Universiteit Leiden
The Netherlands

Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief

Loon, O. van

Citation
Loon, O. van. (2014, December 4). *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief. Meijers-reeks*. Boom Juridische Uitgevers, Den Haag. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/29936

Version:	Corrected Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/29936

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/29936 holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Loon, Olaf van
Title: Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief
Issue Date: 2014-12-04

E.M. MEIJERS INSTITUUT
INSTITUUT VOOR RECHTSWETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK

Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief

O. VAN LOON

BJu | Boom Juridische uitgevers

Binding van rechters aan elkaars uitspraken
in bestuursrechterlijk perspectief

Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 4 december 2014
klokke 15:00 uur

door

Olaf van Loon

geboren te Utrecht

in 1972

Promotiecommissie:

Promotores: prof. mr. T. Barkhuysen
prof. mr. drs. W. den Ouden

Overige leden: dr. Y. Buruma (Hoge Raad der Nederlanden)
prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (Universiteit Utrecht)
prof. mr. S.C.G. Van den Bogaert
prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
prof. mr. J.E.M. Polak

Lay-out: AlphaZet prepress, Waddinxveen

© 2014 O. van Loon | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl)).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the authors.

ISBN 978-94-6290-013-4

www.bju.nl

Inhoudsopgave

Lijst met gehanteerde afkortingen XIII

Voorwoord XV

1 Inleiding 1
1.1 Aanleiding en doel van het onderzoek 1
1.2 Centrale vraag 4
1.3 Afbakening onderzoek 6
1.4 Methode van onderzoek 8
1.5 Opzet 10

2 Uitgangspunten 13
2.1 Inleidende opmerkingen 13
2.2 Soorten relaties: verticaal en horizontaal 14
2.2.1 Inleidende opmerkingen 14
2.2.2 Verticale relaties 14
2.2.2.1 Pilaar- en piramidemodel 14
2.2.2.2 Wanneer is sprake van een hiërarchische relatie? 15
2.2.2.3 Geen formele gebondenheid aan precedenten … 17
2.2.2.4 ... maar prudent omgaan met precedenten 18
2.2.2.5 Dus niet tegen beter weten in volharden … 19
2.2.2.6 ... maar creatief omgaan met bestaande ruimte 20
2.2.2.7 Kracht en gezag van gewijsde 20
2.2.3 Horizontale relaties 21
2.2.4 Tussenconclusies 22
2.3 Welke relaties (kunnen) binden? 22
2.3.1 Inleidende opmerkingen 22
2.3.2 Nationale relaties 22
2.3.2.1 Civiele rechter en strafrechter 22
2.3.2.2 Bestuursrechter 23
2.3.2.3 Tussenconclusies 30
2.3.3 Internationale relaties 31
2.3.3.1 Inleidende opmerkingen 31
2.3.3.2 Hof van Justitie 32
2.3.3.3 Europees Hof voor de Rechten van de Mens 40
2.3.3.4 Tussenconclusies 45
2.3.4 Conclusies relevante horizontale relaties 46
2.4 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift? 47
2.4.1 Inleidende opmerkingen 47
2.4.2 Onverbindend verklaren of buiten toepassing laten? Terminologie 48
2.4.2.1 Inleidende opmerkingen 48

2.4.2.2 Onverbindend verklaren en buiten toepassing laten: geen synoniemen 48
2.4.2.3 Te hanteren terminologie 49
2.4.3 Verschijningsvormen toetsing verbindendheid algemeen verbindende voorschriften 49
2.4.3.1 Vier verschijningsvormen 49
2.5 Samenvatting 54

3 Verhouding bestuursrechter – Hoge Raad (civiele rechter) 57
3.1 Algemeen 57
3.1.1 Inleidende opmerkingen 57
3.1.2 Rechtsmacht civiele rechter: fundamentum petendi of objectum litis? 57
3.1.2.1 Fundamentum petendi 58
3.1.2.2 Objectum litis 58
3.1.3 Verhouding civiele rechter – bestuursrechter: fundamentum petendi of objectum litis? 61
3.1.3.1 Inleidende opmerkingen 61
3.1.3.2 Absolute bevoegdheid bestuursrechter 62
3.1.4 Bevoegdheid en ontvankelijkheid 67
3.1.4.1 Inleidende opmerkingen 67
3.1.4.2 Terminologie 67
3.1.5 Moet de bestuursrechtelijke procedure aan bepaalde eisen voldoen? 69
3.1.6 Formele rechtskracht 71
3.1.6.1 Inleidende opmerkingen 71
3.1.6.2 Doel van het beginsel van de formele rechtskracht 72
3.1.6.3 Grondslagen en uitgangspunten 73
3.1.6.4 Uitzonderingen 74
3.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift? 97
3.2.1 Inleidende opmerkingen 97
3.2.2 Exceptief verweer of directe toetsing 98
3.2.2.1 Bevoegdheid bestuursrechter 98
3.2.2.2 Bevoegdheid civiele rechter 99
3.2.3 Gebondenheid of niet? 101
3.2.3.1 Inleidende opmerkingen 101
3.2.3.2 Uitzondering op de formele rechtskracht? 102
3.2.3.3 Of toch niet? De positie van de belanghebbende en het bestuursorgaan 103
3.2.3.4 Of toch weer wel? De positie van de niet-belanghebbende 107
3.2.3.5 Soorten verbindendheidsoordelen: expliciet of stilzwijgend 107
3.2.3.6 Civiele rechter is gebonden aan een verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter, tenzij … 111

3.2.3.7 Wederkerigheid? 113
3.2.4 Tussenconclusies 116
3.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift? 117
3.3.1 Inleidende opmerkingen 117
3.3.2 Uitgangspunt: de meest gerede rechter 119
3.3.2.1 Inleidende opmerkingen 119
3.3.2.2 Bestuursrechter is de meest gerede rechter 119
3.3.2.3 Civiele rechter is de meest gerede rechter 123
3.3.2.4 Wie is de meest gerede rechter? 126
3.3.2.5 Tussenconclusies 128
3.3.3 Geen eenduidige meest gerede rechter; wat te doen? 128
3.3.3.1 Inleidende opmerkingen 128
3.3.3.2 Streven naar voorkomen tegenstrijdige uitspraken 128
3.3.4 Tussenconclusies 132
3.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van feiten? 133
3.4.1 Inleidende opmerkingen 133
3.4.1.1 Feit is feit? 133
3.4.2 Uitgangspunt 135
3.4.2.1 Inleidende opmerkingen 135
3.4.2.2 Beperkte jurisprudentie 136
3.4.2.3 Rol civiele rechter na eerdere bestuursrechtelijke procedure 137
3.4.2.4 Rol bestuursrechter na eerdere civielrechtelijke procedure 140
3.4.3 Tussenconclusies 142
3.5 Samenvatting 142

4 Verhouding bestuursrechter – Hoge Raad (strafrechter) 147
4.1 Algemeen 147
4.1.1 Inleidende opmerkingen 147
4.1.1.1 Van bestuursrecht(er) naar strafrecht(er) 147
4.1.1.2 En andersom 148
4.1.2 Bestuursrechtelijk gelegitimeerde strafrechtelijke handhaving 149
4.1.2.1 Inleidende opmerkingen 149
4.1.2.2 Handelen is strafbaar, tenzij bestuursrechtelijk gelegitimeerd 150
4.1.2.3 Samenloop bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving 150
4.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften? 151
4.2.1 Inleidende opmerkingen 151
4.2.2 Verhouding strafrechter – bestuursrechter 152
4.2.2.1 Inleidende opmerkingen 152
4.2.2.2 Varkensmester-arrest: de strafrechter volgt de hoogste bestuursrechter 153

4.2.2.3 Uitzondering? 154
4.2.2.4 Waarom neemt de Hoge Raad gebondenheid aan? 155
4.2.2.5 Zonder oordeel van de hoogste bestuursrechter zoekt de strafrechter zijn eigen weg 157
4.2.2.6 Bindt een verbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter de strafrechter ook? 158
4.2.2.7 Bindt een verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter de strafrechter dan helemaal niet? 160
4.2.2.8 Stelt de Hoge Raad terecht een oordeel van de hoogste bestuursrechter als vereiste? 165
4.2.2.9 Wel een oordeel van de bestuursrechter, maar nog geen onherroepelijk oordeel 166
4.2.3 Tussenconclusies 168
4.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift? 170
4.3.1 Inleidende opmerkingen 170
4.3.2 Geen taak voor de Hoge Raad bij uitleg van vergunningvoorschriften 171
4.3.3 Leer van de meest gerede rechter revisited 174
4.3.3.1 Inleidende opmerkingen 174
4.3.3.2 Bestuursrechter – strafrechter 175
4.3.3.3 Strafrechter – bestuursrechter 178
4.3.4 Tussenconclusies 180
4.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten? 180
4.4.1 Inleidende opmerkingen 180
4.4.2 Strafrechter – bestuursrechter: geen gebondenheid 181
4.4.3 Bestuursrechter – strafrechter 184
4.4.3.1 Centrale Raad van Beroep: geen gebondenheid 184
4.4.3.2 Hoge Raad 186
4.4.3.3 Afdeling bestuursrechtspraak: gedifferentieerde gebondenheid 187
4.4.3.4 College van Beroep voor het bedrijfsleven 194
4.4.4 Algemene regel? 194
4.4.5 Tussenconclusies 197
4.5 Samenvatting en conclusies 197

5 Verhouding bestuursrechter – bestuursrechter 199
5.1 Algemeen 199
5.1.1 Inleidende opmerking 199
5.1.2 Civiele rechter – bestuursrechter 199
5.1.3 Strafrechter – bestuursrechter 200
5.1.4 Bestuursrechter – bestuursrechter 200
5.1.4.1 Geen gedeelde rechtsmacht? 201
5.1.4.2 Kunnen zich verschillen voordoen? 202
5.1.5 Bindingsrelatie bestuursrechter – bestuursrechter 203
5.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift? 204

5.2.1 Inleidende opmerkingen 204
5.2.2 Griffierecht 205
5.2.2.1 Inleidende opmerkingen 205
5.2.2.2 Griffierechtregeling in strijd met artikel 6 van het EVRM? 206
5.2.2.3 Vrijstelling griffierecht 207
5.2.3 Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind 212
5.2.3.1 Inleidende opmerkingen 212
5.2.3.2 Afdeling bestuursrechtspraak 213
5.2.3.3 Centrale Raad van Beroep 215
5.2.3.4 Is er een verschil? 218
5.2.4 Tussenconclusies 219
5.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift? 219
5.3.1 Algemeen 219
5.3.1.1 Inleidende opmerkingen 219
5.3.2 Niet ambtshalve te beoordelen aspecten 223
5.3.2.1 Redelijke termijn 223
5.3.2.2 Proceskosten: al dan niet door 'derde' verleende rechtsbijstand 225
5.3.3 Ambtshalve te beoordelen aspecten 227
5.3.3.1 Ontvankelijkheid: proceskosten en procesbelang voor het bestuursorgaan? 227
5.3.3.2 Ontvankelijkheid: de rechtsmiddelenclausule 232
5.3.3.3 Ontvankelijkheid: op tijd of niet op tijd? 235
5.3.3.4 Ontvankelijkheid: griffierechtperikelen – vragen en manen 238
5.3.3.5 Van Amicitia naar Brummen (algemeen) 241
5.3.3.6 Artikel 4:6 of *ne bis*? Over beoordeling en toetsing 248
5.3.3.7 Artikel 4:6 en *ne bis*. Over kippendijen en nova 254
5.3.3.8 Tussenconclusies 262
5.4 Samenvatting en conclusies 265

6 Verhouding Hof van Justitie – nationale bestuursrechter 267
6.1 Inleidende opmerkingen 267
6.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften? 267
6.2.1 Inleidende opmerkingen 267
6.2.2 Vernietigingsberoep 268
6.2.2.1 Toepassingsbereik 268
6.2.2.2 Rechtsgevolg: nietigheid *erga omnes* 269
6.2.2.3 Exclusieve bevoegdheid Hof van Justitie 271
6.2.2.4 Maar niet in de gehele Unie? 275
6.2.3 Exceptieve toetsing 280
6.2.3.1 Toepassingsbereik 280
6.2.3.2 Hof van Justitie exclusief bevoegd tot vaststelling ongeldigheid: evidentie 280

