrest. Daar heette het nog, dat art. 94 Gw niet ziet op de situatie dat een regeling met derdeneffect tot stand moet worden gebracht. Nu wordt derdeneffect als ongewenst bestempeld en is het een reden waarom de rechter géén bevel mag geven.

De Hoge Raad overweegt dat totstandbrenging van een statenverordening een afweging vergt die is voorbehouden aan de 'gekozen vertegenwoordigers'. Dat betekent dat ook een wetgevingsbevel aan een gemeente(raad), (het algemeen bestuur van) een waterschap of het vertegenwoordigend orgaan in een functioneel gedecentraliseerd openbaar lichaam is uitgesloten.

15.3.3 Een bevel tot materieel wetgeven aan een bestuursambt

Ook bestuursambten kunnen materiële wetgeving tot stand brengen, meestal op grond van delegatie.⁴¹ Ook hun regelgeving bezit, zoals alle materiële wetgeving, derdenwerking. Het tweede argument van de Hoge Raad gaat dus op. Ik vermoed daarom, dat de Hoge Raad in een voorkomend geval ook een wetgevingsbevel aan een bestuursambt⁴² zou weigeren.⁴³ Een duidelijk arrest daarover is nog niet voorhanden.⁴⁴ De 'hoogste' recente uitspraak over dit probleem is van het Hof 's-Hertogenbosch, volgens welk een dergelijk bevel onmogelijk is.

Op basis van de Wet minimumloon en vakantietoeslag wordt bij AMvB een minimumjeugdloon vastgesteld voor minderjarigen van 15 jaar en ouder. Voor 13- en 14-jarigen geldt geen minimumloon. Volgens de FNV maakt de AMvB ongeachtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd. Zij vraagt en krijgt bij de rechtbank een bevel om de minimumjeugdloonregeling uit te breiden tot 13- en 14-jarigen.⁴⁵

41 Er zijn uitzonderingen, bijvoorbeeld art. 89 lid 1 Gw; art. 176 Gemw.

42 Ik vermijd de term 'bestuurswetgeving', omdat daar meestal ook de verordeningen van decentrale vertegenwoordigende ambten onder worden verstaan, zie par. 2.2.

43 Wissink & Meijer 2007, p. 299 komen op iets andere gronden tot dezelfde conclusie. Voorzichtig: Polak 2004, p. 175-176. Volgens Van Gestel & Groenhuizen 2006, p. 2051, is over deze vraag nog twijfel mogelijk.

44 Van Maanen & De Lange zien in HR 3 september 2004, *NJ* 2006, 28 (Staat/NJCM) een aanwijzing dat een wetgevingsbevel aan een bestuursambt mogelijk is. Het Hof 's-Gravenhage had de Staat een bevel gegeven om de verlenging van de 24-uursprocedure naar een 48-uursprocedure ongedaan te maken (zie par. 6.4 en Hof 's-Gravenhage 31 oktober 2002, *NAV* 2002, 291). Deze procedure berustte op het Vreemdelingenbesluit, een AMvB (Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 216-217). Het hof geeft dus een bevel tot aanpassing van een AMvB. In cassatie blijft dit in stand. De Staat had echter tegen het bevel geen middel van cassatie aangedragen. De Hoge Raad casseert niet ambtshalve (vgl. de conclusie A-G bij HR 18 november 1988, *AB* 1989, 185, nr. 4.) Uit het feit dat de Hoge Raad niet casseert is hier dus, anders dan Van Maanen & De Lange doen, weinig af te leiden.

45 Rb. 's-Gravenhage 11 december 2002, *O&A* 2003, p. 83.

Het hof vernietigt het bevel tot aanpassing van de AMvB:⁴⁶

‘Ook al gaat het in dit geval niet om een bevel tot het tot stand brengen van formele wetgeving en is voor aanpassing van het Besluit geen politieke besluitvorming nodig in een orgaan als de Staten-Generaal of Provinciale Staten, de bezwaren die kleven aan een bevel van de rechter een algemeen verbindend voorschrift tot stand te brengen zijn van dien aard dat de rechter daartoe niet bevoegd moet worden geacht. Het tot stand brengen van regelgeving vergt immers een afweging van vele belangen, zoals in dit geval bijvoorbeeld de belangen van werkgevers, waartoe de rechter niet goed in staat is in een geding dat slechts tussen enkele van de belanghebbende partijen wordt gevoerd.’

Het hof vernietigt het bevel wegens het ongewenste derdeneffect daarvan.⁴⁷

15.3.4 Conclusie

De conclusie is, dat de civiele rechter naar staande rechtspraak de bevoegdheid mist om wetgevingsbevelen uit te spreken. Hij geeft noch aan de formele wetgever, noch aan decentrale wetgevers bevelen. Het ligt in de lijn van het *Faunabescherming*-arrest dat hij ook aan bestuursambten geen wetgevingsbevel zal geven.

De Hoge Raad verwerpt in *Faunabescherming/Provincie Fryslân* een bevel tot intrekking op precies dezelfde gronden als een bevel tot vaststelling. Ik leid daaruit af, dat ook een ‘preventief verbod’ niet mogelijk is. Als de rechter geen bevel geeft om wetgeving in te trekken of uit te vaardigen, zal hij evenmin in een lopende wets- of verordeningprocedure willen ingrijpen door te verbieden om een voorgenomen regeling tot stand te brengen.⁴⁸

Alle vormen van wetgevingsbevelen zijn dus naar geldend recht onmogelijk: een gebod tot vaststelling en een gebod tot intrekking of aanpassing, maar ook een ‘preventief’ verbod om een voorgenomen regeling uit te vaardigen.

15.4 Functie en toegevoegde waarde van wetgevingsbevelen

Voordat de argumenten pro en contra wetgevingsbevelen aan bod komen, is het nuttig om voor ogen te krijgen wat de toegevoegde waarde van wetgevingsbevelen zou zijn. Eerst bespreek ik, in welke gevallen een wetgevingsbevel werd gevraagd in de tijd dat *Waterpakt* en *Faunabescherming* een dergelijk bevel nog niet onmogelijk hadden gemaakt (par. 15.4.1). Dan volgt een korte vergelijking met de bestaande mogelijkheid van een verklaring voor recht (par. 15.4.2). Tot slot

46 Hof ’s-Gravenhage 24 maart 2005, *LJN* AT3175 (niet gepubliceerd). De wel gepubliceerde uitspraak Hof ’s-Gravenhage 8 januari 2004, *Gst.* 2004, 149; *NJF* 2004, 249 is een executiegeschil.

47 Een wetgevingsbevel aan het bestuur geeft recent nog Gem. Hof NA en Aruba 2 september 2008, *LJN* BF0082 (*Antilliaanse huisartsen*).

48 Dat blijkt uit *Tegelen/Limburg* ook, maar slechts voor formele wetgeving en op een andere grond.

betoog ik, dat een wetgevingsbevel daarboven toch toegevoegde waarde zou hebben (par. 15.4.3).

15.4.1 Wanneer wordt een wetgevingsbevel gevraagd?

Zelden wordt (of werd) een bevel gevraagd tot intrekking van een onverbindend, belastend voorschrift.⁴⁹ Als de wetgever een onverbindende belastende regeling uitvaardigt, overschrijdt hij de grenzen die hoger recht hem stelt. Hij treft een regeling die hij achterwege had moeten laten. Dit probleem is grotendeels opgelost, zodra de rechter de onverbindende belastende regeling (consequent) buiten toepassing laat. De onrechtmatige regeling blijft dan zonder effect.⁵⁰

Wetgevingsbevelen worden meestal gevraagd, als de rechter alléén de eisen van hoger recht niet kan verwezenlijken, omdat daarvoor de tussenkomst van de wetgever nodig is.⁵¹

Verscheidene malen vereiste hoger recht – althans in de interpretatie van de eiser – totstandkoming van een regeling met een financiële aanspraak op de overheid of op een collectief fonds. Zo werd een wetgevingsbevel gevraagd ter bescherming of verhoging van de vergoeding aan pro deo-advocaten,⁵² van leraarsalarissen⁵³ en van medische tarieven⁵⁴ of werd geprobeerd om de wetgever de sociale zekerheid voor vrouwen⁵⁵ of de lijst vergoedbare medicijnen⁵⁶ te laten uitbreiden. Ook werd gepoogd de eigen ‘achterban’ een wettelijke financiële aanspraak op andere burgers te doen verwerven, in de vorm van alimentatie⁵⁷ of minimumloon.⁵⁸

In het geval van de Haarlemse winkelsluitingsverordening⁵⁹ vroeg een winkeliersvereniging een bevel aan de gemeenteraad om bij verordening vrijstelling te verlenen van het winkelsluitingsgebod uit de Zondagswet.

49 Uitzondering: Pres. Rb. Haarlem 19 december 1988, *KG* 1989, 68 (Eurasyl/Staat).

50 Voor reparatie van discriminatoire regelingen is meestal wel optreden van de wetgever nodig; De Boer 1995. Overigens moet de wetgever mijns inziens ook onverbindendverklarde, belastende regelingen intrekken om te voorkomen dat de burger op het verkeerde been wordt gezet doordat de onverbindende regeling nog in de boeken staat. Dit is in lijn met par. 4.2.1.4.

51 Althans: als de vordering inhoudelijk gegrond zou zijn. Deze rechtspraak is al grotendeels genoemd in noot 14.

52 Pres. Rb. 's-Gravenhage 18 oktober 1990, *AB* 1991, 86; Hof 's-Gravenhage 7 maart 1991, *NJ* 1990, 40.

53 Pres. Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 1977, *NJ* 1978, 170.

54 Pres. Rb. 's-Gravenhage 21 mei 1987, *KG* 1987, 243 (Huisartsentarieven); Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 juni 1988, *KG* 1988, 284.

55 Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 januari 1985, *AB* 1985, 154 (WWV); Hof 's-Gravenhage 13 maart 1985, *AB* 1985, 253, *NJ* 1985, 263; Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 mei 1989, *KG* 1989, 232 (AAW).

56 Pres. Rb. 's-Gravenhage 2 november 2000, *KG* 2000, 234; Pres. Rb. 's-Gravenhage 25 november 1996, *KG* 1997, 88.

57 In HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 434 (Rechtenvrouw/Staat) wordt (tevergeefs) een bevel gevraagd, om de Wet limitering alimentatie in te trekken. Overigens gaat de Hoge Raad niet in op het bevel als zodanig.

58 Hof 's-Gravenhage 8 januari 2004, *Gst.* 2004, 149; Hof 's-Gravenhage 24 maart 2005, *LJN* AT3175 (niet gepubliceerd).

59 In Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 oktober 1985, *AB* 1986, 176 (Winkelsluitingsverordening Haarlem). Zie ook Pres. Rb. Zwolle 12 januari 1995, *KG* 1995, 64 (Recreatiewoningen Dalfsen).

In *Waterpakt* en *Faunabescherming/Fryslân*⁶⁰ wilden de eisers het bereik van het strafrecht juist doen *uitbreiden*. De stichting Waterpakt vroeg om omzetting van een richtlijn die het boeren verbod om meer dan een bepaalde hoeveelheid mest uit te rijden. De Faunabescherming vroeg intrekking van de Friese vrijstelling van het verbod om vogels te verstoren. Daardoor zou het oorspronkelijke verbod in Friesland weer algemeen van toepassing zijn geworden.

Volgens Bok voegt een gebod tot intrekking weinig toe aan de mogelijkheid van buitenwerkingstelling.⁶¹ Bij onrechtmatige belastende voorschriften is dat juist. Bij een onverbindende vrijstelling is echter wel degelijk (een gebod tot) intrekking nodig om de vereisten van hoger recht te verwezenlijken. Zou de Friese verordening schadebestrijding inderdaad in strijd zijn met de Vogel- en de Habitatrichtlijn, dan zou onverbindendverklaring of buitenwerkingstelling daarvan op zich niet veel opleveren. Een burger die een verbod overtreedt, maar zich houdt aan de voorwaarden van een onverbindend verklaarde vrijstelling, kan zich al snel beroepen op verschoonbare rechtsdwaling.⁶² Rechterlijke onverbindendverklaring van een vrijstelling is dus pas effectief nadat die vrijstelling door de wetgever is ingetrokken.

Samengevat: wetgevingsbevelen werden meestal gevraagd in gevallen waarin de (beweerde) eisen van hoger recht pas worden verwerkelijkt door optreden van de wetgever. Deze moet de burger een financiële aanspraak toekennen, vrijstelling van een verbod verlenen of juist de werking van het strafrecht uitbreiden. Hier ligt voor de hand om een wetgevingsbevel te vragen. De eiser – meestal een belangenorganisatie – wil immers de wetgever aanzetten tot aanpassing van de wet; niet-toepassing van een onrechtmatige regeling door de rechter is hier niet ‘genoeg’ om de eisen van hoger recht te verwerkelijken.

15.4.2 *Vergelijking: wat kan de rechter wel?*

In hoofdstuk 5 is uitgebreid ingegaan op de uitspraakbevoegdheden die de burgerlijke rechter in een wetgevingsgeding ter beschikking staan. Ik roep er één in de herinnering: de mogelijkheid dat de burgerlijke rechter een declaratoir uitsprekt over onrechtmatig handelen van de wetgever. In paragraaf 5.3 is voornamelijk ingegaan op verklaringen voor recht met de inhoud dat een belastende regeling onverbindend is. Geen regel beperkt echter de bevoegdheid een declaratoir uit te spreken tot het geval waar een onverbindend, belastend voorschrift is uitgevaardigd. Ieder onrechtmatig handelen of nalaten van de wetgever kan voorwerp zijn van een verklaring voor recht. Dat brengt mee, dat de gevaltypen waar in het verleden een wetgevingsbevel werd gevraagd, zich nog altijd lenen voor een declaratoir.

60 Zo ook Rb. 3-Gravenhage 30 september 1998, *AB* 1998, 427, waarin tevergeefs een bevel wordt gevraagd om een AMvB in te trekken die bepaalde tuinbouwbedrijven vrijstelt van de verplichte milieuvergunning.

61 Bok 1991, p. 175.

62 Zie par. 14.4.

Als de wetgever een regeling met een financiële aanspraak voor de burger ten onrechte wijzigt, of ten onrechte niet tot stand brengt, kan de burgerlijke rechter voor recht verklaren dat dit een onrechtmatige daad van de wetgever oplevert. Ook als het bereik van het strafrecht onvoldoende ruim is, kan de burgerlijke rechter voor recht verklaren dat dit een onrechtmatige daad (jegens een belangenorganisatie) inhoudt.⁶³ Ook ná het *Faunabescherming*-arrest, zijn er gevallen waar een (feiten)rechter de eiser in een dergelijke zaak ontvankelijk verklaart en de toevoegbaarheid van een declaratoir beoordeelt.

Een voorbeeld is het geding tussen de Faunabescherming en de Staat over het Besluit beheer en schadebestrijding dieren. Het Besluit wijst vangkooien aan als goedgekeurd middel om schadelijke vogels te vangen. Ook staat het toe met een kastval zwarte kraaien of kauwen te vangen. Deze vrijstellingen zijn onverbindend wegens strijd met de Vogelrichtlijn. Zij perken de werking van het algemene, in de Faunawet gegeven vangstverbod te zeer in. De Rechtbank s-Gravenhage verklaart voor recht, dat deze bepalingen onverbindend zijn, en daarom onrechtmatig jegens de Faunabescherming.⁶⁴

De burgerlijke rechter geeft geen wetgevingsbevelen, maar is wel bereid, om handelen of nalaten van de wetgever te toetsen aan hoger recht en daarover een verklaring voor recht uit te spreken. Uit de rechtspraak is voornamelijk niet af te leiden, dat de burgerlijke rechter zou moeten afzien van het geven van een verklaring voor recht, als het resultaat van die toetsing de wetgever in een positie zou brengen, waarin hij de wet moet aanpassen als hij zich constitutioneel te goeder trouw wil opstellen.⁶⁵

15.4.3 Effectiviteit van de rechtsbescherming

De eiser die geen wetgevingsbevel kan krijgen, krijgt wel een declaratoir als zijn vordering inhoudelijk gegrond is. Hij is dus niet verstoken van procedurele instrumenten. De vraag is, in hoeverre de rechtsbescherming aan effectiviteit inboet door het ontbreken van een bevel, terwijl wel een blote verklaring voor recht kan worden uitgesproken. Over het algemeen zal de wetgever een declaratoir immers naleven.

63 Dit is mede mogelijk doordat het onrechtmatigheidsbegrip naar geldend recht niet inhoudt, dat concrete subjectieve rechten van de gelaedeerde zijn geschonden (zie par. 4.2.2.1). Een belangenorganisatie is snel ontvankelijk. Is de ontvankelijkheidsdrempel gepasseerd, dan kan de rechter uitspreken dat de wetgever onrechtmatig jegens de organisatie heeft gehandeld, zodra de ten onrechte niet uitgevaardigde wet het belang dient, dat zij behartigt.

64 Rb. s-Gravenhage 25 januari 2006, *NJF* 2006, 142.

65 Bij *Waterpakt* hield het Hof s-Gravenhage de beoordeling van het (subsidiar) gevorderde declaratoir (gewoon) aan, tot na beslissing van HvJ EG. Zie ook HR 10 november 2006, *RvdW* 2006, 1057 (Minimumjeugdloon) en Rb. s-Gravenhage 25 juni 2007, *NJF* 2007, 420 (Zwangerschapsuitkering zelfstandigen). Een ouder voorbeeld is HR 16 juni 1995, *NJ* 1997, 131 (Pro Vita/Staat), waarmede de verschillende rechters op vordering van 'Pro Vita' inhoudelijk onderzoeken of de uitzondering die art. 296 lid 5 Sr maakt op het algemene abortusverbod strijdig is met het recht op leven van art. 2 EVRM. Het feit dat het bereik van het abortusverbod door de wetgever uitgebreid zou moeten worden, mócht de burgerlijke rechter art. 296 lid 5 Sr inderdaad in strijd met art. 2 EVRM bevinden, is geen reden om niet te toetsen.

Ik zie twee redenen, waarom een wetgevingsbevel toch effectiever is dan een blote verklaring voor recht.

Bij afwezigheid van een bevel blijft noodzakelijk dat de wetgever zich vrijwillig conformeert aan de uitspraak. De Hoge Raad overweegt in *Waterpakt*, r.o. 3.5, dat zelfs indien móet worden aangenomen, dat de Staat onrechtmatig handelt, de vraag of daadwerkelijk een wet tot stand gebracht zal worden, een politieke afweging vereist. De Hoge Raad wekt hier de indruk dat hij meent, dat als de (hoogste) burgerlijke rechter heeft uitgesproken dat (niet-)handelen van de wetgever onrechtmatig is, de wetgever altijd een extra, eigen afweging mag maken ten aanzien van de vraag, of die rechterlijke uitspraak wel echt nageleefd hoeft te worden. Met die overweging doet de Hoge Raad afbreuk aan het gezag van zijn toekomstige verklaringen voor recht. Een bevel zet de wetgever door zijn onvoorwaardelijkheid veel sterker onder druk dan een eenvoudige verklaring voor recht.

Bovendien kunnen in civiele kortgedingen uitsluitend bevelen worden gegeven en geen verklaringen voor recht. In het geval de wetgever onmiskenbaar niet aan een rechtsplicht tot wetgeven voldoet, heeft de eiser dus op dit moment niets aan de kortgedingprocedure, maar moet hij een bodemprocedure aanspannen om een declaratoir te verkrijgen.⁶⁶ Introductie van de figuur van een wetgevingsbevel zou een wetgevingskortgeding mogelijk maken ingeval de wetgever een rechtsplicht tot wetgeven onmiskenbaar verzaakt.

Een wetgevingsbevel vergroot dus de effectiviteit van een wetgevingsgeding. Dit neemt echter niet weg, dat de verkrijger van declaratoir daarmee een heel eind komt, zolang de wetgever constitutioneel te goeder trouw optreedt.

15.5 Beoordeling van de argumenten van de Hoge Raad

15.5.1 De twee argumenten van de Hoge Raad

Uit *Waterpakt* en *Faunabescherming/Fryslân* is af te leiden dat de twee voornaamste bezwaren van de Hoge Raad tegen een wetgevingsbevel berusten op het beginsel van de scheiding der machten (par. 15.5.2) en de gedachte dat een wetgevingsbevel ongewenst is vanwege zijn derdeneffect (par. 15.5.3).⁶⁷

De beschouwingen die hierna volgen, hebben betrekking op alle wetgevingsbevelen: zowel op bevelen om een regeling tot stand te brengen, als op bevelen dat een regeling moet worden ingetrokken. Mijn voorbeelden sluiten aan bij positieve plichten tot wetgeven. De beschouwingen zijn echter ook op bevelen tot intrekking van toepassing. Ik spreek korthedshalve over een ‘bevel tot wetgeven’ of een ‘wetgevingsbevel’.

⁶⁶ Wissink & Meijer 2007, p. 305. *Faunabescherming/Provincie Fryslân* was een kort geding.

⁶⁷ Zie de hiervoor geciteerde passages uit de beide arresten. De ongewenstheid van derdeneffect komt in *Faunabescherming/Provincie Fryslân* wat scherper naar voren dan in *Waterpakt*.

15.5.2 Eerste argument: de scheiding der machten

Het beginsel van de scheiding der machten vereist, voor zover hier relevant, dat de wetgevende functie is voorbehouden aan de wetgever. De rechter mag zich geen bevoegdheden toe-eigenen, die bij de wetgever zouden moeten berusten omdat zij deel uitmaken van de wetgevende taak.⁶⁸

Over de vraag, óf de burgerlijke rechter zich door een wetgevingsbevel uit te spreken een bevoegdheid toe-eigent, die bij de wetgever zou moeten berusten, wordt verschillend gedacht. Deze verschillen in opvatting hangen samen met een verschil in benadering van het trias-beginsel. Twee benaderingen zijn te onderscheiden: (a) een formele en (b) een materiële.

15.5.2.1 Formele benadering

Een voorbeeld van de formele trias-benadering is te vinden bij Besselink. Voor hem is het beginsel van machtscheiding een zwaarwegende reden om van wetgevingsbevelen af te zien:

‘Het machtscheidingsbeginsel is een principe dat de betrekkingen tussen de wetgever en de rechter ten principale bepaalt en *boven de kwestie van toetsing aan deze of gene maatstaf uitgaat*. Het wetgeven is geheel overgelaten aan de wetgever, de rechter kan wetgeving slechts *achteraf* beoordelen’.⁶⁹ [curs. RS]

De rechter moet zich buiten het wetgevingsproces houden, wat betekent dat hij geen opdrachten aan de wetgever mag geven. Het feit dat de rechter over de rechtmatigheid van wetgeving mag oordelen nadat een regeling tot stand is gekomen, doet er voor Besselink niet aan af, dat de rechter nooit vooraf een bevel mag geven. Als de rechter in een bepaalde procedure (niet-)handelen van de wetgever als onrechtmatig bestempelt, houdt dat oordeel materieel in, dat de rechter uitspreekt dat de wetgever een wet moet wijzigen of tot stand brengen. Een wetgevingsbevel gaat Besselink echter ‘net die ene stap te ver’.⁷⁰

Het bezwaar tegen de formele benadering ligt voor de hand. Tegen de achtergrond van de procedurele voorzieningen die Hoge Raad wel aanvaardbaar vindt, is zij formalistisch. De rechter kan al naar positief recht uitspreken dat (niet-)handelen van de wetgever onrechtmatig is, ook los van een concrete aansprakelijkheidsverhouding. Als de Hoge Raad in abstracto voor recht verklaart, dat niet-wetgeven onrechtmatig is, heeft de wetgever – wil hij constitutioneel te goeder trouw ope-

68 Het beginsel van de scheiding der machten of het trias-beginsel is een ‘taai’ constitutioneel beginsel, dat in de doctrine heel verschillend wordt uitgewerkt. Men is het over het algemeen echter eens dat het beginsel in de kern inhoudt, dat binnen de staat de wetgevende, de uitvoerende en de rechtsprekende functie moeten worden onderscheiden en in voldoende mate moeten worden gescheiden; zie Bovend’Eert 2004, i.h.b. p. 243-253.

69 Besselink, noot bij *Waterpakt, SEW* (2003), p. 235, l.k; vgl. Bunschoten 2006.

70 A.w, p. 235, r.k.

renen – nauwelijks een andere keus dan een wet tot stand te brengen, ook als aan die constatering geen bevel wordt gekoppeld.⁷¹

De hiervoor al besproken uitspraak van het Hof 's-Gravenhage over het minimumjeugdloon is illustratief voor de anomalie van het naast elkaar bestaan van enerzijds een zeer ruime toegang tot de rechter voor (met name) belangenorganisaties die een (abstract) declaratoir vragen en anderzijds de categorische afwijzing van wetgevingsbevelen.

De rechtbank had de Staat een bevel gegeven om de minimumjeugdloonregeling uit te breiden tot 13- en 14-jarigen. Het hof vernietigt dat bevel, omdat volgens hem het tot stand brengen van regelgeving 'een afweging van vele belangen' vergt, 'waartoe de rechter niet goed in staat is in een geding dat slechts tussen enkele van de belanghebbende partijen wordt gevoerd.'⁷² Vervolgens geeft het hof de FNV *inhoudelijk* gelijk!

Het overweegt, dat het onderscheid tussen enerzijds 13- en 14-jarigen, voor wie geen minimumjeugdloon is vastgesteld, en anderzijds 15-jarigen, die wel een aanspraak op minimumloon hebben, geen proportioneel middel is om het door de Staat nagestreefde doel (voorkomen dat arbeid een te aantrekkelijk alternatief wordt voor school) te rechtvaardigen (r.o. 3.4). Het oordeelt dat de Staat onvoldoende weet te onderbouwen dat een minimumjeugdloon inderdaad de gevreesde een aanzuigende werking zal hebben (r.o. 3.6) en spreekt uit, dat de Staat weliswaar een *lager* minimumjeugdloon voor 13- en 14-jarigen had mogen vaststellen, maar een regeling ter zake niet geheel achterwege had mogen laten (r.o. 3.8). Het hof vernietigt het bevel van de rechtbank, maar bevestigt de verklaring voor recht, dat de Staat in strijd heeft gehandeld met art. 26 IVBPR jo. 7 ESH.

Het hof doet bij de inhoudelijke toetsing dat, waarvan het bij het wetgevingsbevel heeft gezegd dat het er niet toe in staat was. Het toetst diepgaand, of er een rechtvaardigingsgrond is voor een vorm van ongelijke behandeling tussen twee groepen burgers. Het begeeft zich daarbij in een waardering van de door de Staat aangevoerde, derden betreffende, feitelijke omstandigheden die de ongelijke behandeling moeten rechtvaardigen.

Tegen de achtergrond van het bestaande stelsel, met zijn ruime toegang tot de rechter in combinatie met abstracte (on)rechtmatigheidsdoordelen, is de formele trias-benadering formalistisch.

71 Ook een declaratoir van de lagere rechter laat de wetgever weinig keus. Wendt de overheid daartegen geen rechtsmiddelen aan, dan berust zij in de uitspraak. Constitutionele goede trouw brengt dan mee, dat zij zich naar de inhoud van het declaratoir heeft te gedragen. Wil zij dat voorkomen, dan moet de overheid hoger beroep instellen.

