

ANNOTATIES

Onder de zorg van prof.mr. L.J.A. Damen, prof.mr. J.M. van Dunné, prof.mr. Ch. Gielen, prof.mr. T. Hartlief, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. A.H. Klip, prof.mr. G.G.J. Knoops, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.dr. F.C.M.A. Michiels, prof.mr. A.I.M. van Mierlo, prof.mr. K.J.M. Mortelmans, prof.mr. A.J.M. Nuytinck, prof.mr. M.V. Polak, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.mr. G.R. Rutgers, prof.mr. E. Verhulp, prof.mr. R.D. Vriesendorp, prof.dr. J.W. Zwemmer

Geen bevel tot intrekking

Prof.mr. C.A.J.M. Kortmann

HR 1 oktober 2004, LJN AO8913, zaaknr. CO3/118HR

Casus

De onderhavige casus is eenvoudig. Provinciale staten van Friesland hebben een – niet verplichte – verordening vastgesteld op grondslag van artikel 65, vierde en vijfde lid, van de Flora- en faunawet (Ffw). De Stichting De Faunabescherming vordert in kort geding onder andere intrekking van de verordening. De voorzieningenrechter wijst de vordering af. Het Hof bekrachtigt het vonnis, waarna de Stichting cassatieberoep instelt.

Overwegingen van de Hoge Raad

3. Beoordeling van de middelen

3.1 Het gaat in deze zaak, voor zover in cassatie van belang en kort samengevat, om het volgende.

(i) Provinciale Staten van de Provincie hebben, gebruikmakend van de mogelijkheid die art. 65 leden 4 en 5 van de per 1 april 2002 in werking getreden Flora- en faunawet (Stb. 1998, 402), hierna: de Ffw), biedt, bij besluit van 19 juni 2002 de Verordening schadebestrijding dieren Fryslân, hierna: de verordening, vastgesteld.

(ii) Stellende dat de verordening op vrijwel alle onderdelen in strijd is met de Ffw en, voor zover in die wet geen sprake is van een juiste implementatie van de Europese regelgeving op het gebied van natuurbescherming, met richtlijn 79/409 van de Raad van de EG van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (Pb EG 1979, L 103; de Vogelrichtlijn) en met richtlijn 92/43 van de Raad van de EG van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (Pb EG, L 206; Habitatrichtlijn) en derhalve onmiskenbaar onrechtmatig jegens haar, heeft de Stichting primair gevorderd de verordening in te trekken en subsidiair alle in goede justitie vast te stellen maatregelen te treffen om aan de vorenbedoelde onrechtmatigheid jegens de Stichting een einde te maken.

(iii) De Provincie heeft de vordering bestreden.

(iv) De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd.

3.2 In rov. 2.7 heeft het hof vooropgesteld dat niet valt in te zien op grond waarvan het de rechter – in kort geding –

zou zijn toegestaan een veroordeling uit te spreken tot intrekking van de onderhavige, in het democratisch bestel van de Provincie totstandgekomen, verordening. Een dergelijke veroordeling is, aldus het hof, gezien haar aard en bezien vanuit een oogpunt van staatsrechtelijke ordening niet mogelijk. Reeds hierop strandt, aldus nog steeds het hof, de primaire vordering.

3.3.1 Middel I keert zich tegen voormeld oordeel van het hof. Het betoogt dat het onderhavige geval zich onderscheidt van het geval berecht in het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2003, nr. C01/327, NJ 2003, 691, nu het te dezen niet gaat om formele wetgeving, tot stand gebracht op de wijze voorzien in art. 81 Grondwet, en evenmin om het tot stand brengen, maar om het intrekken van (in dit geval materiële) wetgeving.

3.3.2 In het onderhavige geval heeft de Stichting primair gevorderd veroordeling van de Provincie tot intrekking van de verordening. Nu intrekking van de verordening (eveneens) 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.

3.3.3 In het in 3.3.1 vermelde arrest heeft de Hoge Raad de vraag of, ook ingeval het niet tot stand brengen van wetgeving ter implementatie van een richtlijn onrechtmatig is, de rechter de Staat een bevel kan geven wetgeving in formele zin tot stand te brengen teneinde de onrechtmatige toestand op te heffen, ontkennend beantwoord.

3.3.4 Voor zover thans van belang heeft de Hoge Raad daartoe in rov. 3.5 van voormeld arrest, samengevat, het volgende overwogen. De op de Grondwet berustende verdeling van de bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in de procedure van politieke besluitvorming en afweging van belangen, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen, op grond waarvan wetten in for-

mele zin ingevolge art. 81 Grondwet door de regering en de Staten-Generaal worden vastgesteld. Dit is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vastliggen op grond van een Europese richtlijn. Voor de beoordeling van de hiervóór in 3.3.3 bedoelde vraag is niet van belang dat de rechter formele wetgeving, als zij eenmaal is tot stand gekomen, op grond van art. 94 Grondwet buiten toepassing moet laten in de daar bedoelde gevallen. 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 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 algemene, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen. In rov. 3.6 is de Hoge Raad tot de slotsom gekomen dat redelijkerwijs buiten twijfel is dat in het EG-recht geen grond kan worden gevonden voor een andere beslissing.

3.3.5 Er is geen grond om ten aanzien van een door provinciale staten vastgestelde provinciale verordening, ook als deze in strijd zou zijn met een Europese richtlijn, anders te oordelen. Ook indien de rechter een bevel zou geven tot vaststelling door provinciale staten 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 eveneens ten aanzien van zodanige provinciale verordeningen.

