

# Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging

Mr. R.J.B. Schutgens\*

## 1. Derdenwerking van onverbindendverklaring in het Nederlandse recht

Zoals bekend, kan de Nederlandse rechter een wettelijk voorschrift niet vernietigen, maar slechts in de overwegingen van zijn vonnis de onverbindendheid van dat voorschrift constateren. Het juridisch effect van zo'n 'onverbindendverklaring' is bovendien – anders dan bij vernietiging het geval zou zijn – beperkt tot de procedure waarin zij is uitgesproken.<sup>1</sup> Derden regardeert zij niet. Dat geldt 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 dat een wettelijk voorschrift rechtens niet geldt.<sup>2</sup> Via de 'hulpconstructie' van binding aan het hoogste rechterlijk oordeel is dus juridisch-dogmatisch evenmin derdenwerking van onverbindendverklaring door de hoogste rechter te construeren. Een onverbindendheidsoordeel van de hoogste rechter kan slechts een feitelijk effect sorteren, doordat de verwachting wordt gewekt dat rechters in de toekomst op dezelfde wijze zullen beslissen.<sup>3</sup> 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. De 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 recente arresten<sup>4</sup> betoog ik in deze bijdrage dat de Hoge Raad deze sterke feitelijke derdenwerking van (de uitkomst van) rechterlijke toetsing ook in de vorm van een rechtsregel heeft gegoten.

## 2. De volplicht-arresten van de Hoge Raad

### 2.1 Door de hoogste bestuursrechter uitgesproken onverbindendheid

In zijn arrest-Aujeszky<sup>5</sup> formuleert de Hoge Raad de regel, dat de burgerlijke rechter een onverbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter moet volgen.

De casus was als volgt. Het Landbouwschap verplicht ter bestrijding van de *ziekte van Aujeszky* de vaccinatie van varkens. Een retributieverordening regelt de betaling voor deze vaccinaties. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelt in een beroep tegen een aanslag, dat deze retributieverordening onverbindend is. *In civilibus* vordert een aantal varkenshouders – onder wie enkelen die geen beroep hadden ingesteld tegen de hun opgelegde aanslag – terugbetaling van 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.<sup>6</sup> 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]<sup>7</sup>

Wanneer derden, die niet in de oorspronkelijke bestuursrechtelijke procedure betrokken waren, zich na-

\* De auteur dankt prof. dr. A.M.A.P. Van den Bossche, prof. mr. C.H. Sieburgh en prof. mr. C.A.J.M. Kortmann voor commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Zie bijvoorbeeld HR 16 oktober 1992, *AB* 1993, 40 (*Vulhop/Amsterdam*), r.o. 3.4.  
 2. Art. 12 *AB*. Nederlandse rechters zijn door de gemeenschapstrouw (art. 10 *EG*) natuurlijk wel gebonden aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie.  
 3. Vgl. HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360 (*LSV/Staat*), r.o. 3.4, 4e alinea.  
 4. 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*). Men zie over de laatste twee arresten ook A.M.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, waarin wordt besproken welke consequenties deze arresten kunnen hebben voor de *toegang* tot de burgerlijke rechter voor rechtsbescherming tegen wettelijke voorschriften die indirect door de bestuursrechter getoetst kunnen worden.  
 5. HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 283 (*Aujeszky*).  
 6. Vgl. het tweede cassatiemiddel.  
 7. R.o. 3.5.

derhand op de onverbindendheid van de regel beroepen, kan het bestuursorgaan de civiele rechter niet meer vragen om 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 onverbindend verklaarde voorschrift. De civiele procedure mag voor dat bestuursorgaan dan ook geen verkappt rechtsmiddel vormen.<sup>8</sup>

Bovendien moet volgens de Hoge Raad worden tegengegaan 'dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter tot verschillende oordelen over dezelfde rechtsvraag komen.'<sup>9</sup>

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 aangemerkt.

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 gevoelig aannemen, dat een door de hoogste strafrechter uitgesproken onverbindendheidsoordeel op een vergelijkbare manier in de civielrechtelijke rechtsgang doorwerkt.<sup>10</sup>

De verbindendheid van een strafbepaling kan eenvoudig in een bestuursrechtelijk beroep aan de orde komen als van het verbod ontheffing mogelijk is, of als het wettelijk voorschrift de overtreding van een belastende beschikking, zoals een gebiedsontzegging, strafbaar stelt.