72 Hof 's-Gravenhage 24 maart 2005, *LJN* AT3175, zie r.o. 2.2; hiervoor geciteerd.

15.5.2.2 Materiële benadering

De materiële benadering wordt kernachtig geformuleerd in de noot van Kortmann bij *Faunabescherming/Fryslân*:

‘Is een rechtsplicht voldoende precies geformuleerd, dat wil zeggen laat zij de lidstaat geen of weinig beoordelingsruimte, dan kan (en zelfs moet) de rechter het nalatige ambt bevelen aan die rechtsplicht te voldoen.’⁷³

Kortmann spreekt hier over een voldoende duidelijke Europese richtlijn, maar zijn visie kan worden uitgebreid tot alle gevallen waar een hogere rechtsregel een wetgevend ambt een voldoende precies geformuleerde rechtsplicht oplegt.⁷⁴ Daarbij is de beleidsruimte die de wetgever normaal gesproken heeft, door het hogere recht al beperkt of zelfs volledig ingevuld. Als een rechtsplicht voor de wetgever zodanig precies uit een hogere regel blijkt, dat de rechter op overtuigende wijze kan motiveren dat deze niet is nageleefd, wordt het politieke primaat van de wetgever in beginsel niet verstoord, als de rechter aan die constatering een wetgevingsbevel koppelt.⁷⁵ De wetgever heeft immers rechtens geen vrijheid meer om naar eigen inzicht te handelen. Mits de rechtsplicht voor de wetgever voldoende precies is geformuleerd voegt de rechter met een bevel niets aan het recht ‘toe’. Hij herhaalt slechts, wat uit het objectieve recht al voortvloeit.

Deze visie van Kortmann – die door verscheidene auteurs wordt gedeeld⁷⁶ – getuigt van een materiële benadering van de trias. Aan de wetgever behoort het primaat van rechtsvorming toe. De wetgever beslist in beginsel, welke inhoud de wet krijgt. Een rechtsplicht tot wetgeven ontnemt de wetgever echter op een specifiek terrein dit primaat. De inhoud die één bepaalde wet moet krijgen, ligt al vast. Als de rechter beveelt, deze specifieke wet tot stand te brengen, doorkruist hij het primaat van de wetgever dus niet. Het feit dat de rechter de wetgever met een bevel onder druk zet om zijn wetgevende bevoegdheid te gebruiken, is in dit geval geen probleem. *Als* de rechter geadieerd kan worden en *als* een rechtsplicht voor de wetgever in een hogere regel vastligt, kan de rechter ook een bevel uitspreken zonder dat het rechtsvormende primaat van de wetgever materieel wordt aangetast.

⁷³ C.A.J.M. Kortmann, noot in *AA* 2005, p. 80-82, p. 82, lk.

⁷⁴ Het overgrote deel van de positieve verplichtingen voor de wetgever bestaat uit EG-richtlijnen. Niettemin kent ook het nationale recht rechtsplichten tot regelstelling, bijvoorbeeld in de vorm van medebewindswetgeving. Ook uit ander internationaal recht dan EG-recht kunnen positieve verplichtingen voor de wetgever voortvloeien, vgl. EHRM 26 maart 1985, *NJ* 1985, 525 (X en Y/Nederland). Uitgebreid over verplichtingen voor de wetgever, voortvloeiend uit de rechtspraak van het EHRM: Van Emmerik 2008.

⁷⁵ Bok 2006, p. 105-116. HR 9 mei 1958, *NJ* 1960, 475 (Rijbewijs), p. 1109, bevat een vergelijkbare redenering voor bevelen tot een bestuurshandeling. Anders: Brouwer 1992, p. 304.

⁷⁶ Wissink & Meijer 2007, p. 299; Meijer 2007, p. 192; Polak 1987, p. 170; Polak 2004, p. 173; Backes, noot bij *Waterpakt*, *AB* 2004, 39, nr. 3; Van Gestel & Groenhuizen 2006, p. 2052; Volgens Bunschoten 2004 moet een bevel tot vaststelling van een medebewindsverordening mogelijk zijn, wegens het vrijwel ontbreken van beleidsvrijheid ten aanzien van medebewindsverordeningen. Zie ook Bunschoten 2006. Bok 2006, p. 110-111, vindt een bevel *met een termijn* onwenselijk, omdat het politieke besluitvormingsproces ten aanzien van wetgeving onvoorspelbare vertragingen kan oplopen. Een bevel ‘sec’ vindt hij geen probleem bij een voldoende duidelijke rechtsplicht tot wetgeven.

Bij een materiële trias-opvatting had het Haagse gerechtshof in de zaak over het minimumjeugdloon een bevel kunnen geven. Het hof meende op voldoende overtuigende wijze uit art. 26 IVBPR te kunnen afleiden, dat het niet vaststellen van een minimumloon voor 13- en 14-jarigen onrechtmatig was. Het gaf een declaratoir met die strekking. Een te goeder trouw opererende AMvB-gever blijft daardoor – behoudens cassatie – in beginsel weinig keus. Daarom had ook een bevel gegeven kunnen worden.⁷⁷

Tegen de achtergrond van het bestaande stelsel is de materiële benadering pragmatisch van aard en niet formalistisch. Toch zijn er bezwaren tegen aan te voeren. Ik bespreek er drie.

(1) Glasheldere rechtsplichten zijn zeldzaam

In theorie geldt: een wetgevingsbevel gegrond op een duidelijke rechtsplicht is niet in strijd met de materiële trias. Wellicht moet in de praktijk van wetgevingsbevelen worden afgezien, omdat rechtsplichten voor de wetgever zelden glashelder zijn. In dat geval vergt de rechterlijke beoordeling van een verzoek om een wetgevingsbevel praktisch wel rechterlijke interpretatie. De rechter ‘voegt’ in dat geval iets ‘toe’ als hij een wetgevingsbevel geeft: hij zet een vage rechtsplicht voor de wetgever door zijn bevel om in een helder omschreven plicht om een wet met een bepaalde inhoud te maken. Besselink stelt:

‘Puur recht bestaat alleen binnen de rechtstheorie (...). De beoordeling van een beweerdelijke nalatigheid wet te geven zal vaak leiden tot specifieke beoordeling van de vraag of en in hoeverre er een dergelijke onrechtmatige nalatigheid bestaat en of wetgeving daarvoor wel of niet een definitieve oplossing biedt, hetgeen vaak mede zal afhangen van een beoordeling van de omstandigheden van het geval en de daarbij betrokken belangen van al dan niet politieke aard.’⁷⁸

Bij beweerdelijk niet correct omgezette Europese richtlijnen kan de burgerlijke rechter dit probleem eenvoudig oplossen: zodra de uitleg van een richtlijn niet voldoende helder is, kan hij een prejudiciële vraag stellen. Het Hof van Justitie legt de richtlijn dan uit. Het Hof van Justitie is bij uitstek het aangewezen ambt om de betekenis van een richtlijn uit te leggen. Deze uitleg is bindend voor de lidstaat en al zijn ambten.⁷⁹ Als de burgerlijke rechter een bevel baseert op de uitleg van het Hof van Justitie, baseert hij het op een voldoende duidelijke of verduidelijkte rechtsplicht voor de wetgever. In dat geval handelt in ieder geval de Nederlandse rechter niet in strijd met de (materieel opgevatte) trias.

⁷⁷ In cassatie gaat het uitsluitend over het declaratoir, niet meer over een bevel. Overigens heeft de AMvB-gever volgens de Hoge Raad geen verboden onderscheid gemaakt, HR 10 november 2006, *RvdW* 2006, 1057.

⁷⁸ Besselink, a.w., p. 235-236. Wissink & Meijer 2007, p. 300, menen dat er altijd wel enige speelruimte bestaat, maar dat deze vaak zo klein is, dat de rechter zonder problemen een bevel kan geven.

⁷⁹ Uit art. 234 EG zelf blijkt dit niet. Het wordt wel ingelezen in art. 10 jo. 220 EG; zie HvJ EG 9 maart 1978, *NJ* 1978, 656 (Simmenthal II) en HvJ EG 1 december 1965, zaak 16/65, *Jur.* 1965, p. 1103 (Schwarze). Over werking tegenover alle nationale rechters o.a. HvJ EG 13 mei 1981, zaak 66/80, *Jur.* 1981, p. 1191 (ICI). Vgl. Koopmans 2003, p. 85, met verdere verwijzingen.

Wordt een wetgevingsbevel gevraagd naar aanleiding van een andere hogere regel dan een Europese richtlijn, dan moet de burgerlijke rechter zelfstandig de hogere regel interpreteren.⁸⁰

Een plicht tot wetgeven die stamt uit een andere bron dan het EU-recht is misschien minder snel voldoende scherp omschreven om als basis voor een wetgevingsbevel te kunnen dienen.⁸¹ De materiële trias dwingt de rechter dan tot terughoudendheid bij de interpretatie van de rechtsplicht tot wetgeven. Alleen als deze rechtsplicht zeer helder is, kan een bevel worden gegeven.

Echter, als in plaats van een bevel schadevergoeding of slechts een declaratoir wordt gevorderd, zal de rechter net zo goed terughoudendheid moeten betrachten. Hij kan evenmin op grond van drieste interpretaties van hoger recht verklaren dat de wetgever een plicht tot wetgeven heeft verzaakt. Het gevaar dat de rechter de door de materiële trias vereiste terughoudendheid uit het oog verliest, lijkt mij in de Nederlandse situatie gering. Uit het feit, dat de Hoge Raad het wetgevingsbevel categorisch afwijst, blijkt al, dat hij zich sterk bewust is van de beperkingen die zijn positie binnen het staatsbestel meebrengt. Als een wetgevingsbevel wel zou zijn toegestaan, zou dezelfde bewustheid ertoe leiden, dat de rechter uiterste terughoudendheid zal betrachten bij het baseren van wetgevingsbevelen op minder scherp omliggende rechtsplichten.

(2) *Voldoende precies omschreven rechtsplicht; bevel toch niet gewenst (art. 6:168 BW)*

De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.5 van *Waterpakt*, dat zelfs als moet worden aangenomen dat de Staat onrechtmatig handelt door een rechtsplicht tot wetgeving niet na te leven,⁸² de vraag of een wet daadwerkelijk tot stand moet komen noopt tot een (nadere) politieke afweging van vele belangen.

Theoretisch is mogelijk, dat uit een hogere regel wél voldoende precies kan worden afgeleid dat de wetgever nalatig is geweest, maar dat niettemin het vaststellen van een wet vanwege niet in de hogere regel verdisconteerde omstandigheden moet worden uitgesteld. Een wetgevingsbevel is dan niet gewenst. De voorbeelden hiervan zijn echter uiterst academisch.

Een bepaalde categorie burgers kan door onjuiste toezeggingen van de overheid gerechtvaardigd hebben vertrouwd, dat een rechtsplicht tot wetgeven niet nageleefd zal worden. Onmiddellijk uitvaardigen (of intrekken) van een wettelijke regeling zou die categorie burgers nadeel kunnen berokkenen. Het kan geraden zijn, dat de wetgever wacht met wetgeven. Het niet-wetgeven is weliswaar onrechtmatig, maar die onrechtmatige toestand moet in verband met de belangen van derden tijdelijk geduld worden.⁸³

80 Tenzij het gaat om een regel uit het EVRM die in het verleden door het EHRM al voldoende is verduidelijkt.

81 Niet-Europeesrechtelijke plichten tot wetgeven zijn vaak te vinden in verdragen met sociale grondrechten. Juist verdragsbepalingen met een verplichting tot wetgeven of een vage prestatieplicht voor de overheid missen meestal een ieder verbindende kracht en zijn dus überhaupt niet in rechte inroepbaar, vgl. Fleuren 2004, p. 263.

82 In dat geval is de rechtsplicht voor de wetgever blijkbaar voldoende precies geformuleerd.

83 Al ligt – zeker bij schending van een Europeesrechtelijke plicht tot wetgeven – meer voor de hand, de wettelijke regeling wél tot stand te brengen en degenen die daardoor onevenredig worden benadeeld, schadeloos te stellen., vgl. noot 88.

Ook is mogelijk, dat de wetgever zoveel achterstand heeft bij de uitvoering van zijn wetgevende taak, dat hij die achterstand niet binnen aanzienlijke tijd kan wegwerken. In dat geval lijkt het minder wenselijk dat de rechter een wetgevingsbevel geeft ten aanzien van die richtlijn of rechtsplicht naar aanleiding waarvan toevallig een procedure wordt aangespannen. Beter kan de wetgever beslissen waar de nood het hoogst is.

In de genoemde gevallen is niet-naleven van de plicht tot wetgeven onrechtmatig, maar kan wegens alle omstandigheden van het geval wellicht beter (tijdelijk) van wetgeven worden afgezien. Het is dus in theorie mogelijk, dat een hogere regel precies voorschrijft wat de wetgever moet doen, maar dat buiten die hogere regel liggende omstandigheden uitstel rechtvaardigen. Alleen in dat (academische) geval kan mijns inziens mét de Hoge Raad gezegd worden, dat voor de wetgever een zekere ruimte overblijft om de vaststelling van een regeling uit te stellen, ondanks dat moet worden aangenomen dat niet-wetgeven onrechtmatig is. De rechter kan hier gebruikmaken van art. 6:168 BW. Hij spreekt uit, dat niet-wetgeven onrechtmatig is, maar dat hij geen bevel geeft, omdat de onrechtmatige situatie wegens zwaarwegende maatschappelijke omstandigheden geduld moet worden.

De Hoge Raad weigert echter categorisch wetgevingsbevelen te geven. Hij laat de wetgever dus altijd ruimte om zelf te beslissen of daadwerkelijk een wet wordt uitgevaardigd, ook als duidelijk is, dat niet-wetgeven onrechtmatig is. Daarmee neemt de Hoge Raad de hier beschreven academische gevallen tot uitgangspunt voor een algemeen leerstuk. Bovendien gaat de Hoge Raad eraan voorbij, dat de rechter altijd gebruik kan maken van art. 6:168 BW of de procedure van art. 234 EG.

Opgemerkt zij, dat ik van deze situaties geen praktijkvoorbeelden ken. Ik heb dit probleem uitgewerkt, om te laten zien dat het in uitzonderingsgevallen denkbaar is, dat uitstel van nakoming van een voldoende precies omschreven rechtsplicht geduld moet worden. Art. 6:168 BW is hier de oplossing.

(3) Voldoende precies omschreven rechtsplicht, niet-naleving toch rechtmatig

Theoretisch kan het zijn, dat lokale omstandigheden niet in de rechtsplicht tot wetgeven zijn verdisconteerd, terwijl aannemelijk is dat deze rechtsplicht anders was geformuleerd als die omstandigheden ten tijde van de totstandkoming bekend waren geweest.⁸⁴ Zulke omstandigheden kunnen zich eventueel pas openbaren nadat regel of richtlijn die de wetgever verplicht, werd vastgesteld.⁸⁵ Ook kan in theorie een regel die een rechtsplicht voor een wetgever inhoudt, zodanig verouderde opvattingen weerspiegelen, dat aannemelijk is, dat de steller van de regel deze niet meer zou uitvaardigen of wellicht op korte termijn zal intrekken.⁸⁶

84 Vergelijkbaar: Wissink & Meijer 2007, p. 300, r.k.

85 Dit is een variant op de *contra legem*-problematiek, daarover par. 11.5.

86 Al moet dan wel erg lang zijn gewacht met wetgeven.

Niet in de heldere, hogere regel verdisconteerde omstandigheden vormen in dit geval een rechtvaardigingsgrond om niet wet te geven.⁸⁷ Het niet-wetgeven is hier dus rechtmatig, ondanks het feit dat het op zich in strijd is met de letter van een hogere regel. In het kader van bijvoorbeeld een schadeactie zou de rechter het niet-wetgeven niet als onrechtmatig aanmerken.⁸⁸ Hij zou evenmin een verklaring voor recht geven. Omdat het niet uitvaardigen van een regeling niet onrechtmatig is, hoeft hij ook geen bevel te geven.

Bij Europese richtlijnen kan hierover gewoon een prejudiciële vraag gesteld worden.⁸⁹

Bij andere rechtsplechten moet de rechter zelf beoordelen of dit uitzonderlijke geval aan de orde is. Ook hier geldt echter: dit zijn hoogst theoretische gevallen, die in feite nauwelijks een serieus argument tegen wetgevingsbevelen opleveren.

15.5.2.3 *Tussenconclusie: de materiële trias-opvatting heeft de voorkeur*

Naar geldend recht kan de burgerlijke rechter voor recht verklaren, dat de wetgever een rechtsplecht heeft geschonden. Tegen die achtergrond is het formalistisch om de mogelijkheid van een bevel af te wijzen. Materieel houdt immers een declaratoir, dat de wetgever onrechtmatig (niet) heeft wetgegeven, evenzeer in, dat de rechter uitsprekt dat de wetgever een plicht tot wetgeven heeft geschonden. Voor een staatsrechtelijk consciëntieuze wetgever zit er na zo'n declaratoir weinig anders op dan een wet tot stand te brengen, hetgeen ook het oogmerk was van degene die het declaratoir heeft gevorderd. Tegen deze achtergrond ligt voor de hand, om aan te nemen dat de rechter ook een wetgevingsbevel kan geven bij een voldoende precies omschreven rechtsplecht voor de wetgever.

Bij Europese richtlijnen bestaat steeds de mogelijkheid om in een prejudiciële procedure uitleg te vragen over de strekking van uit de richtlijn voortvloeiende rechtsplechten. Het beginsel van scheiding tussen de rechterlijke en de wetgevende macht op Nederlands niveau is na verduidelijking van een richtlijn door het Europese Hof van Justitie geen overtuigende reden meer om geen implementatie van een richtlijn te bevelen: een 'vage' richtlijn kan immers altijd door de bij uitstek daartoe aangewezen Europese rechter worden verduidelijkt.

Rechtsplechten voor de wetgever uit een andere (internationaal-rechtelijke) bron dan het Europese recht, moeten in eerste instantie door de Nederlandse rechter zelf geïnterpreteerd worden.⁹⁰ Hier is het gevaar, dat de rechter door een dries-

87 Art. 6:162 lid 2 BW, laatste zinsnede.

88 Europeesrechtelijk is dit natuurlijk hoogst onwaarschijnlijk. In het Europese recht geldt juist, dat als de lidstaat mogelijkheden heeft laten schieten om een richtlijn op grond van art. 230 EG aan te vechten, er in beginsel tegenover een particulier die zich op die richtlijn beroept, geen rechtvaardiging meer is voor niet-omzetting (Sieburgh 2007, p. 499, met verdere literatuur). Het Hof van Justitie zal de genoemde redenering dus praktisch nooit accepteren. Het gaat mij er in de hoofdttekst om, te laten zien, dat zelfs in het geval waar – zoals de *Hoge Raad* zegt dat mogelijk moet zijn – een extra, politieke afweging *nodig* is ten aanzien van de vraag, of een voldoende duidelijke rechtsplecht tot wetgeven ook echt moet worden nagekomen, er in het geval van een Europeesrechtelijke plicht gewoon een prejudiciële vraag gesteld kan worden. Dat het Hof van Justitie – bizarre gevallen daargelaten – zelden of nooit in een dergelijke redenering zal meegaan, doet niet af aan de mogelijkheid van het doorlopen van de prejudiciële procedure.

89 Dit wordt ten onrechte niet vermeld door Wissink & Meijer 2007, p. 301.

90 Alleen het HvJ EG beantwoordt prejudiciële vragen. Verduidelijking achteraf is echter altijd mogelijk.

te uitleg van de rechtsplicht het primaat van de wetgevende ambten doorkruist, groter. Ook de materiële trias verzet zich daartegen. De Nederlandse burgerlijke rechter lijkt zich in de huidige praktijk – zeker bij het uitspreken van verklaringen voor recht – echter terughoudend op te stellen, zodat het gevaar van een te vooruitstrevende interpretatie van vage rechtsplichten gering is. Gezien de mogelijkheid van een abstract declaratoir is het – ook voor andere rechtsplichten dan die uit richtlijnen – formalistisch om de mogelijkheid van een wetgevingsbevel categorisch af te wijzen. Bij het uitspreken van een declaratoir loopt de rechter immers ook het gevaar, zich te baseren op een te vage rechtsplicht. Dat is tot nog toe geen reden geweest, om de mogelijkheid van een abstract declaratoir categorisch te ontkennen.

15.5.3 *Het tweede argument van de Hoge Raad: de ongewenstheid van derdeneffect*

Het tweede argument dat de Hoge Raad tegen wetgevingsbevelen aanvoert, is het ongewenste derdeneffect ervan. Zo heet het in *Faunabescherming*, dat een wetgevingsbevel ongewenst is omdat er ‘een algemene ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling [door] in het leven zou worden geroepen’.

Ik bespreek twee mogelijke redenen voor deze ongewenstheid: in paragraaf 15.5.3.1 de gedachte, dat de rechter, anders dan de wetgever, onvoldoende zicht kan krijgen op alle relevante belangen van derden en paragraaf 15.5.3.2 de mogelijkheid, dat de in *Waterpakt* en *Faunabescherming/Fryslân* tentoongespreide weerzin tegen een wetgevingsbevel verband houdt met het voor derden belastend effect dat een wetgevingsbevel kan hebben.

15.5.3.1 *Rechters hebben onvoldoende zicht op alle relevante belangen*

In *Waterpakt* overweegt de Hoge Raad dat de vraag of een wet tot stand moet komen, noopt tot ‘afweging van vele belangen, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen’. Inderdaad beïnvloedt een (door de wetgever nageleefd) wetgevingsbevel de rechtspositie van derden. Deze derden waren in de procedure over het bevel niet betrokken. Zij hebben hun belangen en relevante persoonlijke omstandigheden dus niet voor het voetlicht kunnen brengen.⁹¹ Daardoor loopt de rechter het risico een bevel te geven op de grondslag van een onvolledige belangenafweging.

Bij een bevel tot omzetting van een richtlijn is dit gevaar niet groot. Een richtlijn wordt opgesteld door (Europese) politieke ambten. Deze hebben in beginsel wél zicht op de belangen van de burgers wier rechtspositie door de richtlijn wordt beïnvloed. Zij maken dan ook een politieke afweging van de bij een richtlijn betrokken belangen. In richtlijnen zijn de belangen van derden dus verdisconteerd.⁹² Deze belangen zijn daarom in beginsel geen reden om een bevel tot implementatie van een richtlijn af te wijzen.

91 Vgl. Koopmans 2003, p. 92-93.

92 Vgl. Bok 2006. De hierboven genoemde uitzondering is – als gezegd – academisch.

Rechtsplichten tot wetgeven uit een andere bron dan een Europese richtlijn zijn soms wellicht vager omschreven.⁹³ De gerechtvaardigde belangen van derden dreigen vooral in de knel te komen als de rechter een bevel baseert op *vage* rechtsplichten tot wetgeven. De rechter concretiseert dan immers zelfstandig een vage norm tot een duidelijke plicht tot wetgeven, terwijl hij mogelijk onvoldoende voor ogen heeft, welke invloed dat heeft op de belangen van niet in de procedure vertegenwoordigde derden.

Dit gevaar dreigt echter net zo goed bij verklaringen voor recht en in mindere mate ook voor de mogelijkheid om in een schadevergoeding te vorderen als de Staat niet aan een wetgevingsplicht heeft voldaan.⁹⁴ Ook daarbij is de rechter bevoegd, uitdrukkelijk uit te spreken dat de wetgever onrechtmatig heeft gehandeld. Ook hierbij loopt de rechter het gevaar, de wetgever aan te zetten tot wetgeving die de rechtspositie beïnvloedt van niet in de procedure betrokken derden.

Bij verklaringen voor recht is rechterlijke terughoudendheid het recept om de belangen van derden te ontzien.⁹⁵ Ook een verklaring voor recht moet alleen worden gegeven, als de rechtsplicht voor de wetgever zo duidelijk uit hoger recht blijkt, dat voor de eventuele, zich buiten het zicht van de rechter bevindende derdenbelangen op die rechtsplicht geen invloed kunnen hebben.

Ter illustratie nog één keer het arrest over het minimumjeugdloon. Als het hof – zoals het zelf zei – *werkelijk* meende, dat het onvoldoende zicht had op alle relevante belangen van derden dan had het nooit voor recht moeten verklaren dat niet vaststellen van een minimumjeugdloon onrechtmatig was. Als het hof niet alle relevante omstandigheden helder krijgt, kan het immers niet goed beoordelen of er überhaupt in strijd met het gelijkheidsbeginsel is gehandeld. Met zijn verklaring voor recht brengt het hof de Staat dan in verlegenheid: de Staat moet fatsoenshalve totstandkoming van een regeling bevorderen, terwijl het declaratoir dat daartoe aanleiding geeft – blijkbaar – berust op een onvolledige afweging.

Er zijn weinig of geen aanwijzingen, dat de rechter zijn bevoegdheid om verklaringen voor recht of aansprakelijkheid voor (niet-)wetgeven uit te spreken misbruikt, door daaraan te vage rechtsplichten tot wetgeven ten grondslag te leggen. Dit mogelijke gevaar is geen reden om categorisch af te zien van verklaringen

93 Dit wel niet concretiseerbaar door afwezigheid van een prejudiciële procedure bij een internationale rechter.

94 Stel, dat een belangenorganisatie een wetgevingsbevel eist, dat zwangerschapsuitkeringen voor zelfstandigen verhoogd moeten worden (vgl. Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2007, *NJF* 2007, 420). Stel vervolgens dat de rechter deze vordering afwijst, wegens het *Waterpakt*-arrest. Als de wetgever door niet verhogen inderdaad een voldoende duidelijke rechtsplicht schendt, dan is de Staat nog altijd aansprakelijk. Als alle gedupeerden schadevergoeding vragen, is de vraag, waarom nu (eigenlijk) niet meteen een wetgevingsbevel kon worden gegeven. Was er daarentegen geen voldoende duidelijke rechtsplicht voor de wetgever om de uitkering te verhogen, dan is niet alleen een bevel, maar zijn ook een declaratoir én aansprakelijkheid uit den boze. De beoordeling of de wetgever onrechtmatig heeft gehandeld, is veel belangrijker dan het dictum dat aan die constatering wordt gekoppeld. Een bevel zorgt voor *wat* meer duidelijkheid, zet de overheid *wat* meer onder druk en maakt het wetgevingsgeding dus *wat* effectiever, vgl. par. 15.4.3.

95 Er is mij geen declaratoir bekend, waarin de Hoge Raad de onrechtmatigheid uitsprak van het niet vaststellen van een wet die de rechtspositie van derden nadelig zou beïnvloeden. In de praktijk stranden dit soort verdringen meestal op inhoudelijke gronden.

voor recht of aansprakelijkheid. Het staat evenmin principieel in de weg aan de mogelijkheid van een bevel.

15.5.3.2 *Derden belastend effect*

In het vorige hoofdstuk bleek, dat de Hoge Raad zonder veel omhaal van woorden derdeneffect verleent aan onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter.⁹⁶ Ook de figuur van buitenwerkingstelling heeft een sterk derdeneffect.⁹⁷ Tegelijk is derdeneffect een belangrijk argument om géén wetgevingsbevelen te geven.

Het derdeneffect dat aan onverbindendverklaring wordt toegekend, heeft doorgaans voor derden een direct ontlastend effect: regelingen die onverbindend worden verklaard zijn vaak burgers belastende regelingen. Derdeneffect betekent dan voornamelijk, dat ook derden van de onverbindendverklaring profiteren doordat zij erop kunnen rekenen dat een belastende regeling jegens hen niet meer uitgevoerd of gehandhaafd wordt. Zij herwinnen zo enige handelingsvrijheid op de overheid.

Zowel in *Waterpakt* als in *Faunabescherming* werd een bevel gevraagd met het oogmerk, om in het belang van het milieu het bereik van het strafrecht uit te breiden. De handelingsvrijheid van voornamelijk agrariërs zou daardoor juist worden ingeperkt.