6.2.3.3 Of toch niet? 282
6.2.4 Tussenconclusies 283
6.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift? 284
6.3.1 Inleidende opmerkingen 284
6.3.2 Samenwerking is het devies, maar wel onder 's Hofs voorwaarden 284
6.3.3 Uitleg van unierecht door het Hof: werking *erga omnes*? 285
6.3.4 Uitleg van indirect unierecht 287
6.3.4.1 Inleidende opmerkingen 287
6.3.4.2 Arrest Dzodzi: Hof van Justitie bevoegd; nationale rechter gebonden 287
6.3.5 Tussenconclusies 295
6.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten? 296
6.5 Samenvatting en conclusies 299

7 Verhouding EHRM – nationale bestuursrechter 303
7.1 Inleidende opmerkingen 303
7.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algmeen verbindend voorschrift? 304
7.2.1 Inleidende opmerkingen 304
7.2.2 Geen vernietigingsberoep 305
7.2.3 Verbindendheidstoets nationale rechter EVRM 305
7.2.4 Verbindendheidstoets EHRM 306
7.2.4.1 EVRM van toepassing? 306
7.2.4.2 Geldigheid gemaakt – temporeel – voorbehoud 306
7.2.5 Karakter verbindendheidsoordeel 309
7.2.6 Tussenconclusies 312
7.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift? 313
7.3.1 Geen samenwerking 313
7.3.2 Betekenis uitleg EHRM 316
7.3.2.1 *Living instrument*: uitbreiding scope EVRM 316
7.3.2.2 *Living instrument*: begrenzing 318
7.3.2.3 Doorwerking uitleg EHRM 319
7.3.2.4 Acceptatie doorwerking uitleg EHRM 322
7.3.2.5 Geen taak voor het EHRM bij uitleg van zuiver nationaal recht 324
7.3.3 Tussenconclusies 325
7.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten? 326
7.4.1 Inleidende opmerkingen 326
7.4.2 Uitgangspunt: nationale procedurele autonomie 327
7.4.3 Uitzonderingen 330
7.4.4 Tussenconclusies 332
7.5 Samenvatting en conclusies 333

8 Van algemene vuistregels en institutionele oplossingen 337
8.1 Inleidende opmerkingen 337
8.2 Nationale bestuursrechters – internationale hoven 338
8.3 Nationale rechters onderling 341
8.3.1 Stand van zaken 341
8.3.2 Algemene regel? 344
8.4 Institutionele oplossingen 349
8.4.1 Inleidende opmerkingen 349
8.4.2 Rechtseenheid binnen het bestuursrecht 349
8.4.2.1 Wet aanpassing bestuursprocesrecht: grote kamer en Advocaat-Generaal 350
8.4.2.2 Cassatie 353
8.4.3 Rechtseenheid binnen het bestuursrecht: één instantie 360
8.4.4 Rechtseenheid over de gehele linie: de verenigde kamer 365
8.4.4.1 Inleidende opmerkingen 365
8.4.4.2 Verenigde kamer in Frankrijk en Duitsland 366
8.4.4.3 Verenigde kamer in Nederland 368
8.5 Samenvatting en conclusies 372

9 Samenvattende slotbeschouwing 379
9.1 Inleidende opmerkingen 379
9.2 Uitgangspunten 380
9.2.1 Horizontale en verticale relaties 380
9.2.1.1 Relaties tussen nationale rechterlijke instanties 381
9.2.1.2 Relaties tussen nationale en internationale rechterlijke instanties 381
9.2.2 Toelichting terminologie 382
9.2.2.1 Onverbindend verklaren en buiten toepassing laten 382
9.2.2.2 Soorten toetsing van algemeen verbindende voorschriften 383
9.3 Verhouding bestuursrechter – Hoge Raad (civiele rechter) 384
9.3.1 Inleidende opmerkingen 384
9.3.2 Formele rechtskracht 384
9.3.2.1 Eén term, drie concepten 384
9.3.2.2 Uitzonderingen op de formele rechtskracht 384
9.3.3 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift? 387
9.3.3.1 Civiele rechter 387
9.3.3.2 Bestuursrechter 387
9.3.3.3 Vuistregels 387
9.3.4 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift? 388
9.3.5 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten? 389
9.4 Verhouding bestuursrechter – Hoge Raad (strafrechter) 390
9.4.1 Inleidende opmerkingen 390
9.4.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift? 390

9.4.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift? 390
9.4.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten? 391
9.5 Verhouding bestuursrechter – bestuursrechter 391
9.5.1 Inleidende opmerkingen 391
9.5.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift? 392
9.5.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift? 392
9.6 Verhouding Hof van Justitie – nationale bestuursrechter 394
9.6.1 Inleidende opmerkingen 394
9.6.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift? 394
9.6.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift? 395
9.6.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten? 396
9.7 Verhouding EHRM – nationale bestuursrechter 397
9.7.1 Inleidende opmerkingen 397
9.7.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift? 397
9.7.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift? 398
9.7.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten? 398
9.8 Conclusies 399
9.8.1 Inleidende opmerkingen 399
9.8.2 Nationale bestuursrechters – internationale hoven 400
9.8.3 Nationale rechters onderling 401
9.8.4 Institutionele oplossingen 403
9.8.4.1 Inleidende opmerkingen 403
9.8.4.2 Rechtseenheid binnen het bestuursrecht 403
9.8.4.3 Rechtseenheid binnen het bestuursrecht: één instantie 404
9.8.4.4 Rechtseenheid over de gehele linie: de verenigde kamer 404
9.9 Eindbalans 406

Summary 407

Lijst van geraadpleegde literatuur 423

Jurisprudentieoverzicht 451

Trefwoordenregister 461

Curriculum vitae 469

Lijst met gehanteerde afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
A&MR	Asiel & Migrantenrecht
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BGBl.	Bundesgesetzblatt (D)
BNB	Beslissingen in belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (D)
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (D)
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CMLR	Common Market Law Review
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DD	Delikt en Delinkwent
diss.	dissertatie
ECLR	European Constitutional Law Review
EG	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EHRLR	European Human Rights Law Review
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
ELP	European Law Publishing
ELR	European Law Review
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU-Verdrag	Verdrag betreffende de Europese Unie
EU-Werkingsverdrag	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
EVRM	Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FED	Fiscaal Weekblad
Gst.	De Gemeentestem
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen/ Europese Unie
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht Plus
JBPr	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
JOM	Jurisprudentie Omgevingsrecht
JNVR	Journaal Vreemdelingenrecht
JV	Jurisprudentie Vreemdelingenrecht

JWWB	Jurisprudentie Wet werk en bijstand
LREG	Living Reviews in European Governance
MRT	Militair Rechtelijk Tijdschrift
MvT	memorie van toelichting
m.nt	met noot
NALL	Netherlands Administrative Law Library
NAV	Nieuwsbrief Asiel- & Vluchtelingenrecht
NILR	Netherlands International Law Review
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NV	nota naar aanleiding van het verslag
NZfV	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
O&A	Overheid en Aansprakelijkheid
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PG Awb	Parlementaire Geschiedenis Algemene wet bestuursrecht
PJ	Pensioenjurisprudentie
Rb.	rechtbank
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RV	Rechtspraak Vreemdelingenrecht
RZA	Rechtspraak Zorgverzekering
SEW	SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
T&C Awb	Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht
T&C Rv	Tekst & Commentaar Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
TREMA	Tijdschrift voor de rechterlijke macht
TvCR	Tijdschrift voor Constitutioneel Recht
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
V-N	Vakstudie Nieuws
VR	Verkeersrecht
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht
WHW	Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek
WWB	Wet werk en bijstand

Voorwoord

Kort nadat ik met mijn onderzoek begon, kreeg ik een boekje onder ogen, uitgegeven ter gelegenheid van het 10 jarig bestaan van het E.M. Meijers Instituut. In dit boekje, getiteld: 'Ik zou het zo weer doen', kijkt een aantal Leidse promovendi terug op hun onderzoek binnen het E.M. Meijers Instituut en hun promotie en geven zij inzicht hoe het nadien is vergaan. Allen kijken positief terug op het promotietraject, maar de conclusie van slechts één leidde tot de titel van het boekje.

Nu heb ook ik bijna het stadium bereikt waarin ik kan terugkijken. Het is een enerverende, verhelderende, maar ook louterende periode geweest. Een periode waarin ik mij regelmatig een vreemdeling heb gevoeld: mijn wetenschappelijke 'ik' bij mijn collega's van de Raad van State en mijn geschilbeslechtende 'ik' bij de collega's van die andere afdeling, de Afdeling Staats- en bestuursrecht (S&B) van de Universiteit Leiden. Meer dan eens is mij duidelijk geworden dat de juridische wetenschap en geschilbeslechting weliswaar beide verschijningsvormen van het recht zijn, maar van de beoefenaren ervan verschillende vaardigheden vragen. Ik ben ervan overtuigd dat ervaring met geschilbeslechting van wetenschappers betere wetenschappers maakt en denk dat mijn wetenschappelijke jaren van mij een betere geschilbeslechter en een volledigere jurist hebben gemaakt. Het belang van kruisbestuiving tussen wetenschap en rechtspraak kan niet worden overschat. Het is dan ook met plezier dat ik terugkijk op de afgelopen jaren en ik ben dankbaar voor de kans die ik heb gekregen mij op een ander terrein dan de geschilbeslechting te ontplooien.

Het moment van terugkijken is ook het moment om dank te zeggen, zij het dat het promotiereglement de mogelijkheden daartoe beperkt. In de eerste plaats dank ik Willemien en Tom dat zij mij als hun wetenschappelijk pleegkind hebben aanvaard. Dank aan de collega's van S&B voor de hartelijke wijze waarop zij mij – als vreemdeling – gedurende mijn promotietraject asiel hebben verleend. Ik hoop dat de afronding van het traject niet leidt tot intrekking van die vergunning, maar juist tot intensivering van de contacten. Of om in vreemdelingenrechtelijke termen te blijven: tot wijziging van de beperking. De leden van de Commissie dank ik voor hun bereidheid het manuscript van een – voor de meesten – volledig onbekende 'door te ploegen' en van kritisch commentaar te voorzien.

Mijn collega's van de Raad van State dank ik voor hun belangstelling, hun meedenken en dat zij mij de ruimte hebben gegeven om zo af en toe de deur van het praathuis OR-C104 dicht te doen. Joost en Ramona wil ik in het bijzonder noemen. Niet alleen voor hun meedenken, maar ook voor het meeen nalezen van het manuscript en de afwerking ervan. Dank ook aan de medewerkers van de bibliotheek van de Raad van State, die steeds bereid waren mij te voorzien van gevraagde literatuur en het ruimschoots overschrijden van de uitleentermijn door de vingers te zien.

Een vaak gehoorde klacht is dat een promotietraject, zeker in de afrondende fase, fatale gevolgen heeft voor het sociale leven van de kandidaat. Anderen kunnen beter beoordelen of ik deze of gene in dit opzicht tekort heb gedaan. Mocht dat het geval zijn, dan spijt mij dat en ik zal mijn best doen dit goed te maken. De lijdende voorwerpen van het tekortschieten, mijn familie en vrienden: dank voor jullie belangstelling, maar ook voor de aansporing er eindelijk een punt achter te zetten.

De vormgeving van het boek is verzorgd door AlphaZet prepress en de samenvatting is vertaald door Marilyn Hedges: dank hiervoor!

Floriaan en Menko, jullie dank ik in het bijzonder. Gedurende het promotietraject hebben jullie mij terzijde gestaan, gediend als *sparringpartners* en met niet aflatende ijver de verschillende versies van het manuscript gelezen en voorzien van waardevol commentaar. Jullie inbreng bij de totstandkoming van het boek kan niet worden onderschat.

Als laatste, maar niet in de laatste plaats dank ik mijn ouders en broertje. Zij hebben het niet alleen mogelijk gemaakt dat ik ging studeren, de studie waarvan dit proefschrift in zekere zin de vervolmaking is, maar mij ook steeds gesteund in de keuzes die ik gemaakt heb. In ons gezin is de basis gelegd voor de persoon die ik nu ben.

Zou ik het zo weer doen? Het is niet zo vreemd dat er geen Nederlands alternatief is voor het Duitse begrip *Doppeldoktor* (DDr.). Dubbelgepromoveerden zijn in Nederland uitzonderlijk en dit zou een reden kunnen zijn de vraag bevestigend te beantwoorden. Maar hoewel ik de afgelopen jaren niet zou hebben willen missen, kan ik voluit zeggen: Ik zou het niet zo weer doen!