In het geval van de *Nijmeegse gebiedsontzegging*<sup>11</sup> neemt de Hoge Raad als uitgangspunt dat een behoorlijke taakverdeling tussen straf- en bestuursrechter ertoe noopt dat ook de strafrechter een door de *hoogste* bestuursrechter uitgesproken onverbindendheid 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, r.o. 3.5).' [curs. RS]<sup>12</sup>

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*.<sup>13</sup>

## 2.2 Door de bestuursrechter verworpen beroep op onverbindendheid

In het arrest-OZB/Staat<sup>14</sup> spreekt de Hoge Raad zich uit over het geval, dat de hoogste bestuursrechter in antwoord op een opgeworpen exceptie heeft geoordeeld, dat een regeling (wel) verbindt.<sup>15</sup> De volgplicht die de burgerlijke rechter heeft ten aanzien van zo'n 'verbindendheidsoordeel', is zwakker.

De feiten waren als volgt. De opbrengst van de ziekenfondspremies wordt beheerd door het College voor zorgverzekeringen. Nederlandse ziekenfondsen

8. Idem.

9. Idem.

10. Daar komt nog bij dat een onverbindendverklaring door de hoogste strafrechter van hetzelfde rechterlijke college afkomstig is dat ook als hoogste burgerlijke rechter fungeert. De Wet op de rechterlijke organisatie kent immers bevoegdheden toe aan rechterlijke colleges als zodanig. De behandeling van een zaak in een bepaalde kamer is mijns inziens een 'interne' aangelegenheid. Zie bijv. art. 78 lid 1 Wet RO: *de Hoge Raad* neemt kennis van cassatieberoepen; art. 79 lid 1: in voorkomende gevallen vernietigt *de Hoge Raad* een 'lagere' uitspraak.

11. HR 11 oktober 2005, *NJB* 2005, p. 2106-2107 (*Nijmeegse gebiedsontzegging*).

12. 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.

13. De door de Hoge Raad gegeven volgrege *zelf* is onderworpen aan het gewone regime van art. 12 Wet AB dat precedentwerking uitsluit. Strikt logisch gezien, kan geen enkele vorm van precedent- of derdenwerking van uitspraken van de hoogste rechter worden geïntroduceerd *in een rechterlijke uitspraak*: aan die uitspraak *zelf* zou dan immers nog steeds geen precedentwerking toekomen. De redenering is naar mijn oordeel wat formalistisch.

14. HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 152 (*OZB/Staat*).

15. Zie ook HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 388 (*COA/Simon c.s.*), overigens zonder expliciete volgrege (r.o. 3.5).

ontvangen hieruit jaarlijks een dotatie, door het college toegekend aan de hand van aanwijzingen van de Minister van VWS. Deze aanwijzingen zijn algemeen verbindende voorschriften; de vaststelling van het precieze bedrag van de dotatie is een appellabele beschikking.

Ziekenfonds OZB ontvangt na een aanpassing van de ministeriële aanwijzingen een veel lagere dotatie dan voorheen. OZB gaat bij de Afdeling bestuursrecht-spraak in beroep tegen de toekenningsbeschikking en voert aan dat de onderliggende, 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 vergoeding van de schade, geleden door de – volgens hem – onverbindende ministeriële aanwijzingen. De vraag is of de burgerlijke rechter alsnog zelfstandig de verbindendheid van de aanwijzingen had moeten beoordelen:

‘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.*<sup>16</sup> [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.

Eigenlijk is dat weinig bijzonders. Wanneer een burger in beroep is gegaan tegen een appellabel besluit, dicteert het gezag van gewijsde van de bestuursrechtelijke uitspraak daarna de civielrechtelijke (on)rechtmatigheid van het besluit jegens die burger.<sup>17</sup> Dat gezag van gewijsde wordt ten aanzien van OZB nu ook geacht het uitdrukkelijke oordeel van de bestuursrechter te omvatten, dat een onderliggend wettelijk voorschrift verbindend is.

Interessanter is de vraag wat het effect van het bestuursrechtelijk verbindendheidsoordeel is ten opzichte van derden. In OZB/Staat voert de Hoge Raad namelijk het voorkomen van uiteenlopende oordelen

aan als bijkomend argument voor het overnemen van het verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter, terwijl hij tegelijkertijd de mogelijkheid om ‘hertoetsing’ te vragen uitdrukkelijk ontzegt 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, ...’<sup>18</sup> [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 echter toch vrij eenvoudig 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 lagere regeling de eiser toch verbindt, zal daarom altijd de interpretatie doorkruisen die de hoogste bestuursrechter aan hoger recht heeft gegeven.