Mogelijk hangt de onwil van de Hoge Raad om via bevelen derdeneffect te geven aan zijn uitspraken in wetgevingsgedingen, samen met een grotere bereidheid om de handelingsvrijheid van burgers te beschermen tegen de overheid, dan om op te treden als instrument voor een particuliere organisatie die de overheid ertoe wil aanzetten om vrijheden van medeburgers te beknotten.⁹⁸ Wellicht acht de burgerlijke rechter⁹⁹ zich eerst en vooral geroepen om vrijheid en vermogen van burgers tegen de overheid te beschermen, in plaats van de overheid te dwingen tot burgers belastend overheidsoptreden. Zolang een dergelijke taakopvatting niet met zoveel woorden in de jurisprudentie is te vinden, is deze verklaring enigszins speculatief. Zij zou echter het grote contrast tussen het derdeneffect van onverbindendverklaring enerzijds, en de onmogelijkheid van wetgevingsbevelen wegens derdeneffect anderzijds kunnen verklaren.

Er pleit ook wel het een en ander tegen deze verklaring. In het burgerlijk recht biedt het stelsel van art. 3:305a BW juist alle ruimte voor derden belastende acties. De ontvankelijkheidseisen voor belangenbehartigers zijn laag. In beginsel

96 Par. 14.2.1.

97 Par. 5.2.2.

98 Dit gevoelen verwoordt Schlössels 2002a, p. 113. Schlössels spreekt overigens over het *Kuunders*-arrest (HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139), dat op dit punt nog verder gaat, omdat de burgerlijke rechter op vordering van een belangenorganisatie aan een burger een bevel geeft.

99 De *bestuursrechter* heeft weinig moeite om op vordering van ideële organisaties uitspraken te doen met voor derden nadelige of belastende effecten. Zeker in het omgevingsrecht kan vernietiging van besluiten ingrijpende gevolgen hebben voor derden. Denk bijvoorbeeld aan ABRvS 25 juli 2007, *JM* 2007, 122 (Tracébesluit A4), waar de Afdeling op het beroep van Milieudefensie het tracébesluit voor de A4 vernietigt met het oog op luchtkwaliteitsnormen. De door velen als hoog nodig beschouwde verbreding van de A4 moest worden gestaakt.

kan de rechter allerlei bevelen uitspreken, zolang deze maar zijn gebaseerd op het objectieve recht.¹⁰⁰ Er zijn lagere uitspraken, waar de burgerlijke rechter wel degelijk de overheid beveelt om in het algemeen belang over te gaan tot optreden dat voor bepaalde burgers belastend is.¹⁰¹ In het bekende geval *Kuunders*¹⁰² schrikt de Hoge Raad zelf er niet voor terug om aan een varkenshouder in het algemeen belang een bevel te geven om het opzetten van een varkenshouderij te staken.

In ieder geval geldt ook hier: het mogelijk derden belastende effect van een wetgevingsgeding op vordering van een algemeen belang-organisatie is in beginsel geen rechtsgrond om een *declaratoir* te weigeren.

15.6 Slot

In paragraaf 15.4 hebben wij gezien, dat het wetgevingsbevel bij uitstek een instrument is voor belangenorganisaties, en dan vooral in gevallen waarin de organisatie niet streeft naar onverbindendverklaring of buiten toepassing laten van een regeling, maar waar zij actief optreden van de wetgever wil afdwingen om de eisen van hoger recht te verwerkelijken. Wetgevingsbevelen zouden de effectiviteit van deze acties versterken. De Hoge Raad spreekt echter geen wetgevingsbevelen uit.

De twee argumenten tegen wetgevingsbevelen zijn in paragraaf 15.5 uitgebreid onder de loep genomen. Een bevel, gebaseerd op een voldoende precies geformuleerde rechtsplicht voor de wetgever is – anders dan de Hoge Raad beweert – niet in strijd met de (materiële) trias. Zeker kleven er potentiële gevaren aan wetgevingsbevelen. De rechter kan deze gevaren echter het hoofd bieden. Hij moet in staat geacht worden om alleen een bevel te geven als dat gebaseerd kan worden op een voldoende duidelijke rechtsplicht voor de wetgever. Onvoldoende duidelijke EG-rechtelijke rechtsplichten kan hij in de prejudiciële procedure doen verduidelijken. Daarnaast kan hij gebruikmaken van art. 6:168 BW, zodra een rechtsplicht voldoende duidelijk is, maar daarbuiten gelegen omstandigheden een bevel in concreto onwenselijk maken. Bovendien geldt, dat dezelfde mogelijke nadelen van wetgevingsbevelen evengoed kleven aan de – wél toegestane – verklaring voor recht.

Ook de derdenwerking van een wetgevingsbevel hoeft geen reden te zijn om categorisch van wetgevingsbevelen af te zien. In een voldoende precies omschreven plicht tot wetgeven zijn de belangen van derden in beginsel verdisconteerd.

¹⁰⁰ Par. 3.3.

¹⁰¹ Op vordering van het proefprocessenfonds Clara Wichmann beval de Rechtbank 's-Gravenhage de Staat de subsidie aan de SGP te staken. Dit bevel had voor de leden van die partij een duidelijk 'belastend' effect, zie Rb. 's-Gravenhage 7 september 2005, *NJ* 2005, 474 (Clara Wichmann/Staat). Rb. 's-Gravenhage 19 april 2006, *LJN* AX0431 (te kennen uit Wissink & Meijer 2007, p. 301), veroordeelt de Staat mede op instigatie van een belangenorganisatie om jegens een grote groep garnalenvissers effect te geven aan een tot dan toe niet gehandhaafd Europees verbod op het gebruik van bepaalde viskotters. De rechter gelast de Staat, alle gebruikvergunningen in te trekken die niet aan de betreffende normen voldoen.

¹⁰² HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139, zie vooral r.o. 4.1.3, slot, in combinatie met cassatiemiddel 1c.

Bovendien kan ook een bloot declaratoir de wetgever aanzetten tot derden belastend wetgeven. Dit is (tot nog toe) geen reden geweest om de mogelijkheid van een declaratoir categorisch te ontkennen.

Aan wetgevingsbevel, declaratoir en schadeactie kleven risico's. De rechter die uitsprekt dat de wetgever een rechtsplicht heeft geschonden, loopt altijd het gevaar daarmee een uitspraak te doen die op gespannen voet staat met een materieel uitgelegd trias-beginsel. Steeds zal hij moeten bezien, of de rechtsplicht voor de wetgever waarop de eiser zich beroept, wel voldoende precies geformuleerd is. Hij moet er steeds voor waken, dat hij in zijn bevel niet te veel 'toevoegt' aan hetgeen uit een vage rechtsplicht voortvloeiende. Bovendien weet hij ook bij een declaratoir niet altijd zeker, of hij alle belangen van derden wel onder ogen heeft gezien, en kan ook het gevolg van een declaratoir zijn, dat de wetgever (of een ander ambt) wordt aangezet tot burgers belastend optreden, terwijl daarmee voor geen individuele burger schade wordt voorkomen. Het medicijn tegen deze kwaal is de praktijk, dat de rechter zich bij oordelen over positieve verplichtingen van de wetgever zeer terughoudend opstelt, in die zin, dat hij zijn uitspraak alleen baseert op heldere rechtsplichten. De gepubliceerde jurisprudentie geeft dan ook bepaald niet het beeld te zien van een rechter die de wetgever voortdurend en ten onrechte tot wetgeven aanzet. De Nederlandse (burgerlijke) rechter lijkt er in het algemeen beducht voor, om zijn plaats in het staatsbestel te buiten te gaan, hetgeen al blijkt uit de categorische afwijzing van de mogelijkheid om een wetgevingsbevel te geven.

De afwijzing van wetgevingsbevelen past slecht in het bestaande stelsel. Mogelijke bezwaren tegen een wetgevingsbevel zijn tevens bezwaren tegen een declaratoir en tot op zekere hoogte zelfs tegen schadeacties. De bezwaren die men tegen bevel én declaratoir kan aanvoeren worden in de praktijk tegengegaan doordat de rechter zich terughoudend opstelt.

Wellicht hangt de onwil om wetgevingsbevelen uit te spreken samen met een (nog) niet met zoveel woorden uitgesproken, veranderde taakopvatting van de rechter (par. 15.5.3.2). Het is mogelijk, dat de rechter bepaalde typen geschillen niet (meer) rekent tot de geschillen die hij wil berechten. In de beide toonzetende arresten over wetgevingsbevelen vroeg een belangenorganisatie uit ideële overwegingen om een wetgevingsbevel, dat het effect zou hebben dat het bereik van het strafrecht zou worden uitgebreid. Wellicht rekent de rechter de beslechting van dit soort geschillen niet (meer) tot zijn taak.¹⁰³

Mocht dit inderdaad mede de achtergrond zijn van de *Waterpakt*-jurisprudentie, dan is een herbezinning op art. 3:305a BW, en niet het categorisch afwijzen van wetgevingsbevelen mijns inziens de aangewezen oplossing. Bevel én declaratoir bergen het gevaar in zich, dat de rechter op de stoel van de wetgever kan gaan

¹⁰³ HR 3 september 2004, NJ 2006, 28 (Staat/NJCM) onderstreept juist het belang van ruime procedurele mogelijkheden voor belangenorganisaties in wetgevingsgedingen, zie par. 6.4. Wel ging dat arrest over onverbindende, belastende regelgeving.

zitten, verstrikt kan raken in politieke geschillen of tegen zijn zin moet gaan optreden als handhaver van het algemene belang in plaats van beschermer van de individuele burger. Deze gevaren zijn echter inherent aan algemeen belang-acties.

Een uitgebreide bespreking van de voor- en nadelen van algemeen belangactie zou het bestek van dit proefschrift te buiten gaan. In het kort valt er het volgende over te zeggen. Wellicht zal in de toekomst een herbezinning op deze acties ertoe leiden, dat zwaardere eisen worden gesteld aan de representativiteit van belangenorganisaties of aan het type ideëel of collectief belang dat in het burgerlijk proces behartigd kan worden. In dat geval zullen belangenorganisaties minder snel *ontvankelijk* zijn in wetgevingsgedingen.¹⁰⁴

Als een belangenorganisatie echter toegang heeft tot de burgerlijke rechter, dan valt het belang dat zij behartigt binnen de kring van belangen waarvan wij blijkbaar vinden dat een organisatie die in rechte moet kunnen behartigen. In dat geval is er weinig reden om de geboden rechtsbescherming niet zo effectief mogelijk te maken. De rechter zou dan wetgevingsbevelen moeten kunnen geven, mits de rechtsplicht waarop hij dat bevel baseert, voldoende precies omschreven is.

Het medicijn tegen de potentiële gevaren van wetgevingsbevelen is dus rechterlijke terughoudendheid, mogelijk aangevuld met strengere ontvankelijkheidsvereisten voor belangenorganisaties. Van het beknotten van de uitspraakbevoegdheden in wetgevingsgedingen wordt echter niemand beter.

104 De Afdeling stelt zich de laatste tijd kritischer op tegenover belangenorganisaties. Vooral organisaties met een uiterst ruime doelomschrijving en organisaties die weinig méér doen dan procederen alleen, zijn minder snel ontvankelijk in het bestuursrechtelijk beroep. Zie ABRvS 28 mei 2008, *JB* 2008, 157 (Stg. Monumentenbehoud Nederland); ABRvS 10 december 2008, *JB* 2009, 37 (Bont voor dieren); ABRvS 1 oktober 2008, *JB* 2008, 239 (Stg. Openbare Ruimte); ABRvS 15 oktober 2008, *JB* 2008, 258 (Stg. Omgevingsrecht). Daarover De Graaf, Jans & Tolsma 2009 en de interessante noot van Damen bij ABRvS 1 oktober 2008, *AA* 2009, p. 51-59. Het zou mij niet verwonderen, als deze Afdelingsrechtspraak haar weerslag zal hebben op de bereidheid van de civiele reciteer om belangenorganisaties te ontvangen, vooral als het gaat om organisaties zonder duidelijke ‘achterban’.

In de voorgaande hoofdstukken is het door de burgerlijke rechter ontwikkelde stelsel van rechtsbescherming tegen de uitoefening van de wetgevende functie van de overheid systematisch onderzocht. Daarbij is ingegaan op lagere regelingen en op de wet in formele zin.

Hoofdstuk 2 behandelt in kort bestek de staatsrechtelijke leerstukken over normhiërarchie en toetsingsbevoegdheid. Lagere regelingen worden getoetst aan alle hogere rechtsnormen, terwijl de wet in formele zin uitsluitend kan worden getoetst aan een ieder verbindende verdragsbepalingen en aan EG-recht. Vervolgens komt het begrippenpaar ‘buiten toepassing laten’ en ‘onverbindend verklaren’ aan bod. Bij onverbindendverklaring spreekt de rechter uit, dat het betreffende voorschrift iedere rechtskracht ontbeert, omdat het, gelet op een hogere regel, nooit uitgevaardigd had mogen worden. Buiten toepassing laten betekent slechts dat aan een voorschrift in de concrete casus geen gevolg wordt gegeven. Art. 94 Gw gebiedt de rechter naar de letter, wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten als die toepassing in strijd is met een ieder verbindende verdragsbepaling. Sommigen lezen hierin, dat de rechter een wettelijk voorschrift als zodanig niet zou mogen toetsen, dan wel, dat hij het niet onverbindend zou mogen verklaren. Uit de geschiedenis van de Grondwet 1983 blijkt echter, dat de rechter de wet als zodanig aan een verdragsbepaling mag toetsen; hij mag dus in zijn vonnis constateren, dat een voorschrift als zodanig strijdt met een verdragsbepaling. De ‘bevoegdheid’ tot onverbindendverklaring voegt daaraan weinig toe. Toch heb ik bepleit, dat de rechter een wettelijk voorschrift in voorkomende gevallen wél onverbindend zou moeten verklaren. Dat voorkomt vertroebeling van het voor lagere regelingen uitgekristalliseerde onderscheid tussen ‘buiten toepassing laten’ en ‘onverbindend verklaren’. De specifieke formulering van art. 94 Gw behoudt zin, door haar uit te leggen als opdracht aan de rechter om uitsluitend onverbindend te verklaren als buiten twijfel staat, dat geen enkele rechtmatige toepassing van het voorschrift mogelijk is, waarmee tevens toepassing van de leer van de onsplitsbare wilsverklaring wordt uitgesloten bij verdragstoetsing. Bij strijdigheid van wettelijke voorschriften (waaronder de wet in formele zin) met EG-recht is onverbindendverklaring zonder twijfel toegestaan.

Deel I concentreert zich op de wijze waarop klassieke, privaatrechtelijke leerstukken zo kunnen worden uitgelegd, dat ondanks het ontbreken van een vernietigingsberoep een stelsel van rechtsbescherming tegen wettelijke voorschriften ont-

staat. De behandeling van die leerstukken loopt zo veel mogelijk gelijk op met de vragen die de rechter achtereenvolgens beantwoordt in het 'beslisschema' van het burgerlijk recht.

Hoofdstuk 3 gaat over voorvragen: is de rechter bevoegd en is de eiser ontvankelijk in zijn vordering.

De bevoegdheid van de civiele rechter levert nooit problemen op, doordat de burgerlijke rechter het begrip 'geschil over een schuldvordering' volkomen formeel uitlegt: zodra de eiser zijn vordering maar inpast in een rechtsfiguur uit het BW is de burgerlijke rechter bevoegd. Bij wetgevingsgedingen betekent dit, dat kwesties die materieel competentievragen zijn, worden behandeld als ontvankelijkheidsvraag of bij de inhoudelijke beoordeling van de vordering.

Wil de eiser ontvankelijk zijn in zijn vordering, dan moet hij voldoende belang hebben bij zijn vordering en bovendien moet er geen bijzondere rechtsgang beschikbaar zijn die hij zou moeten volgen.

Voor de *individuele burger* geldt, dat het belang bij zijn vordering verband moet houden met de bescherming van een hem toekomend subjectief recht. Hij moet bovendien 'processueel belang' hebben bij zijn vordering: als de rechter hem gelijk geeft, moet daardoor zijn subjectief recht daadwerkelijk beschermd worden. Een *overheid* kan voldoende belang hebben als het belang bij haar vordering zijn grond vindt in de behartiging van het algemeen belang. Daardoor spant af en toe een lagere overheid een onrechtmatige-daadsactie aan tegen de Staat, ter zake van een wet die de lagere overheid in haar huishoudelijke belangen raakt. Ex art. 3:305a BW kunnen *belangenbehartigers* een civiele procedure aanspannen. Zij kunnen op eigen naam procederen ter zake van belangen van leden van hun 'achterban' of ter zake van ideële belangen. Wetgevingsgedingen worden in de praktijk vaak door belangenorganisaties aangespannen.

Vervolgens is de vraag, of er een bijzondere rechtsgang voorhanden is die in de weg staat aan de ontvankelijkheid van de eiser. Bij het formuleren van een ontvankelijkheidsregel voor de rechtsmachtverdeling moeten twee gezichtspunten in balans zijn. Enerzijds moet de rechterlijke specialisatie zo min mogelijk worden verstoord, mede om uiteenlopende oordelen tegen te gaan. Anderzijds moet de burger een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid verkrijgen. Het gezichtspunt van de doeltreffende rechtsbescherming gaat voor op de specialisatiegedachte. Ik bepleit, dat de burger uitsluitend niet-ontvankelijk is in een wetgevingsgeding, als hij het wettelijk voorschrift op eenvoudige, niet gekunstelde of riskante wijze door een bijzondere rechter kan laten toetsen. Eisers voor wie überhaupt geen bijzondere, straf- of bestuursrechtelijke procedure openstaat of zal komen te staan én eisers tot wie een wettelijke verplichting is gericht, zijn daarom altijd ontvankelijk. Het gezichtspunt van doeltreffende rechtsbescherming krijgt hier voorrang op de rechterlijke specialisatie. Lastiger is de ontvankelijkheid van eisers die worden geconfronteerd met een regeling waarop een appellabel uitvoeringsbesluit kan worden gegrond.

Bij *appellabele* besluiten is de eiser niet-ontvankelijk als hij een civielrechtelijke vordering tegen het besluit instelt, terwijl hij hetzelfde geschil aan de bestuursrechter kan voorleggen. Er wordt verschillend gedacht over de vraag, hoe

dit leerstuk moet worden toegepast bij regelingen die in de toekomst de basis zullen zijn voor een appellabel uitvoeringsbesluit. Sommigen benaderen dit vraagstuk formeel door te stellen dat ‘vorderingen’ of ‘geschillen’ inzake onrechtmatige wetgeving nog niet aan de bestuursrechter zijn opgedragen, zodat de burger voor dit type geschil altijd ontvankelijk is bij de burgerlijke rechter. Anderen benaderen het vraagstuk materieel, door te stellen dat de burger met dezelfde vordering naar de bestuursrechter kan, zodra het belang dat in de verdrukking dreigt te komen ook door de bestuursrechter effectief beschermd kan worden. Ik sluit mij bij de materiële benadering aan, omdat die mij realistischer voorkomt in het licht van de vele jurisprudentie waarin de Hoge Raad het belang van specialisatie en rechtseenheid benadrukt. Van een burger die de onverbindendheid van een regeling ook bij de gespecialiseerde bestuursrechter kan opwerpen, mag in beginsel gevraagd worden deze weg te volgen. Wel blijft de effectiviteit van de rechtsbescherming van de burger voorop staan. Niet-ontvankelijkverklaring van de eiser geschiedt uitsluitend, als diens mogelijkheden voor rechtsbescherming daardoor voor hem niet extra riskant of gekunsteld worden.

Hoofdstuk 4 behandelt de toepassing van materieel burgerlijk recht op onrechtmatige wetgeving. Vorderingen inzake onrechtmatige wetgeving worden voornamelijk gevoerd op basis van art. 6:162 BW en een enkele keer op basis van art. 6:203 BW. Vorderingen uit onverschuldigde betaling leiden niet tot lastige vragen. Het leeuwendeel van hoofdstuk 4 gaat daarom over de onrechtmatige daad. Het hoofdstuk volgt het beslisschema van de onrechtmatige daad.

Op het punt van de *onrechtmatigheid* geldt sinds *Pocketbooks II*, dat het onrechtmatige-daadsrecht integraal van toepassing is op de uitoefening van de wetgevende functie door de overheid.¹ Onverbindendheid van een regeling is het gevolg van de schending van een hogere rechtsnorm. Die normschending levert altijd een onrechtmatige daad op. Ik betoog, dat het past in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad, de miskennis van een hogere regel bij het schrijven, indienen of publiceren van een ontwerp-regeling pas aan te merken als een onrechtmatige daad op het moment dat de regeling definitief wordt uitgevaardigd. Uitsluitend de schending van een specifieke rechtsplicht die voorafgaand aan uitvaardiging al gold tegenover een specifieke burger, kan tot de conclusie leiden dat reeds tijdens het wetgevingsproces onrechtmatig is gehandeld. Bepleit is, dat voor de overheid een rechtsplicht tot intrekking ontstaat, als een aanvankelijk juiste regeling in strijd komt met een latere, hogere regeling. Niet-intrekken kan een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad opleveren. Ook het verzaken een rechtsplicht tot regelstelling is een onrechtmatige daad.

Enkele auteurs onderschrijven de automatische koppeling tussen onrechtmatigheid en onverbindendheid niet. Hun benadering komt erop neer, dat de onrechtmatigheid nauwer wordt verbonden met het concrete belang dat wordt geschonden.

1 HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 (*Pocketbooks II*).

Schlössels, Van Maanen en Tak benadrukken dat onverbindendheid inhoudt, dat een regeling in abstracto strijdig is met objectieve normen van publiekrecht. Civielrechtelijke onrechtmatigheid staat volgens hen echter pas vast, als de overheid door het uitvaardigen van het besluit ten opzichte van de concrete belangen van de burger onjuist heeft gehandeld. De relativiteit wordt zo een integrerend onderdeel van de onrechtmatigheid. De heersende leer zou er volgens hen ten onrechte van uitgaan dat de objectieve onrechtmatigheid per definitie concrete onrechtmatigheid meebrengt. Dat zou het gevaar in zich bergen dat, enerzijds, de overheid soms aansprakelijk is in gevallen waarin dat niet gerechtvaardigd is en dat, anderzijds, de rechter uit het oog verliest, dat een voorschrift ook als het verbindend is, jegens een individu onrechtmatig kan uitpakken. Ik sluit mij hierbij niet aan. De systematiek van art. 6:162 en art. 6:163 BW maakt wel degelijk mogelijk, handelen of nalaten in abstracto als onrechtmatig te bestempelen. De relativiteit is een losstaande vervolgstap in het beslisschema van de onrechtmatige daad. Integratie van relativiteit en onrechtmatigheid is daarom niet noodzakelijk om het gevaar van uitdijende overheidsaansprakelijkheid in te dammen. Het feit, dat uit de onverbindendheid van een regeling wordt afgeleid, dat de uitvaardiging daarvan een onrechtmatige daad was, sluit bovendien niet uit, dat (uitvoering van) een verbindende regeling wegens de omstandigheden van het geval toch onrechtmatig is. Verder is nadeelcompensatie nog mogelijk, zodat de rechter ook bij koppeling tussen onrechtmatigheid en onverbindendheid de handen vrijhoudt, de burger 'recht op maat' te bieden. Tot slot staat het concretiseren van de onrechtmatigheid ook op gespannen voet met de mogelijkheden van belangenorganisaties om wettelijke voorschriften aan te vechten.

Mok en Tjittes menen, dat de uitvaardiging van een onverbindende, indirect werkende regeling op zich nog geen onrechtmatige daad oplevert; pas het nemen van een op die regeling gebaseerd uitvoeringsbesluit zou onrechtmatig zijn. Ook deze opvatting valt te weerspreken. In het systeem van art. 6:162 BW kwalificeert niet het toebrengen van schade, maar de overtreding van een rechtsnorm een handeling als onrechtmatig. Het standpunt is ook niet nodig om de schadeplichtigheid van de overheid 'af te bakenen', omdat de leer van de formele rechtskracht dit ook al doet. Bovendien moet het standpunt worden verlaten in de incidentele gevallen dat een indirect werkende regeling toch direct schade veroorzaakt.

Vervolgens is de vraag gesteld, of de enkele uitvaardiging van een wet in formele zin in strijd met een ieder verbindende bepaling, gezien 94 Gw wel een onrechtmatige daad kan opleveren. Ik betoog, dat de bevoegdheid uit te spreken dat de uitvaardiging van een wet onrechtmatig is, logisch volgt uit de door de grondwetgever toegestane mogelijkheid de wet als zodanig aan verdragsrecht te toetsen.

De uitvaardiging van een onverbindende regeling levert altijd een onrechtmatige daad op die ook automatisch wordt *toegerekend*.

Om inzicht te krijgen in de werking van het *relativiteitsbeginsel* bij onverbindende regelgeving ga ik eerst in op de twee meest voorkomende gronden voor onverbindendheid. Bij onverbindendheid op materiële gronden tast de overheid precies

die belangen van de burger aan, die zij krachtens een hogere regeling niet mag aantasten. Daarom wordt minimaal onrechtmatig gehandeld jegens de burger die datgene doet of nalaat, waartoe de regeling hem ten onrechte verplicht. Bij onverbindendheid wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag, bestaat in beginsel relativiteit tussen de schade die de burger lijdt in de vorm van een niet-democratisch gelegitimeerde inbreuk op zijn vrijheid of vermogen, en de schending van het legaliteitsbeginsel. De relativiteit strekt zich daarbij in beginsel uit tot schade, die ontstaat als de burger datgene doet of nalaat, waartoe de regeling hem ten onrechte verplicht.

Vervolgens komen enkele lastigere gevallen aan bod.

Bij schade, doordat een onverbindende regeling een feitelijke verplichting inhield, kan relativiteit worden geconstrueerd via de correctie-Langemeijer: er bestaat relativiteit ten opzichte van die kosten, waarvan in de normale lijn der verwachtingen ligt, dat de burger ze moet maken als feitelijk gevolg van de uitvaardiging van een onverbindende regeling.

Een onverbindende regeling die zich niet tot een bepaalde burger richt, kan deze toch indirect schade berokkenen. Bepleit is, te bezien of de regeling ook onverbindend is, als zij zo wordt geherformuleerd, dat zij zich wel tot gelaedereerde richt, terwijl daarmee hetzelfde beleidsdoel zou worden bereikt. In dat geval bestaat er relativiteit.

Een onverbindende, voor de burger begunstigende regeling kan schade berokkenen als de burger investeert in vertrouwen op de geldigheid van de regeling. Betoogd is, dat er in ieder geval relativiteit bestaat ten opzichte van die onrendabel gebleken investeringen, waarvan in de normale lijn der verwachtingen lag, dat de benadeelde ze zou doen.

Vervolgens is betoogd, dat de burgerlijke rechter de bestuursrechtelijke leer van het 'hypothetisch rechtmatig besluit' kan toepassen bij onverbindende regelgeving. Ik stel voor wetgevingsaansprakelijkheid de volgende variant van deze leer voor: aansprakelijkheid voor een onverbindende regeling ontbreekt, als met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid valt te zeggen dat de burger dezelfde schade zou hebben geleden, als bij tijdige onderkenning van het gebrek in de onverbindende regeling een verbindende regeling tot stand zou zijn gekomen die hetzelfde nadeel had veroorzaakt. Toepassing van dit criterium leidt ertoe, dat de aansprakelijkheid voor een onverbindende regeling vervalt, als de onverbindendheid van de regeling wordt veroorzaakt door een totstandkomingsgebrek, terwijl de materiële inhoud van de regeling door de beugel kan én bij onderkenning van het gebrek dezelfde schade was geleden.