1 Inleiding

1.1 Aanleiding en doel van het onderzoek

In het kader van het onderzoek dat tot dit proefschrift heeft geleid kwam ik in de *AB* een tot de verbeelding sprekende uitspraak tegen.[1] De casus is, vrij weergegeven, als volgt. Een politieagent wordt 's nachts gewekt door hulpgeroep van zijn zoon. Hij gaat naar buiten, ziet zijn zoon in gevecht met een andere, hem onbekende man en schiet hem te hulp. Er ontstaat vervolgens een handgemeen. Daarna komt de vader tot de ontdekking dat de andere man een collega-agent is, die zijn zoon wilde aanhouden. De vader wordt strafrechtelijk vervolgd en vrijgesproken omdat de rechtbank noodweer aannemelijk acht. Vervolgens wordt de vader door de korpschef ontslagen wegens ernstig plichtsverzuim. Dit ontslag houdt tot aan de Centrale Raad van Beroep in rechte stand met de overweging dat 'voor het ambtenarentuchtrecht niet de strikte bewijsregels gelden die in het strafrecht van toepassing zijn'.

Dit is geen uitzonderlijk geval. Een ander voorbeeld. Een burger die ervan wordt verdacht oneigenlijk gebruik van sociale voorzieningen te hebben gemaakt, bijvoorbeeld door een uitkering krachtens de Wet werk en bijstand te hebben ontvangen terwijl hij daar geen recht op heeft, zal moeten vrezen voor terugvordering daarvan. Daarnaast moet hij er rekening mee houden dat zijn handelen daarna (of daarnaast) ook strafrechtelijke gevolgen heeft. Er zijn dan twee handhavingstrajecten. Denkbaar is dat de burger door de strafrechter wordt vrijgesproken, omdat het bewijs dat hij samenwoonde terwijl hij een uitkering als alleenstaande ontving, op onzorgvuldige wijze is verkregen. Bijvoorbeeld omdat de sociale recherche zich toegang tot de woonruimte heeft verschaft zonder dat daarbij de formaliteiten in acht zijn genomen. Evenzeer is denkbaar dat de bestuursrechter vervolgens het besluit waarbij de ten onrechte ontvangen uitkering wordt teruggevorderd in stand laat. Bijvoorbeeld omdat hij weliswaar met de strafrechter van oordeel is dat de voor binnentreden in een woning geldende voorschriften niet zijn nageleefd, maar daaraan, anders dan de strafrechter, niet de conclusie verbindt dat het vergaarde bewijs niet aan het terugvorderingsbesluit ten grondslag mag worden gelegd. Denkbaar is dat de bestuursrechter van oordeel is dat een vermindering van het terug te vorderen bedrag de burger voldoende rechtsherstel biedt.

---

1 CRvB 27 juni 2013, *AB* 2013/351, m.nt. M.B. de Witte-van den Haak.

Voor juristen is (meestal) duidelijk dat bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving twee in beginsel gescheiden werelden zijn. De gemiddelde burger zal het vermoedelijk niet begrijpen. De vraag kan worden gesteld of het ook wel zo logisch is om het bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhavingstraject als twee gescheiden werelden te beschouwen. Werelden waarin de bestuursrechter en strafrechter ieder tot een eigen oordeel komen in een zaak waaraan in de kern hetzelfde feitencomplex en dezelfde gedragingen van burger en overheid ten grondslag liggen. Dit klemt temeer in een tijd waarin de overheid enerzijds bestuursrechtelijke normen handhaaft met het strafrechtelijk instrumentarium, zoals het opleggen van een boete of in het uiterste geval gevangenisstraf, maar er anderzijds evenzeer toe overgaat strafrechtelijke normen bestuursrechtelijk te handhaven, bijvoorbeeld door het opleggen van een bestuurlijke boete. Dit leidt ertoe dat de grens tussen strafrecht en bestuursrecht steeds meer vervaagt. Daarbij is bovendien niet steeds duidelijk waarom de overheid in het ene geval kiest voor strafrechtelijke en in het andere voor bestuursrechtelijke handhaving. Dit betreft zowel de keuze van het bestuursrechtelijke en/of strafrechtelijke instrumentarium in algemene zin als de toepassing ervan in het concrete geval.

Of het logisch is of niet, de acceptatie van rechterlijke uitspraken door de burger wordt hierdoor in elk geval niet vergroot. Voor hem blijft het moeilijk verklaarbaar dat de ene rechter hem vrijspreekt en de andere rechter, in eerste instantie mogelijk in dezelfde rechtbank, hem 'veroordeelt'. Dat deze veroordeling de vorm heeft van een terugvordering van eerder ten onrechte ontvangen gelden, zal de burger niet van de juistheid van deze uitspraak kunnen overtuigen.

Het voorbeeld van de strafrechtelijke vervolging wegens bijstandsfraude en de bestuursrechtelijke terugvordering van teveel ontvangen bijstand, betreft een geval waarin bij de verschillende procedures verschillende rechterlijke instanties betrokken zijn: de strafrechter enerzijds en – in laatste instantie – de Centrale Raad van Beroep, als bestuursrechter, anderzijds. Het komt ook voor dat de strafrechter – in elk geval in hoogste instantie – tot dezelfde rechterlijke instantie behoort als de bestuursrechter. Dit betreft bijvoorbeeld geschillen op het gebied van het belastingrecht, waarbij de Hoge Raad zowel hoogste bestuursrechter als strafrechter is. Dat de beide takken van sport in dezelfde instantie zijn verenigd leidt er echter niet toe dat voormelde verschillen in uitkomst zich niet voordoen, zo zal in hoofdstuk 4 blijken.

In de relatie tussen de strafrechter en de bestuursrechter zullen de verschillen in uitkomst ongetwijfeld het meest aanspreken. Het bestaan van verschillen is echter niet tot die verhouding beperkt. Menig jurist zal met gemengde gevoelens terugdenken aan de keren dat tijdens zijn studie de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter aan de orde kwam. Ook in die verhouding kunnen zich situaties voordoen die voor de gemiddelde burger niet goed te begrijpen zijn: hoe kan het zijn dat iemand van het college van burgemeester en wethouders weliswaar een omgevingsvergunning heeft gekregen voor het bouwen van een schuurtje, welke ver-

gunning de bestuursrechter tot in hoogste instantie in stand heeft gelaten, maar onder omstandigheden toch een onrechtmatige daad pleegt tegen een derde als hij het vergunde schuurtje bouwt en in gebruik neemt? Ik sluit niet uit dat dit verschijnsel ook aan juristen niet steeds eenvoudig valt uit te leggen.

De verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter, en de civiele rechter en de bestuursrechter kenmerkt zich daardoor, dat zij op onderdelen rechtsmacht delen. Onder *gedeelde rechtsmacht* versta ik dat meerdere rechterlijke instanties bevoegd zijn of zich bevoegd achten ten aanzien van dezelfde (soort) geschillen, met dezelfde feitelijke grondslag, al dan niet in dezelfde partijconstellatie. Dit bergt niet alleen het theoretisch risico in zich van op concreet zaakniveau met elkaar tegenstrijdige uitspraken, maar het komt regelmatig voor dat het risico zich ook daadwerkelijk realiseert. In deze verhouding rijst de vraag hoe niet te verdedigen verschillen in uitkomst zoveel mogelijk kunnen worden voorkomen.

Tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties komt gedeelde rechtsmacht, als hiervoor bedoeld, niet voor. De belangrijkste reden daarvoor is dat de wetgever voor elk van deze instanties heeft voorzien in een uitdrukkelijk als exclusief bedoelde bevoegdheidsverdeling. Daarmee is echter niet uitgesloten dat ook tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties tegenstrijdige uitspraken voorkomen, bijvoorbeeld waar het de uitleg van internationaal recht of de Algemene wet bestuursrecht betreft. Dit recht geldt immers gelijkelijk voor de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties. Het betreft dan geen verschillen op zaakniveau, zoals in de verhouding tussen de bestuursrechter en de civiele en strafrechter, maar op een abstracter niveau.

Dat een gemiddelde burger in zijn leven maar één keer schijnt te procederen, beperkt de kans dat hij te maken krijgt met afwijkende jurisprudentie van verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties aanmerkelijk. Verschillen tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties tergen echter de lagere rechterlijke instanties en rechtshulpverleners des te meer. In deze verhouding staat dan ook niet zozeer de legitimatie van rechterlijke uitspraken in de ogen van de burger op het spel, als wel in de ogen van de 'ketenpartners'. Zoals in hoofdstuk 5 nader wordt uitgewerkt, zijn de hoogste bestuursrechterlijke instanties zich hiervan bewust en is in de jurisprudentie al geruime tijd een streven naar het bereiken van *rechtseenheid* zichtbaar. Het betreft hier rechtseenheid op *macroniveau*. Dit streven van de hoogste bestuursrechters naar rechtseenheid in hun uitspraken roept de vraag op, op welke wijze rechtseenheid het best kan worden bereikt.

Voor alle verhoudingen geldt dat het bestaan van verschillen, zeker als daarvoor geen goede grond bestaat, het vertrouwen in de rechtstaat kan aantasten en ook anderszins nadelige gevolgen kan hebben voor – het gevoel van – rechtszekerheid. Het is dan ook opmerkelijk dat rechtsgebied overschrijdend wetenschappelijk onderzoek naar het bestaan van verschillen tussen rechterlijke instanties en de redenen daarvoor grotendeels ontbreekt.

Met dit onderzoek hoop ik daarom mede te kunnen komen tot vuistregels aan de hand waarvan de rechter in algemene zin kan bepalen welke betekenis hij aan een uitspraak van de bestuursrechter, de civiele rechter of de strafrechter hecht of zou moeten hechten. Vervolgens zou hij met inachtneming daarvan tot een voor het voorliggende geval passende, eventueel pragmatische, oplossing moeten komen.

Het streven naar rechtseenheid door de verschillende rechterlijke instanties gaat uit van handhaving van de bestaande organisatiestructuur. Al decennia lang is een discussie gaande of een wijziging van die structuur niet beter zou zijn, of wellicht zelfs een vereiste is om rechtseenheid te kunnen bereiken. Op dit moment spitst deze discussie zich toe op het al dan niet splitsen van de Raad van State in een adviserend en een rechtsprekend deel, het al dan niet samenvoegen van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties en de wenselijkheid van het openstellen van een vorm van beroep in cassatie tegen uitspraken van de hoogste bestuursrechterlijke instanties. Met de in dit proefschrift ontwikkelde vuistregels en opgenomen voorstellen voor institutionele wijzigingen hoop ik ook aan deze discussie een bijdrage te leveren.

1.2 Centrale vraag

Met dit onderzoek wil ik allereerst antwoord geven op de vraag of, wanneer en in hoeverre hoogste rechterlijke instanties over en weer gebondenheid aan eerdere uitspraken van een collega-instantie aannemen, dan wel zouden moeten aannemen. In relaties met gedeelde rechtsmacht is de bindingsvraag in de zuiverste vorm aan de orde. Het betreft dan immers hetzelfde geschil, met dezelfde feitelijke grondslag, dat al dan niet in dezelfde partijconstellatie aan verschillende rechterlijke instanties wordt voorgelegd. In de relatie tussen de bestuursrechterlijke instanties is er geen gedeelde rechtsmacht, zoals hiervoor gedefinieerd. Het aannemen van binding betreft in deze relatie niet het voorkomen van een verschillende uitkomst in hetzelfde geval, maar de wens tot uniformering om verschillen in uitkomst voor vergelijkbare gevallen te voorkomen. In verband daarmee heeft het hoofdstuk dat betrekking heeft op de relatie tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties een ander karakter dan de andere hoofdstukken. Omwille van de vergelijkbaarheid van de problematiek en de uniformiteit zal ik echter ook voor de relatie tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties spreken over *binding* en *gebondenheid*.

Zo er al verschillen zijn in de jurisprudentie van de hoogste rechterlijke instanties, blijken deze verschillen vooral betrekking te hebben op de verbindendheid en uitleg van algemeen verbindende voorschriften enerzijds en de vaststelling van de feiten in het voorliggende geval anderzijds. Een beperking van het onderzoek tot deze aspecten ligt dan ook voor de hand. Voor alle relaties tussen hoogste rechterlijke instanties die onderwerp van dit

onderzoek zijn, verrichtte ik het onderzoek daarom aan de hand van de volgende drie deelvragen:

- bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?
- bestaat binding ten aanzien van een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?
- bestaat binding ten aanzien van een eerdere vaststelling van de feiten?

