

Onrechtmatige wetgeving

Roel Schutgens*

Roel Schutgens promoveerde op 22 juni 2009 cum laude aan de Radboud Universiteit Nijmegen op het proefschrift *Onrechtmatige wetgeving*. Promotoren waren prof.mr. C.A.J.M. Kortmann en prof.mr.dr.s. C.H. Sieburgh.

1 Inleiding: onrechtmatige wetgeving?

Het centrum van één van de mooiste historische steden van ons land is in de loop der tijd steeds meer verstopt geraakt door autoverkeer. Tot overmaat van ramp is het in het 'Kanalenkwartier' de laatste jaren trendy om in een oldtimer rond te rijden. Fraai geres-taureerde Citroëns *Déesse*, Volvo's *Amazon*e en Peugeots 404 domineren het straatbeeld. Deze wagens vervuilen de toch al overbelaste atmosfeer met de schadelijke verbrandings-producten van ouderwetse, gelode benzine. Gelukkig stemmen veel van de inwoners van de stad – niet in de laatste plaats de bewoners van het Kanalenkwartier – op de Milieupartij, die samen met De Socialisten over een ruime meerderheid in de gemeenteraad beschikt. Deze coalitie brengt een verordening tot stand die auto's gebouwd vóór 1991 de toegang tot het stadscentrum ontzegt.

In het kanalenkwartier is een garagehouder gevestigd die zich volledig heeft toegelegd op de verkoop en restauratie van *deux chevaux*. Vanaf de inwerkingtreding van de raadsverordening ziet hij zijn omzet tot zijn treurnis met meer dan 65% dalen omdat een substantieel deel van zijn klanten overstapt op SUV's van ná 1991. Nu is er een belangrijk arrest van de Hoge Raad waaruit de garagist argumenten kan putten voor de stelling dat een raadsverordening die de toegang tot de openbare weg voor automobilisten té vergaand beperkt, in strijd is met de Wegenverkeerswet.¹ Dat arrest is echter al bijna dertig jaar oud; het gaat niet in op de vraag, of de bescherming van de luchtkwaliteit *as such* misschien toch een legitieme reden is om de toegang tot de

openbare weg te beperken en bovendien weert de gemeenteraad met zijn raadsverordening niet *alle* auto's uit de *gehele* gemeente (zoals in het arrest uit 1980 het geval was) maar wordt slechts een deel van het wagenpark de toegang tot een beperkt deel van de stad ontzegt.

Onze garagehouder bevindt zich nu in een vaak voorkomende situatie: zijn belangen worden geschaad door een wettelijke regeling, hij beschikt over goede argumenten waarom die regeling wel eens ongeldig zou kunnen zijn, maar heeft daarover geen zekerheid omdat er (zoals meestal) ook argumenten zijn die pleiten vóór de rechtsgeldigheid van de regeling. Dit type situatie is het aanknopingspunt voor de in mijn proefschrift behandelde thema's, die allemaal voortkomen uit de vrij praktische vraag: wat kan een particulier bij de burgerlijke rechter ondernemen tegen een voor hem nadelig, potentieel onrechtmatig wettelijk voorschrift?

Wat kan een particulier bij de burgerlijke rechter ondernemen tegen een voor hem nadelig, potentieel onrechtmatig wettelijk voorschrift?

2 Achtergrond

De in ons land geldende algemeen verbindende voorschriften vallen uiteen in twee hoofdcategorieën: enerzijds de algemeen verbindende voorschriften van de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk – de wetten in formele zin – en anderzijds de 'lagere regelingen', afkomstig van een regelgever die zich lager in de hiërarchie bevindt. Tegen al deze algemeen verbindende voorschriften

* R.J.B. Schutgens is universitair hoofddocent Inleiding tot de Rechts-wetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen en oud-redacteur van dit blad.