Een ‘verbindendheidsoordeel’ is echter nooit definitief. Wij weten – in elk geval in theorie – ook na toetsing nooit helemaal zeker, of een derde niet met een ander argument, een ander rechtsbeginsel of een in de bestuursrechtelijke procedure ‘gemiste’ hogere rechtsnorm op de proppen zal komen die de verbindende kracht van het wettelijk voorschrift wel kan aantasten. In dat geval kan de burgerlijke rechter toetsen aan het nieuwe argument voor onverbindendheid, zonder de interpretatie die de bestuursrechter eerder aan hoger recht gegeven heeft, te doorkruisen.<sup>19</sup>

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

16. R.o. 3.3.1.

17. HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (*Van Gog/Nederweert*).

18. R.o. 3.5.

19. OZB voerde *in civilibus* precies dezelfde argumenten aan als bij de afdeling; vgl. r.o. 3.2.

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 onverbindendheid zelfstandig beoordeelt.<sup>20</sup>

Ik zie één duidelijke uitzondering.<sup>21</sup> 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, zal de civiele rechter dit alsnog kunnen doen.<sup>22</sup> Blijkt daar dat de regeling toch strijdig 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.<sup>23</sup> 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.

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.<sup>24</sup>

Een verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter zal 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.<sup>25</sup> Een andere visie is zeer lastig te rijmen met het streven naar rechts-eenheid dat de Hoge Raad belijdt.

### 3. Serieschakeling

De sterke feitelijke precedentwerking die toch al toe kwam aan onverbindendverklaringen door de hoogste rechter, is zoals gezegd door de Hoge Raad in zijn volggplicht-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.

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 Aujeszyk 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.’<sup>26</sup>

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 appelland zich niet beroepen heeft. Los van de aanvullingsplicht van art. 8:69 Awb wordt wel aangenomen dat de rechter steeds ambtshalve de geldigheid moet toetsen van de rechtsregels die hij toepast, vgl. M.F.J.M. de Werd, ‘Ius Curia Novit. Ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden door de bestuursrechter’, *NJB* 1998, p. 687-694 en R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 61; anders: Ferwerda, a.w., p. 40. Wat daar ook van zij, er wil mijns inziens nog niet het omgekeerde mee gezegd zijn, namelijk dat wij van de fictie zouden moeten uitgaan dat de hoogste bestuursrechter steeds geacht kan worden een regeling waarvan hij een concrete toepassing als rechtmatig bestempeld heeft, uitputtend aan alle regels van hoger recht getoetst zou hebben, ook als van die toetsing uit het vonnis niet blijkt.
21. Vgl. de noten bij *OZB/Staat* van Schlössels, *JB* 2005, 32 en Van Ommeren, *AB* 2005, 399.
22. 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 diens conclusie bij *Aujeszyk* onder nr. 4.39.2.
23. Het is denkbaar dat een hoogste nationale rechter ten onrechte ‘te streng’ is geweest, doordat hij een regeling onverbindend meende te moeten verklaren terwijl die er wel mee door kon. Dit lijkt mij een probleem van nationaal staatsrecht: de rechter trekt meer toetsingsbevoegdheid aan zich dan hem op grond van de regeling van art. 94 Gw toekomt. Hierdoor zal mijns inziens 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: J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 21, i.h.b. noot 76.
24. Vgl. Van Ommeren, noot bij HR 18 februari 2005, *AB* 2005, 400 (*Aujeszyk*) onder 4; min of meer in vergelijkbare zin Ferwerda, a.w., p. 40.
25. 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.
26. R.o. 3.5.

Met bovenstaande overweging voor ogen kan door drie 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.<sup>27</sup> Op de eerste plaats kan iedere afzonderlijke burger een verbod van toepassing van de regeling jegens hem eisen.<sup>28</sup> Veelal vraagt echter een vakvereniging of een andere belangenorganisatie in kort geding om ‘buitenwerkingstelling’ van het voorschrift.