Door het ontbreken van gedeelde rechtsmacht in de relatie tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties behoeft de vraag of binding bestaat aan een eerdere vaststelling van de feiten voor die relatie geen bespreking. De vraag naar de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift is – wat betreft het resultaat – verwant aan de vraag of een verdragsbepaling al dan niet eenieder verbindend is. Een ontkennend antwoord leidt er in beide gevallen immers in beginsel toe dat de rechtzoekende daaraan geen in rechte afdwingbare aanspraken kan ontlenen. Bij de bespreking of al dan niet gebondenheid wordt aangenomen aan een eerder oordeel over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, zal ik, waar nodig, daarom ook ingaan op de vraag of gebondenheid wordt aangenomen aan een eerder oordeel over de eenieder verbindendheid van een verdragsbepaling. De tweede deelvraag betreft de uitleg van hetzelfde wettelijk voorschrift. Om een voorbeeld te noemen: de bewoordingen van artikel 8:69a van de Algemene wet bestuursrecht, waarin het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste is verwoord, lijken weliswaar op die van artikel 6:163 van het Burgerlijk Wetboek, waarin dat vereiste voor het civiele recht is verwoord, maar dat laat onverlet dat het niet hetzelfde voorschrift is. Het onderzoek betreft in beginsel ook niet de gevallen waarin de wetgever weliswaar beoogd heeft in materieel opzicht een vergelijkbaar resultaat te bereiken, maar de tekst van de desbetreffende wettelijke voorschriften inhoudelijk toch niet met elkaar overeenkomt. De derde deelvraag lijkt op het eerste gezicht geen nadere toelichting te behoeven. Zo wordt de oppervlakte van een garage niet anders als deze door de civiele rechter, bestuursrechter of strafrechter wordt vastgesteld. De gedachte ligt dan ook voor de hand dat de bestuursrechter daarom zonder meer gebondenheid zou kunnen aannemen aan een eerdere feitenvaststelling door zijn strafrechtelijke collega. Zoals we echter zullen zien, is de praktijk weerbarstiger. Niet alles wat op het eerste gezicht een feit lijkt te zijn, is dat bij nadere beschouwing nog steeds. Ook indien in de bestuursrechtelijke procedure de feiten qua uitkomst juist zijn vastgesteld, kan aan de wijze waarop dat is gebeurd een gebrek kleven dat ertoe leidt dat de strafrechter niet meer kan of wíl uitgaan van de door zijn bestuursrechtelijke collega vastgestelde feiten.

Het zal geen verrassing zijn dat het antwoord op de eerste vraag niet is dat in alle gevallen absolute gebondenheid wordt aangenomen. Het komt voor dat rechters willens en wetens van elkaar afwijkende standpunten innemen,

bijvoorbeeld omdat het volgen van de benaderingswijze van een collega-rechterlijke instantie in een concreet geval tot een onaanvaardbare uitkomst zou leiden. Indien voor het afwijken niet alleen een rechtvaardiging bestaat, maar die rechtvaardiging ook in de uitspraak wordt vermeld, is daar niets op tegen. Dit heeft tot gevolg dat zich bij elk van de drie door mij geformuleerde onderzoeksvragen verschillen tussen rechterlijke instanties kunnen voordoen. Ik zou daarom evenzeer de vraag willen beantwoorden op welke wijze verschillen in uitspraken kunnen worden voorkomen. Aan de hand van de resultaten van het onderzoek zal ik enkele vuistregels formuleren aan de hand waarvan een rechter kan beoordelen of hij in een voorkomend geval gebonden is (dan wel zich gebonden zou moeten achten) aan een eerdere uitspraak van een collega-rechterlijke instantie. Daarnaast zal ik ook enkele institutionele voorstellen doen waarmee verschillen in uitspraken tussen rechterlijke instanties kunnen worden verminderd.

1.3 Afbakening onderzoek

Onderwerp van het onderzoek is de vraag naar het bestaan van binding van of aan uitspraken tussen hoogste rechterlijke instanties, met andere woorden: tussen rechtelijke instanties die tot elkaar in een niet-hiërarchische verhouding staan. Aan de relaties tussen rechterlijke instanties die tot elkaar wel in een hiërarchische relatie staan, zoals de relatie tussen de rechtbanken (eerste aanleg) en hun hoger-beroepsinstanties, zal ik dan ook slechts beperkt aandacht besteden. Aangezien echter de vraag naar het bestaan van binding aan rechterlijke uitspraken juist in deze relaties is ontstaan, kan daaraan niet geheel worden voorbijgegaan.

Zoals blijkt uit de verschillende jaarverslagen hebben de Hoge Raad, Afdeling bestuursrechtspraak, Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven in 2013 in 28.123 zaken arrest gewezen of uitspraak gedaan. Het Hof van Justitie wees in 2013 488 arresten en het EHRM 916.[2] Het behoeft reeds hierom geen toelichting dat het ondoenlijk is onderzoek te verrichten naar de wijze waarop alle denkbare nationale en internationale rechterlijke instanties omgaan met uitspraken van (collega-)rechterlijke instanties. Het maken van een selectie van te onderzoeken rechterlijke instanties (of beter gezegd: uitspraken van rechterlijke instanties) die geen deel uitmaken van het onderzoek is dan ook onontkoombaar.

Al enkele jaren richt de discussie over verschillen tussen rechterlijke uitspraken of zelfs het bestaan van tegenstrijdige uitspraken zich in het bijzonder op de gevallen waarbij een bestuursrechter betrokken is. Een verklaring daarvoor zal ongetwijfeld zijn dat, anders dan bij het civiele recht en straf-

2 Het aantal arresten van het Hof van Justitie ontleende ik aan het jaarverslag 2013, p. 96. Het aantal arresten van het EHRM aan de brochure *The ECHR in facts & figures 2013*. Beide zijn te raadplegen op de internetpagina van de desbetreffende instantie.

recht, op het terrein van het bestuursrecht een uniforme rechtseenheidsvoorziening ontbreekt. De discussie over wenselijkheid en vorm van een dergelijke rechtseenheidsvoorziening speelt al decennia en heeft de afgelopen jaren aan kracht gewonnen door de in zowel de Tweede Kamer als literatuur breed gedragen en in het regeerakkoord opgenomen wens om te komen tot een formele splitsing van de Afdeling advisering en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en samenvoeging van de Afdeling bestuursrechtspraak, Centrale Raad van Beroep en College van Beroep voor het bedrijfsleven tot één instantie, in welke vorm dan ook. Het ligt daarom voor de hand bij de afbakening van het onderzoek de betrokkenheid van op zijn minst één bestuursrechterlijke instantie als vereiste te stellen.

Om de praktische toepasbaarheid van eventuele resultaten van het onderzoek zo groot mogelijk te maken, heb ik verder gekozen voor klassieke rechterlijke instanties en heb ik bijvoorbeeld de beroepsgroepenrechtspraak, zoals het medisch en notarieel tuchtrecht, buiten beschouwing gelaten. De enige reden daarvoor was het behapbaar houden van het onderzoek. Toepassing van deze uitgangspunten heeft ertoe geleid dat ook de relatie tussen de civiele rechter en de strafrechter buiten het onderzoek is komen te vallen.

Een onderzoek naar de wijze waarop rechterlijke instanties omgaan met elkaars eerdere uitspraken is in de huidige tijd niet compleet als daarbij de internationale rechterlijke instanties volledig buiten beschouwing blijven. Ook hier geldt dat ik het onderzoek beperkt heb tot de klassieke rechterlijke instanties. Instanties die weliswaar aan (individuele) klachtbehandeling doen, maar door hun wijze van inrichting, de benoeming van de leden en/of het ontbreken van bindende kracht van hun beslissingen niet als rechterlijke instantie kunnen worden aangemerkt, blijven buiten beschouwing. Dit betreft bijvoorbeeld het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties, het Committee Against Torture en het Europees Comité voor Sociale Rechten.

Bij internationale rechterlijke instanties is men in Nederland geneigd te denken aan het Hof van Justitie en het EHRM. Daarnaast bestaan, zonder volledig te willen zijn, nog het Benelux-Gerechtshof, het Internationaal Gerechtshof, het Internationaal Strafhof, het Joegoslavië Tribunaal, en het Sierra Leone Tribunaal. Niet voor discussie vatbaar is echter dat het Hof van Justitie en het EHRM voor de Nederlandse rechtspraktijk de belangrijkste zijn. Voor de internationale relaties beperk ik mij dan ook tot de verhouding tussen de nationale bestuursrechterlijke instanties en deze beide hoven. De keuze om betrokkenheid van een bestuursrechterlijke instantie als vereiste te stellen, heeft tot gevolg dat de verhouding tussen de beide hoven en de Nederlandse civiele rechter en strafrechter buiten het bestek van het onderzoek valt.

Wat betreft zowel de nationale als internationale rechterlijke instanties is het onderzoek beperkt tot de hoogste rechterlijke instanties op de desbetreffende rechtsgebieden. Niet alleen om het onderzoek overzichtelijk te houden, maar ook omdat het uiteindelijk de hoogste instanties zijn die bepalen welke betekenis toekomt aan een eerdere uitspraak van een andere rechterlijke instantie en op welke wijze rechtseenheid wordt bereikt of bewaard. In

de nationale verhoudingen laat ik daarom de verhouding tussen de verschillende kamers van een rechtbank of gerechtshof en die tussen de eerstelijns- en hogerberoepsrechter buiten beschouwing. De keuze het onderzoek te beperken tot de hoogste rechterlijke instanties zou er strikt genomen toe moeten leiden dat ook de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven buiten het bestek van het onderzoek vallen. Tegen uitspraken van deze instanties bestaat immers een, zij het beperkte, mogelijkheid om beroep in cassatie in te stellen, zodat zij niet steeds hoogste rechterlijke instantie zijn. De cassatiemogelijkheden zijn echter zo beperkt, zeker gerelateerd aan het totale zaakpakket, dat ik beide instanties voor het onderzoek aanmerk als hoogste rechterlijke instantie. Het buiten beschouwing laten van zowel de Centrale Raad van Beroep, als het College van Beroep voor het bedrijfsleven zou ook geen recht doen aan de betekenis die deze instanties hebben voor de bestuursrechtspraak.

Voor de relatie tussen het Hof van Justitie en de nationale bestuursrechterlijke instanties laat ik het Gerecht van Eerste Aanleg buiten beschouwing. Het EU-Werkingsverdrag voorziet weliswaar in een grondslag voor het gerecht om prejudiciële vragen te beantwoorden, maar de nadere regeling in het Statuut die daarvoor vereist is, is (nog) niet tot stand gekomen. Daarenboven zou het Gerecht van Eerste Aanleg de prejudiciële vragen niet in hoogste instantie beantwoorden: het Hof van Justitie beschikt over een, zij het beperkte, bevoegdheid tot heroverweging. Tevens laat ik de verhouding tussen *gedecentraliseerde unierechters* uit verschillende lidstaten buiten beschouwing. Ter verduidelijking: dit betreft de vraag of een Nederlandse rechter, als gedecentraliseerde unierechter, voor de uitleg van primair of secundair unierecht op enigerlei wijze gebonden is aan een eerdere uitleg van die bepalingen door bijvoorbeeld een Duitse rechter. Deze vraag kan rijzen in zowel de verhouding tussen eerstelijnsrechters alsook tussen hoogste, verwijzingsplichtige, rechterlijke instanties. Aan het belang van dit – buitengewoon interessante – onderwerp wordt meer recht gedaan als daaraan afzonderlijk wetenschappelijk onderzoek wordt gewijd.

Na te hebben bepaald welke relaties tussen rechterlijke instanties in elk geval *geen* onderwerp van het onderzoek zijn, dient de vraag te worden beantwoord op welke wijze het onderzoek vorm zal worden gegeven.

1.4 Methode van onderzoek

Rechters 'spreken' als het om het beslechten van geschillen gaat via hun uitspraken. Niet via publicaties in de literatuur en niet via de pers of door het geven van interviews. Het ligt dan ook voor de hand het onderzoek naar de wijze waarop rechters omgaan met uitspraken van collega-rechters te verrichten aan de hand van de jurisprudentie. Het maken van een objectieve selectie van uitspraken is echter een uitdaging. De meest objectieve en daarmee wellicht ook meest gebruikelijke wijze is het bestuderen van alle, in één of meer tijdschriften, dan wel op rechtspraak.nl in een bepaalde periode

gepubliceerde jurisprudentie, bijvoorbeeld over een periode van vijf jaar, al dan niet ontsloten met één of meer specifieke zoektermen. Voor mijn onderzoek was deze methode echter niet goed werkbaar. Niet in de laatste plaats omdat, zeker wat betreft de civiele rechter, elke keuze voor een praktisch behapbare periode tot gevolg heeft dat algemeen als belangrijk beoordeelde arresten van de Hoge Raad buiten die periode vallen. De ontwikkeling van de jurisprudentie van de Hoge Raad over de verhouding tussen het civiele recht en – toen nog – administratieve recht nam immers al aan het eind van de negentiende eeuw een aanvang. Het behoeft geen toelichting dat een onderzoek naar alle sinds het ontstaan van het koninkrijk gepubliceerde jurisprudentie ondoenlijk is. Aan elke selectie van jurisprudentie is dan ook een zekere subjectiviteit inherent. De uitdaging is om deze subjectiviteit te beperken en te objectiveren, zodat in elk geval duidelijk is waarom keuzes zijn gemaakt.