¹ HR 23 december 1980, *NJ* 1981, 171 (Autoverbod Schiermonnikoog).

is beroep bij de bestuursrechter uitgesloten. Voor de lagere regelingen is dat het geval omdat artikel 8:2 Awb algemeen verbindende voorschriften van beroep uitzondert. Tegen de wet in formele zin is beroep niet mogelijk omdat de formele wet überhaupt geen besluit is in de zin van de Awb.²

De burgerlijke rechter was van oudsher de ‘restrechter’ die de lacunes vult die de administratiefrechtelijke rechtsbescherming tegen de overheid bevatte en nog altijd bevat

Door deze blokkades komt de burgerlijke rechter in beeld. Hij was van oudsher de ‘restrechter’ die de lacunes vult die de administratiefrechtelijke rechtsbescherming tegen de overheid bevatte en nog altijd bevat.³ Ook op het terrein van onrechtmatige wetgeving is de burgerlijke rechter als restrechter naar voren getreden. In 1969 aanvaardde de civiele kamer van de Hoge Raad in zijn arrest *Pocketbooks II*, dat geen rechtsregel de toepasselijkheid van het onrechtmatige-daadsrecht op de uitvaardiging van onverbindende wetgeving uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt.⁴ Dit arrest plaveide de weg voor de ontwikkeling van een stelsel van rechtsbescherming waarbij de nadelige gevolgen van wetgeving rechtstreeks aan de burgerlijke rechter konden worden voorgelegd. Een burger die zich in de positie bevindt van onze garagist, kan zich tegenwoordig tot de civiele rechter wenden en daar vragen om onverbindendverklaring, een toepassingsverbod of schadevergoeding. Mijn proefschrift beoogt dit in de jurisprudentie ontwikkelde stelsel van rechtsbescherming tegen wetgeving in kaart te brengen, te systematiseren en waar nodig voorstellen te doen voor verbetering.

Het *Pocketbooks II*-arrest plaveide de weg voor de ontwikkeling van een stelsel van rechtsbescherming waarbij de nadelige gevolgen van wetgeving rechtstreeks aan de burgerlijke rechter konden worden voorgelegd

3 Opbouw proefschrift

Deel I van het proefschrift behandelt de wijze waarop het onrechtmatige-daadsrecht kan worden toegepast op het terrein van onrechtmatige wetgeving. Het blijkt dat klassieke, privaatrechtelijke leerstukken zoals de onrechtmatigheid of de relativiteits- en de causaliteitsleer – als je ze enigszins welwillend leest – prima toepasbaar zijn op onverbindende regelgeving. Deel II past deze theorie toe op uiteenlopende typen eisers en regelingen. Zo gaat dit deel bijvoorbeeld in op de problematiek van de talrijke wetgevingsgedingen die worden aangespannen door ideële organisaties; op de verschillende wijzen van procederen bij ‘direct’ en ‘indirect’ werkende regelingen en op de verhouding tussen de civielrechtelijke rechtsgang enerzijds en de mogelijkheid van exceptieve toetsing bij de bestuurs- en de strafrechter anderzijds. In Deel III van het proefschrift komen de bijzondere problemen aan de orde die ontstaan doordat artikel 120 Gw de formele wet in de interne verhoudingen onschendbaar maakt. Ik pleit ervoor, het toetsingsverbod niet ruimer uit te leggen dan de scheiding der machten vereist. Daardoor zou de rechter de wet in individuele gevallen vrijmoediger buiten toepassing kunnen laten dan nu het geval is én zou nadeelcompensatie voor de formele wet mogelijk worden op basis van de *égalité* (zie ook par. 4 (b) van deze bijdrage). Deel IV concentreert zich op aspecten van derdenwerking van wetgevingsgedingen. Dit deel heeft weer betrekking op beide ‘hoofdgroepen’ van regelgeving. De procedure voor de civiele rechter is van oudsher sterk gericht op geschilbeslechting *inter partes*. De burgerlijke rechter blijkt echter aan onverbindendverklaring van wettelijke regelingen een sterke vorm van derdenwerking te hebben toegekend die tendeert naar het effect van een vernietiging.⁵ 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. Dit mondt uit in het betoog dat het beginsel van de scheiding der machten wetgevingsbevelen niet categorisch hoeft te blokkeren (zie ook par. 4 (a) van deze bijdrage).

4 Twee thema’s nader belicht

In het korte bestek van deze bijdrage wil ik graag twee thema’s uit het proefschrift nader belichten: (a) de problematiek van de wetge-

2 Zie art. 1:1 lid 2 sub a Awb: de formele wetgever is geen bestuursorgaan; de formele wet dus geen Awb-besluit. De in de Awb geregelde procedures voor bezwaar en beroep zijn daarom niet van toepassing op de wet. De onmogelijkheid van beroep tegen een formele wet wordt dus niet veroorzaakt door art. 120 Gw, wat betekent dat ook tegen een formele wet die in strijd is met verdrags- of EG-recht geen vernietigingsberoep mogelijk is.