Er zijn drie argumenten te geven voor de toepassing van de voorgestelde variant van de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit bij wetgevingsaansprakelijkheid. Ten eerste wordt een vergelijkbaar criterium toegepast bij vernietigde besluiten. De verschillen tussen wettelijke voorschriften en appellabele besluiten zijn te gering om verschillende causaliteitsregimes te rechtvaardigen. Een tweede argument blijkt bij een oriëntatie op het beschermingsdoel van procedure- en publicatievereisten. *Procedurele* normen beogen een besluitvormingsprocedure te scheppen die de kans op een materieel aanvaardbaar besluit vergroot. Als ook bij

het volgen van de juiste procedure een besluit met dezelfde inhoud tot stand zou zijn gekomen, heeft dat besluit geen onevenwichtige inhoud. Het nadeel waartegen de procedurenorm beschermt, heeft zich dan niet voorgedaan. *Bekendmakingsvereisten* beogen de burger tijdig duidelijkheid te verschaffen over het geldende recht. Was de burger bij correcte bekendmaking van de regeling door hetzelfde nadeel getroffen, dan heeft zich niet het risico verwezenlijkt waartegen de bekendmakingsnorm beschermt. Ten derde doet de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit recht aan de gedachte, dat de burger niet *beter* hoeft te worden van een onrechtmatige handeling van de overheid.

Twee mogelijke bezwaren moeten verworpen worden. Men kan zich afvragen of de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit de financiële prikkel om formele normen in acht te nemen niet zo klein maakt, dat overheden onbezorgd procedurenormen gaan overtreden. Dat gevaar moet niet worden overschat, omdat de dreiging van aansprakelijkheid altijd aanwezig blijft en omdat de wettelijke regeling door haar onverbindendheid als 'beleidsinstrument' ineffectief is. Men kan bovendien menen, dat schending van formele normen *as such* een ernstige vorm van onrecht is, waardoor schadevergoeding altijd gepast is. Dit is een overschatting van de maatschappelijke betekenis van het legaliteitsbeginsel, omdat de gemiddelde burger vooral geïnteresseerd zal zijn in de aanvaardbaarheid van de inhoud van een regeling. Dat maakt het maatschappelijk aanvaardbaar, aansprakelijkheid meer te doen aansluiten bij de inhoud van de regeling.

Vervolgens wordt betoogd, dat zowel de relativiteitseis als de leer van de redelijke toerekening de leer van het hypothetisch rechtmatig besluit kunnen absorberen.

Als een procedurele norm wordt overtreden, is in het systeem van art. 6:163 BW de relativiteit in beginsel gegeven, tenzij de gedaagde bewijst, dat de relativiteit ontbreekt. De relativiteit ontbreekt, als bij een correcte besluitvormingsprocedure met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dezelfde schade zou zijn veroorzaakt. Dan geldt, dat het gevaar waar de procedurele/formele normen tegen beschermen zich niet heeft verwezenlijkt. Ondanks de schending van een formele waarborg is immers een besluit tot stand gekomen dat materieel aanvaardbaar was.

De leer van de redelijke toerekening krijgt gestalte door een aantal 'deelregels'. Twee deelregels zijn in dit verband van belang. Ten eerste moet voor iedere beschermingsnorm worden vastgesteld of het doel waarmee zij in het leven is geroepen toerekening van de geleden schade rechtvaardigt. Ten tweede is de aard van de overtreden norm van belang. Publiekechtelijke procedurenormen zijn, als gezegd, naar hun aard gericht op het vergroten van de kans dat een besluit met een aanvaardbare inhoud tot stand komt. Deze aard rechtvaardigt, dat schade niet wordt toegerekend als deze met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid ook zou zijn ontstaan, als de procedurenorm niet was geschonden.

Hoofdstuk 5 behandelt de uitspraakbevoegdheden. Eerst ga ik in op het *wetgevingskortgeding*. Daarin worden toepassingsverboden gegeven. De onverbindendheid moet daarvoor onmiskenbaar zijn. Dat geldt bij toetsing aan alle typen hoger recht, waaronder internationaal en Europees recht en rechtsbeginselen. Heeft ech-

ter de bodemrechter al onverbindendheid uitgesproken, dan kan de kortgedingrechter zonder meer een toepassingsverbod geven. In het dictum van een kortgedingvonnis kan een regeling ‘buiten werking gesteld’ worden. Het vonnis legt dan *inter partes* vast, dat de overheid ten behoeve van de verkrijger verplicht is, om *erga omnes* van verdere uitvoering van de regeling af te zien. Blijft de overheid de regeling handhaven, dan kan de verkrijger zijn vonnis ten behoeve van derden inroepen.

Enkelen brengen tegen de term ‘buitenwerkingstelling’ in, dat deze ten onrechte suggereert, dat de burgerlijke rechter middels een rechtshandeling aan een regeling haar rechtskracht ontnemt. Door de uitleg die de Hoge Raad aan deze rechtsfiguur geeft, past zij echter goed in de dogmatiek. Bovendien is de term ingeburgerd.

De kortgedingrechter kan ook een toepassingsverbod voor één geval geven. Naar mijn oordeel kan de verkrijger dit verbod inroepen in een latere straf- of bestuursrechtelijke procedure. Zou de bijzondere rechter deze rechtsfiguur dit effect onthouden, dan zou zij zinloos worden. In theorie kan de civiele bodemrechter een in kort geding gegeven toepassingsverbod ongedaan maken. In de praktijk komt dat niet voor.

In een *bodemgeding* kan de rechter voor recht verklaren, dat toepassing van een regeling jegens de eiser onrechtmatig is. Daarnaast kan hij voor recht verklaren, dat een regeling onverbindend is. Ik duid deze figuur aan als ‘declaratoire onverbindendverklaring’. Hiertegen is het bezwaar ingebracht, dat de burgerlijke rechter daarmee zijn bevoegdheid overschrijdt, omdat die beperkt is tot de vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen. Bovendien zou dit op gespannen voet staan met de scheiding der machten. Aan deze bezwaren moet niet te veel gewicht worden toegekend. De Hoge Raad heeft uitgelegd dat ook declaratoire onverbindendverklaring dogmatisch gezien slechts tussen partijen werkt.² Bovendien, ook als de rechter zijn oordeel beperkt tot het concrete geval, valt uit een zorgvuldig gemotiveerd vonnis meestal af te leiden, wat het oordeel van de rechter is over de verbindendheid van de regeling. De machtenscheiding is meer gediend bij terughoudende interpretatie van de rechtsnormen waaraan de rechter een lagere regeling toetst.

Het declaratoir legt de rechtsverhouding tussen burger en overheid voor een ander geding vast. Betoogd is dat ook een toekomstige bestuurs- of strafprocedure kan gelden als een ‘ander geding’ (art. 236 Rv), waar het civielrechtelijk toetsingsoordeel kan worden ingeroepen. De wetstekst laat daar ruimte voor; bovendien zou het de rechtsbescherming door de burgerlijke rechter ondergraven als dat niet zou kunnen. De toetsing door de burgerlijke rechter beoogt immers, de burger vooraf *zekerheid* te bieden over zijn rechtspositie.

De bodemrechter kan ook een veroordeling tot schadevergoeding, een absoluut of een relatief toepassingsverbod of een buitenwerkingstelling uitspreken. De onmiskenbaarheidseis geldt voor toepassingsverboden in het bodemgeding niet.

2 HR 16 mei 1983, *NJ* 1984, 361 (Bullenbaai).

Deel II past de algemene theorie toe op verschillende typen eisers en regelingen. Eerst komen eisers aan de orde, voor wie überhaupt geen bijzondere straf- of bestuursrechtelijke rechtsgang beschikbaar komt (Hoofdstuk 6). Daarna komen eisers aan bod, die wel in een bijzondere procedure betrokken kunnen raken. Hier worden verschillende typen regelingen onderscheiden: regelingen met een rechtstreeks tot de benadeelde gerichte verplichting (Hoofdstuk 7); belastingverordeningen en andere indirect werkende regelingen (Hoofdstuk 8) en tot slot regelingen met een onverbindende wettelijke voorwaarde voor het verkrijgen van een vergunning (Hoofdstuk 9).

Hoofdstuk 6 behandelt eisers die willen procederen tegen een regeling, terwijl zij nooit in een straf- of bestuursrechtelijke procedure betrokken zullen raken. Deze eisers zijn altijd ontvankelijk in hun vordering bij de burgerlijke rechter. Het gaat een enkele keer om particulieren, soms om overheden en vaak om belangorganisaties.

Particulieren kunnen schade lijden ten gevolge van een regeling die zich niet tot hen richt, maar die hun potentiële contractspartners ontmoedigt of verbiedt, een transactie met hen aan te gaan. De benadeelde particulier is in beginsel ontvankelijk als hij bij de burgerlijke rechter een vordering instelt tegen de voor hem nadelige regeling. Dat kan anders zijn, als de betreffende regeling tegenover derden wordt gehandhaafd door middel van uitvoeringsbesluiten, én duidelijk is, dat de gelaedeerde op zeer afzienbare termijn belanghebbende zal zijn bij een uitvoeringsbesluit, zodat hij de bestuursrechter indirect kan laten toetsen. Voor de relativiteit stel ik een vuistregel voor: er is een sterke aanwijzing voor relativiteit, als de regeling ook onverbindend is, als zij zo wordt geherformuleerd dat zij zich wel tot de gelaedeerde richt, terwijl daarmee hetzelfde (onrechtmatige) beleidsdoel zou worden bereikt. Is een dergelijke herformulering niet mogelijk, dan ontbreekt in beginsel de relativiteit. Wel kan nog worden gezien of gelijktijdig een ongeschreven norm is geschonden die de belangen van de gelaedeerde wel beschermde. Te denken valt aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, dat de overheid in beginsel moet voorkomen dat burgers schade lijden, doordat zij hun handelen onnodig afstemmen op een ten onrechte als geldig gepresenteerde regeling. Ook kan worden gedacht aan het geval dat de overheid moedwillig de belangen van de gelaedeerde op het spel heeft gezet, terwijl zij sterke aanwijzingen had dat de regeling onverbindend zou zijn.

De burgerlijke rechter is ook bevoegd in geschillen tussen *overheden*, die volledig door regels van publiekrecht worden beoordeeld. Hierdoor kunnen gemeenten bij de burgerlijke rechter procederen tegen wetgeving die verandering brengt in hun inrichting of bevoegdheden.

Met enige regelmaat komt een *belangenorganisatie* op tegen een regeling die ten aanzien van haar 'achterban' concreet uitwerkt door strafrechtelijke handhaving of appellabele beschikkingen. Belangenorganisaties zijn al snel ontvankelijk in een civiel wetgevingsgeding. Zij kunnen zich niet mengen in een individuele strafrechtelijke procedure teneinde daar de onverbindendheid van de regeling op te werpen. Op grond van Afdelingsjurisprudentie kunnen belangenorganisaties ook bij de bestuursrechter vaak niet opkomen tegen een op een potentieel onver-

bindende regeling gegrond, aan een individueel ‘lid’ van de achterban geadresseerd besluit. De Hoge Raad schept daarom ruime mogelijkheden voor belangenorganisaties om tegen regelingen te procederen, althans voor zover en zolang de belangenorganisatie niet bij de bestuursrechter terecht kan.³

Hoofdstuk 7 ziet op regelingen met een tot de benadeelde gerichte verplichting.

Bij een potentieel onverbindende verplichting zonder de mogelijkheid van ontheffing of vergunning kan de burger alleen bij de straf- bestuursrechter terecht door de regeling bewust te overtreden en zo de oplegging van een sanctie uit te lokken. De burger is daarom ontvankelijk bij de burgerlijke rechter, zowel bij een regeling met een punitieve als met een reparatoire sanctie. Algemeen is men het eens, dat van de burger niet gevraagd kan worden een regeling bewust te overtreden. Deze processtrategie is riskant, omdat zij eindigt in de oplegging van een sanctie als de bijzondere rechter de regeling wél verbindend acht. Een bijkomend argument voor de ontvankelijkheid van de burger is, dat de overheid de ontvankelijkheid van de burger nooit behoort te bestrijden met het argument dat de burger een door diezelfde overheid gesteld voorschrift had moeten overtreden.

Bestaat wel de mogelijkheid om ontheffing of vergunning aan te vragen, dan kan de burger op grond van *Leenders/Ubbergen* toch direct bij de civiele rechter terecht.⁴ Het uitlokken van de afwijzing van een vergunningsaanvraag, teneinde een rechtsingang bij de bestuursrechter te creëren waar de verbindendheid van de regeling bestreden kan worden, is een te gekunstelde mogelijkheid van procederen om de burger te kunnen verwijten dat hij haar heeft laten lopen.

Hoofdstuk 8 ziet op belastingregelingen en andere indirect werkende regelingen. De rechtsgevolgen van een indirect werkende regeling worden in een uitvoeringsbesluit geconcretiseerd voordat definitief wijziging wordt aangebracht in de rechtspositie van de burger. Bij een potentieel onverbindende, indirect werkende regeling heeft de burger dus altijd de mogelijkheid, om een uitvoeringsbesluit af te wachten. Uiteindelijk kan dan de bestuursrechter de achterliggende regeling toetsen. Staat deze mogelijkheid in de weg aan ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter? Ik onderscheid tussen kortgedingen en bodemgedingen.

In de gepubliceerde jurisprudentie zijn verscheidene *kortgedingen* te vinden, waarin wordt gevraagd om buitenwerkingstelling van een indirect werkende regeling. Het gaat voornamelijk om gemeentelijke belastingverordeningen, ‘tarief-richtlijnen’ en een enkel geval waarin een wettelijk geregelde, financiële aanspraak op de overheid werd beknot. Uit analyse van deze rechtspraak blijkt, dat een indirect werkende regeling al voordat een uitvoeringsbesluit is genomen, haar schaduw vooruit kan werpen. Reeds de verwachting van de toepassing van de indirect werkende regelgeving kan de burger belemmeren in zijn (economische) vrijheid. De burger wordt vooraf feitelijk gedwongen te anticiperen op uitvoering

³ HR 3 september 2004, *AB* 2005, 74 (Staat/NJCM).

⁴ HR 11 oktober 1996, *NJ* 1997, 165 (Leenders/Ubbergen).

van de regeling, waardoor hij schade lijdt of dreigt te lijden. Als hij het eerste uitvoeringsbesluit afwacht, kan zijn schade oplopen. Burgers kunnen daarom ook bij indirect werkende regelingen voorafgaand aan de eerste beschikking een kort geding aanspannen, tenzij hun 'schade vooraf' zo gering is, dat zij geen spoedeisend belang hebben. Is er een uitvoeringsbesluit beschikbaar, dan kan van de burger verlangd worden de bestuursrechter te adiëren.

Welke ruimte is er nog voor een civielrechtelijk bodemgeding naar aanleiding van een indirect werkende regeling? Vijf verschillende situaties zijn onderscheiden.

(1) Als de burger een bodemprocedure entameert voorafgaand aan het afkomen van het eerste uitvoeringsbesluit zal hij vaak niet-ontvankelijk zijn, omdat het afwachten van beroep tegen een uitvoeringsbesluit voor hem meestal geen extra risico's oplevert in vergelijking met de langdurige civiele bodemprocedure. (2) Laat de burger de mogelijkheid onbenut om een besluit dat berust op een onverbindende regeling aan te vechten, dan verkrijgt dit formele rechtskracht. Ook als de achterliggende regeling uiteindelijk onverbindend blijkt, kan de burger tegen de gevolgen van het uitvoeringsbesluit niets meer doen. (3) Als de lagere bestuursrechter een uitvoeringsbesluit vernietigt, omdat het is gegrond op een onverbindende regeling, dan staat daarmee in beginsel ook de onverbindendheid van de regeling voor de toekomst tussen de overheid en deze burger vast. Als de lagere bestuursrechter het beroep tegen het uitvoeringsbesluit ongegrond verklaart omdat volgens hem de achterliggende regeling wél verbindt, staat de *verbindendheid* van de regeling echter voor de toekomst nog niet vast. Deze asymmetrie is te rechtvaardigen doordat de overheid doorgaans over veel meer juridische kennis beschikt dan de burger en doordat zij bovendien op relatief eenvoudige wijze de onverbindendverklarde regeling kan wijzigen of intrekken. (4) Als de hoogste bestuursrechter een regeling onverbindend heeft verklaard, neemt de burgerlijke rechter dat oordeel *erga omnes* over; heeft de hoogste bestuursrechter een regeling verbindend verklaard, dan staat die onverbindendheid *in civilibus* vast tegenover de burger die het bestuursrechtelijk beroep heeft ingesteld. (5) Voor anticipatieschade door een feitelijke verplichting kan de burger altijd bij de civiele rechter terecht.

Hoofdstuk 9 behandelt gevallen waarin een burger krachtens een onverbindende regeling vooraf moet voldoen aan een voorwaarde om voor een vergunning in aanmerking te komen. Een dergelijk voorschrift kan op twee manieren aan de bestuursrechter worden voorgelegd. De burger kan de vergunning aanvragen zonder dat aan de wettelijke voorwaarde is voldaan en zo een appellabele afwijzing uitlokken. De burger loopt hierbij het risico, dat de bestuursrechter het voorschrift uiteindelijk verbindend oordeelt, zodat hij zijn vergunning misloopt. De tweede processtrategie houdt in, dat de burger vooraf aan de voorwaarde voldoet, en daarna tegen de verkregen vergunning gaat procederen. Uit de Afdelingsjurisprudentie blijkt, dat de burger hierbij een aanzienlijk risico loopt dat hij door de bestuursrechter niet-ontvankelijk wordt verklaard. Beide wegen naar bestuursrechtelijke rechtsbescherming zijn voor de burger dus riskant. Volgens het arrest *Kuijpers/Valkenswaard* echter moet de burger de processtrategie van het uitlokken van een

afwijzing volgen. Deze jurisprudentie is bekritiseerd omdat de Hoge Raad de burger daarmee tot een gekunstelde en riskante processtrategie dwingt, omdat zij getuigt van een gekunstelde causaliteitsopvatting en omdat de Hoge Raad hiermee ten onrechte een verkapte eigen schuld-constructie toepast. Geconcludeerd wordt, dat de burger de investering moet kunnen doen en naderhand de verbindendheid van de regeling en de daardoor veroorzaakte schade bij de burgerlijke rechter aan de orde moet kunnen stellen. Bij deze oplossing wordt tot op zekere hoogte het toevallige moment waarop de schade is ontstaan allesbepalend voor de vergoedbaarheid daarvan. Dat bezwaar is echter op de eerste plaats toe te schrijven aan ons systeem van overheidsaansprakelijkheid en moet dus verworpen worden. Tot slot wordt betoogd, dat de regel uit *Kuijpers/Valkenswaard* een beperkt toepassingsbereik heeft en daarom de regel uit *Leenders/Ubbbergen* onaangetast laat.

In *Deel III* komen de bijzondere problemen aan de orde die ontstaan doordat art. 120 Gw de formele wet in de interne verhoudingen onschendbaar maakt.

Hoofdstuk 10 behandelt de relevante elementen uit de totstandkomingsgeschiedenis van het toetsingsverbod. In verband met het verdere verloop van het betoog moet getoond worden, wat de wetsgeschiedenis leert over de functie van het toetsingsverbod én over de mogelijkheid om de wet in uitzonderlijke gevallen buiten toepassing te laten. Het toetsingsverbod dateert van 1848. Regering en kamer waren het toen eens, dat het verbod buiten twijfel stelt, dat de formele wet altijd verbindt. Zo werd aan ieder een volstreekte eerbiediging van de wet opgelegd. Men had geen oog voor de mogelijkheid om de wet in een individueel geval buiten toepassing te laten. In 1983 wordt de tekst van het verbod beperkt tot een verbod op grondwettigheidstoetsing. Dit roept enige onduidelijkheid op over de vraag, of toetsing aan ongeschreven recht voortaan is toegestaan. De wetsgeschiedenis bevat hierover elkaar deels tegensprekende passages. Daaruit blijkt wel, dat de grondwetgever het buiten toepassing laten van de wet bij strijd met een rechtsbeginsel heeft willen toestaan, maar dit zag als een uitzonderingsgeval. Duidelijk is, dat het toetsingsverbod niet langer verplicht tot volstreekte eerbiediging van de wet.

Hoofdstuk 11 analyseert de jurisprudentie op het toetsingsverbod. Ik onderscheid de kern van het toetsingsverbod van de mogelijkheden die aan de ‘randen’ resteren om in individuele gevallen rechtsbescherming te bieden.

De kern bevat drie elementen. Ten eerste een verbod op procedurele toetsing. Ten tweede een verbod om de inhoud van de wet te toetsen aan de Grondwet, het Statuut of ongeschreven rechtsbeginselen. Ten derde een verbod om voorbereidingshandelingen voor de formele wet onrechtmatig te verklaren. Omdat de formele wetgever zelf beoordeelt, of de wet in overeenstemming is met de Grondwet, het Statuut of rechtsbeginselen, kan de burgerlijke rechter niet uitspreken, dat de formele wetgever een onrechtmatige daad heeft begaan door nationale, hogere normen foutief te interpreteren.

Over de *resterende rechtsbescherming* zijn drie zaken op te merken. Ten eerste is het uitgangspunt van volstreekte eerbiediging van de wet in de jurisprudentie

gerelativeerd. Dit begint met de ‘*Doorbraak*-arresten’, waar de wet op grond van een algemeen beginsel van behoorlijk *bestuur* buiten toepassing blijft. In het *Harmonisatiewet*-arrest krijgt deze *contra legem*-leer een ruimere formulering, waardoor het leerstuk niet langer beperkt is tot onrechtmatig bestuurshandelen. De burgerlijke rechter zou de *contra legem*-leer kunnen toepassen door de overheid een relatief toepassingsverbod te geven. Ten tweede. Als een burger krachtens een toezegging een aanspraak heeft op de overheid, maar de wet erkent deze aanspraak niet, dan staat het toetsingsverbod in beginsel niet aan staatsaansprakelijkheid in de weg. Slechts als uit een *uitgevaardigde* wet blijkt, dat de wetgever ondubbelzinnig heeft besloten, een toezegging niet te honoreren, blokkeert het toetsingsverbod een civielrechtelijke vordering. Dat laatste geldt uitsluitend als de beslissing van de wetgever zo ondubbelzinnig blijkt, dat zij valt op te vatten als een element van de betekenis van de geldende wet. Wanneer is toegezegd, dat een *wet* tot stand zal komen, kan de burger schade lijden als deze wet uitblijft. Art. 120 Gw immuniseert de Staat dan niet tegen aansprakelijkheid. Ten derde. De resterende rechtsbescherming is begrensd. Als de wet in een concreet geval nadelig uitpakt, is het volgens de Hoge Raad onmogelijk, schadevergoeding toe te kennen op de grond dat de uitvaardiging van de wet jegens de concrete gelaedeerde een onrechtmatige daad oplevert.⁵

In *hoofdstuk 12* wordt bepleit, art. 120 Gw niet ruimer te interpreteren dan gelet op zijn functie noodzakelijk is. Aan het toetsingsverbod moet de functie worden toegekend, te voorkomen dat de rechter de interpretatie doorkruist die de wetgever aan een hogere norm van nationale origine heeft gegeven. Zo bepaalt de democratisch gelegitimeerde wetgever zelf, in hoeverre hoger nationaal recht toelaat, een courante maatschappelijke opvatting tot wet te verheffen. Doet zich geen interpretatieconflict tussen rechter en wetgever voor en bestaat geen verschil van inzicht over de gewenste ontwikkeling van het recht, dan kan de rechter zijn normale taak vervullen en de burger rechtsbescherming bieden met het oog op alle relevante omstandigheden van het geval. Deze beperktere interpretatie van het toetsingsverbod wordt toegepast op de in hoofdstuk 11 geanalyseerde jurisprudentie op het toetsingsverbod.

(1) In de literatuur bestaat een stroming die de *contra legem*-leer eng uitlegt. De rechter zou de wet alleen buiten toepassing mogen laten vanwege een belang dat niet kenbaar was op het moment dat zij tot stand kwam. Oriëntatie op de functie van het toetsingsverbod leidt tot een ruimere opvatting: de rechter mag de wet altijd buiten toepassing laten als de afweging van de wetgever onvolledig is, ook als een relevant belang bij een zorgvuldiger voorbereiding zou zijn meegewogen. Als art. 120 Gw naar zijn functie wordt uitgelegd, is niet meer relevant of de wetgever een zorgvuldigere afweging had kunnen maken, maar uitsluitend welke afweging hij heeft gemaakt.

5 HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713 (Kooren-Maritiem).

Bij beantwoording van de vraag of een belang in de wet is verdisconteerd, kan de rechter zich van een vuistregel bedienen: als de toepassing van de wet in een concrete casus op gespannen voet staat met een rechtsbeginsel, terwijl dat voor de 'doorsnee-toepassing' niet geldt, is dit concrete geval waarschijnlijk niet verdisconteerd. Dit wordt anders, als de wet in de doorsnee-toepassing in strijd lijkt te zijn met hetzelfde rechtsbeginsel.

Twee mogelijke bezwaren tegen deze ruime opvatting van de *contra legem*-leer worden verworpen. Ten eerste. In deze ruime opvatting van de *contra legem*-leer spreekt de rechter soms een 'bezwaar' tegen de wet uit. De functie van het toetsingsverbod is echter uitsluitend, bewuste interpretaties van de wetgever te beschermen tegen rechterlijke doorkruising. Bij gevallen waar de wetgever geen duidelijke beslissing heeft genomen wordt die functie niet bedreigd. Ten tweede. De rechter zou ook weloverwogen beslissingen van de wetgever kunnen gaan afwijzen. In dat geval kan de rechter echter vrij eenvoudig door een latere wet worden gecorrigeerd.

(2) Ik betoog, dat de rechter in de gevallen waar hij de wet buiten toepassing kan laten, voortaan ook op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding moet kunnen toekennen. De grondslag van de schadevergoeding is dan namelijk niet een onrechtmatigverklaring van een *bewuste* interpretatie door de wetgever.

(3) Oriëntatie op de functie van het toetsingsverbod leidt ook tot beperktere toepassing van de jurisprudentiële regel, dat de rechter niet oordeelt over handelingen ter voorbereiding van een wet.⁶ De burgerlijke rechter moet zich bij rechtsvorderingen ten aanzien van voorbereidingshandelingen de vraag stellen of toewijzing van de vordering de beslissing over de conformiteit van een wet met nationaal recht *daadwerkelijk* aan de wetgever onttrekt.

Tot slot wordt teruggekoppeld naar de kern van het toetsingsverbod en het restant aan rechtsbescherming. Idealiter valt de kern samen met de functie van het toetsingsverbod: de rechter mag de afweging die de wetgever ten aanzien van het nationaal recht heeft gemaakt, noch doorkruisen, noch als onrechtmatig bestempelen. In alle andere gevallen resteert de mogelijkheid van individuele rechtsbescherming.

In *hoofdstuk 13* wordt betoogd, dat de Staat op grond van het nationale *égalité*-beginsel aansprakelijk kan zijn voor de formele wet. Naar geldend recht kan de burgerlijke rechter de Staat op grond van art. 1 EP EVRM veroordelen tot nadeelcompensatie voor de wet. Toch is erkenning van aansprakelijkheid op grond van het nationale *égalité*-beginsel om drie redenen zinvol. Ten eerste overlappen de *égalité*-aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid op grond van art. 1 EP EVRM niet volledig. Er is onvoldoende grond om het 'complement' dat bestaat in de extra bescherming van de nationale *égalité* niet op de formele wet toe te passen. Ten tweede kan het EHRM de aansprakelijkheid op grond van art. 1 EP EVRM in de toekomst beperkter uitleggen. De Hoge Raad moet dan de aansprakelijkheid op

⁶ HR 19 november 1999, NJ 2000, 160 (Tegelen/Limburg).

grond van art. 1 EP EVRM beperken, tenzij die aansprakelijkheid inmiddels in het nationale recht verankerd is. Ten derde is de jurisprudentie op dit punt conceptueel onjuist, want strijdig met de functie van het toetsingsverbod.