Hiervoor merkte ik al op dat, anders dan in de verhouding tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties, in de verhouding tussen deze instanties en de civiele rechter en strafrechter sprake is van gedeelde rechtsmacht. In combinatie met de positie van de Hoge Raad als *restrechter* heeft dit geleid tot een uitgebreide *afstemmingsjurisprudentie*, waarin in het bijzonder de Hoge Raad gemotiveerd ingaat op de verhouding van de civiele rechter tot de bestuursrechter. Over die verhouding bestaat ook relatief veel literatuur. Bij de zoektocht naar en de daarop volgende selectie van jurisprudentie heb ik die literatuur als uitgangspunt genomen. Doordat de jurisprudentie van de Hoge Raad in elk geval wat de uitgangspunten betreft consistent blijkt te zijn, is deze keuze ook in retrospectief te verantwoorden. Buitengewoon behulpzaam was daarbij dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad, dan wel in de conclusies van het parket van de procureur-generaal, consequent naar dezelfde basisarresten wordt verwezen.

Zoals in hoofdstuk 4 zal blijken, vormt de jurisprudentie over de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter voor de Hoge Raad de inspiratiebron voor de verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter. Aan de hand van de voor eerstgenoemde verhouding geselecteerde jurisprudentie kan via de verschillende jurisprudentiedatabanken de jurisprudentie over de verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter worden ontsloten. Ook voor deze verhouding geldt dat het behulpzaam is dat de Hoge Raad consequent naar dezelfde basisarresten verwijst. Dat biedt al een selectie van arresten die de Hoge Raad zelf als richtinggevend beschouwt.

De verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties doen over het algemeen minder principieel gemotiveerde uitspraken, althans waar het de verhouding met de civiele rechter en strafrechter betreft, en verwijzen ook minder – consequent – naar eigen jurisprudentie of jurisprudentie van de civiele en strafrechter. Voormelde methode van onderzoek is voor de jurisprudentie van die instanties dus minder goed toepasbaar. Het ook achterwege laten van verwijzing naar eigen jurisprudentie, waarin de verhouding tot de civiele rechter en strafrechter wordt geduid, kan worden verklaard

doordat er doorgaans geen standaarduitspraak is, waarnaar consequent wordt verwezen. Daar staat tegenover dat uitspraken van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties, waarin deze verhouding centraal staat, over het algemeen wel de woorden Hoge Raad, strafrechter en/of civiele rechter bevatten. Aan de hand van deze termen kan de jurisprudentie van die instanties langs digitale weg worden ontsloten. Ook hierbij geldt wat ik hiervoor opmerkte over het niet beperken van het onderzoek tot de uitspraken die in een bepaalde periode zijn gedaan.

Het ontbreken van gedeelde rechtsmacht in de verhouding tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties heeft tot gevolg dat in die verhouding geen noodzaak bestaat tot het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken in dezelfde feitenconstellatie. Een afstemmingsjurisprudentie, zoals die er wel is voor de verhouding tussen de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter en strafrechter anderzijds ontbreekt dan ook. Wel is een duidelijke tendens zichtbaar om verschillen in jurisprudentie terug te dringen of op zijn minst te verklaren. Voor de verhouding tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties dienen verwijzingen naar jurisprudentie dan ook slechts als voorbeeld van verschillen die bestaan en op welke wijze die verschillen zijn weggenomen.

Voor de volledigheid merk ik op dat ik voor geen van de relaties beoogd heb een uitputtend jurisprudentieoverzicht te geven. Het gaat mij er primair om de lijn in de jurisprudentie weer te geven, om vervolgens aan de hand daarvan vuistregels te kunnen formuleren. Ik heb afgezien van het afnemen van interviews of het anderszins verrichten van empirisch onderzoek. In de eerste plaats omdat het voor de beantwoording van de centrale vragen niet noodzakelijk is zodanig onderzoek te verrichten. Een andere reden is beperking van de werklast. Onderzoek naar de wijze waarop de civiele rechter, de strafrechter en de bestuursrechters over en weer omgaan met elkaars jurisprudentie is, ook zonder empirisch onderzoek, al zo omvangrijk dat er meerdere proefschriften mee gevuld zouden kunnen worden.

1.5 Opzet

Hiervoor heb ik aangegeven welke rechterlijke instanties in elk geval geen onderwerp van dit onderzoek zijn. In hoofdstuk 2 werk ik allereerst uit welke dat wél zijn. Ik breng daartoe in kaart welke relaties tussen met (bestuurs)rechtspraak belaste instanties binnen de Nederlandse rechtsorde kunnen worden onderscheiden. Wat betreft de hoogste bestuursrechterlijke instanties beschrijf ik kort hun historische ontwikkeling. Dat geeft niet alleen inzicht in de huidige (organisatorische) situatie, maar draagt ook bij aan het begrip van de jurisprudentie. Voor elke relatie zal ik aangeven hoe die gekwalificeerd moet worden: als *verticaal* of *horizontaal*. Voor dit onderzoek is een relatie verticaal als tussen de rechterlijke instanties een zekere hiërarchie bestaat, die zich uit in de bevoegdheid een uitspraak van een andere rechterlijke instantie te vernietigen. Is dat niet het geval, dan is de relatie

daarmee voor dit onderzoek horizontaal. De achtergrond van deze keuze licht ik in hoofdstuk 2 nader toe.

Voor alle onderscheiden relaties beantwoord ik de vraag of binding bestaat aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. In hoofdstuk 2 bespreek ik twee algemene aspecten van deze vraag, die van belang zijn voor alle relaties. Het betreft in de eerste plaats het onderscheid tussen *onverbindend verklaren* en *buiten toepassing laten* van een algemeen verbindend voorschrift. In de tweede plaats betreft het de beschrijving van de verschijningsvormen die rechterlijke toetsing van een algemeen verbindend voorschrift kan aannemen: het *vernietigingsberoep*, *directe toetsing*, *exceptieve toetsing* en *declaratoire toetsing*. De hoofdstukken 3 tot en met 7 betreffen de kern van het onderzoek. In die hoofdstukken beschrijf ik aan de hand van hiervoor beschreven onderzoeksvragen of hoogste rechterlijke instanties over en weer gebondenheid aan eerdere uitspraken van een collega-instantie aannemen, dan wel zouden moeten aannemen. De hoofdstukken zijn daarmee tweeledig van karakter: in de eerste plaats beschrijvend, waar het de lijnen in de jurisprudentie betreft. In de tweede plaats zijn de hoofdstukken ook normatief, aangezien ik aan de hand van de resultaten van het onderzoek in jurisprudentie en literatuur steeds zal proberen te komen tot algemene uitgangspunten en vuistregels voor beantwoording van de bindingsvraag. Deze uitgangspunten en vuistregels vormen de bouwstenen voor de vuistregels die ik in hoofdstuk 8 zal verwoorden.

De opbouw van de hoofdstukken is voor alle relaties dezelfde. Met dien verstande dat hoofdstuk 3, waarin de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter wordt besproken, een wat uitgebreidere inleidende paragraaf kent. Daarin beschrijf ik in de eerste plaats de historische ontwikkeling van de jurisprudentie van de Hoge Raad over de verhouding tussen de civiele rechter tot de administratie, via de administratieve rechter tot de bestuursrechter. Verder beschrijf ik welke dogmatische uitgangspunten de Hoge Raad daarbij hanteerde en thans hanteert en komt de absolute bevoegdheid van de bestuursrechter aan de orde. Ook introduceer ik het centrale begrip dat de relatie tussen de civiele rechter en bestuursrechter kenmerkt: het beginsel van de *formele rechtskracht* en de uitzonderingen die de Hoge Raad hierop toestaat. Deze onderwerpen zijn weliswaar in de eerste plaats van belang voor de relatie tussen de civiele rechter en de bestuursrechter, maar de Hoge Raad grijpt hier ook voor de relatie tussen de strafrechter en bestuursrechter op terug. Omwille van de leesbaarheid heb ik er daarom voor gekozen aan dit leerstuk een afzonderlijke paragraaf te wijden.

Het beginsel van de formele rechtskracht is een verzamelbegrip, waaronder verschillende grootheden schuilgaan. Dit zijn: de *ontvankelijkheidsleer van de civiele rechter*, de *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter* en de *leer van de formele rechtskracht*. Voor dit onderzoek is de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter het belangrijkst. De meeste uitzonderingen die de Hoge Raad op het beginsel van de formele rechtskracht heeft aanvaard, betreffen evenwel niet de leer van de bindende

kracht van uitspraken van de bestuursrechter, maar de leer van de formele rechtskracht. Dit betreft de gevallen waarin een rechtzoekende zich met voorbijgaan van de bestuursrechter tot de civiele rechter wendt. De drie grootheden die schuilgaan achter het beginsel van de formele rechtskracht onderscheidt de Hoge Raad in de jurisprudentie niet steeds even duidelijk. Wellicht is het onderscheid ook niet steeds even duidelijk te maken. Voor een goed begrip van de jurisprudentie en de uitzonderingen die volgens de jurisprudentie op het beginsel van de formele rechtskracht mogelijk zijn, is enige kennis van de jurisprudentie over de andere grootheden dan ook vereist. Dat rechtvaardigt het opnemen van een beknopte en daarmee ook oppervlakkige beschrijving ervan in dit boek. De gevallen waarin de rechtzoekende zich niet tot een bestuursrechter heeft gewend, terwijl dit wellicht wel had gekund of nog zou kunnen, bieden daarnaast inzicht in de taakverdeling tussen de civiele rechter en bestuursrechter die de Hoge Raad voor ogen staat. Dit is in elk geval van belang om tot algemene bindingsregels te kunnen komen.

In hoofdstuk 8 breng ik vervolgens de resultaten van het onderzoek samen. Aan de hand van de uitgangspunten en vuistregels die ik in de aan dat hoofdstuk voorafgaande hoofdstukken formuleerde, zal ik vuistregels formuleren, aan de hand waarvan een rechter, die zich met een uitspraak van een collega geconfronteerd ziet, zou kunnen beoordelen welke betekenis hij daaraan moet hechten. In hoofdstuk 8 zal ik ook enkele institutionele voorstellen doen. Deze betreffen niet zozeer de eerste centrale vraag, maar een afgeleide daarvan, namelijk de vraag naar de wijze waarop de rechtseenheid tussen de bestuursrechterlijke instanties onderling en tussen de bestuursrechterlijke instanties en de civiele rechter en strafrechter langs institutionele weg kan worden bevorderd. Daarbij komt onder meer aan de orde op welke wijze de rechtseenheid binnen het bestuursrecht gewaarborgd kan worden. Is het openstellen van *cassatie*, al dan niet in het belang der wet, daarvoor de beste optie of moet één nieuwe hoogste bestuursrechterlijke instantie worden opgericht en, zo ja, welke instanties zouden daarin moeten opgaan: alleen de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (en eventueel het College van Beroep voor het hoger onderwijs) of ook de belastingkamer van de Hoge Raad en de rechtsprekende taken van de gerechtshoven ten aanzien van het belastingrecht en de Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften (de Wet Mulder). Ten slotte doe ik een voorstel om de rechtseenheid over de gehele linie van het recht te waarborgen. Daarmee doel ik op rechtseenheid tussen zowel het civiele recht, het strafrecht als het bestuursrecht. Ik stel voor om naar Duits en Frans voorbeeld een zogenoemde *gemengde of verenigde kamer* wettelijk mogelijk te maken. Hoofdstuk 9 bevat ten slotte enkele samenvattende slotbeschouwingen over de uitkomsten van het onderzoek, de conclusies en de institutionele voorstellen.