3 Vgl. aflevering nr. 18 in de ‘Canon van het recht’, AA november 2009, p. 772 (AA20090772) over HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407 (*Guldmond / Noordwijkerhout*).

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

5 Zie HR 18 februari 2005, NJ 2005, 283 (*Aujeszky*); uitgebreid geanalyseerd in Hfdst. 14 van de dissertatie.

vingsbevelen en (b) de (on)mogelijkheid om de Staat op grond van het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* aansprakelijk te stellen voor de wet in formele zin. Ten aanzien van beide thema's heb ik betoogd, dat de jurisprudentie van de Hoge Raad aan bijstelling toe is.

Ik wil graag twee thema's uit het proefschrift nader belichten: de problematiek van de wetgevingsbevelen en de (on)mogelijkheid om de Staat op grond van het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* aansprakelijk te stellen voor de wet in formele zin

a wetgevingsbevelen

Op grond van artikel 3:296 BW heeft de burgerlijke rechter de bevoegdheid om aan de gedaagde in het burgerlijk proces, als die rechtens verplicht is iets te doen of laten, het bevel te geven om die rechtsplicht ook na te komen.

Stel, dat de burgerlijke rechter het met onze garagist eens is: het autoverbod is ook volgens hem in strijd met de Wegenverkeerswet en is dus inderdaad onverbindend. Kan de rechter nu de gemeente bevelen om de verordening met het autoverbod – die hij zojuist onrechtmatig heeft geoordeeld – aan te passen of in te trekken?

Volgens de Hoge Raad kan de civiele rechter noch aan de formele wetgever, noch aan decentrale wetgevers enig bevel geven tot het uitvaardigen, aanpassen of intrekken van wetgeving. De trias politica staat volgens de Hoge Raad aan zulke bevelen in de weg

De Hoge Raad zegt daarop duidelijk: nee. Volgens hem kan de civiele rechter noch aan de formele wetgever, noch aan decentrale wetgevers enig bevel geven tot het uitvaardigen, aanpassen of intrekken van wetgeving.⁶ De algemene bevelsbevoegdheid van artikel

3:296 BW mag niet worden ingezet in het specifieke geval dat de wetgever een rechtsplicht schendt, ook niet als boven ieder twijfel verheven is, dat de wetgever een rechtsplicht heeft geschonden. De trias politica staat volgens de Hoge Raad aan zulke bevelen in de weg. Het beantwoorden van de vraag of een wet tot stand gebracht, aangepast of ingetrokken moet worden zou een typisch politieke afweging vergen, die exclusief toekomt aan de democratisch gelegitimeerde volksvertegenwoordigers. De rechter zou zich daarbuiten moeten houden.

Er bestaat tegenwoordig een heel corpus aan 'hogere' normen waaraan ook de wetgever zich dient te houden. De rechter mag al naar geldend recht indringend toetsen óf de wetgever zich aan dergelijke normen heeft gehouden

Aan de Hoge Raad moet meteen worden toegegeven, dat volgens het beginsel van de scheiding der machten het primaat bij de (rechtsvorming door) wetgeving inderdaad toekomt aan de democratisch gelegitimeerde wetgever(s). Alleen: er bestaat tegenwoordig een heel corpus aan 'hogere' normen waaraan ook de wetgever zich dient te houden, van EG- en EVRM-recht tot de ongeschreven rechtsbeginselen. De rechter mag al naar geldend recht indringend toetsen óf de wetgever zich aan dergelijke normen heeft gehouden⁷ en – zo nodig – een regeling onverbindend verklaren, een toepassingsverbod uitspreken of de overheid tot schadevergoeding veroordelen. Anders gezegd: ook al heeft de wetgever het primaat bij de rechtsvorming door middel van wetgeving, toch is dat primaat op vele wijzen door hoger recht begrensd en bovendien is de rechter bevoegd, te toetsen of de wetgever de hem gestelde grenzen niet heeft overschreden. Tegen de achtergrond van deze onder omstandigheden reeds ingrijpende bevoegdheden om de wetgever te corrigeren doet het op zijn minst nogal formalistisch aan, de rechter de bevoegdheid te ontzeggen, de wetgever een bevel te geven om zich daadwerkelijk aan hoger recht te houden.