Égalité-aansprakelijkheid berust in Nederland op de onrechtmatige daad. De Hoge Raad meent dat hij uitvaardiging van een formele wet niet als onrechtmatig kan kwalificeren. Daardoor kan de stap naar égalité-aansprakelijkheid niet worden gezet. Om dit goed te kunnen beoordelen wordt de ontwikkelingsgang geanalyseerd die de égalité-aansprakelijkheid heeft doorgemaakt. Deze loopt van de traditionele 'Voorste Stroom-constructie' via de 'Leffers-constructie' naar de recente 'Harrida-constructie'. Ook bij die laatste kleeft er in de relatie tussen de overheid en de benadeelde nog altijd één aspect van onrechtmatigheid aan een besluit dat aan een individu onevenredig nadeel toebrengt. De Afdeling heeft de band tussen égalité-aansprakelijkheid en de (dis)proportionaliteit of (on)rechtmatigheid van het besluit volledig doorsneden. Zo wordt het ongeschreven égalité-beginsel een autonome bron van overheidsaansprakelijkheid. Bij de Hoge Raad blijft echter vooralsnog de onrechtmatige daad de formele grondslag van égalité-aansprakelijkheid.

Égalité-aansprakelijkheid voor de wet kan op twee manieren vorm krijgen. De Hoge Raad kan de égalité als autonome bron van verbintenissen aanmerken. Ook kan hij terugkomen van zijn jurisprudentie, dat de uitvaardiging van een wet nooit in een concreet geval onrechtmatig kan zijn.⁷ Beide routes naar égalité-aansprakelijkheid worden uitgewerkt.

Bij de *égalité-verbintenis* kan de burgerlijke rechter de formele wet als rechtmatig aanmerken en de overheid toch tot nadeelcompensatie veroordelen. Het toetsingsverbod staat niet meer categorisch in de weg aan toewijzing van de vordering. Toch blijft het een rol spelen. Als de schadetoebrengende wet *geen compensatieregeling* bevat, moet onevenredige schade in beginsel op basis van de égalité vergoed worden, tenzij de tekst van de wet of de wetsgeschiedenis tot een andere conclusie dwingen. De vordering wordt echter uitsluitend geblokkeerd als de wetgever ondubbelzinnig heeft gewild, dat de onevenredige last ongecompenseerd zou blijven.

Bevat de wet *wél een compensatieregeling*, maar dekt die de schade van een individuele burger niet, dan wordt bezien of die regeling uitputtend is bedoeld. De tekst of de wetsgeschiedenis van de wettelijke compensatieregeling kunnen tot die conclusie leiden. In dat geval staat art. 120 Gw in de weg aan een vordering tot compensatie van nadeel dat buiten de regeling valt. Blijkt echter niet dat de compensatieregeling uitputtend is bedoeld, dan vult het égalité-beginsel de compensatieregeling aan.

Ook als de burgerlijke rechter *géén volwaardige égalité-verbintenis* aanvaardt, is égalité-aansprakelijkheid mogelijk. De wet in formele zin moet dan in een concreet geval jegens een onevenredig getroffen(e) als onrechtmatig aangemerkt worden. Gelet op de functie van het toetsingsverbod is dat bij de *Lavrijsen/Harrida-*

7 HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 (Kooren-Maritiem).

constructie én bij de *Leffers*-constructie mogelijk. Zolang de wetgever niet duidelijk heeft gewild, dat door de wet veroorzaakt nadeel voor eigen rekening blijft, doorkruist de rechter geen bewuste interpretatie van het *égalité*-beginsel als hij de Staat op basis van de onrechtmatige daad tot nadeelcompensatie veroordeelt. Uitsluitend wanneer de wetgever uitdrukkelijk heeft beslist, dat het *égalité*-beginsel niet tot compensatie van een bepaalde schade verplicht, mag de rechter daar zijn eigen oordeel niet voor in de plaats zetten.

Zelfs bij de *Leffers*-constructie is aansprakelijkheid voor de formele wet mogelijk. Slechts een afweging die de wetgever heeft gemaakt, kan niet in strijd worden verklaard met een rechtsbeginsel. Belangen die de wetgever niet voor ogen hebben gestaan, kunnen een grond opleveren om de wet buiten toepassing te laten, ook als dat betekent dat de gemaakte afweging verwijtbaar onvolledig is. De rechter kan ook een onvolledige afweging als onrechtmatig bestempelen jegens de gelaedeerde, zoals de *Leffers*-constructie vereist.

De conclusie is, dat art. 120 Gw een vordering tot nadeelcompensatie voor de wet uitsluitend blokkeert, als de wetgever heeft gewild dat een bepaalde vorm van nadeel ongecompenseerd blijft. In dat geval kan de burger nog proberen om de Staat op de voet van art. 1 EP EVRM juncto art. 94 Gw aansprakelijk te stellen.

Deel IV concentreert zich op de derdenwerking van wetgevingsgedingen. De procedure voor de civiele rechter is van oudsher sterk gericht op geschilbeslechting *inter partes*. De burgerlijke rechter heeft echter aan bepaalde onverbindendverklaringen een vorm van derdenwerking toegekend die tendeert naar het effect van een vernietiging (hoofdstuk 14). Daar staat tegenover, dat hij categorisch weigert, wetgevingsbevelen te geven (hoofdstuk 15).

Hoofdstuk 14 gaat over de derdenwerking van onverbindendverklaring door de hoogste rechter. De Nederlandse rechter kan een wettelijk voorschrift niet vernietigen maar slechts in het voorliggende geval onverbindend verklaren. Uit drie arresten blijkt, dat aan onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter inmiddels derdenwerking toekomt.

Eerst worden de ‘volgplicht-arresten’ van de Hoge Raad besproken. In het *Aujeszky*-arrest formuleert de Hoge Raad de regel, dat de burgerlijke rechter een onverbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter moet volgen.⁸ Ook derden die niet in de bestuursrechtelijke procedure waren betrokken, kunnen zich naderhand op de onverbindendverklaring beroepen. Deze regel wordt ingegeven door het streven naar rechtszekerheid en rechtseenheid. Wij kunnen ervan uitgaan dat de burgerlijke rechter ook een onverbindendverklaring door de hoogste strafrechter volgt. Volgens de Hoge Raad moet ook de strafrechter een door de hoogste bestuursrechter uitgesproken onverbindendverklaring volgen.⁹

⁸ HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283 (Aujeszky).

⁹ HR 11 oktober 2005, *NJB* 2005, p. 2106-2107 (Nijmeegse gebiedsontzegging).

Heeft de hoogste bestuursrechter een regeling verbindend geoordeeld, dan moet de burgerlijke rechter dat oordeel overnemen ten aanzien van de specifieke burger die in bestuursrechtelijke procedure betrokken was.¹⁰ Ik betoog, dat derden uitsluitend recht hebben op 'hertoetsing' voor zover zij nieuwe argumenten voor onverbindendheid aandragen. De burgerlijke rechter kan dan hertoetsen, zonder de interpretatie te doorkruisen die de bestuursrechter eerder aan een specifieke hogere regel heeft gegeven. Het resultaat is, dat een onverbindendverklaring jegens derden wordt overgenomen, terwijl derden na een verbindendheidsoordeel nog de mogelijkheid hebben, de regeling aan een andere hogere norm te laten toetsen. Heeft echter de bestuursrechter een regeling 'eigenmachtig' conform EG-recht of internationaal recht verklaard, dan kan de bevoegde internationale rechter de hogere norm later anders interpreteren. Daarna dienen de burgerlijke en de bestuursrechter van diens interpretatie uit te gaan.

Door vier arresten in serie te schakelen wordt een effect bereikt, dat tendert naar een vernietiging van de door de hoogste bestuursrechter onverbindendverklarde regeling. Uit *Aujeszky* blijkt, dat voortgezette handhaving van een door de hoogste bestuursrechter onverbindend verklaard voorschrift jegens derden een onrechtmatige daad is. Dreigt een bestuursorgaan een dergelijk voorschrift toch te blijven toepassen, dan kan de burger in kort geding een toepassingsverbod eisen. De kortgedingrechter richt zich daarbij naar een onverbindendheidsoordeel van de civiele bodemrechter.¹¹ Op grond *Aujeszky* zou de regeling in een bodemprocedure als onverbindend aangemerkt worden. De kortgedingrechter kan zich daarbij aansluiten en het voorschrift buiten werking stellen. Aan de overheid wordt dan in algemene zin verboden de regeling uit te voeren. Door *Nijmeegse Gebiedsontzegging* is ook verdere strafvervolgning geblokkeerd.

Derden hebben soms belang bij de handhaving van een onverbindendverklarde regeling, vooral in het ruimtelijke ordenings- en milieurecht en het economisch bestuursrecht. Toch moet de burgerlijke rechter ook dan een onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter volgen ter voorkoming van onderling tegenstrijdige rechtsplichten voor de overheid. In het strafrecht kan de volgplicht-jurisprudentie voor de burger nadelig uitpakken bij onverbindendverklaring van een voorschrift dat het bereik van het strafrecht inperkte. In dat geval moet de strafrechter weliswaar de onverbindendverklaring overnemen, maar geldt dat de verdachte verontschuldigbaar heeft gedwaald als hij heeft vertrouwd op de rechtsgeldigheid van het voorschrift.

Een volgregeel voor de bestuursrechter ten aanzien van een onverbindendverklaring door de Hoge Raad is nog niet uitgesproken. Rechtseenheid en rechtszekerheid zijn met een dergelijke volgregeel evenzeer gediend.

¹⁰ HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 152 (OZB/Staat).

¹¹ HR 19 mei 2000, *NJ* 2001, 407 (Whv V).

Hoofdstuk 15 gaat over wetgevingsbevelen. Volgens de Hoge Raad sluit geldend recht bevelen aan de formele wetgever en aan decentrale vertegenwoordigende organen uit.¹² Hij geeft daarvoor twee argumenten. Ten eerste is de afweging die aan totstandbrenging van wetgeving ten grondslag ligt, opgedragen aan de gekozen vertegenwoordigers. Ten tweede heeft een wetgevingsbevel rechtsgevolgen voor derden, wat niet zou passen bij de uitspraakbevoegdheden van de burgerlijke rechter. Dat tweede argument is een sterke aanwijzing dat de Hoge Raad geen wetgevingsbevel aan een bestuursambt zal geven.

De vraag is, wat de toegevoegde waarde van wetgevingsbevelen zou zijn. In het verleden werd met enige regelmaat een wetgevingsbevel gevraagd in gevallen waar de (beweerde) eisen van hoger recht pas verwerklijkt kunnen worden door optreden van de wetgever, en onverbindendverklaring daarvoor niet 'genoeg' was. Ondanks de onmogelijkheid van wetgevingsbevelen kan de burgerlijke rechter in deze gevallen nog altijd het nalaten van de wetgever toetsen en daarover een abstracte verklaring voor recht uitspreken. De burger of de belangenorganisatie is dus niet verstoken van procedurele instrumenten. Toch zou een wetgevingsbevel de effectiviteit van een wetgevingsgeding vergroten. Een bevel zet de wetgever sterker onder druk dan een verklaring voor recht. Bovendien zou het kortgedingen mogelijk maken, als een rechtsplicht tot wetgeven onmiskenbaar wordt verzaakt.

Vervolgens worden de argumenten van de Hoge Raad tegen wetgevingsbevelen beschouwd.

Het eerste tegenargument is het *trias-argument*. Dat gaat alleen op bij een formele uitleg van de trias, die formalistisch aandoet in het licht van de vergaande mate waarin hoger recht de speelruimte van de wetgever kan inperken en de toetsings- en uitspraakbevoegdheden die de rechter naar geldend recht al heeft. Een materiële trias-benadering verdient daarom de voorkeur: als een rechtsplicht voor de wetgever zodanig precies uit een hogere regel blijkt, dat de rechter op overtuigende wijze kan motiveren dat deze niet is nageleefd, verstoort een wetgevingsbevel het evenwicht tussen de staatsmachten niet.

Vervolgens worden mogelijke bezwaren tegen deze materiële benadering besproken. Rechtsplichten voor de wetgever zijn niet altijd even helder. Bij communautaire wetgevingsplichten kan de rechter dan een prejudiciële vraag te stellen. In overige gevallen dwingt de materiële trias-benadering de rechter tot terughoudende interpretatie van hoger recht. Ook is denkbaar, dat hoger recht precies voorschrijft wat de wetgever moet doen, maar daarbuiten gelegen omstandigheden rechtvaardigen dat de wetgever (tijdelijk) zijn plicht niet naleeft. Dit zijn echter academische gevallen. Als zij zich voordoen, kan de rechter een prejudiciële vraag stellen of art. 6:168 BW toepassen.

Het tweede tegenargument is de *ongewenstheid van derdeneffect*. Ik bespreek twee mogelijke redenen voor dit bezwaar. Ten eerste. Een wetgevingbevel heeft rechtsgevolgen voor niet in de civiele procedure vertegenwoordigde derden. De rechter loopt het risico een bevel te geven dat berust op een onvolledige belan-

12 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (Waterpakt), resp. HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (Faunabescherming).

genafweging. Dat gevaar is gering bij Europese richtlijnen en andere ‘precies’ omschreven plichten voor de wetgever. Daarbij zijn de belangen van derden al in de hogere norm met de plicht tot wetgeven verdisconteerd. Bij vagere rechtsplichten voor de wetgever is dit gevaar minder denkbeeldig. Daarbij zou de rechter terughoudend moeten interpreteren. Ten tweede. Mogelijk hangt de ongewenstheid van het derdeneffect samen met een taakopvatting waarbij de burgerlijke rechter zich in de eerste plaats geroepen voelt, de handelingsvrijheid van burgers te beschermen tegen de overheid. Een dergelijke taakopvatting is (nog) niet uitdrukkelijk door de Hoge Raad verwoord; zij strookt niet met art. 3:305a BW en zij lijkt er vooralsnog niet toe te leiden dat ook de mogelijkheid van een declaratoir over wetgeving wordt beperkt.

De conclusie is, dat de twee tegenargumenten onvoldoende gewicht in de schaal leggen om wetgevingsbevelen categorisch uit te sluiten. Aan de bezwaren van de Hoge Raad kan beter tegemoet gekomen worden door hoger recht met voldoende terughoudendheid te interpreteren en eventueel door de ontvankelijkheid van belangenorganisaties strenger te beoordelen.

Summary

In the Netherlands, it is not possible to appeal statutory provisions directly before a court. For that reason, the Dutch civil courts have developed a system of judicial protection against the exercise of the legislative function by public authorities. This thesis is a systematic study of that system. It discusses both the judicial protection against regulations and the protection against statutes.

The focus of *Part I* of this study is on the manner in which classic doctrines of private law can be applied to the legislative function of government. As far as possible, these doctrines are discussed in the same order as Dutch courts answer legal questions in the ordinary 'decision-making schedule' of civil law.

First, preliminary questions are addressed: does a civil court enjoy jurisdiction, and does the claimant have a cause of action as regards his claim (chapter 3)? In the Netherlands, civil courts always have formal jurisdiction. As regards the admissibility of the case in a civil court, it is relevant that there is no specific procedure before an administrative court that the claimant should have followed. When answering the question whether the claimant should have followed a specific procedure instead of making an application to the civil court, two points of view must be balanced. On the one hand, specialised judges have particular fields of expertise, and complaints should thus be 'canalised' as much as possible. On the other hand, citizens need to obtain effective legal protection against governmental authorities. It is argued that the point of view of effective legal protection takes precedence over the idea of judicial specialization. Therefore, citizens should only be considered as having no cause of action in a civil court if they are able to obtain review on statutory provision at a specialised court in a simple, non-artificial and non-risky way.

In the Netherlands, claims relating to unlawful legislation are mainly instituted on the basis of tort law (chapter 4). Tort law is entirely applicable to the exercise of the legislative function. When a higher legal standard has been breached, regulations are considered to be void (*onverbindend*). In the Dutch legal system, the breach of such a standard is automatically qualified as a tort. In the present study, alternative approaches in which the qualification of unlawfulness is linked to the specific violations of the citizen's interest are systematically rejected. It is argued that the failure to withdraw regulations which are initially correct, but which later become contrary to higher regulations, can constitute a tort. It is also argued, that

a breach of a higher standard when preparing regulations, constitutes a tort only at the moment the regulations are issued.

In the event of void regulations, the courts no longer ask the question of fault (*toerekenbaarheid*).

To gain insight in the question of relativity of a norm in the case of unlawful regulations, an analysis is made first of the concept of voidness on substantive grounds, respectively due to lack of a legal basis. In principle, judicial protection is available in both cases, by virtue of the principle of relativity (*relativiteit*). Hereafter, the analysis takes several more complicated cases into regard. In the event of damages stemming from void regulations that implied a 'factual obligation', relativity may be constructed through the so-called 'Langemeijer-correction'. Regulations that are void can also indirectly cause damages for citizens to whom they are not addressed. It is argued that in that case, relativity exists if these regulations can be rephrased in such a way that they aim to attain the same policy objective, but are actually addressed to the injured party. Favourable regulations that are void can also cause damages if the citizen has acted while trusting in the validity of those regulations. Arguments are advanced in favour of relativity existing at any rate with regard to unnecessary investments one could reasonably expect the injured party to make. Subsequently, it is argued that Dutch civil courts, when confronted with regulations that prove to be void, should apply a doctrine similar to the 'hypothetical lawful decision' existing in Dutch administrative law.

Chapter 5 deals with the remedies the civil courts can issue.

In summary proceedings, it is possible for Dutch courts to issue injunctions. In such cases, the regulations in question must be unmistakably void, unless the judge deciding the case on the merits already found that the regulation was void. In summary proceedings, the judge frequently awards the '*buitenwerkingstelling*' ('putting out of effect') of a regulation. It is contended, that the various objections raised in Dutch literature against '*buitenwerkingstelling*' should be dismissed.

In a procedure on the merits, the judge can issue an order to pay damages, an absolute or relative application prohibition or he can render a declaratory judgment that the application of the regulations concerned is unlawful towards the claimant. Moreover, the judge may issue a declaratory judgment that regulations are void (*onverbindendverklaring*). Again, it is shown that the objections in Dutch legal scholarship against this legal concept ought to be rejected.

In *Part II*, the general theory from *Part I* is applied to various types of claimants and regulations.

Chapter 6 focuses on claimants for whom no specific criminal or administrative law procedure is available. These claimants always have a cause of action when lodging a claim before a Dutch civil court.

Chapters 7, 8 and 9 focus on those claimants who could also initiate a specific procedure before an administrative court. Hereby, we distinguish between different types of regulations.

When an individual is affected by a potentially void regulation that directly puts an obligation on him, he always has a cause of action before a Dutch civil court (chapter 7). This applies to both a potentially void obligation without the possibility of a dispensation, and to a potentially void obligation with the possibility of a dispensation.

Chapter 8 pertains to tax legislation and other regulations that have an indirect effect. A regulation with indirect effect must be carried into effect by an executive decision (*uitvoeringsbesluit*) before it alters the legal position of the individual citizen. Nonetheless, a regulation with indirect effect can already cast its shadows before a executive decision comes about. This is why, in the case of regulations with an indirect effect, citizens are also able to ask for an application prohibition in summary proceedings prior to the first executive decision. In practice, there appears to be little need for procedures on the merits against regulations with an indirect effect. It is argued that, in principle, one may expect from citizens that, in the case of a regulation with indirect effect, they wait for an executive decision which can be appealed, and subsequently do so before an administrative court, instead of approaching a civil court.

Chapter 9 deals with cases in which a citizen must comply with a void regulation *before* he can apply for a permit. In accordance with the case-law of the *Hoge Raad* (the Dutch Supreme Court), the citizen must apply for a permit, and subsequently address an administrative court. It has been argued that the Dutch Supreme Court thus forces the citizen to use an artificial and risky litigation strategy. Therefore, it is argued that in such cases, the citizen should be able to address a civil court at any time. In such cases, the civil court concerned should strictly apply the *condicio sine qua non* criterion when answering the question whether the damages suffered by the citizen should be attributed to the executive decision, or rather to the regulation itself.

Part III addresses the specific problems arising from the fact that article 120 of the Dutch Constitution prohibits Dutch courts from testing the constitutionality of statutes.

Chapter 10 deals with the parliamentary history of this prohibition. In 1848, the Dutch government and both houses of parliament agreed that the testing prohibition ‘imposes complete respect of the law on everyone’. In 1983, the prohibition is rephrased. Since then, the testing prohibition no longer imposes the obligation of *complete* respect of the law.

When analyzing case-law on the testing prohibition, a distinction is made between the core of the testing prohibition and the ‘residual legal protection’ (chapter 11). The core of the rule includes a prohibition on procedural testing, a prohibition on substantive testing, as well as a prohibition on testing preparatory actions. Three things with regard to ‘residual’ judicial protection are noted. First of all, the original starting point of ‘complete respect for the law’ has been mitigated. Since the

Supreme Court's ruling in the *Harmonisatiewet*-case, a statute is not applied in cases unforeseen by the legislator, in which application of the statute would be contrary to a fundamental principle of law. Secondly, if a citizen has a claim vis à vis the government, but a statute of a later date does not recognise this claim, the testing prohibition does not stand in the way of state liability. This is only excluded when, from a statute that has actually been issued, it is apparent that the legislator unequivocally decided not to recognise the prior claim. Thirdly, according to the Dutch Supreme Court, if a statute has an unfavourable effect in a specific case, it is impossible to qualify the issuing of that statute as an unlawful act against the individual suffering the impact thereof. Therefore, the courts can never order the State to compensate for losses resulting from government decisions with regard to statutes.

Chapter 12 advocates that article 120 of the Dutch Constitution, given its function, should not be interpreted any more extensively than is strictly necessary. The prohibition on testing the constitutionality of statutes aims at preventing the judge from questioning the interpretation given by the legislator to a higher standard with a national origin. If there is no conflict of interpretation between the judge and the legislator, the judge can carry out his duties as usual and render justice in the specific case before him by not applying the law, or by deciding that upholding the statute is unlawful in this specific case. It is true that this approach makes the core of the testing prohibition a bit smaller; simultaneously, to the same degree, the residual legal protection increases in size.

Chapter 13 argues that, pursuant to the principle of *égalité devant les charges publiques*, it should be possible render the State liable for damages caused by statutes. There are two ways in which this liability can be shaped: by accepting a new type of obligation (*verbintenis*) stemming from a lawful act, or by accepting that the issuing of a statute can, *incidentally*, constitute an unlawful act. If one takes the true function of the testing prohibition into consideration, both manners can be judged compatible with article 120 of the Dutch Constitution. Said article blocks a claim for compensation of loss resulting from government decisions only if the legislator would have wanted the disadvantage occurring in the actual case to remain without compensation.

The focus of *Part IV* is on the third party-effect of procedures on legislation.

Traditionally, Dutch legal doctrine assumes that an order declaring a regulation to be void only has legal consequences for the parties involved. However, on the basis of recent case-law, such an order has a third party effect if issued by the highest administrative court (chapter 14). It is apparent from these judgments that Dutch civil and criminal courts regard a regulation which has been declared to be void by the highest administrative court as void *erga omnes*. It is argued that the declaration of voidness by the highest administrative court is actually very close to quashing. If however the highest administrative court deems a regulation to be valid (*verbindend*), the civil court should only follow that judgment with regard to

the specific citizen involved in the administrative procedure. It is suggested that third parties be provided with the option of 're-testing' only if they invoke new arguments for voidness. It is also advocated to uphold this *erga omnes* effect in an unabridged manner in spatial planning law, environmental law, economic administrative law and criminal law. The criminal court can remove possible disadvantages of the *erga omnes* effect by assuming that the accused has made an excusable error by trusting in the validity of a regulation.

Hereafter (chapter 15), an analysis is made of orders to make legislation (*wetgevingsbevelen*). The Dutch Supreme Court does not permit these in any form, and invokes two arguments for this. Firstly, an order to produce legislation would be contrary to the *trias politica*. Secondly, an order to make legislation eventually has consequences for third parties, which would not be in line with the powers to issue judgments of the civil courts. Both arguments are subjected to further investigation.

It is argued that the first counter-argument is only valid if the *trias politica* is interpreted in a formal manner, which is not in line with the far-reaching extent to which the legislator's decision-making scope is limited by higher standards. A substantive approach to the *trias politica* is preferable: if a legal duty for the legislator is so clear and precise, that a judge can convincingly argue that the legislator has not complied with it, any order to create legislation does not disturb the balance between the powers of the state.

The second counter-argument of the Dutch Supreme Court is the undesirability of an effect on third parties. However, it is argued that, if the duties with regard to the legislation concerned are described with sufficient precision, generally, the interests of third parties have been taken into account. In the event of legal duties of a more vague nature however, the approach of any court should indeed be much more reticent.

In conclusion, both arguments are not convincing enough so as to completely rule out orders to make legislation in the Dutch system. Courts can take objections against orders to create legislation into account by exercising restraint when interpreting higher law, and possibly also by applying stricter requirements in admitting claims lodged by interest groups

Literatuur

Alkema 1985

E.A. Alkema, *Een meerkeuzetoets* (oratie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

Allewijn 1998

D. Allewijn, 'Artikel 8:2 Awb: een voorlopig blijvende uitzondering', *NJB* 1998, p. 787-788.

Van Angeren 1998

J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Asser/Hartkamp (4-I) 2004

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp (4-III) 2006

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-II*) 2009

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Maeijer (2-II) 1997

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1997.

Asser/Vranken 1995

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, 'Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter', in: L. Prakke, T. Koopmans & J.M. Barendrecht, *Toetsing* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1992-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 85-172.

Barkhuysen & Van Emmerik 2005

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van art. 1 EP in het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief', T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van art. 1 EP in het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-101.

Barkhuysen, Griffioen & Voermans 2004

T. Barkhuysen, H.M. Griffioen & W.J.M. Voermans, 'Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004, p. 2289-2290.

Barkhuysen & Tjepkema 2006

T. Barkhuysen & M.K.G. Tjepkema, 'Aansprakelijkheid uit 'rechtmatige' overheidsdaad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht', *RMThemis* 2006, p. 179-201.

Beelaerts van Blokland 1868

G.J.Th. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid der wet*, Leiden: S.C. van Doesburgh 1868.

Bellekom e.a. 2007

Th. L. Bellekom e.a., *Compendium van het Staatsrecht*, Kluwer: Deventer 2007.

Van den Bergh 1951

G. van den Bergh, 'Beschouwingen over het toetsingsrecht', *NJB* 1951, p. 417-425.

Van den Bergh 1961

G. van den Bergh, 'Formele toetsing van de wet aan de Grondwet', *NJB* 1961, p. 392-398.

Besselink 1995

L.F.M. Besselink, *Staatsrecht en buitenlands beleid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

Besselink 1996

L.F.M. Besselink, *De staatsrechtelijke regeling van aanvaarding en invoering van verdragen in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Besselink 1996a

L.F.M. Besselink, 'De zaak Metten: de Grondwet voorbij', *NJB* 1996, p. 165-172.

Betlem 1996

G. Betlem, 'Onrechtmatige wetgeving: overheidsaansprakelijkheid voor schending van EG-recht in het post-Francovich tijdperk', *RegelMaat* 1996, p. 128-140.

Beukers 1994

Y.E.M. Beukers, *Eenmaal andermaal? Beschouwingen over gezag van gewijsde en ne bis in idem in het burgerlijk procesrecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Bitter & Van Rossum 1993

C.M. Bitter & A.A. van Rossem, 'Formele rechtskracht en onverbindendheid van wetgeving', *NTB* 1993, p. 206-211.

Bloembergen 1992

A.R. Bloembergen, 'Centauren in 6.3 ? Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden', in: A.R. Bloembergen (red.), *Als een goed huisvader, bundel opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 1992, p. 121-132.

De Bock 2004

R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

De Boer 1995

J. de Boer, 'De broedende kip in EVRM-zaken', *NJB* 1995, p. 1027-1034.

Bok 1991

A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.

Bok 1993

A.J. Bok, 'Het Francovich-arrest en onrechtmatige wetgeving naar Nederlands recht', *TvPr* 1993, p. 37-59.