2 Uitgangspunten

2.1 Inleidende opmerkingen

In dit hoofdstuk ga ik allereerst in op de vraag welke soorten van binding kunnen worden onderscheiden en in welke relaties de vraag zich kan voordoen of een rechter gebonden is of zou moeten zijn aan een eerder oordeel van een andere rechter. Zoals ik in het vorige hoofdstuk opmerkte gaat het daarbij niet om de vraag naar het bestaan van interne gebondenheid, dat wil zeggen de vraag naar gebondenheid aan uitspraken van rechters die tot dezelfde rechtsprekende instantie behoren. De vraag naar binding tussen rechters van de verschillende sectoren binnen – bijvoorbeeld – een rechtbank laat ik daarom buiten beschouwing, evenals de verhouding tussen rechters die binnen dezelfde sector deel uitmaken van verschillende enkelvoudige of meervoudige kamers. Zoals ik in het vorige hoofdstuk ook opmerkte, betreft dit onderzoek de bindingsvraag in verhoudingen waarbij op zijn minst één hoogste bestuursrechterlijke instantie is betrokken. De verhoudingen waarbij dat niet het geval is, zoals die tussen de civiele rechter en de strafrechter, blijven derhalve eveneens onbesproken. Of in de te bespreken verhoudingen door een rechter binding wordt aangenomen en, zo ja, in welke mate, wordt steeds onderzocht aan de hand van de volgende, in het vorige hoofdstuk reeds geïntroduceerde, vragen:

- bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

In dit hoofdstuk worden ook enkele aspecten besproken die zich in alle bindingsrelaties kunnen voordoen. Die aspecten lenen zich voor afzonderlijke bespreking, omdat dat de leesbaarheid verbetert en onnodige herhalingen voorkomt. Het betreft onder meer de soorten van binding en de wijze waarop een rechterlijke toetsingsbevoegdheid ten aanzien van een algemeen verbindend voorschrift kan worden vormgegeven.

2.2 Soorten relaties: verticaal en horizontaal

2.2.1 Inleidende opmerkingen

Bij de beantwoording van de vraag of en, zo ja, in welke mate, rechterlijke instanties over en weer aan elkaars uitspraken zijn gebonden, kunnen twee soorten relaties worden onderscheiden: verticale en horizontale. Een nadere onderverdeling of zelfs het aannemen van *sui-generis*relaties lijkt weliswaar op het eerste gezicht aantrekkelijk, in het bijzonder voor de verhouding tot inter- of supranationale met rechtspraak belaste instanties, maar daarvan zie ik af. Een te fijnmazige nuancering, dan wel het te snel aannemen van een bijzondere relatie die tot afwijkende regeling wat binding betreft noopt, staat in de weg aan een eenduidige en inzichtelijke benadering van de bindingsproblematiek. Ik zal er voor het onderzoek dan ook van uitgaan dat elke relatie als verticaal óf horizontaal kan worden gekwalificeerd. Voor de duidelijkheid merk ik op deze plaats al op dat deze onderverdeling in de eerste plaats bedoeld is om relaties tussen rechterlijke instanties te kunnen rubriceren en vervolgens te bezien of deze al dan niet binnen de reikwijdte van dit onderzoek vallen. Met de kwalificatie van een relatie als horizontaal of verticaal is dan ook niet reeds gegeven of van een uitspraak al dan niet bindende kracht uitgaat en, zo ja, op welke wijze of in welke mate.

2.2.2 Verticale relaties

2.2.2.1 Pilaar- en piramidemodel

In de situatie waarin alle rechtspraak in eerste en enige instantie nog door de soeverein zelf geschiedde, deed zich de vraag naar binding van een rechter aan uitspraken van een andere rechter niet voor. Die situatie ligt, zo die in Nederland ooit bestaan heeft, echter ver achter ons.[1] Rechtspraak geschiedt thans door verschillende colleges en over het algemeen ook in meerdere instanties. De rechterlijke organisatiestructuur die het duidelijkst is voor de beantwoording van de bindingsvraag, is het *pilaarmodel*, waarin er op elk niveau van rechtsbescherming slechts één rechterlijke instantie is.[2] Dit bekent niet dat de rechtsbescherming voor alle rechtsgebieden binnen één en dezelfde pilaar moet zijn georganiseerd; er kunnen meerdere pilaren naast elkaar bestaan. Voorwaarde is echter wel dat voor alle rechtsgebieden

1 Het gebruik in Engeland dat alle zittingen worden geschorst, zodra de soeverein het gerechtsgebouw bezoekt, aangezien dan immers geen grond bestaat de rechtspraak bij aanwezigheid van de soeverein zelf door rechters te laten verrichten, vindt hierin zijn grondslag.

2 In het ideale geval zou elke instantie uit één enkelvoudige of meervoudige kamer moeten bestaan, teneinde te voorkomen dat binnen de pilaar weer sub-pilaren ontstaan. Dit ideaal is in een land van enige omvang alleen al om praktische redenen onbereikbaar.

dezelfde hoogste rechterlijke instantie bevoegd is.[3] Om in bouwkundige termen te blijven, de pilaren moeten dezelfde fries ondersteunen. Doorgaans wordt voor de rechterlijke organisatie echter niet het pilaar-, maar het *piramidemodel* gehanteerd. In het ideale geval neemt in dit model het aantal instanties af naarmate men hoger in de hiërarchie komt. Een voorbeeld daarvan is het Nederlandse stelsel op het terrein van het strafrecht en civiele recht, dat een zuiver piramidale structuur kent, met één organiek hoogste rechterlijke instantie, de Hoge Raad.[4]

Kenmerkend verschil tussen het pilaar- en piramidemodel is dat, waar in het pilaarmodel op elk rechterlijk niveau slechts één instantie voorhanden is, dat bij het piramidemodel slechts het geval is bij de hoogste instantie. Onder de hoogste instantie bestaan verschillende rechterlijke instanties, die ten aanzien van dezelfde soort zaken bevoegd zijn en derhalve *in abstracto* rechtsmacht delen. Een voorbeeld ter verduidelijking: in Nederland beschikken alle rechtbanken, eventuele bijzondere competenties daargelaten, over dezelfde absolute bevoegdheid. Welke rechtbank bevoegd is kennis te nemen van een concrete zaak wordt bepaald door de regeling over de relatieve bevoegdheid.

2.2.2.2 Wanneer is sprake van een hiërarchische relatie?

Beide modellen hebben met elkaar gemeen dat tussen de instanties een *hiërarchische relatie* bestaat. Daarbij gaat het niet om een relatie die op één lijn kan worden gesteld met – bijvoorbeeld – de relatie tussen een leidinggevende en een ondergeschikte, waarin de leidinggevende over een bevelsbevoegdheid beschikt. Een dergelijke hiërarchische verhouding tussen, maar zelfs ook binnen één rechterlijke instantie zou, om het voorzichtig uit te drukken, op gespannen voet staan met de rechterlijke onafhankelijkheid.[5] Met hiërarchische relatie doel ik op de omstandigheid dat de hoger geplaatste instantie door de wetgever is aangewezen om toe te zien op de wijze waarop de lager geplaatste instantie in een concreet geval haar taak heeft vervuld en kan ingrijpen, indien zij van oordeel is dat dit niet of niet geheel op juiste wijze is geschied.[6] Van een hiërarchische relatie is binnen dit onderzoek derhalve sprake, indien navolging van jurisprudentie door een andere rechterlijke instantie kan worden afgedwongen door gebruik te maken van

3 Meij 2012, p. 586-589.

4 Voor de overzichtelijkheid laat ik buiten beschouwing dat niet in alle gevallen tot in hoogste instantie geprocedeerd kan worden, bijvoorbeeld omdat de wetgever niet heeft voorzien in de mogelijkheid tegen een uitspraak een gewoon rechtsmiddel aan te wenden.

5 Zie bijvoorbeeld: Bovend'Eert, p. 5-10, wat betreft de rol van de Raad voor de Rechtspraak en de gerechtsbesturen in relatie tot individuele rechters. Zie voor de relatie tussen rechter en de gerechtsbesturen: Van Lierop.

6 Omwille van de overzichtelijkheid laat ik het onderscheid tussen de controle- en herkansingsfunctie van het hoger beroep buiten beschouwing.

een vernietigingsbevoegdheid. Onder *vernietigingsbevoegdheid* versta ik de bevoegdheid om – in het uiterste geval – een uitspraak van een andere rechterlijke instantie te vernietigen op de enkele grond dat die niet in overeenstemming is met de eigen jurisprudentie, ook indien die dateert van na de voor vernietiging in aanmerking komende uitspraak en de lagere instantie derhalve niet kan worden verweten niet overeenkomstig die jurisprudentie te hebben geoordeeld.[7]

Hoewel aangenomen mag worden dat een rechterlijke instantie doorgaans in overeenstemming met het recht zal handelen, betekent het ontbreken van een vernietigingsbevoegdheid dat navolging niet door een andere rechterlijke instantie kan worden afgedwongen. Indien binnen een relatie geen vernietigingsbevoegdheid bestaat, kan deze relatie, hoe klemmend de redenen voor navolging ook zijn, voor dit onderzoek niet als verticaal worden beschouwd. Om van een hiërarchische relatie te spreken is overigens niet vereist dat een directe vernietigingsbevoegdheid van de hoger in de hiërarchie geplaatste rechterlijke instantie bestaat ten opzichte van de lager geplaatste: de mogelijkheid van sprongcassatie daargelaten, is ook de Hoge Raad niet bevoegd rechtstreeks een uitspraak van een eerstelijnsrechter te casseren. Het toezicht door de Hoge Raad op de eerstelijnsrechter verloopt doorgaans over de band van het arrest van het gerechtshof. Ook de indirecte relatie tussen de Hoge Raad en eerstelijnsrechter is daarom een verticale.

Als in een hiërarchische relatie binding van een rechterlijke instantie aan een uitspraak van een hoger geplaatste instantie wordt aangenomen, duid ik dit aan als *verticale binding*.[8] Het is deze bindingsvorm die ten grondslag ligt aan de voor de Angelsaksische rechtstraditie kenmerkende precedentwerking van rechterlijke uitspraken (*stare decisis*). Het meeste onderzoek naar (het bestaan) van binding van rechters aan uitspraken van andere rechters betreft deze vorm van binding.[9] In de meer extreme varianten houdt deze vorm van binding een bijna absolute gebondenheid in van een rechter aan niet alleen uitspraken van een hoger in de hiërarchie geplaatste instantie, maar ook aan eerdere uitspraken van zijn eigen instantie en zelfs ook van zichzelf! Dit kan ertoe leiden dat een lagere rechter een precedent moet vol-

7 Een ander instrument om navolging te bevorderen is bijvoorbeeld een dwangsombevoegdheid. Nu daarbij het bereiken van het beoogde resultaat uiteindelijk afhankelijk is van – afgedwongen – medewerking van de lager in de hiërarchie geplaatste instantie, kan dit instrument niet met een vernietigingsbevoegdheid op één lijn worden gesteld. Dit geldt evenzeer als navolging van de uitspraak van een andere rechterlijke instantie uitdrukkelijk bij wet is voorgeschreven dan wel, indien een uitspraak van een andere rechterlijke instantie door de wetgever als – imperatieve – herzieningsgrond is aangewezen. Zie voor het eerste geval bijvoorbeeld: CRvB 7 augustus 1997, *MRT* 2012, afl. 6, p. 270-274, m.nt. A.F. Vink. Zie uitgebreid over arresten van het EHRM: Van Kempen.