6 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (*Waterpakt*), resp. HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (*Fauna-bescherming/Provincie Fryslân*).

7 Art. 120 Gw geeft natuurlijk een – beperkte – uitzondering op die hoofdregel.

Natuurlijk moet de trias politica in alle gevallen waarin een wettelijke regeling wordt getoetst, voor de rechter een belangrijk richtsnoer zijn en blijven. Echter, de terughoudendheid waartoe het triasbeginsel de rechter verplicht als hij de besluiten van de wetgever beoordeelt, grijpt mijns inziens aan op een ander punt in de rechterlijke taakuitoefening dan bij de uitspraakbevoegdheden.

De terughoudendheid waartoe het triasbeginsel de rechter verplicht als hij de besluiten van de wetgever beoordeelt, grijpt mijns inziens aan op een ander punt in de rechterlijke taakuitoefening dan bij de uitspraakbevoegdheden

De trias politica brengt mee, dat de rechter omzichtig te werk moet gaan bij de *interpretatie* van de hogere normen die de bevoegdheid van de wetgever begrenzen. De rechter mag nooit lichtvaardig concluderen dat de abstracte afweging van een democratisch gelegitimeerde wetgever in strijd is met een hogere norm. Zeker als de rechter toetst aan vage rechtsbeginselen of open geformuleerde mensenrechten mag hij niet over één nacht ijs gaan bij het oordeel *dat* de wetgever zijn boekje te buiten is gegaan.⁸ Echter, *als* de hogere regel voldoende precies is geformuleerd om in het voorliggende geval te kunnen concluderen dat de wetgever onrechtmatig heeft gehandeld, dan is het al naar geldend recht geen enkel probleem als de rechter daaraan de uitspraak verbindt dat de regel onverbindend is, een toepassingsverbod uitsprekt of de overheid tot schadevergoeding veroordeelt. Het is vrij moeilijk in te zien, waarom de rechter daaraan nu niet een bevel mag koppelen om de wet aan te passen. Als een rechtsplicht voor de wetgever zodanig precies uit een hogere regel blijkt, dat de rechter duidelijk kan concluderen dat deze niet is nageleefd, wordt het politieke primaat van de wetgever niet verstoord als de rechter op die constatering een bevel aan de wetgever laat volgen. De wetgever heeft dan 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. Mijn conclusie is dan ook, dat het ver-

zet van de Hoge Raad tegen wetgevingsbevelen nogal gedateerd en formalistisch aandoet, en niet goed past bij de andere, vergaande bevoegdheden die de rechter al heeft in procedures vanwege onrechtmatige wetgeving.

Mijn conclusie is dat het verzet van de Hoge Raad tegen wetgevingsbevelen nogal gedateerd en formalistisch aandoet, en niet goed past bij de andere, vergaande bevoegdheden die de rechter al heeft in procedures vanwege onrechtmatige wetgeving

b nadeelcompensatie voor de wet in formele zin

Een tweede thema is eenvoudig te illustreren als we de casus van de *deux chevaux*-garage iets aanpassen. Stel dat niet een raadsverordening, maar een formele wet tot stand komt op grond waarvan oldtimers het centrum van bepaalde gemeenten niet meer in mogen. Deze formele wet is verbindend, want zij is niet in strijd met Europees of internationaal recht. Ondernemers die zich hebben toegelegd op de verkoop en restauratie van *oldtimers* lijden echter ook door een dergelijke *verbindende* wet aanzienlijke schade. Nu wil het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* dat de overheid de onevenredige schade compenseert die individuele burgers lijden door maatregelen die de overheid het algemeen belang neemt (‘nadeelcompensatie’).

De Hoge Raad heeft echter al verscheidene malen uitgesproken dat voor *formele wetgeving* geen aansprakelijkheid op grond van het *égalité*-beginsel mogelijk is. Iemand als de garagist zou dus nooit nadeelcompensatie op grond van het *égalité*-beginsel kunnen krijgen als het oldtimerverbod in een formele wet was vervat. Het toetsingsverbod van artikel 120 Gw zou daaraan in de weg staan.⁹ Mijns inziens zijn er goede redenen om van die jurisprudentie terug te komen.