Uit het arrest in kort geding betreffende de Wet herstructurering varkenshouderij valt te leren dat de kortgedingrechter zich mag richten naar een onverbindendheidsoordeel dat al door de civiele bodemrechter is uitgesproken.<sup>29</sup> Dat brengt mee dat hij de buitenwerkingstelling van een wettelijk voorschrift mag uitspreken zonder dat is voldaan aan het vereiste van onmis-

kenbare onverbindendheid, dat normaal gesproken geldt voor buitenwerkingstelling in kort geding.<sup>30</sup>

Zodra voortgezette uitvoering dreigt, kan een belangenorganisatie zich blijkens Aujeszky tegenover het openbaar lichaam waartoe het bestuursorgaan behoort, 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.<sup>31</sup>

Deze buitenwerkingstelling houdt in:

‘... een in algemene termen vervat verbod (...), daartoe strekkende dat de Staat [of een ander veroordeeld openbaar lichaam, RS] zich – tot een eventuele beslissing in een bodemprocedure, 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...’<sup>32</sup>

Aan de overheid-rechtspersoon wordt in algemene zin *het* uitvoeren van de regeling verboden. Er mogen geen beschikkingen meer op de regeling gebaseerd worden, noch mag zij op enige andere wijze gehandhaafd worden.

Het vonnis van buitenwerkingstelling zelf schept slechts een *rechtsbetrekking* tussen de aanlegger en de overheid-rechtspersoon. Het draagt trekken van een verbintenis: het legt tussen twee partijen vast dat de overheid ten behoeve van de verkrijger van het vonnis verplicht is tot een ‘prestatie’ die inhoudt dat zij zich middels al haar ambten ten opzichte van derden van uitvoerend handelen dient te onthouden.<sup>33</sup>

Dreigt een der ambten van de rechtspersoon nu toch ten opzichte van een derde tot uitvoerend handelen over te gaan, dan leeft de rechtspersoon *jegens de oorspronkelijke verkrijger* van de buitenwerkingstelling haar verplichting uit het vonnis niet na. De derde staat weliswaar buiten de rechtsbetrekking die het vonnis schiep, maar bij voortgezette uitvoering kan de oorspronkelijke verkrijger van de buitenwerkingstelling (veelal een belangenbehartiger) zijn vonnis ten behoeve van de derde tegen de overheid inroepen. De belangenorganisatie heeft er jegens de overheid immers *recht* op, dat de handhaving van het voorschrift gestaakt wordt.<sup>34</sup> Een buitenwerkingstelling bezit aldus feitelijke werking jegens allen, omdat het rechterlijk bevel de behandeling van allen door de overheid betreft.

Buitenwerkingstelling heeft bovendien tot gevolg dat de beoordeling van het voorschrift de facto aan de bestuursrechter wordt onttrokken. De weg naar her-toetsing 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.<sup>35</sup>

27. Afgezien hiervan zal het aansprakelijkheidsrisico voor het bestuursorgaan een prikkel zijn om af te zien van voortgezette uitvoering. Voor (handhaving van) onverbindende regelgeving geldt immers hetzelfde strenge aansprakelijkheidsregime als voor vernietigde beschikkingen, vgl. HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 (*Staat/Van Gelder*).

28. Vgl. Pres. Rb. Den Haag 26 juni 1986, KG 1986, 320 (*SSGZ*); A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van wetgeving* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991, p. 172.

29. HR 19 mei 2000, NJ 2001, 407 (*Wbv*). Zie r.o. 8 van het hof en r.o. 3.2 van de Hoge Raad: de rechtbank had in een tussenvonnis al uitgesproken dat de Whv deels in strijd was met art. 1 Eerste Protocol EVRM.

30. Het onmiskenbaarheidsvereiste voor buitenwerkingstelling stamt uit *LSV/Staat*, HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360.

31. Men kan ook redeneren dat de onverbindendheid onmiskenbaar is, omdat de hoogste bestuursrechter haar heeft uitgesproken.

32. HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 (*LSV*), r.o. 3.4.

33. Buitenwerkingstelling is een ordemaatregel. De rechtsbetrekking die ontstaat tussen overheid en belangenbehartiger houdt dus de plicht van de overheid in om een voorlopige maatregel na te leven. De overheid kan een civiel bodemgeding aanspannen om de burgerlijke rechter alsnog te laten uitspreken dat de regeling wel verbindt, zodat de buitenwerkingstelling kan vervallen. In een dergelijk civiel bodemgeding zou echter de onverbindendheid van de regeling eveneens vaststaan. Zij is immers eerder al door de hoogste bestuursrechter uitgesproken (*Aujeszky*).