8 Verticale binding aan uitspraken wordt ook wel aangeduid als (verticale) precedentwerking van uitspraken.

9 Zie onder meer: Drion 1950, Jessurun d'Oliveira, Kottenhagen, Adams 1997, Adams 2006, p. 106-120, en Drion 2014, p. 759. Zie over de werking van precedenten in het Engelse recht het standaardwerk van Cross & Harris.

gen, ook als hij ervan overtuigd is dat het rechtens onjuist is, dan wel in het voorliggende geval tot onaanvaardbare uitkomsten leidt. Dit is slechts anders, indien hij het voorliggende geval feitelijk of rechtens kan onderscheiden van het precedent. In dat geval is van een precedent immers in wezen geen sprake meer. De verstarring die het gevolg is van onverkorte toepassing van *stare decisis*, heeft er overigens toe geleid dat zelfs in de klassieke precedentenstelsels de scherpste kantjes er in de loop der jaren zijn afgeslepen, in het bijzonder wat betreft de gebondenheid aan eerdere eigen uitspraken. Het gaat het bestek van dit proefschrift te buiten hier nader op in te gaan; de belangstellende lezer verwijs ik graag naar voormelde onderzoeken naar het bestaan van precedentwerking en de daar vermelde literatuur.[10]

2.2.2.3 Geen formele gebondenheid aan precedenten …

Nederland kent, zoals bekend, geen precedentenstelsel, vergelijkbaar met dat in de Angelsaksische rechtstraditie. Artikel 12 van de Wet algemene bepalingen verbiedt de rechter zelfs uitdrukkelijk recht te spreken 'bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement'. Mij is dan ook geen Nederlandse jurisprudentie bekend waarin een uitspraak van een lagere rechter is vernietigd wegens het enkele niet volgen van een eerdere uitspraak van een hiërarchisch hoger geplaatste instantie, derhalve zonder dat de hogere rechter op zijn minst de indruk wekt dat de uitspraak van de lagere rechter berust op een onjuiste rechtsopvatting, dan wel een onjuiste vaststelling of waardering van de feiten. Wel komt het voor dat een hiërarchisch hogere instantie een vernietiging grondt op het blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting of waardering van de feiten door de lagere instantie, ter motivering waarvan zij (uitsluitend) naar eigen jurisprudentie verwijst.[11] Hoewel betoogd zou kunnen worden dat dat feitelijk op hetzelfde neerkomt, is het juridisch iets anders. Grond voor vernietiging is dan immers uiteinde-

10 Zie bijvoorbeeld voor het voormalige House of Lords: Cross & Harris, p. 102-108. Waar het House of Lords met het *Practice Statement* 1966 het voor zichzelf mogelijk maakte onder omstandigheden af te wijken van eigen eerdere uitspraken, gunde het lagere rechterlijke instanties deze mogelijkheid niet. Zie hierover voor de Civil Division of the Court of Appeal for England and Wales: Cross & Harris, p. 109-116.

11 Bijvoorbeeld: ABRvS 16 februari 2012 in zaak nr. 201113076/1/V2, zij het dat in die zaak een omweg noodzakelijk was: de minister had ter motivering van zijn standpunt dat in Afghanistan geen sprake was van een zogenoemde *most extreme case*, waartegen artikel 29, eerste lid, aanhef en onder b, onderdeel 3, van de Vreemdelingenwet 2000 bescherming biedt, enkel verwezen naar een eerdere uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak. De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch, was evenwel van oordeel dat die uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak berustte op een onbegrijpelijke lezing van een arrest van het EHRM en vernietigde bij uitspraak van 9 december 2011 het besluit wegens een motiveringsgebrek. De Afdeling bestuursrechtspraak corrigeerde die uitspraak onder verwijzing naar haar eerdere, door de voorzieningenrechter onjuist geoordeelde, uitspraak.

lijk niet het enkele niet volgen van jurisprudentie van een hiërarchisch hoger geplaatste instantie, wat van de juistheid van die jurisprudentielijn ook moge zijn, maar het door de lagere rechter blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting. Ook zijn in de jurisprudentie voorbeelden te vinden, waarin de lagere rechter overweegt zelf weliswaar een andere opvatting te zijn toegedaan, maar zich – om praktische redenen – desalniettemin neerlegt bij jurisprudentie van een hogere instantie. Klemmend wordt dat, indien sprake is van verschillende hoogste rechterlijke instanties, zoals in Nederland op het gebied van het bestuursrecht, de jurisprudentie van deze instanties over dezelfde rechtsvraag uiteenloopt en het standpunt van de lagere rechter overeenkomt met dat van één van deze instanties, zij het niet de instantie waarbij in die specifieke zaak hoger beroep openstaat.[12] Nog schaarser zijn voorbeelden waarin een lagere rechterlijke instantie uitdrukkelijk afstand neemt van een jurisprudentielijn van 'haar' hogerberoepsinstantie.[13] Dat wil niet zeggen dat het niet voorkomt, maar de reactie van de hogerberoepsinstantie is dan vaak voorspelbaar.[14]

2.2.2.4 ... maar prudent omgaan met precedenten

Indien een hiërarchische relatie bestaat, is uiteindelijk die relatie en de daaraan inherente mogelijkheid om navolging van jurisprudentie eenzijdig af te dwingen de reden waarom ook in de Nederlandse rechtspraktijk over het algemeen binding wordt aangenomen. 'Over het algemeen', want het ontbreken van een precedentenstelsel in Nederland, vergelijkbaar met dat in Angelsaksische landen, brengt met zich dat het een lagere rechterlijke instantie steeds vrijstaat een uitspraak te doen waarin zij in een concreet

12 Zie hierover ook: Den Otter, p. 93-101, en Rb. Breda 6 april 2005, *AB* 2005/150, m.nt. A.M.L. Jansen. Zie voor ander voorbeeld: Rb. Middelburg 15 maart 2012, *AB* 2012/263, m.nt. D. Beltman en A.M. Klingenberg, waarin de rechtbank in het volgens haar bestaan van uiteenlopende jurisprudentie van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak zelfs aanleiding ziet over te gaan tot prejudiciële verwijzing. Bij uitspraak van 1 augustus 2012, *JV* 2012/480, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak onder verwijzing naar de uitspraak van de 15 maart 2012, 'waarin zich eenzelfde kwestie voordeed als in deze zaken' eveneens prejudiciële vragen gesteld. Bij arrest van 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2081, heeft het Hof van Justitie de vragen beantwoord. Zie ook: Rb Den Haag, zittingsplaats Middelburg, 27 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2077, waarin de rechtbank gemotiveerd overweegt dat zij de Afdeling bestuursrechtspraak niet volgt in haar jurisprudentie (onder meer ABRvS 18 juni 2013, *JV* 2013/379) op grond waarvan een vreemdeling tegen wie een 'zwaar' inreisverbod is uitgevaardigd geen belang heeft bij een beoordeling van het besluit waarbij zijn asielaanvraag is afgewezen zolang het inreisverbod bestaat. Zie ook: Marseille.

13 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 24 december 2013, *JV* 2014/74, m.nt. C.A. Groenendijk. In de in hoger beroep aangevallen uitspraak was de rechtbank Den Haag, zittingsplaats Dordrecht, met een beroep op het unierecht afgeweken van jurisprudentie van de Afdeling.

14 Zie bijvoorbeeld: voormelde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch, van 9 december 2011, opgenomen als bijlage bij ABRvS 16 februari 2012 in zaak nr. 201113076/1/V2. Illustratief in dit verband is ook: ABRvS 6 juni 2012 in zaak nr. 201200579/1/V2.

geval afwijkt van vaste jurisprudentie van de hogerberoepsinstantie, zonder daarmee op zichzelf in strijd met enige rechtsregel te handelen. Reden voor afwijken kan zijn dat zij van oordeel is dat toepassing van die jurisprudentie in het concrete geval tot een onaanvaardbare uitkomst leidt, maar ook dat zij het principieel oneens is met de jurisprudentie van haar hogerberoepsinstantie en die instantie middels de uitspraak wil uitdagen op, en wellicht zelfs van, die jurisprudentielijn terug te komen.[15] Het op die wijze in discussie gaan met de hogerberoepsinstantie, vereist wel dat de eerstelijnsrechter zijn uitspraak gedegen motiveert en uiteenzet waarom de door de hogerberoepsinstantie gekozen jurisprudentielijn zou moeten worden verlaten. Indien de hogerberoepsinstantie de eerstelijnsrechter daarin niet volgt, mag vervolgens van haar worden verwacht dat ook zij dat gedegen motiveert.[16]

2.2.2.5 Dus niet tegen beter weten in volharden …

Prudent gebruik van de mogelijkheid een bestaande jurisprudentielijn in een concreet geval niet onverkort te volgen is zeker in het geval de eerstelijnsrechter het ten principale oneens is met een jurisprudentielijn aangewezen. Althans, als de eerstelijnsrechter wil voorkomen dat hij de rechtzoekende blij maakt met wat later een dode mus blijkt te zijn geweest. Dit doet niet alleen afbreuk aan de rechtszekerheid in algemene zin, maar wekt in het bijzonder bij de rechtzoekende ook vertrouwen dat later niet waar gemaakt kan worden. Deze onterechte verwachtingen vormen een groter gevaar voor het gezag van de rechterlijke macht dan het in een concreet geval volgen van een jurisprudentielijn omdat er geen goede reden is ervan af te wijken. Ook nu is daarom nog steeds actueel wat Losecaat Vermeer al in 1926 opmerkte naar aanleiding van een uitspraak van de rechtbank Leeuwarden van 4 juni 1925 over de mogelijkheid van een rechtzoekende zich niettegenstaande een arbitraal beding tot de rechter te wenden:

---

15 Zie over de verhouding tussen de eerstelijnsvreemdelingenrechters en hun hogerberoepsrechter uitgebreid: Groenendijk & Terlouw, en de daar genoemde literatuur en jurisprudentie, en Groenendijk. De hierin beschreven relatie tussen de eerstelijnsvreemdelingenrechters en de Afdeling bestuursrechtspraak is in dit verband interessant, omdat uit de interviews die Groenendijk en Terlouw hebben afgenomen het beeld naar voren komt dat in elk geval een deel van de eerstelijnsrechters zich door 'hun' hogerberoepsrechter niet serieus genomen voelt en zich daarom minder gebonden acht aan uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak en dat de Afdeling bestuursrechtspraak in elk geval in de eerste jaren na 2001 waarin zij als hogerberoepsinstantie in vreemdelingenzaken optrad 'met harde hand' navolging van haar jurisprudentie door de eerstelijn afdwong door consequent en veelvuldig afwijkende rechtbankuitspraken te vernietigen, waarbij motivering niet veel meer omvatte dan een verwijzing naar haar eigen jurisprudentie.

16 Aldus ook: C.A. Groenendijk in zijn noot bij ABRvS 24 december 2013, *JV* 2014/74. Ik begrijp de annotator wel als hij kanttekeningen plaatst bij de door de Afdeling ter verwerping van het oordeel van de eerstelijnsrechter gehanteerde motivering.

> 'dat de rechter niet zonder klemmende redenen van een constante jurisprudentielijn hoort af te wijken, dat hij als regel zijn persoonlijke opvatting behoort ter zijde te stellen zoo vaak deze afwijkt van die, welke in de rechtspraak de heersende is, en dat hij in het algemeen zijn taak beter vervult wanneer hij tegen eigen overtuiging in een uitspraak geeft, welke in overeenstemming is met een vaste rechtspraak, dan wanneer hij, zich beroepend en wellicht zelfs zich beroemend op zijn onafhankelijkheid en zelfstandigheid, tegen een constante rechtspraak in eigen opvattingen doet zegevieren'.[17]

2.2.2.6 ... maar creatief omgaan met bestaande ruimte

Ook in het geval een rechter van oordeel is dat toepassing van de vaste jurisprudentie van zijn hogerberoepsinstantie in een concreet geval tot een onaanvaardbare uitkomst leidt, is prudentie aangewezen. Niet zozeer bij de beantwoording van de vraag of hij het bereiken van een in het concrete geval aanvaardbare uitkomst moet laten wijken voor het uitgangspunt dat vaste jurisprudentielijnen worden gevolgd. Eenheid van jurisprudentie is immers slechts een middel tot waarborging van de rechtszekerheid en een doeltreffende en doelmatige rechtsbedeling, en geen doel op zich, althans zou dat niet mogen zijn. Prudentie is veeleer aangewezen bij de wijze waaróp de lagere rechter afwijkt van de vaste jurisprudentie om in een concreet geval tot een aanvaardbare uitkomst te komen. De waarschijnlijkheid dat een dergelijke, van de vaste jurisprudentie afwijkende, uitspraak in hoger beroep standhoudt, is doorgaans immers omgekeerd evenredig aan de behoefte van de lagere rechter om een principiële uitspraak te doen waarin hij zich uitdrukkelijk en gemotiveerd afzet tegen de heersende lijn in de jurisprudentie. Creativiteit is dan ook gevraagd![18]

2.2.2.7 Kracht en gezag van gewijsde

Dat Nederland geen precedentenstelsel kent, wil niet zeggen dat van eerdere rechterlijke uitspraken geen enkele bindende kracht uitgaat.[19] Een rechterlijke uitspraak waartegen geen gewone rechtsmiddelen, zoals verzet, hoger beroep of beroep in cassatie, meer kunnen worden aangewend, verkrijgt *kracht van gewijsde*. De rechtsverhouding tussen partijen, die onderwerp van de procedure was, is daarmee bindend vastgesteld en het geschil beëindigd. Een uitspraak die kracht van gewijsde heeft verkregen, heeft tevens *gezag van gewijsde*. Daarmee wordt de bewijskracht van de uitspraak bedoeld. Een uitspraak die gezag van gewijsde heeft, heeft voor de daarin opgenomen beslissingen over rechtsvragen dwingende bewijskracht voor de bij de uitspraak betrokken partijen of hun rechtsopvolgers (vergelijk artikel 236 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering).[20]

---

17 Losecaat Vermeer, p. 153-158. De door Losecaat Vermeer gewraakte uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1926, p. 137.