3.3.6 De slotsom moet zijn dat middel I faalt.

3.4 Middel II is gericht tegen de afwijzing van de subsidiair gevorderde “in goede justitie vast te stellen maatregelen om aan de vorenbedoelde onrechtmatigheid jegens de Faunabescherming een einde te maken”. Deze vordering strekt kennelijk ertoe dat de naar het oordeel van de Stichting te ruime vrijstelling voor het doden en/of opzettelijk verontnemen van de aangewezen beschermde inheemse diersoorten in de verordening, ongedaan wordt gemaakt. Een zodanige ongedaanmaking kan slechts worden bewerkstelligd door hetzij een bevel tot intrekking van de verordening, hetzij een bevel om de verordening binnen een bepaalde termijn aan te passen. Zoals uiteengezet bij de behandeling van middel I kan de rechter een zodanig bevel evenwel niet geven. Reeds op grond hiervan zou na een eventuele gegrondbevinding van middel II (na verwijzing) de subsidiaire vordering van de Stichting moeten worden afgewezen. Middel II behoeft derhalve bij gebrek aan belang geen behandeling.

NOOT

De kernvraag in dit arrest is of de gewone rechter bevoegd is de provincie te veroordelen tot intrekking van een verordening. De Hoge Raad is van oordeel dat dit niet het geval is. Daarbij knoopt hij aan bij zijn arrest van 21 maart 2003, bekend onder de naam Waterpakt of nitraatrichtlijn. Dit is geannoteerd in onder andere *NJ* 2003, 691 door T. Koopmans en besproken door D.E. Bunschoten in *Gemeentestem* 2004, 7214 nr. 147, p. 513.

Het is enigszins verrassend dat de Hoge Raad in de onderhavige uitspraak de argumentatie van het Waterpakt-arrest geheel overneemt.

Er zijn namelijk diverse duidelijke verschillen, waarvan de Hoge Raad er overigens zelf een aantal noemt (r.o. 3.3.1). In Waterpakt ging het om de vraag of de rechter de formele wetgever (de Staat) een bevel mag geven tot het tot stand brengen van een formele wet. Hier gaat het niet om de wetgever, maar om provinciale staten, betreft het niet een wet, maar een verordening en gaat het niet om het tot stand brengen van een regeling, maar om intrekking. Het is alleen al hierom de vraag of het argument van de ‘op de Grondwet berustende verdeling van de bevoegdheden van de verschillende staatsorganen’ toepasselijk is. Dat argument lijkt te wijzen op de trias politica, een stelsel dat tot op zekere hoogte geldt op het niveau van de centrale overheid. De trias is niet te transponeren op de verhouding tussen de rechter en provinciale staten. Doorslaggevend lijkt dan ook niet het triasargument, maar de stelling dat de rechter niet vermogt in te grijpen ‘in de procedure van politieke besluitvorming en belangenafweging’.

De vraag is echter of dit argument voldoende sterk is. Het is duidelijk dat er bij (vele) andere besluiten dan wetten en verordeningen ook sprake is van politieke besluitvorming en belangenafweging. Talloze algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen alsook centrale en decentrale beschikkingen berusten op ‘politieke besluitvorming en belangenafweging’. Daar ziet de rechter er – terecht – geen been in over te gaan tot onverbindendverklaring, vernietiging, onrechtmatigverklaring en het geven van bevelen of verboden. Nu eens wel, dan weer niet is er dan sprake van een juridische of de facto werking van de rechterlijke uitspraak ‘erga omnes’, een extra argument dat in de onderhavige casus tegen een rechterlijk bevel wordt aangevoerd.

De uitspraak verwijst ook naar ‘de gekozen vertegenwoordigers in de provinciale staten’ (r.o. 3.3.5). Kennelijk bezigt de Hoge Raad hier het argument van de democratie. Om twee redenen spreekt dit (mij) niet erg aan. Ten eerste wordt in de praktijk de inhoud van provinciale verordeningen nagenoeg geheel bepaald door gedeputeerde

staten. Ten tweede staat dit argument er niet aan in de weg dat de rechter provinciale verordeningen toetst aan hoger recht en aan de zogeheten benedengrens. Hij doet dit dan ook regelmatig. Ook ‘democratisch samengestelde ambten’ mogen het recht niet schenden.

Zou zowel in het Waterpakt-arrest als in het onderhavige de argumentatie niet als volgt moeten luiden? Het EG-recht creëert rechtsplichten voor de lidstaten en (daarmee) al hun ambten. Deze rechtsplichten moeten worden nagekomen. 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. Daarmee hoeft de rechter niet te treden in ‘politieke besluitvorming en belangenafweging’,

daar hij niet de inhoud van het te nemen besluit bepaalt of hoeft te bepalen. Voor een dergelijke redenering is te meer reden, nu het EG-recht zich er niet om bekommert welk ambt van een lidstaat het EG-recht (niet) implementeert of (niet) naleeft. Het ziet de lidstaat als normadressaat en niet de afzonderlijke ambten van de lidstaten. Het onderhavige arrest en het Waterpakt-arrest lijken sterk op puur nationaalrechtelijke leest geschoeid. Naar mijn oordeel wordt of is dit, gezien de aard van het gemeenschapsrecht, een onhoudbare wijze van opereren. De nationale rechter moet zich ook opstellen als ‘gemeenschapsrechter’. Wellicht raken bepaalde nationale concepten daardoor achterhaald, maar dat doet zich wel meer voor in het recht. 