Bok 2006

A.J. Bok, 'Onrechtmatige wetgeving revisited. Over toetsing van geschreven aan ongeschreven recht en rechterlijke bevelen tot wetgeving', in: L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Bossche & Y. Buruma, *De ongehoorzame rechter*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91-118.

Boon, Brouwer & Schilder 2005

P.J. Boon, J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

Boon, Reijntjes & Rinkes 2003

P.J. Boon, J.N. Reijntjes & J.G.J. Rinkes (red.), *Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2003.

Van den Bossche 2006

A.M.A.P. van den Bossche, 'Rechtsplicht die tot rechtsweigeren dwingt. (Af)gewogen en te licht bevonden', *RMThemis* 2006, p. 129-131.

Bovend'Eert 2004

P.P.T. Bovend'Eert, 'Het rechtsbeginsel van de machtenscheiding. Ontwikkelingen rond een taai constitutioneel beginsel', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 243-265.

Bovend'Eert 2006

P.P.T. Bovend'Eert, 'Rechterlijke (on)gehoorzaamheid ten opzichte van precedenten. *Stare decisis* in de jurisprudentie van de U.S. Supreme Court', in: L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Bossche & Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter*, Deventer: Kluwer 2006, p. 157-177.

Bovend'Eert 2008

P.P.T. Bovend'Eert m.m.v. C.A.J.M. Kortmann, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008.

Bracke 1993

N.E. Bracke, 'Voorlopige maatregelen in het kader van constitutionele toetsing in de Bondsrepubliek Duitsland', *RegelMaat* 1993, p. 99-105.

Van den Broek 1999

G.M. van den Broek, 'Nadeelcompensatieregelingen: bevoegdheid of verplichting?', *Bouwrecht* 1999, p. 1-12.

Van den Broek 2007

G.M. van den Broek, 'Het voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb', *O&A* 2007, p. 119-128.

Brouwer 1992

J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland. Een studie naar de verhouding tussen internationaal en nationaal recht in een historisch perspectief* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Brouwer & Schilder 2000

J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'De mythe van het ongewassen varken', *NTB* 2000, p. 184-186.

Brouwer & Schilder 2004

J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Gemeentelijke verordeningen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Brunner 1981

J.C.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade', *VR* 1981, p. 210-217 en 233-236.

Buijs 1883

J.T. Buijs, *De Grondwet. Toelichting en kritiek. Eerste deel*, Arnhem: Gouda Quint 1883.

Bunschoten 2004

D.E. Bunschoten, 'Kan de rechter het tot stand brengen van wetgeving verbieden of gebieden?', *AA* 2004, p. 213-220.

Bunschoten 2006

D.E. Bunschoten, 'Rechterlijk bevel tot wetgeving II: de verordening', *Gst.* 2006, p. 447-454.

Van der Burg

F.H. van der Burg, 'Splitsing van wettelijke bepalingen en abstracte toetsing', in: F.H. van der Burg e.a. (red.), *Gemeentelijke vrijheden*, Alphen aan den Rijn: Samson 1983, p. 19-32.

Van Buuren 1978

P.J.J. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden: in het bijzonder in procedures tegen de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1978.

Van Buuren 1987

P.J.J. van Buuren, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1987-I, 2^e stuk), p. 1-99.

Van Buuren & Jurgens 2008

P.J.J. van Buuren & G.T.J.M. Jurgens, 'Ontwikkelingen in het belanghebbendebegrip: de rechter vaart een ruimere koers', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend Bestuursrecht* (Ten Berge-bundel), Deventer: Kluwer 2008, p. 325-347.

Corstens 2008

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Daalder 2008

E. Daalder, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2008, p. 2128-2136.

Van Dam 1989

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

Damen e.a. 2006

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 2: rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: BJu 2006.

Van Dijck 1990

H.L.E. van Dijck, *Aansprakelijkheid voor vernietigde beschikkingen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1990.

Van Dijk & Van Hoof 2006

P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds.), *Theory and practice of the european convention on human rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Van der Does & Snijders 2001

J.A. van der Does & G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Dölle & Elzinga 2004

A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga m.m.v. J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Drion 1951

J. Drion, 'Het wetsontwerp betreffende de onrechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1951, p. 885-897 en 909-920.

Van Dunné 2004

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 2. Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer, 2004.

Duynstee 1954

F.J.F.M. Duynstee, *Grondwetsherziening 1953. De nieuwe bepalingen omtrent de buitenlandse betrekkingen in de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1954.

Eijlander 1999

Ph. Eijlander, 'De discussie over het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Gaat het nog over de belangen van de burger?', *NTB* 1999, p. 143-149.

Van Emmerik 2008

M. van Emmerik, 'Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: WLP 2008, p. 129-160.

Ferwerda 2005

A.A.M. Ferwerda, 'Rechtsbescherming tegen indirect werkende algemeen verbindende voorschriften. In welk stadium kan je bij welke rechter(s) terecht?', *O&A* 2005, p. 36-44.

Fleuren 2004

J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2004.

Fleuren 2004a

J.W.A. Fleuren, 'De maximis non curat praetor?', in: P.P.T. Bovend'eert, P.M. van den Eijnden & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer: Kluwer 2004, p. 127-159.

Fleuren 2005

J.W.A. Fleuren, 'Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter' (preadvies NJV), in: P.A. Nollkaemper e.a., *De nationale rechter en het internationale recht*, Den Haag: T.M.C. Asser press 2005, p. 69-144.

Frenk 1990

N. Frenk, 'Onrechtmatige wetgeving en burgerlijk procesrecht', *NJB* 1990, p. 1629-1633.

Frenk 1994

N. Frenk, *Kollektieve acties in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994.

Van Gestel & Groenhuijsen 2006

R.A.J. van Gestel & M.S. Groenhuijsen, 'Geen rechterlijk bevel tot wetgeven, of toch...?', *NJB* 2006, p. 2050-2056.

De Graaf, Jans & Tolsma 2009

K.J. de Graaf, J.H. Jans & H.D. Tolsma, 'Milieuorganisaties door de mangel. De wetgever gepasseerd?', *NJB* 2009, p. 80-87.

Gras 1994

E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde. De rechtskracht van einduitspraken van de burgerlijke rechter*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Groenendijk 2006

C.A. Groenendijk, 'Minister Verdonk: grote woorden, minder daden en riskante ideeën', *NJB* 2006, p. 1308-1311.

Groenewegen 2006

F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming. Een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht* (diss. UvA), Den Haag: BJu 2006.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998

P. de Haan, Th. G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2. bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1998.

Hart 1994

H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford: Oxford University Press 1994.

Hartlief 2002

T. Hartlief, 'De burgerlijke rechter, enkele varkensmesters en de aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad', in: J. Spier & W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later* (Bloembergen-bundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 67-78.

Heemskerk 1881

J. Heemskerk, *De praktijk onzer Grondwet*, Utrecht: J.L.Beijers 1881.

Helmstrijd 1969

F.A. Helmstrijd, 'Op de verkeerde weg', *Gst.* 1969, p. 65, 71-72 en 79-80.

Hennekens 1987

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Toetsing van verordeningen door administratieve rechters en in Kroonberoep', in: H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.W. IJssink & R.E. de Winter, *De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 11-107.

Hennekens 2001

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal* (afscheidsrede Nijmegen), Deventer: Kluwer 2001.

Hennekens, Van Geest & Fernhout 1998

H.Ph.J.A.M. Hennekens, H.J.A.M. van Geest & R. Fernhout, *Decentralisatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Heldeweg, Schlössels & Seerden 2000

M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden, 'De kwadratuur van de algemeen belangactie?', *RMThemis* 2000, p. 43-58.

Hirsch Ballin 1982

E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht. Over de plaats van de wet in de rechtsorde* (oratie Tilburg), Alphen aan den Rijn: Samson 1982.

Hirsch Ballin 1989

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De harmonisatiewet: onschendbaarheid van de wet en schendbaarheid van het rechtszekerheidsbeginsel', *AA* 1989, p. 578-592.

Hoogers & De Vries 2002

G. Hoogers & F. de Vries, *Hoofddlijnen Arubaans staatsrecht*, Zutphen: Walburg Pers 2002.

Van Houten 1992

M.L.P. van Houten, 'Contra legem werking van beginselen, toetsing van de wet aan beginselen en beginselconforme interpretatie van de wet', *AA* 1992, p. 698-704.

Van Houten 1997

M.L.P. Van Houten, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de grondwet en fundamentele rechtsbeginselen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Huart 1929

F.J.A. Huart, 'Het toetsingsrecht van gemeenteverordeningen en de leer der 'onsplitsbare wilsverklaring'', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1929, p. 461-491.

Huijgen 1991

W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid: graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991.

Huijgen 1998

W.G. Huijgen, 'Onrechtmatige daad. Waarheen?', *NTBR* 1998, p. 105-111.

De Hullu 2003

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

s'Jacob 1960

E.H. 's Jacob, 'Toetsing van gemeentelijke verordeningen door de gewone rechter', in: G.A. van Poelje e.a. (red.), *Opstellen aangeboden aan Prof mr. dr. G. van den Bergh ter gelegenheid van zijn aftreden als hoogleraar in het Nederlandse staatsrecht aan de universiteit van Amsterdam*, Alphen aan den Rijn: Samson 1960, p. 117-133.

s'Jacob & Somer 1963

E.H. s'Jacob & J.C. Somer, *De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig* (geschriften van de VAR no. XLIX), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon 1963.

Jansen 2005

J.J.M. Jansen, 'De rechtvaardiging van het successierecht', *AA* 2005, p. 21-24.

Jansen 2008

C.J.H. Jansen, 'Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829)', *AA* 2008, p. 22-29.

Kapteyn & P. VerLoren van Themaat 2003

P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.

Kerkmeester & Visscher 1999

H.O. Kerkmeester & L.T. Visscher, 'Causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade: een nieuw pleidooi voor de leer Demogue-Besier', *WPNR* 1999, p. 835-840.

Keus 2002

L.A.D. Keus, 'De toverformule van de onmiskenbare onverbindendheid en buitenwerkingstelling van wetgeving wegens strijd met supranationaal recht', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria. Opstellen aangeboden aan Prof mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70^e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 117-129.

Kistenkas 1994

F.H. Kistenkas, *Problemen van regelgeving*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.

Koekkoek e.a. 2000

A.K. Koekkoek (red.), *De grondwet: een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Koetser 2002

M.B. Koetser, 'De preadviezen voor de VAR-vergadering van 17 mei 2002', *NTB* 2002, p. 107-110.

Konijnenbelt 2008

W. Konijnenbelt, 'Beroep tegen bestuurswetgeving: een tussenpositie', *RegelMaat* 2008, p. 69-73.

Konijnenbelt 2008a

W. Konijnenbelt, 'Grondwetsinterpretatie door de Raad van State: wetgevingsadvisering en grondwetsbepalingen in de Grondwet', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: WLP 2008, p. 61-84.

Koopmans 2003

T. Koopmans, *Courts and political institutions. A comparative view*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

C.A.J.M. Kortmann 1971

C.A.J.M. Kortmann, *Égalité en Défense. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar enige algemene rechtsbeginselen* (diss. Nijmegen), Alphen aan den Rijn: Samson 1971.

C.A.J.M. Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987.

C.A.J.M. Kortmann 2000

C.A.J.M. Kortmann, 'Dejuridisering door rechtsvorming', *RMThemis* 2000, p. 81-82.

C.A.J.M. Kortmann 2003

C.A.J.M. Kortmann, 'Overheidsaansprakelijkheid voor de wet in formele zin', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 503-514.

C.A.J.M. Kortmann 2007

C.A.J.M. Kortmann, 'Rechtseenheid, een leeg begrip?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid: over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 2007, p. 405-413.

C.A.J.M. Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2008.

C.A.J.M. Kortmann 2008a

C.A.J.M. Kortmann, 'De SGP, subsidie en vrouwen', *AA* 2008, p. 291-297.

C.N.J. Kortmann 2002

C.N.J. Kortmann, 'Schade na vernietiging en verlengde besluitvorming: een doos van pandora', *NTB* 2002, p. 98-106.

C.N.J. Kortmann 2003

C.N.J. Kortmann, 'De uitkeringsinstantie gaat vrijuit. Waarom eigenlijk?', *JBplus* 2003, p. 15-25.

C.N.J. Kortmann 2005

C.N.J. Kortmann, 'Pandora revisited. Twee principiële uitspraken over causaal verband bij vernietigde besluiten', *Gst.* 2005, p. 257-267.

C.N.J. Kortmann 2006

C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.

S.C.J.J. Kortmann 1985

S.C.J.J. Kortmann, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1985.

Van Kreveld 2003

J.H. van Kreveld, 'Doorbraakarresten', in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *ABKlassiek. Standaarduitspraken, opnieuw geannoteerd*, Deventer: Kluwer 2003, p. 95-110.

De Lange 1999

R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming* (oratie Rotterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Lankhorst 1992

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Lubberdink 1996

H.G. Lubberdink, 'Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften', in: M.H.A.F. Lokin, E.B. Pronk & H.G. Lubberdink, *Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 9-28.

Van Maanen 2000

G.E. van Maanen, 'De mythe van het onverbindend verklaren van algemene regelgeving door de burgerlijke rechter: een ongewassen varken', *NTB* 2000, p. 99-101; reactie en naschrift *NTB* 2000, p. 184-188.

Van Maanen 2002

G.E. van Maanen, 'De onrechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel', in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), Den Haag: BJu 2002, p. 11-89.

Van Maanen 2004

G.E. van Maanen, 'De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)', *NJB* 2004, p. 787-794.

Van Maanen & De Lange 2005

G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Maanen & Schlössels 2004

G.E. van Maanen & R.J.N. Schlössels, 'Vernietigde besluiten en schadevergoeding. Een Maastrichts-Nijmeegse revolutie?', *Gst.* 2004, p. 139-144.

Van Maarseveen 1954

H.Th.J.F.van Maarseveen, 'Een opmerking over de onrechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1954, p. 914-920.

Van Maarseveen 1966

H. Th.J.F. van Maarseveen, 'De wetten schenden', *NJB* 1966, p. 253-261.

Van Male 1988

R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving. Beroep tegen door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en toetsing daarvan in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Van Male 1995

R.M. van Male, *Gevolgen van onrechtmatige regelgeving in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Marseille 2006

A.T. Marseille, 'Kroniek bestuursprocesrecht', *AA* 2006 (katern 101), p. 5563-5667.

Meijer 2007

R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht. De invloed van het Europese recht op het nationale stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007.

Van der Meulen & Simon 1989

B.M.J. van der Meulen & H.J. Simon, 'Beginselen contra legem?', *RegelMaat* 1989, p. 70-75.

Mok 1984

M.R. Mok, 'Rechterlijke toetsing van wetgeving', in: P. Nicolai e.a. (red.), *Recht op scherp* (Duk-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 55-74.

Mok & Tjittes 1995

M.R. Mok & R.P.J.L. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid', *RMThemis* 1995, p. 383-404.

Mortelmans e.a. 2004

K.J.N. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2004.

Munneke 2008

S.A.J. Munneke, 'De moeilijke grens tussen algemeen verbindende voorschriften en concretiserende besluiten van algemene strekking; een pleidooi voor minder samenhang', *NTB* 2008, p. 11-19.

Mus 1996

J.B. Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Nicolai 1984

P. Nicolai, 'Het tandvlees van het recht', in: P. Nicolai e.a. (red.), *Recht op scherp* (Duk-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 3-54.

Van Ommeren 1996

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. VU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van Ommeren 2008

F.J. van Ommeren, 'Bestuurswetgeving en haar alternatieven: een verkenning van beleidsregels, algemene voorwaarden van de overheid en normalisatiepatronen als prototypen', *RegelMaat* 2008, p. 74-87.

Oud 1970

P.J. Oud, *Het constitutionele recht van het Koninkrijk der Nederlanden, deel II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970.

Pechler 2003

E.B. Pechler, *Belastingprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

PG Boek 3

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 8

C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 8. Verkeersmiddelen en vervoer*, Deventer: Kluwer 1992.

Polak 1987

J.E.M. Polak, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1987-I, 2^e stuk), p. 101-194.

Polak 1999

J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter? De gewenste verdeling van de rechtsmacht bij: regelgeving, schadeveroorzakend overheidshandelen, tweewegenleer-vragen* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Polak 2004

J.E.M. Polak, 'Zit er nog muziek in verbods- en gebodsacties ter zake van wetgeving?', *O&A* 2004, p. 168-179.

De Poorter 2003

J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

De Poorter & Visser 2008

J.C.A. de Poorter & M.N. Visser, 'Het belanghebbende-begrip in beweging', *Gst.* 2008, p. 29-37.

Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006

D.J. Elzinga & R. de Lange m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Prakke 1992

L. Prakke, 'Bedenkingen tegen het toetsingsrecht', in: L. Prakke, T. Koopmans & J.M. Barendrecht, *Toetsing* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1992-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 3-33.

Prakke & Kortmann 2004

L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2004.

Prinssen 2004

J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2004.

Proeve 1966

Proeve van een nieuwe grondwet, Den Haag: Staatsuitgeverij 1966.

Van Ravels 2004

B.P.M. van Ravels, 'Het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 67-91.

Van Ravels 2005

B.P.M. van Ravels, 'De reikwijdte van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten', in: P.F.A. Bierbooms e.a. (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag: BJu 2005, p. 73-96.

Van Ravels 2006

B.P.M. van Ravels, 'Kroniek schadevergoeding', *NTB* 2006, p. 233-247.

Reestman 2002

J.H. Reestman, 'De Franse Conseil d'Etat: de constitutie staat in Frankrijk boven verdragen', *RMThemis* 2002, p. 84-94.

Reestman 2008

J.H. Reestman, 'Voorrang voor derdepijlerrecht? Een alternatieve lezing van het Pupino-arrest', *NJB* 2008, p. 80-86.

Van Reijen 1986

L.G. van Reijen, 'Algemene beginselen van decentrale regelgeving', *RegelMaat* 1987, p. 3-12.

Riphagen 1953

J. Riphagen, 'Het nieuwe grondwetsartikel 60^e en de leer van de onsplitsbare wilsverklaring', *De Nederlandse gemeente* 1953, p. 68-70.

Roozendaal 1998

B.J.P.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Frankrijk, Duitsland en Nederland* (diss. Tilburg), Deventer: Gouda Quint 1998.

De Savornin Lohman 1920

A.F. de Savornin Lohman, *Onze constitutie*, Utrecht: Kemink & Zoon 1920.

Scheltema & Scheltema 2008

M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Scheltens 1978

P.J. Scheltens, 'Wet en rechtsbeginselen', *NJB* 1978, p. 717-729.

Schlössels 1998

R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998.

Schlössels 2000

R.J.N. Schlössels, 'Rechtschepping of rechtvaststelling: het bestuurlijk rechtsoordeel als 'revolutionair' ontvankelijkheidsconcept?', *NTB* 2000, p 1-13.

Schlössels 2002

R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het égalité-beginsel: chaos of ius commune? (I)', *Gst.* 2002, p. 149-159.

Schlössels 2002a

R.J.N. Schlössels, 'Wie beschermt de beschermelingen tegen hun beschermers? Enige publiekrechtelijke kanttekeningen bij algemeen belangacties', in: A.W. Jongbloed (red.), *Samen Sterk. Over het optreden in rechte door groeperingen*, Den Haag: BJu 2002, p. 105-125.

Schlössels 2003

R.J.N. Schlössels, 'Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 515-545.

Schlössels 2004

R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende*, Deventer: Kluwer 2004.

Schlössels 2006

R.J.N. Schlössels, 'Ongehoorzame bestuursrechters? Over stoutmoedige rechters, gedurfde rechtsvorming en de hardheid van de wet', in: L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Bossche & Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter*, Deventer: Kluwer 2006, p. 119-156.

Schlössels 2007

R.J.N. Schlössels, 'Eenheid van onrechtmatigheid? Het onrechtmatigheidsbegrip in het bestuursrecht: over rechtsinbreuk, illusies van rechtseenheid en het Schutznormvereiste', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 2007, p. 315-338.

Schlössels 2007a

R.J.N. Schlössels, 'De multifunctionele onrechtmatige daad: een aanwinst voor de rechtsstaat?', *NTB* 2007, p. 389-391.

Schlössels e.a. 2007

R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 2007.

Schueler 2002

B.J. Schueler, 'Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht', in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), Den Haag 2002, p. 91-199.

Schueler 2004

B.J. Schueler, 'Het labyrint rond de schatkist. De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter', *JBPlus* 2004, p. 83-102.

Schueler 2005

B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb*, Deventer: Kluwer 2005.

Schutgens 2006

R.J.B. Schutgens, 'Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging', *RMThemis* 2006, p. 96-105.

Schutgens 2007

R.J.B. Schutgens, 'Het Voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet', *RegelMaat* 2007, p. 12-27.

Schutgens 2007a

R.J.B. Schutgens, 'Bevel tot omzetting van kaderbesluiten blijft onmogelijk' (reactie), *NJB* 2007, p. 1061-1062.

Schutgens 2009

R.J.B. Schutgens, 'Intern werkende voorschriften', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 283-300.

Schutte 2004

C.B. Schutte, 'De verwarring van rechtsstaat en rechtersstaat. Kanttekeningen bij constitutionele rechtspraak volgens het voorstel-Halsema', *RegelMaat* 2004, p. 93-99.

Schutte 2004a

C.B. Schutte, *The European Fundamental Right of Property*, Deventer: Kluwer 2004.

Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.

Sieburgh 2007

C.H. Sieburgh, 'Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus, *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 465-540.

Slier 2007

E.L. Slier, 'Nadeelcompensatie bij de burgerlijke en bestuursrechter vergeleken; één grondslag?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: SDu 2007, p. 363-381.

Sluysmans 2004

J.A.M.A. Sluysmans, 'Overheidsaansprakelijkheid, in het bijzonder voor (on)rechtmatige besluitvorming', *Agrarisch Recht* 2004, p. 414-432.

Smith 2007

C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: BJU 2007.

Smits 1938

P.H. Smits, 'Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidvormen', *WPNR* 1938, 3586-3591.

Snijders, Klaassen & Meijer 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Spier & Bolt 1996

J. Spier & A.T. Bolt m.m.v. O.A. Haazen, 'De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1996-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 3-404.

Spijkerboer & Vermeulen 2005

T.P. Spijkerboer & B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

Stein/Rueb 2005

P.A. Stein/A.S. Rueb (bew.), *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Stellinga 1953

J.R. Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlands staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.

Stellinga 1969

J.R. Stellinga, 'Onrechtmatige daad door wetgeving', *TvO* 1969, p. 225-226.

Stroink 1990

F.A.M. Stroink, *De plaats van de rechter in het staatsbestel* (oratie Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Struycken 1915

A.A.H. Struycken, *Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden, eerste deel*, Arnhem: Gouda Quint 1915.

Tak 1990

A.Q.C. Tak, 'Het Moment X', *TvO* 1990, p. 134-138.

Tak 1992

A.Q.C. Tak, 'De ongewenste discussie', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw Bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 67-84.

Tak 1997

A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997.

Tak 2004

A.Q.C. Tak, 'Toch maar de Hoge Raad volgen?', *RMThemis* 2004, p. 3-13.

Teunissen 1994

J.M.H.F. Teunissen, 'Schadevergoeding wegens relatief onrechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1994, p. 163-164.

Teunissen 1996

J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kled van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Thorbecke 1848

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, Leiden: P.H. van den Heuvel 1848.

Tjepkema 2004

M.K.G. Tjepkema, 'Het referentiekader van het égalité-beginsel. Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties', *O&A* 2004, p. 12-22.

Tjittes 1996

R.P.J.L. Tjittes, 'Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid', in: *Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 33-59.

Verburgh 1974

M.I.P. Verburgh, *Privaatrecht en kollektief belang. Verdediging van kollektieve belangen via de Nederlandse burgerlijke rechter* (oratie Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005.

Verkade 1984

D.W.F. Verkade, 'Aangepaste veroordelingen', in: E.E.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 561-576.

Versteeg 1987

A.J.H.W.M. Versteeg, *Verdeling van rechtsmacht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987.

Voorduin 1848

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de beide kamers der Staten-Generaal, uit de oorspronkelijke stukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen*, Utrecht: C. Bielevelt 1848.

Voorontwerp-Scheltema 2007

Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad, mei 2007

De Werd 1998

M.F.J.M. de Werd, 'Ius curia novit. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de bestuursrechter', *NJB* 1998, p. 687-694.

De Werd 2004

M.F.J.M. de Werd, 'De constitutionele taak van de rechter', in: P.P.T. Bovend'eert, P.M. van den Eijnden & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer: Kluwer 2004, p. 69-126.

Wiarda/Koopmans 1999

G.J. Wiarda/T. Koopmans (bew.), *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

Van Wijk 1958

H.D. van Wijk, *Formeel en vaag. Nadere opmerkingen over de leer van de onsplitbare wilsverklaring* (oratie UvA), Alphen aan den Rijn: Samson 1958.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008.

De Wijkerslooth 1993

J.L. de Wijkerslooth, 'Het recht gaat aan constructies ten onder', *RMThemis* 1993, p. 316-324.

De Winter 1984

R. de Winter, "Alles is verboden!". Kleine revolutie in het gemeenterecht?', *NJB* 1984, p. 1126-1130.

De Winter 1987

R.E. de Winter, *Toetsing van gemeentelijke verordeningen door de strafkamer van de Hoge Raad*, in: H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.W. IJssink & R.E. de Winter, *De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 179-266.

Wissink & Meijer 2007

M. H. Wissink & R. Meijer, 'Omzetting van Europese richtlijnen en het rechterlijk bevel tot wetgeving: van 'nee' naar 'ja soms'?', *NTBR* 2007, p. 297-306.