Artikel 120 Gw verbiedt inderdaad, de formele wet te toetsen aan Grondwet, Statuut of ongeschreven rechtsbeginselen.¹⁰ Nu is het *égalité*-beginsel een ongeschreven rechtsbeginsel, dus op het eerste gezicht heeft de visie van de Hoge Raad goede papieren. Echter, de vraag naar de rechtmatigheid van wetstoepassing moet in twee stappen beantwoord worden. Op het eerste niveau moet de

8 Ik heb dat in mijn proefschrift een materiële trias-opvatting genoemd.
9 HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713 (*Kooren-Maritiem*); HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 233 (*Maximering pluimveerechten*); zie ook Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, *Gst.* 2007, 59 (*XS4All/Staat*).
10 HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (*Harmonisatiewet*).

abstracte, op een open groep gevallen gerichte afweging van de wetgever in overeenstemming zijn met Grondwet, Statuut en rechtsbeginselen. Op het tweede niveau moet de *toepassing* van de wet rechtmatig zijn met het oog op de specifieke omstandigheden die zich in het individuele geval voordoen en die de wetgever niet heeft meegewogen of heeft kunnen meewegen. Omdat de wetgever zich van tevoren nooit op de hoogte kan stellen van alle gevallen waarin een algemene wet zal worden toegepast, kan ook een in abstracto rechtmatige wet bij haar concrete toepassing soms toch onrechtmatig uitpakken. Dat hoeft dan helemaal niet te betekenen, dat de oorspronkelijke, abstracte afweging van de wetgever onjuist is geweest.

Voor dit probleem biedt de jurisprudentie van de Hoge Raad al zo'n drie decennia de volgende oplossing: de formele wet – ten aanzien waarvan o.g.v. artikel 120 Gw de *algemene, abstracte afweging* niet mag worden aangetaast – blijft in het individuele geval buiten toepassing als die toepassing gelet op bijzondere omstandigheden onrechtmatig zou zijn.¹¹

**De Hoge Raad heeft
verscheidene malen
uitgesproken dat voor
formele wetgeving geen
aansprakelijkheid op grond
van het *égalité*-beginsel
mogelijk is. Mijns inziens zijn
er goede redenen om van die
jurisprudentie terug te komen**

De vraag nu, of voor een formele wet nadeelcompensatie moet worden betaald, bevindt zich veelal op ditzelfde, tweede, concrete niveau: het gaat er dan om, of de algemene regeling die in de wet is neergelegd, in de praktijk voor een of enkele individuen onevenredig nadelig blijkt uit te pakken. Artikel 120 Gw hoeft in deze gevallen dan ook helemaal niet in de weg te staan aan het toekennen van nadeelcompensatie op basis van het *égalité*-beginsel – net zoals artikel 120 Gw in deze gevallen reeds naar geldend recht niet in de weg staat aan het buiten toepassing laten van de wet.

Wél zou de burgerlijke rechter bij schaden gevolge van een formele wet natuurlijk moeten onderzoeken, of de wetgever een duidelijke beslissing had genomen over het type geval als dat van de eiser. Is dat zo, dan heeft de wetgever reeds op het abstracte niveau beslist dat in het gevaltype dat zich in casu voordoet, geen aanleiding is om nadeelcompensatie toe te kennen op basis van nationale rechtsbeginselen als de *égalité*, het gelijkheidsbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel. Dán zou artikel 120 Gw inderdaad aan toewijzing van de vordering in de weg staan, omdat de rechter dan een eigen, andersluidende interpretatie van (een van deze) beginselen in de plaats zou stellen van die van de wetgever. Als echter onvoldoende blijkt dat de wetgever het zich voordoende (type) geval in zijn beslissing heeft meegenomen, doorkruist de rechter de abstracte afweging van de wetgever niet als hij de wet in het hem voorgelegde, concrete geval buiten toepassing laat,¹² maar evenmin als hij de Staat tot nadeelcompensatie veroordeelt.

¹¹ Zie HR 12 april 1978, NJ 1979, 533 (*Doorbraak*); zo ook r.o. 3.9 van het Harmonisatiewet-arrest.
¹² Zie de vorige noot.