34. Verhelderend: Frenk, ‘Onrechtmatige wetgeving en burgerlijk procesrecht’, *NJB* 1990, p. 1629-1633, p. 1631.

35. Dat geldt alleen zolang de overheid zich aan het vonnis houdt. Zij kan een algemeen verbod op uitvoering ten aanzien van een derde negeren. Als zij de regeling – ook na sommatie van de verkrijger van de buitenwerkingstelling om het vonnis na te leven – ten aanzien van derden blijft handhaven, zal toch een uitvoeringshandeling aan de bestuursrechter voorgelegd kunnen worden. Voor dat geval lijkt mij de koninklijke weg dat de bestuursrechter de beschikking vernietigt en de overheid-rechtspersoon verwijst naar de civiele bodemrechter. De overheid zou in een civiele bodemprocedure tegen de verkrijger van de buitenwerkingstelling een verklaring voor recht kunnen vragen dat de regeling verbindend is. Mij zijn overigens geen voorbeelden bekend van ‘voortgezette uitvoering’ na buitenwerkingstelling. Overheden plegen buitenwerkingstelling – terecht – te respecteren. Het afzien van handhaving na buitenwerkingstelling is dan ook een *rechtsplicht* voor de overheid, zij het een relatieve.

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 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 strafvervolging geblokkeerd: onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter bindt immers ook de strafrechter.

De enige duidelijke ‘maas’ die dit stelsel nog bevat, is het geval dat het ambt dat als verweerder optrad bij de onverbindendverklaring, tot een ander openbaar lichaam behoort dan een ambt dat de regeling – anders dan door strafrechtelijke handhaving – wil blijven uitvoeren.

Wordt bijvoorbeeld een in medebewind uitgevoerde AMvB onverbindend verklaard in een procedure tegen een college van B&W, dan kan men in een andere gemeente naar de letter van Aujeszky de uitvoering voortzetten.<sup>36</sup>

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.

#### 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 milieurecht<sup>37</sup> en het economisch bestuursrecht komt het echter voor dat derden een belang hebben bij de handhaving van een regeling. Onverbindendverklaring pakt voor hen nadelig uit.<sup>38</sup>

De regel uit Aujeszky is zo geformuleerd, dat een volgplicht 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 onverbindend verklaard voorschrift alsnog als rechtsgeldig toe te passen in gevallen waar de onverbindendheid een justitiabele benadeelt.<sup>39</sup>

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 achteruit.<sup>40</sup> Was de voorwaarde rechtsgeldig geweest, dan zou de stankoverlast immers met de helft verminderd zijn. Een civielrechtelijk bevel jegens de gemeente om de regeling te handhaven, zou deze echter 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.<sup>41</sup>

Wenst een derde *schadevergoeding* te verkrijgen wegens niet-handhaving, dan zal hij een onrechtmatige daad aan zijn vordering ten grondslag moeten leggen. De onrechtmatigheid zal bestaan in het vaststellen van een later onverbindend gebleken regeling.<sup>42</sup> Normaal gesproken zal deze schadeactie overigens weinig opleveren. Het onverbindend vaststellen van de verordening moet immers ook onrechtmatig zijn *jegens* omwonenden (art. 6:163 BW). Deze moeten aannemelijk maken dat de regel, dat overheidsambten geen voorschriften mogen vaststellen die later onverbindend blijken te zijn<sup>43</sup>, in dit geval hun belangen beschermde. Dat zal naar mijn idee alleen het geval zijn, als hoger recht de lagere regelsteller tot regelgeving verplicht *juist met het oog op bescherming van belangen zoals die van de gelaedeerde*, en als bovendien bepaalbaar is welk niveau van bescherming de regeling minimaal zou moeten bieden. Aan die voorwaarden wordt niet licht voldaan: burgers hebben meestal geen ‘recht’ op het bestaan van

36. Maar niet meer strafrechtelijk handhaven, zie *Nijmeegse gebiedsontzegging*.

37. C.N.J. Kortmann, noot bij *Aujeszky*, *JPr* 2005, 35.

38. De onverbindendverklaring van een bestuursrechtelijke regeling kan ook ‘puur’ nadelig zijn voor burgers, dat wil zeggen: zonder dat zij derden 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 ook denkbaar dat het bestuursorgaan dat een subsidieregeling uitvoert, op zeker moment moet concluderen dat die regeling onverbindend is omdat zij een vorm van verboden staatssteun inhoudt, vgl. art. 87 en 88 EG.