Wolthuis 2008

B. Wolthuis, 'Parlementair debat en wetshistorische interpretatie', *AA* 2008, p. 611-617.

Jurisprudentieregister

- HR 6 maart 1864, *W* 2646 (Pothuis) | 1, 2.3
HR 19 april 1864, *W* 2706 (Haskerland) | 14.1
HR 28 februari 1868, *W* 2995 | 11.2.1, 11.2.2
HR 13 januari 1879, *W* 4330 (Meerenberg) | 4.4.2
HR 25 november 1912, *W* 9419 | 11.2.1, 11.2.2
HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (Guldemond/Noordwijkerhout) | 3.2
HR 10 juni 1919, *W* 10429 (Rogge) | 2.2
HR 13 februari 1922, *NJ* 1922, p. 473 (Wilnisser Visser) | 2.5
HR 9 januari 1924, *W* 11.173 | 11.2.2
HR 24 november 1924, *NJ* 1925, p. 89 (Ostermann) | 4.2.2.1
HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688 (De Marchant et d'Ansembourg) | 4.6.4
HR 31 maart 1953, *NJ* 1953, 532 (Sneek II) | 2.5
HR 19 december 1953, *NJ* 1953, 642 (Voorste Stroom VII) | 13.3.1.1, 13.5.2
HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 (Tandartsen) | 4.4.1
HR 9 mei 1958, *NJ* 1960, 475 | 15.2
HR 13 mei 1958, *NJ* 1960, 475 (Rijbewijs) | 3.2, 15.5.2.2
HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 (Quint/Te Poel) | 13.3.2
HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2 (Nyugat II) | 2.3
HR 22 maart 1960, *NJ* 1960, 274 (Pocketbooks I) | 4.2.1.1, 6.2
HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248 (Prof. Van den Bergh) | 10.3, 11.1, 11.2.1, 11.3
HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107 (Processieverbod Geertruidenberg) | 2.5
HR 12 juni 1962, *NJ* 1962, 484 (Anticonceptiva Bergen op Zoom) | 6.2
HR 30 mei 1967, *NJ* 1968, 5 | 2.5
HR 9 januari 1968, *NJ* 1968, 105 (Maastrichts schakelkastje) | 2.5
HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 (Pocketbooks II) | 1, 3.4.2, 4.2.1.1, 4.2.1.2, 4.2.2.1, 4.4.2, 5.3.1, 5.3.2, 5.3.4, 6.2, 7.3, 8.3.2, 11.6.2, 13.5.1, 16
HR 2 april 1971, *NJ* 1971, 271 (Utrechtse woonschepenverodening) | 5.2.2
HR 9 november 1973, *NJ* 1974, 91 (Limmen/Houtkoop) | 3.2, 6.3
HR 22 februari 1974, *NJ* 1975, 381 (Gemeente Roosendaal/Kinderbescherming) | 4.3
HR 11 juni 1976, *NJ* 1977, 64 | 15.2
HR 25 november 1977, *NJ* 1978, 255 (Plassenschap Loosdrecht) | 3.4.4, 3.4.5
HR 12 april 1978, *NJ* 1979, 533 | 11.5.1
HR 12 april 1978, *BNB* 1978, 135 | 11.5.1
HR 12 april 1978, *BNB* 1978, 137 | 11.5.1
HR 23 maart 1979, *NJ* 1979, 534 (Oberman) | 11.5.1
HR 23 maart 1979, *NJ* 1979, 934 | 5.2.2

- HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, (Kleuterschool Babel) | 5.2.2
HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77 (Vader Versluis) |
HR 23 december 1980, *NJ* 1981, 171 (Autoverbod Schiermonnikoog) | 4.2.1.3
HR 3 februari 1981, *NJ* 1981, 316 | 2.5
HR 22 april 1983, *NJ* 1984, 145 | 5.2.1
HR 16 mei 1983, *NJ* 1984, 361 (Bullenbaai) | 5.3.1, 14.1, 16
HR 14 juni 1983, *AB* 1984, 102 | 2.3
HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 306, (LSV) | 4.4.2, 5.2, 5.2.1, 5.2.2, 6.4, 14.1
HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669 (St. Oedenrode/Driessen) | 4.2.1.1
HR 16 november 1984, *NJ* 1985, 294, (Camping Domburg) | 14.4
HR 16 november 1984, *NJ* 1985, 547 (Ciba Geigy/Voorbraak) | 5.2.4
HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 (Enka/Dupont) | 11.5.1
HR 24 mei 1985, *NJ* 1986, 543 (Smilde/Staat) | 5.3.4
HR 25 juni 1985, *NJ* 1986, 356 (Claas c.s./Van Tongeren) | 15.2
HR 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252 (Staat/Van Gelder) | 4.2.1.1, 4.2.2.2, 4.3, 8.3.2, 14.3
HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 (Landbouwvliegers) | 2.3, 4.2.2.2, 4.3, 4.6, 5.2.1
HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 (Heesch/Van de Akker) | 3.4.4
HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 726 (Tolkentarieven) | 4.2.2.1
HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 742 (Nieuwe Meer) | 3.3
HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 898 (Methadonbrief) | 5.2.2
HR 26 september 1986, *NJ* 1987, 253 (Staat/Hofmann La Roche) | 4.3
HR 3 oktober 1986, *NJ* 1987, 911 (Arucar) | 4.2.2.1, 11.5.2
HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 744 (Iusta Causa) | 6.4.1
HR 10 april 1987, *NJ* 1988, 148 (GCN/Nieuwegein) | 3.2
HR 19 mei 1987, *NJ* 1988, 314 | 2.3
HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 843 (Montenegro) | 3.4.2, 6.2
HR 11 december 1987, *NJ* 1990, 73 (Ondertitelingsverbod) | 5.2.2
HR 15 juli 1988, *AB* 1988, 600 (Mosselbank) | 11.5.1, 11.6.1
HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740 (Naamrecht) | 3.4.1
HR 18 november 1988, *AB* 1989, 185 | 8.3.4, 15.3.3
HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (Harmonisatiewet) | 1, 2.3, 4.2.2.1, 6.4.1, 8.2, 10.1, 11.1, 11.2.2, 11.5, 11.6.1, 11.7, 11.8, 12.2, 12.3.4, 16
HR 9 juni 1989, *AB* 1989, 412 (Kortverbanders) | 11.6, 11.6.1, 11.6.2, 13.4.1
HR 23 juni 1989, *AB* 1989, 552 (Kennis/Budel) | 4.6.4
HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628 (Berrehab) | 13.2.2
HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794 (Staat/B.) | 13.3.2
HR 2 februari 1990, *AB* 1990, 223 (Staat/Bolsius) | 9.3.1, 11.5.14
HR 18 januari 1991, *AB* 1991, 241 (Leffers/Staat) | 4.2.1.5, 4.2.2.1, 11.6.2, 13.2.1, 13.3.1.2, 13.5.2
HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 (Van Gog/Nederweert) | 4.2.1.1, 4.3
HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 (Staat, Van Hilten/M.) | 4.3
HR 28 februari 1992, *AB* 1992, 301 (Ambtenarenwet II) | 3.4.4
HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113 (Bedrijfsvereniging/Boulogne) | 4.3
HR 16 oktober 1992, *AB* 1993, 40 (Vulhop) | 4.1, 4.5, 8.1, 8.3.1, 8.3.3, 8.3.4, 9.3.3, 14.1
HR 10 november 1992, *NJ* 1993, 197 (APV Den Bosch) | 2.3

- HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139 (Kuunders) | 14.4, 15.5.3.2
HR 19 februari 1993, *AB* 1993, 305 (Trias) | 4.2.1.5, 11.6, 11.6.1, 11.6.2, 11.7
HR 1 december 1993, *AB* 1994, 55 (Detam) | 2.3
HR 18 februari 1994, *AB* 1994, 415 (Staat/Kabayel) | 3.3, 5.2.4, 6.3
HR 29 april 1994, *AB* 1994, 530 (GE/Den Haag) | 4.2.1.3, 6.2
HR 7 oktober 1994, *AB* 1996, 125 (Staat/Van Benten) | 9.3.1
HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231 (Krijco/Amersfoort) | 13.3.1.2
HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 166 (Smit/Staat) | 3.4.4, 3.4.5, 8.3.1
HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 164 | 4.3
HR 16 juni 1995, *NJ* 1997, 131 (Pro Vita/Staat) | 3.2, 15.4.2
HR 15 december 1995, *NJ* 1996, 509 (Procter & Gamble/Kimberly-Clark) | 15.2
HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728 (Rasti Rostelli) | 6.2
HR 11 oktober 1996, *AB* 1997, 1 (Leenders/Ubbergen) | 1, 3.4.2, 7.2, 7.4, 9.4, 16
HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 434 (Rechtenvrouw/Staat) | 6.4.1, 15.4.1
HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526 (Voorlopige belastingaanslagen) | 4.3
HR 3 april 1998, *AB* 1998, 256 (Meiland/Staat) | 13.3.1.2
HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey) | 3.3, 11.2.2
HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 716 (Call back-service) | 2.6
HR 17 september 1999, *NJ* 1999, 736 (Toeristenbelasting Schiphol II) | 4.4.3, 5.5.2, 8.2.1, 8.2.4, 8.3.5
HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160 (Tegelen/Limburg) | 1, 6.3, 11.1, 11.2.1, 11.3, 11.4, 11.6.2, 12.2, 12.5, 15.3.4, 16
HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 87 (Groningen/Raatgever) | 3.4.4
HR 26 januari 2000, *RvdW* 2000, 30c | 12.5
HR 26 januari 2000, *RvdW* 2000, 31c | 12.5
HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 259 | 5.3.1
HR 15 maart 2000, *AB* 2000, 278 (Meerderheidsregel) | 11.5.1, 11.6.1
HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713 (Kooren-Maritiem) | 1, 11.7, 12.2, 12.3.2, 12.4, 13.4, 13.4.1, 13.4.2, 13.5.2, 16
HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 714 | 5.2.1
HR 19 mei 2000, *NJ* 2001, 407 (Whv V) | 1, 5.2.1, 5.2.3, 5.3.1, 14.3, 16
HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 236 | 5.3.1
HR 30 maart 2001, *NJ* 2003, 615 (Staat/Lavrijsen) | 11.7, 13.3.1.3, 13.5.1
HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278 | 13.2.2
HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 (Whv VI) | 1, 11.7, 13.2.1, 13.6
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 (Niasmandian) | 4.6.4
HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 217 | 3.3
HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 689 | 5.2.2
HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80 (Dijkverbod) | 14.4
HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen) | 4.6.4
HR 6 december 2002, *NJ* 2003, 616 (Pannekoekenhuis de Kabouter) | 13.3.2
HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 388 (COA/Simon c.s.) | 8.3.4, 14.2.2
HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (Waterpakt) | 1, 3.2, 5.3.4, 11.3, 15.3, 15.3.1, 15.4.2, 15.5.1, 15.5.2.2, 15.5.3, 15.5.3.1, 15.5.3.2, 16
HR 20 juni 2003, *NJ* 2005, 189 (Staat/Harrida) | 4.2.1, 13.2.2, 13.3.1.3, 13.5.1
HR 7 november 2003, *NJ* 2004, 99 | 2.3

- HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430 (TBS-er met verlof) | 13.5.2
HR 3 september 2004, *AB* 2005, 74 (Staat/NJCM) | 1, 3.4.2, 4.2.2.1, 6.4, 6.4.1, 6.4.3, 8.1, 8.2.4, 8.3.1, 14.4, 15.3.3, 15.6
HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (Faunabescherming/Provincie Fryslân) | 1, 3.2, 5.3.4, 14.4, 15.1, 15.3, 15.3.1, 15.3.2, 15.3.4, 15.4.2, 15.5.1, 15.5.3, 15.5.3.2
HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 67 (Besluit paraveterinair) | 4.2.2.2
HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80 | 2.5
HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 152 (OZB/Staat) | 1, 3.4.5, 3.4.6, 5.2.2, 8.3.4, 14.1, 14.2.2, 16
HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 404 | 14.4
HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 325 (Direks/Venray) | 4.2.1.3, 9.1
HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283 (Aujeszky) | 1, 3.4.6, 4.1, 5.3.4, 8.3.4, 9.3.3, 14.1, 14.2.1, 14.3, 14.4, 14.5, 16
HR 1 april 2005, *JB* 2005, 136 (Janse/Steenbergen) | 4.6.4
HR 8 juli 2005, *LJN* AR8903 (Nijmegen) | 6.2
HR 8 juli 2005, *LJN* AR8934 (Rotterdam) | 6.2
HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (Kuijpers/Valkenswaard) | 1, 4.5, 8.3.5, 9.1, 9.3.1, 9.3.2, 9.4, 16
HR 11 oktober 2005, *NJB* 2005, p. 2106-2107 (Nijmeegse gebiedsontzegging) | 14.1, 14.2.1, 14.3, 14.4, 14.5, 16
HR 23 december 2005, *LJN* AU4526 (Lith) | 9.1, 9.3.1
HR 3 februari 2006, *JB* 2006, 69 (Staat/SFR) | 3.4.1
HR 10 november 2006, *RvdW* 2006, 1057 (Minimumjeugdloon) | 15.4.2
HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 292 | 13.2.1
HR 9 november 2007, *JB* 2008, 22 | 3.4.4
HR 28 maart 2008, *JB* 2008, 105 (Asha/Amersfoort) | 13.3.2
HR 25 april 2008, *JB* 2008, 122 | 9.2.1, 9.3.1
HR 20 maart 2009, *LJN* BG9951 (Nadeelcompensatie pluimveerechten) | 11.7, 13.3.2

Gerechtshoven

- Hof 's-Gravenhage, 13 maart 1985, *NJ* 1985, 263 | 15.3, 15.4.1
Hof 's-Gravenhage 6 maart 1986, *KG* 1986, 232 | 15.3
Hof 's-Gravenhage 10 juli 1987, *AB* 1988, 131 | 15.3
Hof 's-Gravenhage 7 maart 1991, *NJ* 1990, 40 (NOvA/Staat II) | 15.3, 15.4.1
Hof 's-Gravenhage 10 juni 1999, *KG* 2000, 91 (Whv III) | 5.2.1
Hof Amsterdam 22 juli 1999, *NJ* 1999, 806 (Dienst omroepbijdragen/Staat) | 11.2.1, 12.5
Hof 's-Gravenhage 20 januari 2000, *NJkort* 2000, 18 (Whv IV) | 2.5
Hof Amsterdam 14 september 2000, *KG* 2000, 205 (Toeristenbelasting Enkhuizen) | 3.4.5, 8.2.1, 8.2.4
Hof 's-Gravenhage 8 maart 2001, *Gst.* 2001, 7145.4 (Weerselo) | 2.5, 3.4.2, 6.3
Hof Arnhem 26 juni 2001 en 11 juni 2002, *NJ* 2003, 56 (Fleuren/Beuningen) | 4.2.2.2
Hof 's-Gravenhage 31 oktober 2002, *NAV* 2002, 291 | 15.3.3
Hof Leeuwarden 20 juni 2003, *LJN* AI1057 | 11.4

Hof Arnhem 7 oktober 2003, *Gst.* 2004, 23 | 6.2
Hof 's-Gravenhage, 8 januari 2004, *Gst.* 2004.149 | 15.3.3, 15.4.1
Hof 's-Gravenhage 24 maart 2005, *LJN* AT3175 | 15.3.3, 15.4.1, 15.5.2.1, 15.5.3.1
Hof 's-Gravenhage 27 oktober 2005, *LJN* AU5626 | 15.6.1
Hof 's-Hertogenbosch 25 april 2006, *LJN* AX0997 | 11.4
Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2007, *LJN* BA4952 | 11.4
Hof 's-Gravenhage 16 augustus 2007, *LJN* BB2029 | 4.3
Hof 's-Gravenhage 20 december 2007, *JB* 2008, 37 (Clara Wichmann/Staat) | 5.2.3
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008 *LJN* BF8225 (BOVAG /Staat) | 5.2.1

Rechtbanken

Pres. Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 1977, *NJ* 1978, 170 (Aanvangssalarissen leraren) | 4.2.1.3, 4.6, 15.3, 15.4.1
Pres. Rb. Rotterdam 30 september 1980, *NJ* 1980, 560 (Rotterdamse woonruimteverordening) | 5.2.5, 6.2
Rb. Dordrecht 28 juni 1981, *NJ* 1981, 437 (Dordtse woonruimteverordening) | 5.2.3, 6.2
Pres. Rb. 's-Gravenhage 21 mei 1984, *AB* 1985, 12 (Eems-Dollard) | 15.3
Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 januari 1985, *AB* 1985, 154 (WWV) | 15.3, 15.4.1
Pres. Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 1985, *KG* 1985, 260 (Stageverordening advocaten) | 5.2
Pres. Rb. 's-Gravenhage, 10 oktober 1985, *AB* 1986, 176 (Winkelsluitingsverordening Haarlem) 15.3, 15.4.1
Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 januari 1986, *KG* 1986, 108 (Uitvoeringsbesluit omzetbelasting) | 5.2.3
Rb. 's-Gravenhage 26 juni 1986, *KG* 1986, 320 (SSGZ) |
Pres. Rb. Middelburg 8 juli 1986, *KG* 1986, 332 (De Visser/Zeeland) | 7.2
Pres. Rb. 's-Gravenhage 21 mei 1987, *KG* 1987, 243 (Huisartsentarieven) | 15.3, 15.4.1
Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 mei 1987, *KG* 1987, 257 (Visrechten Grevelingenmeer) | 5.2.2
Pres. Rb. 's-Gravenhage 31 juli 1987, *KG* 1987, 373 (WIR-premie) | 5.2.2
Pres. Rb. 's-Gravenhage 20 augustus 1987, *KG* 1987, 401 (Haagse woonruimteverordening) | 6.2
Pres. Rb. 's-Gravenhage 16 juni 1988, *KG* 1988, 271 (Tarieven sociale advocatuur) | 5.2.2
Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 juni 1988, *KG* 1988, 284 (Tarieven medisch specialisten) | 8.2.2, 15.3, 15.4.1
Pres. Rb. 's-Gravenhage 2 augustus 1988, *KG* 1988, 332 (Nationale Kruisvereniging/Staat) | 8.2.2
Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 augustus 1988, *AB* 1988, 470 (Harmonisatiewet) | 6.4.1, 8.2.3
Pres. Rb. Haarlem 19 december 1988, *KG* 1989, 68 (Eurasyl/Staat) | 15.3, 15.4
Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 mei 1989, *KG* 1989, 232 (AAW) | 15.3, 15.4.1

- Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 september 1990, *KG* 1990, 32 | 15.3
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 18 oktober 1990, *AB* 1991, 86 (NOvA/Staat I) | 15.3, 15.4.1
- Pres. Rb. Haarlem 23 augustus 1991, *KG* 1991, 303 (Strandstoelen) | 8.2.1
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 1 april 1992, *KG* 1992, 144 (Tarieven Fysiotherapie) | 8.2.2
- Pres. Rb. Haarlem 25 januari 1994, *KG* 1994, 94 (Huisvuiltarief Oostzaan) | 3.4.5, 8.2.1, 8.2.4
- Pres. Rb. Amsterdam 31 maart 1994, *KG* 1994, 139 (Jappie Kip) | 5.2.2
- Pres. Rb. Zwolle 12 januari 1995, *KG* 1995, 64 (Recreatiewoningen Dalfsen) | 15.3, 15.4.1
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 1 december 1995, *KG* 1996, 26 | 15.3
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 25 november 1996, *KG* 1997, 88 | 15.3, 15.4.1
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 april 1997, *KG* 1997, 157 | 8.2.2
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 april 1997, *KG* 1997, 158 (Tarieven academische ziekenhuizen) | 8.2.2
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 1997, *KG* 1997, 273 (Instituut de Boer) | 15.3
- Pres. Rb. Haarlem 30 januari 1998 *KG* 1998, 73 (Toeristenbelasting Schiphol I) | 5.2.2, 8.3.5
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 september 1998, *JB* 1998, 216 (Whv I) | 5.2.1
- Rb. 's-Gravenhage 30 september 1998, *AB* 1998, 427 | 15.4.1
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 oktober 1998, *KG* 1998, 301 (Koppelingswet) | 5.2.1, 5.2.2, 5.2.4
- Pres. Rb. Assen 11 december 1998, *KG* 1998, 34 (Hengelclub Friescheveen) | 7.2
- Rb. 's-Gravenhage 23 december 1998, *JB* 1999, 35 |
- Rb. Assen 28 januari 1999, *AB* 1999, 113 | 8.2.3
- Rb. 's-Gravenhage 16 februari 1999, *AB* 1999, 226 | 8.2.3
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 23 februari 1999, *JB* 1999, 61 (Whv II) | 5.2.1, 5.2.3, 5.2.4
- Pres. Rb. Haarlem 5 november 1999, *KG* 1999, 326 (Beperking nachtvluchten) | 5.2.2
- Rb. Breda 28 augustus 2000, *JB* 2000, 285 | 4.6.1
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 2 november 2000, *KG* 2000, 234 | 15.3, 15.4.1
- Rb. Amsterdam 22 oktober 2001, *LJN* AD5051 | 12.3.4
- Rb. 's-Gravenhage 21 november 2001, *LJN* AD7789 | 11.4
- Rb. 's-Gravenhage, 16 april 2002, *LJN* AE2662 | 12.3.4
- Rb. 's-Gravenhage 14 augustus 2002, *LJN* AE6513 | 11.4
- Rb. 's-Hertogenbosch 9 oktober 2002, Zaaknummer 27262/HA ZA 98-1651 (Rovers/Uden) | 9.1, 9.2.1, 9.3.3, 9.4
- Rb. 's-Gravenhage 11 december 2002, *O&A* 2003, p. 83 | 15.3.3
- Vzr. Rb. Arnhem 27 januari 2003, *KG* 2003, 53 (Sporttotalisator/Ladbrokes) | 2.6
- Rb. Maastricht 12 maart 2003, *LJN* AF5839 | 11.4
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 15 april 2003, *KG* 2003, 121 (Antroposofische geneesmiddelen) | 5.2.2, 5.2.4
- Rb. 's-Gravenhage 6 augustus 2003, *KG* 2003, 196 (Fotografieverbod De Horsten) | 4.4.2, 5.5.2, 6.4, 7.2, 7.4
- Vzr. Rb. Arnhem 4 februari 2004, *NJF* 2004, 228 | 2.6
- Rb. Maastricht 17 maart 2004, *NJF* 2004, 338 | 8.3.3
- Rb. Amsterdam 23 juli 2004, *NJ* 2004, 564 (Absint) | 4.2.1.4, 4.4.2, 7.4

- Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2005, *JV* 2005, 144, (Leges Turkse immigranten) | 5.3.1, 6.4.1, 11.4, 14.6
- Rb. 's-Gravenhage 7 september 2005, *AB* 2005, 398 (SGP) | 5.3.1, 15.5.3.2
- Rb. Dordrecht 21 december 2005, *NJF* 2006, 126 | 7.3
- Rb. 's-Gravenhage 25 januari 2006, *NJF* 2006, 142 | 15.4.2
- Vzr. Rb. 's-Gravenhage 31 maart 2006, *NJF* 2006, 253 | 2.3
- Rb. 's-Gravenhage 19 april 2006, *LJN* AX0431 | 15.5.3.2
- Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, *Gst* 2007, 59 (XS4ALL/Staat) | 11.7, 13.4.2
- Rb. 's-Gravenhage 18 april 2007, *Gst* 2007, 151 (VNG/Staat) | 6.3, 12.5
- Rb. Amsterdam 10 mei 2007, *LJN* BA9202 | 11.4
- Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2007, *NJF* 2007, 420 (Zwangerschapsuitkering zelfstandigen) | 15.4.2
- Vzr. Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2008, *NJ* 2008, 304 (Vliegbelasting) | 2.5, 5.2.1
- Vzr. Rb. 's-Gravenhage, 31 maart 2008, *NJ* 2008, 333 (BOVAG/Staat) | 2.5
- Rb. 's-Gravenhage 11 juni 2008, *LJN* BD5311 (Fokverbod) | 4.4.3, 4.6, 4.6.2, 5.3.4, 6.2, 7.4
- Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, *LJN* BG8465 (Publicatie NEN-normen) | 5.3.1

Afdeling Rechtspraak van de Raad van State

- ARRvS 12 januari 1982, *AB* 1982, 299, Paul Krugerbrug I | 13.3.2
- ARRvS 24 januari 1984, *AB* 1984, 384 (Bronbeek) | 14.4
- ARRvS 10 januari 1991, *AB* 1992, 69 | 11.5.1

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

- ABRvS 28 augustus 1995, *AB* 1996, 204 (Drugspand Venlo) 2.3
- ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997, 143 (Beurskens) | 13.3.2
- ABRvS 2 oktober 1997, *JM* 1997, 57 (Uden) | 9.1, 9.3, 14.4
- ABRvS 8 december 1997, *JM* 1998, 29 (Sevenum) | 9.1, 9.2.1, 9.3
- ABRS 15 december 1997, *AB* 1998, 72 (Paracommercialisme Noordwijkerhout) | 6.4.2
- ABRvS 15 juni 1998, *AB* 1999, 334 (ICI/Zuid-Holland) | 7.4
- ABRvS 28 februari 2000, *JB* 2000, 114 (Albert Cuypmarkt) | 2.2
- ABRvS 28 februari 2000, *AB* 2000, 188 (Nederlandse Vereniging van Pleeggezinnen) | 6.4.2, 6.4.3
- ABRvS 18 april 2000, *JM* 2000, 99 (Van Deursen/Gemert-Bakel) | 9.1, 9.2.2, 9.3.2
- ABRvS 13 juni 2000, *JB* 2000, 218 (Boerderij 't Lindeke) | 6.2
- ABRvS 10 augustus 2000, *JB* 2000, 271 (Onbevoegde inspecteur) | 4.6.1, 4.6.3, 4.6.4
- ABRvS 22 maart 2001, *AB* 2001, 195 (De Plagge) | 11.5.1
- ABRvS 6 maart 2002, *AB* 2003, 227 | 2.2
- ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2002, 395 (Scholtens Bouw) | 13.3.2
- ABRvS 24 juli 2002, *AB* 2003, 204 | 11.2.2
- ABRvS 19 maart 2003, *JB* 2003, 110 | 9.3.2

ABRvS 12 november 2003, *AB* 2004, 95 (Gedoogzone Heerlen) | 13.3.2
ABRvS 12 mei 2004, *AB* 2004, 211 | 11.4
ABRvS 13 oktober 2004, *AB* 2004, 459 (Verlegging glasvezelkabel) | 13.3.2
ABRvS 15 december 2004, *JB* 2005, 58 (G./Meerssen) | 4.6.1, 4.6.2, 4.6.3
ABRvS 25 mei 2005, *AB* 2005, 234 | 6.4.2
ABRvS 22 juni 2005, *JB* 2005, 250 | 2.3
ABRvS 26 oktober 2005, *JB* 2006, 8 (Scheepswerf Grave) | 11.5.1
ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 100 (Marokkaanse echtscheiding) | 9.3.2
ABRvS 29 maart 2006, *JB* 2006, 145 | 6.2
ABRvS 17 mei 2006, *JB* 2006, 211 (B.E.K.A. '66) | 6.2
ABRvS 5 juli 2006, *Gst.* 2006, 117 | 4.6 |
ABRvS 2 augustus 2006, *AB* 2007, 27 | 3.4.5
ABRvS 6 september 2006, *AB* 2006, 358 (Aanwijzing prostitutie inrichtingen) | 3.4.5
ABRvS 6 september 2006, *Gst.* 2007, 55 (Participatiefonds Onderwijs) | 4.6
ABRvS 23 augustus 2006, *AB* 2006, 365 | 6.4.2
ABRvS 8 november 2006, *JB* 2007, 8 (Coffeeshops Venlo) | 13.3.2
ABRvS 4 april 2007, *JOM* 2007, 421 (Vereniging het Moerdijkse Riool) | 6.4.2, 6.4.3
ABRvS 15 juli 2007, *JM* 2007, 122 (Tracébesluit A4) | 15.5.3.2
ABRvS 15 augustus 2007, *JB* 2007, 184 | 11.5.1
ABRvS 17 oktober 2007, *JB* 2008, 2 | 2.2
ABRvS 21 november 2007, *JB* 2008, 14 (T-Mobile) | 6.2
ABRvS 5 december 2007, *AB* 2008, 35 (SGP/Minister van BZK) | 5.2.3
ABRvS 16 januari 2008, *JB* 2008, 45 | 2.2
ABRvS 12 maart 2008, *JB* 2008, 100 | 6.2
ABRvS 28 mei 2008, *JB* 2008, 157 (Stg. Monumentenbehoud Nederland) | 15.6
ABRvS 28 mei 2008, *JB* 2008, 175 (MEGA Projecten bv) | 6.2
ABRvS 1 oktober 2008, *JB* 2008, 239 (Stg. Openbare Ruimte) | 15.6
ABRvS 15 oktober 2008, *JB* 2008, 258 (Stg. Omgevingsrecht) | 15.6
ABRvS 10 december 2008, *JB* 2009, 37 (Bont voor dieren) | 15.6

Centrale Raad van Beroep

CRvB 18 februari 1975, *AB* 1975, 243 | 11.5.1
CRvB 11 september 1980, *AB* 1981, 233 | 11.5.1
CRvB 27 juni 1990, *AB* 1991, 55 | 11.5.1
CRvB 30 december 1998, *JB* 1999, 53 | 9.3.2
CRvB 24 januari 2000, *JB* 2001, 76 | 11.5.2, 12.3.4
CRvB 3 januari 2001, *LJN* AA9927 | 11.5, 12.3.4
CRvB 27 september 2001, *AB* 2002, 26 | 13.3.2
CRvB 14 maart 2003, *AB* 2003, 189 | 2.3
CRvB 18 juni 2004, *AB* 2004, 296 | 8.2.3
CRvB 16 augustus 2005, *LJN* AU2774 | 12.3.4
CRvB 15 november 2005, *Gst.* 2006, 105 | 4.2.1.1
CRvB 12 juni 2007, *Gst.* 2008, 8 | 3.4.5
CRvB 31 juni 2007, *JB* 2007, 198 | 2.4

CRvB 30 januari 2008, *JB* 2008, 81 | 2.3
CRvB 6 februari 2008, *JB* 2008, 82 | 2.3
CRvB 24 april 2008, *JB* 2008, 135 | 2.5

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBB 1 maart 1994, *JB* 1994, 50 | 8.2.2
CBB 27 mei 1997, *AB* 1997, 279 | 12.3.4
CBB 29 juli 1997, *AB* 1997, 447 | 9.3.2
CBB 24 mei 2004, *AB* 2004, 289 | 2.3
CBB 20 januari 2005, *LJN* AS5289 | 11.4
CBB 1 augustus 2007, *JB* 2007, 216 (Erkenning fokkerijorganisaties) | 2.3
CBB 19 oktober 2007, *JB* 2007, 236 | 3.4.5
CBB 1 november 2007, *JB* 2008, 35 | 2.2
CBB 5 december 2007, *JB* 2005, 50 (Radio 538) | 13.6

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba

Gem. Hof NA en Aruba 3 maart 1981, *Tijdschrift voor Antilliaans Recht* 1981, p. 236 | 5.3.1
Gem. Hof NA en Aruba 18 februari 1997, *KG* 1997, 241 (Arubaanse huisartsen) | 5.2.2
Gem. Hof NA en Aruba 12 augustus 1997, *KG* 1997, 360 (Call back services) | 5.2.2
Gem. Hof NA en Aruba 2 september 2008, *LJN* BF0082 (Antilliaanse huisartsen) | 5.3.1, 15.3.3

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 26 maart 1985, *NJ* 1985, 525 (X en Y/Nederland) | 15.5.2.2
EHRM 19 december 1989, app. no. 10522/83 (Mellacher) | 13.6
EHRM 5 januari 2000, *NJ* 2000, 571 (Beyeler) | 13.2.1
EHRM 26 september 2000, app. no. 37660/97 (Denimark) | 13.6

Hof van Justitie EG

HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur* 1963, p. 1 (Van Gend & Loos) | 2.5
HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, *Jur* 1964, p. 1199 (Costa/ENEL) | 2.5
HvJ EG 1 december 1965, zaak 16/65, *Jur* 1965, p. 1103 (Schwarze) | 15.2.2
HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Jur* 1976, p. 1989 (Rewe) | 15.3.1
HvJ EG 9 maart 1978, *NJ* 1978, 656 (Simmenthal II) | 2.5, 15.5.2.2
HvJ EG 13 mei 1981, zaak 66/80, *Jur* 1981, p. 1191 (ICI) | 15.5.2.2
HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Jur* p. 1651 (Johnston) | 15.3.1

HvJ EG 19 november 1991, *NJ* 1994, 2 (Francovich) | 4.2.1.4, 4.2.1.5
HvJ EG 14 december 1995, *NJ* 1997, 116 (Van Schijndel) | 15.3.1
HvJ EG 30 april 1996, *AB* 1996, 502 (British Telecommunications) | 4.3
HvJ EG 30 april 1996, *AB* 1998, 47 (CIA Security) | 14.4
HvJ EG 8 oktober 1996, *AB* 1997, 272 (Dillenkofer) | 4.3
HvJ EG 30 september 2003, *NJ* 2004, 160 (Köbler) | 15.3.1
HvJ EG 2 oktober 2003, *NJ* 2004, 474 |
HvJ EG 13 maart 2007, *AB* 2007, 301 (Unibet) | 3.4.2, 3.4.6, 5.2.1, 6.2, 15.3.1

Conseil d'état

CE 14 januari 1938, *GA* no. 57 (La Fleurette) | 13.4.2

Zakenregister

(De nummers verwijzen naar paragrafen.)

A

absoluut toepassingsverbod, zie
toepassingsverbod
actio popularis | **3.3**
afwijzing van een vergunningsaanvraag
| 6.2, 7.3, 9.2.1, 9.2.3, 9.3.2, 9.4
algemeen belang-actie (zie ook
belangenorganisatie) | 4.2.2.1,
6.4.1, 15.6
algemeen verbindend voorschrift, zie
avv
avv (algemeen verbindend voorschrift)
| **2.2**, 8.2.2, 8.3.4

B

beginselconforme interpretatie |
11.5.1, 11.6.1
begunstigende regeling | 4.4.3, 16
bekendmakingsbevel | 5.2, 5.2.5
bekendmakingsvereiste, zie publicatiev-
ereiste
belang
 . afgeleid belang | 6.2
 . boven-individueel belang | 6.4,
 6.4.2, **6.4.3**
 . rechtreeks betrokken belang |
 6.2, **6.4.1-6.4.3**
 . voldoende belang | 3.1, **3.3**,
 3.4.2, 5.3.2, 6.1, 6.3, 16
belanghebbende-begrip | 6.2
belangenorganisatie (belangenbehar-
tiger, collectief belang-organisatie)
| **3.3**, 3.4, 3.4.2, 4.2.2.2, 4.4.1,
5.2.2, 5.2.3, 5.3.1, 5.3.3, 6.1, **6.4-**
6.4.3, 14.3, 14.5, 15.2, 15.5.3.2,
15.4.1, 15.4.2, 15.5.2.1, 15.6, 16

belastingregeling (belastingverorden-
ing) | 3.4.5, 3.4.6, 4.2.2.2, 4.4.3,
5.3.2, 6.2, 6.4.3, 8.2, **8.2.1**, **8.3.2**,
16
bereik van het strafrecht, zie uitbreiding
van het bereik van het strafrecht
bestuursdwang | **7.2**, 9.3.2
bestuurswetgeving | **2.2**, 15.3.3
bevel **15.1**
bevoegdheid van de burgerlijke rechter
| 3.1, **3.2**, 5.3.2
bewuste interpretatie van de wetgever |
12.2, 12.3.1, 12.3.3-12.3.5, 12.4,
12.6, 13.5.1, 13.5.2
bijzondere rechtsgang | **3.1**, 3.4.1,
3.4.4, 6.2, 6.3, 6.4.1, 16
bloot-formele wet | 11.8, 15.3.1
bodemgeding (bodemprocedure) |
3.4.5, 5.2.1, 5.2.2, 5.2.4, **5.3-5.3.4**,
8.3-8.3.5, 14.3, 15.4.3, 16
buiten toepassing laten | 1, **2.4**, **2.5**,
3.4.5, 5.3.2, 10.3, 11.5, **11.5.2**,
12.3.2, **12.3.5**, 12.4, 13.6, 15.3.1,
15.6, 16
buitenwerkingstelling | 4.4.1, **5.2-**
5.2.4, 5.3.2-5.3.4, 8.2-8.2.4,
13.3.1.2, 14.3, 15.4.1, 15.5.3.2, 16

C

causaliteit (causaliteitseis,
causaliteitsvereiste, causaliteitscri-
terium) | 4.1, 4.2.2.2, 4.3, 4.4.3,
4.5, 4.6.3, 4.6.4, 9.3.2, 9.3.3, 16
collectief belang | **6.4.1-6.4.3**, 15.6
collectief belang-organisatie, zie
belangenorganisatie

compensatieregeling | 13.4.1, 13.4.2, 13.5.2, 13.6
 concrete onrechtmatigheid | **4.2.2.1**, 16
condicio sine qua non (csqn) | 4.5, 4.6, 4.6.4, 8.3.2, 9.2.3, 9.3.1, 9.3.2
contra legem-leer (*contra legem*-doctrine, *contra legem*-rechtspraak) | 11.5-11.5.2, 11.7, 12.3.1-12.3.4
 correctie-Langemeijer | **4.4.1**, 4.4.3, 6.2, 16
 csqn, zie *condicio sine qua non*

D

declaratoir (verklaring voor recht) | 5.2.4, 5.3.1-5.3.3, 11.2.1, 11.2.2, 11.4, 14.5, 15.3.1, 15.4.2, 15.4.3, 15.5.2.1-15.5.2.3, 15.5.3.1, 15.5.3.2, 15.6, 16
 declaratoire onverbindendverklaring | **5.3.1**, **5.3.2**, 11.2.2, 16
 Demogue/Besier | 4.6.4
deux chevaux | 4.2.1.3
 dictum (van een vergunning) | 9.2.2, 9.3.3
 dictum (van een vonnis) | 5.2.2, 5.3.1, 5.3.2, 15.3.1
 direct werkende regeling | 4.2.2.2, **8.1**
 doeltreffende rechtsbescherming | **3.4.1**, 3.4.2, 3.4.6, 6.4.1, 7.2, 8.2.4, 16
 doeltreffendheidsbeginsel | 15.3.1

E

een ieder verbindende bepaling | 1, 2.3, 2.5, 4.2.1.2, 6.3, 10.3, 15.3.1, 16
 effectieve rechtsbescherming | 3.4.2, 3.4.6, 5.2.1, 12.2, 15.3.1
 égalité | 1, 4.2.1, 4.3, 11.7, 11.8, **13.1**, 13.2.2, 13.3-13.3.2, 13.4-13.6, 16
 • als norm | **13.3.1.3**, 13.3.2, 13.5.1
 • kernvoorwaarden | **13.1**
 égalité-verbintenis | 13.1, **13.3.2**, 13.4, 13.4.1, 13.5

EHLA | 6.3
 eigen schuld | 4.2.1.3, 9.3.2, 16
erga omnes-werking | 5.2.2, 5.3.2, 14.2.1, 16
 Europees Handvest voor de Locale Autonomie, zie EHLA
 exceptieve toetsing, zie toetsing

F

fair balance | 13.2.1, 13.2.2, 13.6
 feitelijke verplichting | **4.4.3**, 8.3, 8.3.5, 16
 formele rechtskracht | **3.4.4**, 4.1, 4.2.2.2, 7.2, 7.3, 8.3.1, 8.3.5, 9.3.1-9.3.3, 9.4, 14.2.2, 16
 formele toetsing, zie toetsing
 formele trias-benadering, zie trias-benadering

G

gebod | **15.1**
 gelijkwaardigheidsbeginsel | 15.3.1
 gemeenschapstrouw | 14.4, 15.3.1
 gezag van gewijsde | 5.3.3, 8.3.3, 8.3.4, 14.2.2
 grond voor onverbindendheid (onverbindendheidsgrond) | **4.4.2**, **4.4.3**, 4.6, 14.2.2, 16

H

hypothetisch rechtmatig besluit | 4.1, 4.4.3, 4.6, 4.6.1-4.6.4, 16

I

IAV (Interimwet Ammoniak en Veehouderij) | **9.1**
 inbreuk op een recht | 4.2.2.1, 4.4.2, 4.6, 6.2, 16
 indirecte toetsing, zie toetsing
 indirect werkende regeling | 3.4.6, 4.2.2.2, 6.4.1, **8.1**, 8.2-8.3.5
 informatieverstrekking, zie onjuiste informatieverstrekking
inter partes-werking | 1, 5.2.2, 5.3.3, 16

interpretatieconflict (zie ook bewuste interpretatie) | 12.2
 interpretatieve wet | **12.3.5**
 investeringsschade, zie onnodige investering

K

kort geding (wetgevingskortgeding) | 3.4.4, **5.2-5.2.5**, 5.3.3, 8.2-8.2.4, 8.3.1, 8.3.2, 14.3, 15.4.3, 16

L

landsverordening | 5.3.1, 5.3.2, 11.6.2, 11.6.3
 leer van de formele rechtskracht, zie formele rechtskracht
 leer van Demogue/Besier, zie Demogue/Besier
 leer van het hypothetisch rechtmatig besluit, zie hypothetisch rechtmatig besluit
 legaliteitsbeginsel (legaliteitseis, legaliteitsvereiste) | 4.4.1, 4.4.2, 4.4.3, 4.6.3
 legisme (legistisch denken) | 10.2, 10.3, 12.2

M

Maastrichtse school | 4.2.2.1, 5.3.2
 machtscheiding (scheiding der machten, evenwicht tussen de staatsmachten, trias politica) | 1, 5.3.2, 12.3.3, 15.1, 15.5.1-15.5.2.3, 15.6, 16
 materiële toetsing, zie toetsing
 materiële trias-benadering, zie trias-benadering
 minimumkenmerken van een wet in formele zin, zie wet in formele zin
 motiveringsgebrek | 4.6

N

niet-wetgeven | **4.2.1.5**, **11.6.2**, 11.6.3, 15.3.1, 15.5.2.1, 15.5.2.2
 noodsituatie (geval van nood) | 4.6.2, 13.3.1.1, 13.3.1.2

normenhiërarchie | 1, 2.1, **2.3**, 16

O

objectieve onrechtmatigheid | **4.2.2.1**, 16
 ongeschreven zorgvuldigheidsnorm | 4.4.1, 4.4.3, 6.2, 16
 ongeschreven rechtsbeginselen | 2.3, 4.4.2, 5.2.1, 10.3, 11.2.2, 11.4, 11.6.1, 11.7, 12.2, 13.3.1.3, 13.3.2, 13.4.1-13.4.3
 onjuiste informatieverstrekking | 9.1, 9.3.1, 9.4
 onmiskenbaarheidseis (onmiskenbare onverbindendheid) | 5.2.1, 5.2.3, 5.2.4, 5.3.3, 5.3.4, 14.3, 16
 onnodige investering (investeringschade) | 4.2.1.3, 4.2.2.2, 4.4.3, 8.2.1, 9.1, 9.2.1-9.2.3, 9.3.1, 9.3.2, 9.4
 onsplitsbare wilsverklaring | **2.5**, 16
 ontheffing, zie vergunning
 onttrekking van de beoordeling van een wetsontwerp | 11.3, 12.5
 ontvankelijkheid | 3.1, 3.2, **3.3**, **3.4.4**, **3.4.5**, 5.3.3, 6.2, 6.4, 6.4.1, 6.4.3, 7.2, 8.2.1, 8.3.1, 8.3.2, 16
 ontvankelijkheidscriterium | **3.4.1**, 3.4.2, 3.4.5, 8.2, 8.2.1, 8.3.4, 9.2, 16
 ontwerp-regeling | 4.2.1.3, 4.2.1.6, 16
 onverbindend geworden regelgeving | **4.2.1.4**
 onverbindendheidsgrond, zie grond voor onverbindendheid
 onverbindendverklaren | **2.4**, 2.5, 4.2.1.1, 4.2.2.1, **5.3.2**, 12.4, 16
 · partieel | **2.4**, 4.2.2
 onverschuldigde betaling | **4.1**, 5.3.4, 8.3.2, 8.3.3, 16
 overgangsregeling | 13.4.1

P

partieel onverbindendverklaren, zie onverbindendverklaren
 posterieure regeling | **4.2.1.4**

precedent | 5.3.2, 14.1, 14.3, 14.5
 prejudiciële vraag (prejudiciële procedure) | 14.2, 14.4, 15.3.1, 15.5.2.2, 15.5.2.3, 15.6
 procedurele norm (procedureel vereiste) | 4.6.3, 4.6.4, 11.2.1, 16
 proportionaliteit | 13.2.2, 13.3.1.1-13.3.1.3
 publicatievereiste (bekendmakingsvereiste) | 4.6, 4.6.2, 4.6.3, 16
 punitieve sanctie | **7.2**

R

rechtmatige daad | 13.1, 13.2.2, 13.3, **13.3.2**
 rechtsbeginselen, zie ongeschreven rechtsbeginselen
 rechtsbetrekking | 5.2.2, 5.2.3, 5.3.3, 14.5
 rechtseenheid | 3.4.6, 4.6.4, 14.2.1, 14.2.2, 14.5
 rechtsplicht tot intrekking | **4.2.1.4**
 rechtsplicht tot wetgeven | 15.4.3, **15.5.2.2**
 redelijke toerekening, zie toerekening (art. 6:98 BW)
 relatief toepassingsverbod, zie toepassingsverbod
 relativiteit | (relativiteitseis, relativiteitsvereiste, relativiteitsbeginsel) | 4.1, 4.2.2.1, 4.3, **4.4-4.4.3**, 4.6.4, 6.1, 6.2, 8.3.5, 16
 relativiteitsbeginsel, zie relativiteit
 relativiteitseis, zie relativiteit
 relativiteitsvereiste, zie relativiteit
 reparatoire sanctie | **7.2**
 richtlijn, Europese | 4.2.1.4, 4.2.1.5, 15.3.1, 15.3.2, 15.4.1, 15.4.2, 15.5.2.2, 15.5.2.3, 15.5.3.1

S

salderingseis | **9.1**, 9.2.1, 9.2.2, 9.3.1, 9.3.3
 schadeoorzaak | 4.2.2.2, 11.7, 13.3.1.3
 scheiding der machten, zie machtenscheiding

specialisatie (specialisatiegedachte) | 3.4.1, 3.4.2, 3.4.6, 6.4.1, 8.2.4, 16
 spoedeisend belang | 8.2-8.2.4, 8.3.2, 8.3.5
 staatsregeling Aruba | 11.6.2
 Statuut | 2.3, 11.2.2, 11.4, 12.2, 12.6
 subsidieregeling | 6.2

T

toepassingsverbod |
 • absoluut | **5.2.2**, 5.3.4, 16
 • relatief | 5.2, **5.2.3**, 5.3.4, 11.5.2
 toerekening (6:98 BW) | **4.5**, 4.6, 4.6.4, 9.3.3, 16
 toerekening (6:162 lid 3 BW) | **4.3**, 8.3.2, 15.2, 16
 toetsing
 • exceptieve | **2.6**
 • formele | 2.3, 4.6, **11.2.1**, 11.3
 • indirecte | **2.6**, **3.4.2**, 3.4.5, 6.4, 6.4.1, 8.2.4, 16
 • materiële | 2.3, 11.2.1, **11.2.2**
 toetsingsbevoegdheid | 1, 2.1, **2.3**, **2.5**, 16
 toetsingsgebod | **2.3**
 toetsingsverbod
 • Arubaans toetsingsverbod | **11.6.2**
 • functie van het toetsingsverbod | 10.1, **12.2**, 12.3.3, 12.3.5, 12.4-12.6, 13.5.2
 • kern | 11.2-11.4, 12.6
 • nieuwe formulering | **10.3**
 • oude formulering | **10.2**
 trias-benadering
 • formele | **15.5.2.1**, 15.5.2.3
 • materiële | **15.5.2.2**, 15.5.2.3
 trias politica, zie machtenscheiding

U

uitblijven van een wet | 11.6.1, 11.6.2
 uitbreiding van het bereik van het strafrecht | 14.4, 15.4.1, 15.5.3.2, 15.6

V

verblijfsvergunning | 8.3.1, 9.2.1, 9.4
verbod **15.1**
vergunning (ontheffing) | 3.4.6,
4.2.1.1, 4.2.1.3, 5.3.3, 7.1, **7.3**,
8.3.1, **9**, 13.2.1, 14.4, 15.3.1, 16
vergunningsvoorschrift | 9.1
vergunningsvoorwaarde | 9.2.1, 9.2.2
verklaring voor recht, zie declaratoir
verschoonbare rechtsdwaling | 14.4,
15.4.1
voldoende gekwalificeerde schending |
4.3
volgplicht | 14.1-14.6
voorbereidingshandeling (voorbereid-
ing van een wet) | 11.2.1, 11.3,
11.4, 12.3.1, 12.5, 12.6

W

weloverwogen beslissing van de wet-
gever | 12.3.5, 16
wetgevingsgeding | **2.6**
wetgevingskortgeding, zie kort geding
wet in formele zin | **2.2**
· minimumkernmerken | **11.2.1**
wet in materiële zin | **2.2**, 4.2.1.1, 15.1
wetsontwerp (zie ook onttrekking van
de beoordeling van een wetsont-
werp) | 11.3, 12.5
wettelijke grondslag | 4.4.2, 8.3.5, 16

RECHT EN PRAKTIJK Onder redactie van prof. mr. R.P.J.L. Tjittes

- | | | | |
|------|--|------|---|
| 1. | Bedrijfsopvolging in de middenstand | 74. | Contracteren in de internationale praktijk |
| 2. | Bedrijfsopvolging in de landbouw | 75. | Privacyregulering in theorie en praktijk |
| 3. | Opvolging in het vrije beroep | 76. | Ontbinding |
| 4. | Familierechtelijke betrekkingen | 77. | De hoedanigheid van contractpartijen |
| 5. | Samenwerkingsvormen in landbouw en middenstand | 78. | Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht |
| 6. | Bouw- en woningrecht | 79. | Verzekering en aansprakelijkheid |
| 6a. | Beheer en bemiddeling bij onroerend goed | 80. | De toezegging in het privaatrecht |
| 6b. | Huurrecht bedrijfsruimten | 81. | Kollektieve akties in het privaatrecht |
| 6c. | Huurprijzenwet woonruimten | 82. | Gerechtigde bewaring |
| 7a. | Zekerheidsrechten (hypotheek) | 83. | Vrij verkeer van vonnissen |
| 7b. | Zekerheidsrechten (pand en borgtocht) | 84. | Enige beschouwingen over zinvol commissariaat |
| 8. | Wet op het consumentenkrediet | 85. | Moderne biotechnologie en recht |
| 9. | De Kamers van Koophandel in de praktijk | 86. | Softwarerecht |
| 10a. | Het kort geding (A. Algemeen deel) | 87. | Surséance van betaling |
| 10b. | Het kort geding (B. Bijzonder deel) | 88. | Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen |
| 11. | Het nieuwe merkenrecht | 89. | De vereniging in de praktijk |
| 12. | De kantonrechter (Burgerlijke Zaken) | 90. | Milieuschade en financieel verslag |
| 13. | Burenrecht, mandeligheid, erfdiensbaarheden | 91. | Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten |
| 14. | Kansspelen en cadeau-acties | 92. | Contracteren in de internationale praktijk/Deel II |
| 15. | Collectief ontslag | 93. | Verrekening |
| 16. | Schade- en sommenverzekeringsrecht | 94. | Geld, geldschuld en betaling |
| 17. | De gerechtsdeurwaarder | 95. | Bank & Aansprakelijkheid |
| 18. | De surséance van betaling en het akkoord | 96. | Insolventie en rechtspersoon |
| 19. | Bestemmingsplan en privaatrecht | 97. | Levering van roerende zaken van roerende zaken door middel van zakenrechtelijk waardepapier |
| 20. | Overzicht van het Nederlandse milieurecht | 98. | Aansprakelijkheidsverzekering op claims made grondslag |
| 21. | Handleiding bij scheiding | 99. | Onverschuldigde betaling |
| 22. | Onteigening | 100. | De Wet op de Europese ondernemingsraden |
| 23. | BV en NV | 101. | Het Haagse Trustverdrag |
| 24. | Vergoeding van verkeersschade | 102. | Contracteren in de internationale praktijk/Deel III |
| 25. | Het Nieuwe Verenigingsrecht | 103. | Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid |
| 26. | Overheidsvergunning en Onrechtmatige daad | 104. | Distributieovereenkomsten |
| 27. | Consumentenrecht | 105. | Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering |
| 28. | De handelsnaam | 106. | Sponsoring van verenigingen en stichtingen |
| 29. | Kringen van belanghebbenden | 107. | Passieve legitimatie uit cognossement |
| 30. | Handleiding Hinderwet | 108. | Handboek handelsregister |
| 31. | Pacht | 109. | De commissionair in effecten |
| 32. | De directeur, bestuurder en werknemer | 110. | Schade en loss occurrence-verzekeringen |
| 33. | Vervoerrecht | 111. | Gids geregistreerd partnerschap |
| 34. | Huurbescherming bij woonruimte | 112. | Toerekening van een onrechtmatige daad |
| 35. | Kopers en economische eigenaars van onroerend goed | 113. | Productaansprakelijkheid |
| 36. | Recht en computer | 114. | Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers |
| 37. | Het nieuwe BW in 400 trefwoorden | 115. | Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht |
| 38. | Exoneratieclausules | 116. | Het kort geding in internationaal perspectief |
| 39. | Overdracht van een onderneming | 117. | Scheepsvoorrechten |
| 40. | Bescherming van het uiterlijk van produkten | 118. | Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering |
| 41. | Het eigendomsvoorbehoud | 119. | Notariële aansprakelijkheid |
| 42. | Auteursrecht | 120. | Garanties in de rechtspraak |
| 43. | De betaalcheque | 121. | Natrekking, vermenging en zaaksvorming |
| 44. | De commissaris, aanbevolen gedragsregels | 122. | Juridische aspecten van geografische aanduidingen |
| 45. | Het Nederlandse arbitragerecht | 123. | Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening |
| 46. | Alimentatiererkenen | 124. | Grenzen van rechtsobjecten |
| 47. | Arbeidsverhoudingen in het Nederlands IPR | 125. | Regres |
| 48. | De commanditaire vennootschap in de praktijk | 126. | Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding |
| 49. | Retentierecht | 127. | Schadebeperkingsplicht |
| 50. | Produktaansprakelijkheid | 128. | De rechtsverhouding tussen procespartijen |
| 51. | De achtergestelde vordering in het bijzonder de achtergestelde lening | 129. | Capita Zeerecht |
| 52. | Algemene voorwaarden getoetst | 130. | De Europese naamloze vennootschap (SE) |
| 53. | Schenking | 131. | Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken |
| 54. | Voordeelstoerekening | 132. | Toezicht en aansprakelijkheid |
| 55. | De agentuurovereenkomst | 133. | Insolventie in het internationaal privaatrecht |
| 56. | Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW | 134. | Contractdwang |
| 57. | Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen | 135. | Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid |
| 58. | Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed | 136. | Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen |
| 59. | Kadaster, openbare registers en derden-bescherming | 137. | Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht |
| 60. | Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek | 138. | Het civiele hoger beroep |
| 61. | De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure | 139. | Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht |
| 62. | Recht en reclame | 140. | Zorgplichten in de effectenhandel |
| 63. | Franchising | 141. | Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen |
| 64. | De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase | 142. | Mobiliteit van goederen in het IPR |
| 65. | Onderhandelen en privaatrecht | 143. | Algemene voorwaarden |
| 66. | Herziening scheidingsprocesrecht | 144. | Contractsovername |
| 67. | Bestuurdersaansprakelijkheid | 145. | Onrechtmatige overheidsbesluiten |
| 68. | Recht en elektronische handel | 146. | De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht |
| 69. | Bevrijdende verjaring | | |
| 70. | Rechtsverwerking in drievoud | | |
| 71. | Bestuur en toezicht | | |
| 72. | Buiten-contractuele aansprakelijkheid bodemverontreiniging | | |
| 73. | Grenzen aan het stakingsrecht | | |

- | | |
|--|---|
| 147. De Europese coöperatieve vennootschap (SCE) | 160. Wsnp en goede trouw |
| 148. Gewogen rechtsmacht in het IPR | 161. Conformiteit bij koop |
| 149. De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten | 162. De bevrijdende verjaring |
| 150. Toegang tot het recht bij massaschade | 163. IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging |
| 151. Ontbinding, schadevergoeding en nakoming | 164. Schadevaststelling en de rol van de deskundige |
| 152. Toepasselijkheid van algemene zaken | 165. Het deskundigenadvies in de civiele procedure |
| 153. Levering van roerende zaken | 166. De gewone rechter en de bestuursrechtspraak |
| 154. De afkoelingsperiode in faillissement | 167. De grenzen van het recht op nakoming |
| 155. Huurrecht algemeen | 168. Sport en Mededingingsrecht |
| 156. Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht | 169. Van geschil tot oplossing |
| 157. De kwaliteitsrekening | 170. Bedrijfsovername en milieurecht |
| 158. Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen | 171. De Wbp en de vennootschap |
| 159. Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht | 172. Onrechtmatige wetgeving |