39. Zo suggereert C.N.J. Kortmann (a.w., p. 287, l.k.) – als ik hem goed begrijp – dat de burger aan voor hem ongunstige ‘doorwerking’ kan ontkomen door een beroep op de onverbindendheid achterwege te laten.

40. De werkelijke casus was gecompliceerder; vgl. *ABRvS* 2 oktober 1997, *JM* 1997, 57 (*Uden*).

41. Ik ga voorbij aan ontvankelijkheidskwesaties in verband met de mogelijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de weigering om te handhaven; het gaat mij hier om de ‘doorwerking’.

42. Ofwel in onrechtmatige niet-handhaving ten gevolge van de onverbindendheid der onderliggende regeling.

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

een bepaalde regeling.<sup>44</sup> Niettemin zal ook bij een schadeactie de onverbindendheid doorwerken, omdat de benadeelde zich zélf 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.

Daarnaast lijkt doorwerking mij zelfs wenselijk in gedingen tussen burgers onderling. Deze vorm van doorwerking volgt niet rechtstreeks uit de regel van Aujeszky, die slechts ziet op de rechtsverhouding tussen een openbaar lichaam en (derde) burgers.

Ik geef een voorbeeld. Stel, dat in de Nijmeegse APV verboden wordt 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.<sup>45</sup> 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 herkreten, deze via privaatrechtelijke weg weer zou verliezen.

Ook als derden nadeel ondervinden van de niet-naleving van een bestuursrechtelijk onverbindend verklaarde 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 appellent de vrijheid die hij 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.<sup>46</sup>

Wetgeving die producteisen stelt, of voorwaarden die de toelating tot de markt regelen, kan/kunnen in

strijd komen met een van de Europese economische vrijheden.<sup>47</sup> 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 van de EG, 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 blijkt geeft van een gewijzigd inzicht van de wetgever ten aanzien van de strafwaardigheid van een delict.<sup>48</sup> Onverbindendheid heeft hier tot gevolg dat strafbaarheid wordt ‘uitgebreid’ doordat men terugvalt op een algemene of een oudere regeling.

Het is lastig voorstelbaar dat het Openbaar Ministerie – zelf ‘overheid’ – uit eigen beweging de onverbindendheid zou invoeren 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.

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 bepaalde 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

44. EG-richtlijnen houden natuurlijk een welomschreven plicht tot regeling in. Niet-tijdige of incorrecte omzetting kan volgens de bekende Francovich-criteria tot aansprakelijkheid van de lidstaat leiden. Zie P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 458 e.v.

45. Belangenorganisaties kunnen ook jegens particulieren een verbod vorderen, vgl. HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139 (*Kuunders*).

46. Treffende formulering van J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2004, p. 153. Zie p. 151-158 voor vergelijkbare nadelige effecten die de toetsing van nationaal recht aan richtlijnen kan hebben voor derden.

47. Vgl. bijvoorbeeld HvJ EG zaak C-194/94, *CIA Security*, *Jur.* 1996, I-2201 (Prinssen, a.w., p.154) of – tevergeefs – HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 404).

48. Noot bij HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80 (*Dijkverbod*), onder 4.

de algemene strafbaarstelling van de Flora- en fauna-wet.<sup>49</sup>

Het is denkbaar dat in het – nogal theoretische – geval dat het openbaar ministerie gaat vervolgen, de strafrechter gebruik maakt 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<sup>50</sup>, terwijl zijn oogmerk (eigenlijk) is om 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 schuld ontbreekt wegens verschoonbare rechtsdwalings. 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 verband<sup>51</sup> (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 afwezigheid van alle schuld honoreren. De verdachte heeft verontschuldigbaar gedwaald omtrent de inhoud van het objectieve recht.<sup>52</sup>

## 5. Een primaat van toetsing voor de bestuursrechter?

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 Aujeszky* komt een vergelijkbare overweging echter niet voor.<sup>53</sup>

Rechtseenheid en rechtszekerheid zijn natuurlijk evenzeer gediend met het volgen van straf- of civielrechtelijke onverbindendverklaring door de bestuursrechter. Er is echter nergens een volgregel te vinden voor een hoogste bestuursrechter ten aanzien van een

onverbindendverklaring door de Hoge Raad. Ik acht zo’n regel wel wenselijk.

Die wenselijkheid wordt vergroot door het arrest in het kort geding, aangespannen door de Vereniging Asieladvocaten en -juristen Nederland en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten tegen de Staat, over de wettelijke voorschriften waarop de ‘48-uursprocedure’ in het asielrecht berust.<sup>54</sup>

De Staat probeert onmiddellijke, ‘civielrechtelijke’ toetsing van (de wijziging van) een wettelijke regeling te voorkomen met het argument dat aan individuele asielzoekers voldoende rechtsbescherming wordt geboden in de procedure bij de asielrechter. Ook de rechtsgeldigheid van de nieuwe regeling kan daar – exceptief – getoetst worden. De belangenbehartigers zouden daarom niet-ontvankelijk zijn in hun civielrechtelijke vordering. De Hoge Raad laat in zijn kernoverweging in het midden of een individuele belanghebbende met betrekking tot dit voorschrift onmiddellijk de civiele rechter had kunnen benaderen, maar overweegt uitdrukkelijk dat belangenbehartigers die geen belanghebbende zouden zijn in een bestuursrechtelijke procedure, rechtstreeks de civiele rechter kunnen adieren om het voorschrift te laten toetsen.<sup>55</sup>

Het is niet onwaarschijnlijk dat belangenbehartigers in de toekomst vaker gebruik zullen 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 overheid-rechtspersoon.<sup>56</sup> De belangenbehartiger zelf schiet doorgaans echter weinig

- 
49. Geïnspireerd op HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (*Habitatrichtlijn*).
50. D.w.z. aan de hogere rechtsnorm die de grond was voor onverbindendverklaring door de bestuursrechter.
51. Buiten het strafrecht is dat n.m.m. 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, a.w., p. 457.
52. Over verschoonbare rechtsdwalings in het strafrecht J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 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 m.i. analoog worden toegepast op wettelijke bepalingen die een algemene strafbaarstelling inperken.
53. Vgl. Koopmans, noot bij *OZB/Staat*, *NJ* 2005, 152.
54. HR 3 september 2004, *NJ* 2006, 28 (*Asieladvocaten/Staat*).
55. Zie r.o. 3.4.2 van het arrest. HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 744 (*Iusta Causa*) wekt de indruk dat aan een belangenorganisatie geen civielrechtelijke actie toekomt tegen een voorschrift dat exceptief getoetst kan worden in een – door een individuele burger aangespannen – bestuursrechtelijke procedure. *Asieladvocaten/Staat* leert echter dat als de organisatie geen belanghebbende is bij op dat wettelijk voorschrift berustende beschikkingen, haar wel degelijk een civielrechtelijke actie toekomt tegen het wettelijk voorschrift zélf.
56. Art. 3:302 BW.



op met de vaststelling van onverbindendheid; alleen 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 door de civiele rechter zou degraderen tot een vrijblijvende opiniepeiling.<sup>57</sup> Mijn verwachting is overigens dat de bestuursrechter zich in voorkomende gevallen ook zal confor-

meren aan een onverbindendverklaring door de Hoge Raad.<sup>58</sup>

## 6. Slot

Naar goed gebruik wijdt men aan het slot van een artikel over toetsing van wettelijke voorschriften enige woorden aan de wenselijkheid van schrapping van art. 8:2 Awb, dat bestuursrechtelijk beroep tegen wettelijke voorschriften blokkeert.

De Hoge Raad geeft in zijn volgplicht-arresten een 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 volgplichten uit te spreken.

Het is dan ook geen groot probleem dat wettelijke voorschriften niet vernietigd kunnen worden. In de literatuur bestaat geprononceerd verschil van mening over de dogmatische 'constructie' die aan rechterlijke uitspraken over de verbindendheid van wettelijke regelingen gegeven zou moeten worden. Van Male en Bok bepleiten de invoering van een vernietigingsberoep.<sup>59</sup> Auteurs uit de 'Maastrichtse' stroming benadrukken daarentegen dat de rechter zijn oordeel zo veel mogelijk zou moeten beperken tot het vaststellen van de *relatieve* (on)rechtmatigheid van een regeling jegens de *individuele* burger. Vernietiging is in deze visie een uitspraakvorm die minder goed binnen de trias politica past.<sup>60</sup>

Naar mijn idee doet de 'constructie' er, juist door de sterke mate van derdenwerking die aan onverbindendverklaringen toekomt, niet zo veel toe. Het materiële effect van toetsing – in ieder geval voor zover die wordt uitgevoerd door de hoogste rechter – is in beide stelsels dat een onverbindend verklaard voorschrift zijn rechtskracht verliest.

Rechtstreeks beroep tegen wettelijke voorschriften heeft echter wel het voordeel dat de burger die meent dat een voorschrift onverbindend is, (iets) eenvoudiger kan procederen.<sup>61</sup>

Het openstellen van een bestuursrechtelijk beroep komt bovendien de overzichtelijkheid van het recht ten goede. Telkens wanneer verschillende rechters oordelen over materieel dezelfde rechtsvragen, bestaat het risico van tegenstrijdige uitspraken. Om dat te voorkomen is dan weer een vrij ingewikkeld stelsel van onderlinge afstemmingsregels nodig, zoals ook hier gecreëerd is voor wettelijke voorschriften.<sup>62</sup>

Tot slot komt de rechterlijke specialisatie beter uit de verf als de bestuursrechter onmiddellijk benaderd kan worden voor het beoordelen van de verbindende kracht

57. Ik zou menen 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 het daarheen leiden dat er een nieuwe regeling tot stand gebracht wordt, of ook tegenover derden van voortgezette handhaving afzien, vgl. de meergeciteerde r.o. 3.5 uit *Aujeszký*.

58. In de zaak over verhoging van de leges voor verblijfsvergunningen voor Turkse immigranten (Rb. Den Haag 16 februari 2005, *LJN AS7584*) 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.

59. Bok, a.w., zie vooral p. 206-210; R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, zie o.a. p. 255 en 274.

60. A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997, p. 348 bestempelt vernietiging als 'een onbeschaamdheid'; ook Schlössels, 'Rechtschepping of rechtvaststelling: het bestuurlijk rechtsoordeel als "revolutionair" ontvankelijkheidsconcept?', *NTB* 2000-1, p. 1-13, 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 (p. 9), zie ook p. 11, nt. 100, waar Schlössels zelfs 'onverbindendverklaring' in strijd met de machtscheiding oordeelt. G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 125, stellen dat het weliswaar 'onvermijdelijk' is om in bepaalde procedures de *algemene* verbindendheid van een regeling te beoordelen en dat een dergelijke onverbindendverklaring wel 'een zekere uitstraling' zal hebben naar andere procedures, maar dat de civiele rechter zich niettemin alleen over relatieve onrechtmatigheid zou moeten uitspreken; in gelijke zin Van Maanens 'De mythe van het onverbindendverklaren van algemene regelgeving door de burgerlijke rechter: een ongewassen varken', *NTB* 2000-4, p. 99-101. De (Maastrichtse) civilist Van Maanen pleit met vuur voor het beperken van de uitspraak van de civiele rechter tot onrechtmatigheid *inter partes*; hij laat zich niet uit over de gewenste werkwijze van de bestuursrechter. De gedachte achter de aangehaalde passages is echter onmiskenbaar verwant aan de ideeën van A.Q.C. Tak c.s.

61. Zoals bekend, is er binnen het bestuursproces, anders dan in het civiele proces, geen verplichte procesvertegenwoordiging; de bestuursrechter lijkt bovendien te beschikken over wat ruimere bevoegdheden tot aanvulling van de rechtsgronden dan de burgerlijke rechter – zie art. 8:69 Awb. Juist procedures over de rechtskracht van wettelijke voorschriften zijn meestal nogal 'technisch' van aard, zodat de appelland waarschijnlijk toch snel deskundige rechtsbijstand nodig zal hebben.

62. Denk alleen al aan de vele subtiliteiten die het systeem van formele rechtskracht van beschikkingen zijn binnengeslopen.

van een wettelijk voorschrift waarvan hij nu reeds de toepassing beoordeelt.<sup>63</sup>

Het is dus nog steeds de moeite waard om de burger de mogelijkheid te bieden om de bestuursrechter voor rechtsbescherming tegen wettelijke voorschriften direct te adieren.

Of dat geschiedt in de vorm van een vernietigingsberoep, of door de bestuursrechter bijvoorbeeld de mogelijkheid te geven om een verklaring voor recht uit te spreken, is van secundair belang.

---

63. Het schrappen van art. 8:2 Awb voor 'puur' strafrechtelijke voorschriften – het onttrekken van onmiddellijke beoordeling van die voorschriften aan de gewone rechterlijke macht in haar kwaliteit van burgerlijke rechter om haar op te dragen aan de Afdeling rechtspraak – terwijl de toepassing van die voorschriften geschiedt door de rechterlijke macht, ligt vanuit dat oogpunt juist minder voor de hand. Anders: 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.