18 Zie ook: Schreuder-Vlasblom 2006, p. 75.

19 Zie hierover: Van der Wiel.

20 Zie hierover nader: Hugenholtz/Heemskerk, p. 131-134, en uitgebreid: Gras. Zie over gezag van gewijsde in het bestuursrecht ook: Ortlep & Willemsen.

2.2.3 Horizontale relaties

Uit de vorige paragraaf volgt dat alleen verticale binding kan worden aangenomen, indien tussen rechterlijke instanties een hiërarchische relatie bestaat die zich uiteindelijk manifesteert in een vernietigingsbevoegdheid. Indien in een relatie waarin die bevoegdheid niet bestaat binding wordt aangenomen, in welke vorm of intensiteit dan ook, is daarmee – uitgaande van de door mij gehanteerde tweedeling – sprake van *horizontale binding*, horizontale precedentwerking of horizontale coördinatie.[21] Tot deze categorie behoren ook de rechterlijke instanties die tot elkaar niet in enige hiërarchische relatie staan, maar waarvoor de wetgever heeft bepaald dat een uitspraak van de ene instantie voor de andere een gegeven is.[22] Dit kan niet met een vernietigingsbevoegdheid op één lijn worden gesteld. Van rechterlijke instanties mag weliswaar bij uitstek worden verwacht dat zij zich aan het recht houden en dat zullen zij doorgaans ook doen, maar het ontbreken van een mogelijkheid om navolging effectief af te dwingen, maakt dat ook deze relatie als een horizontale moet worden aangemerkt.

Horizontale binding is niet beperkt tot de verhouding tussen hoogste rechterlijke instanties, maar kan zich op elk niveau voordoen, derhalve ook tussen verschillende kamers binnen één rechterlijke instantie, zelfs indien deze op hetzelfde rechtsgebied werkzaam zijn. Indien een hogere voorziening openstaat, dan zal bij uiteenlopende jurisprudentielijnen uiteindelijk echter de hogere, dan wel hoogste instantie bepalen welke lijn gevolgd dient te worden. Strikt genomen is in dat geval derhalve geen sprake van horizontale maar van verticale binding. Aangezien in dit onderzoek de verhouding *tussen* hoogste rechterlijke instanties centraal staat, laat ik bindingsvragen *binnen* (of tussen kamers van) rechterlijke instanties buiten beschouwing.

Dat een hiërarchische relatie ontbreekt, betekent niet dat van een – eerdere – uitspraak geen enkele binding uitgaat, maar slechts dat binding niet kan worden afgedwongen. In dat geval is binding derhalve voor de rechterlijke instantie geen gegeven meer, in de zin dat niet-nakoming de uitspraak blootstelt aan het risico van vernietiging in hoger beroep. De binding berust dan op een door rechtseenheid en rechtszekerheid (en ongetwijfeld ook doelmatigheid) geïnspireerde keuze van de desbetreffende rechterlijke instantie. Als de binding berust op een keuze van de desbetreffende rechterlijke instantie dan brengt dat met zich dat in horizontale relaties de mate van binding het gehele scala, gelegen tussen 'van dwingende betekenis zijn' als de meest verstrekkende vorm, via 'in de beoordeling te betrekken als *persuasive argumen*t' tot 'in aanmerking nemen', als lichtste vorm kan omvatten. Het scala reikt naar zijn aard niet tot 'geen betekenis', aangezien dat neerkomt op het

21 Zie onder meer: Köhne, p. 20-21.

22 Zie bijvoorbeeld: de al eerder genoemde uitspraak van de CRvB van 7 augustus 1997, *MRT* 2012, afl. 6, p. 270-274, m.nt. A.F. Vink, over de verhouding tussen de strafrechter en de militaire ambtenarenrechter.

ontkennen van enige vorm binding, hoe beperkt ook. Alleen al uit collegiaal oogpunt kan niet worden aangenomen dat een uitspraak van een rechterlijke instantie voor een andere rechterlijke instantie zelfs niet kwalificeert als een bij de beoordeling 'in aanmerking te nemen' argument.

2.2.4 Tussenconclusies

Uitgangspunt van dit onderzoek is dat elke relatie tussen rechterlijke instanties als verticaal of horizontaal kan worden aangemerkt. Bepalend daarvoor is het bestaan van een vernietigingsbevoegdheid. Indien een dergelijke bevoegdheid bestaat, is de relatie verticaal; in alle andere gevallen is de relatie horizontaal. In horizontale relaties berust het door een rechter aannemen van gebondenheid aan een uitspraak van een andere rechterlijke instantie op een keuze. Dat dit een keuze is, uit zich ook in de mate van binding die wordt aangenomen. Dit kan lopen van 'van dwingende betekenis zijn' via 'in de beoordeling te betrekken als *persuasive argument*' tot 'in aanmerking nemen'.

2.3 Welke relaties (kunnen) binden?

2.3.1 Inleidende opmerkingen

Hiervoor ging ik in op de soorten van binding die naar mijn mening kunnen worden onderscheiden, namelijk verticale en horizontale binding. Ik besprak hoe kan worden vastgesteld of sprake is van een verticale of horizontale relatie en, zij het kort, de mate van binding die zou kunnen worden aangenomen. In deze paragraaf ga ik in op de vraag welke relaties kunnen worden onderscheiden tussen rechterlijke instanties waarin de bestuursrechter een rol speelt en waarin bindingsvragen kunnen opkomen. De rechterlijke instanties waarmee de Nederlandse bestuursrechter in een concrete zaak kan worden geconfronteerd, kunnen worden ondergebracht in twee categorieën, namelijk: Nederlandse rechterlijke instanties, waaronder de andere bestuursrechterlijke instanties, en internationale rechterlijke instanties. Beide categorieën zal ik hierna in kaart brengen.

2.3.2 Nationale relaties

2.3.2.1 Civiele rechter en strafrechter

Ingevolge het eerste lid van de artikelen 112 en 113 van de Grondwet is de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen en de berechting van strafbare feiten opgedragen aan de rechterlijke macht. Welke instanties tot de rechterlijke macht behoren, is uitgewerkt in de Wet op de rechterlijke organisatie. Daarmee heeft de wetgever uitvoering gegeven aan de in artikel 116, eerste lid, van de Grondwet neergelegde opdracht

bij wet de gerechten aan te wijzen die tot de rechterlijke macht behoren. Ingevolge artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie zijn dat de rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad. Tot de inwerkingtreding van de Wet organisatie en bestuur gerechten per 1 januari 2002 behoorden de kantongerechten eveneens als afzonderlijk gerecht tot de rechterlijke organisatie; sindsdien zijn zij een sector binnen de rechtbanken.[23] Voor de tot de rechterlijke macht behorende gerechten voorziet deze wet derhalve in een eenduidige, hiërarchische – piramidale – organisatiestructuur met in alle gevallen de Hoge Raad als hoogste instantie. Wat betreft de bestuursrechtspraak is het beeld aanmerkelijk minder overzichtelijk.

2.3.2.2 Bestuursrechter

Van diversiteit …

Het tweede lid van artikel 112 van de Grondwet biedt de wetgever de mogelijkheid om bij wet de berechting van geschillen die niet uit burgerrechtelijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan op te dragen aan hetzij de rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren. Een vergelijkbare bepaling was ook opgenomen in de voorgangers van de huidige Grondwet.[24] Wat onder gerechten in de zin van deze bepaling moet worden verstaan, is in de Grondwet noch de grondwetsgeschiedenis omschreven. Wel worden daarin de Kiesraad en de Onderwijsraad genoemd als voorbeelden van 'gerechten' in de zin van artikel 112, tweede lid, van de Grondwet.[25]

Aanvankelijk heeft de wetgever ervoor gekozen de berechting van bestuursrechtelijke geschillen voor het overgrote deel niet op dragen aan tot de rechterlijke macht behorende gerechten, maar aan een verscheidenheid van instanties.[26] Het betrof de instanties die op dit moment ook nog met beslechting van bestuursrechtelijke geschillen zijn belast, zoals de rechtsvoorgangers van de Afdeling bestuursrechtspraak (de Afdeling rechtspraak en de Afdeling voor de geschillen van bestuur), de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Omdat deze veruit het grootste deel van de bestuursrechtspraak voor hun rekening nemen, zowel getalsmatig als wat betreft het soort zaken, zal ik deze instanties voor de leesbaarheid ook wel aanduiden als: *de Grote Drie*. Naast de Grote Drie werd, zonder uitputtend te willen zijn, de bestuursrechtspraak uitgeoefend door

---

23 Wet van 6 december 2001 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren en enkele andere wetten in verband met de modernisering van organisatie en de instelling van een bestuur bij de gerechten (Wet organisatie en bestuur gerechten), Stb. 2001, 582 (iwtr. Stb. 2001, 621).

24 Zie hierover nader: Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers, p. 609-613 en 832-833.

25 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 162, nr. 8, p. 7 en 13.

26 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de historische ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid: Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers, p. 831-840, en Maris, p. 29-49.

de Raden van Beroep,[27] het College van Beroep studiefinanciering,[28] de Tariefcommissie,[29] de Kiesraad,[30] de Onderwijsraad[31] en de universitaire Colleges van Beroep voor de examens.[32] De enige tot de rechterlijke macht behorende gerechten die een – zij het slechts getalsmatig – aanzienlijk bestuursrechtelijk takenpakket hadden, waren sinds de inwerkingtreding van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken de gerechtshoven, voor de hoger beroepen in belastingzaken, en de kantongerechten, die sinds 1 september 1992 waren belast met beroepen op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften, de Wet Mulder. Voor beide gold dat de wetgever in verband met de eigen aard van de zaken had voorzien in een eigen, van de Wet Arob en later de Algemene wet bestuursrecht afwijkend, procesrecht en toetsingskader. Tegen arresten van de gerechtshoven en uitspraken van de kantongerechten stond direct beroep in cassatie open op de Hoge Raad. Kortom: op het gebied van het bestuursrecht was van een overzichtelijke organisatiestructuur geen sprake, laat staan van een hiërarchische relatie tussen de instanties.

… via – incidentele – uniformering …

In de loop der jaren is veel gedaan om op het terrein van het bestuursrecht tot vermindering van het aantal rechtsprekende instanties te komen. De wetgever heeft de Kiesraad en de Onderwijsraad hun rechtsprekende taken ontnomen en tegen door die instanties genomen besluiten beroep op de bestuursrechter opengesteld. Mede als gevolg van de wens vertraging bij de geschilbehandeling te voorkomen, die, naar de wetgever vreesde, het gevolg zou zijn van het openstellen van de mogelijkheden tot rechtsbescherming waarin het algemeen bestuursrecht voorziet (Kiesraad) en de, gegeven de door de Grondwet gewaarborgde vrijheid van onderwijs, bijzondere aard van de geschillen (Onderwijsraad), is dit overigens een kwestie van lange

27 Beroepswet 1955 (Stb. 1955, 47).

28 Wet op de studiefinanciering (Stb. 1986, 252).

29 Tariefcommissiewet (Stb. 1971, 220).

30 De Kiesraad was tot de inwerkingtreding van de Wet van 27 januari 1982 (Stb. 1982, 19) beroepsinstantie voor geschillen over de registratie van aanduidingen voor de verkiezing van de leden van Provinciale Staten en de gemeenteraden.

31 De Onderwijsraad was ingevolge artikel 90, tweede lid, van de Lager-onderwijswet 1920 belast met de beslechting van geschillen over het leerplan. Zie voor een uitgebreide beschrijving van taak en positie van de Onderwijsraad als geschilbeslechter: Van der Ham, p. 217-234. Zie voor een voorbeeld: Onderwijsraad 24 november 1978, *AB* 1979/155.

32 Het College van Beroep voor de examens is ingevolge – thans – artikel 7.61 van de WHW bevoegd voor de beroepen van studenten waarin direct of indirect het kennen en kunnen van een student onderwerp van geschil is. Het betreft onder meer de toelating van studenten tot een bepaalde opleiding, de wijze waarop tentamens en examens worden afgelegd, de beoordeling ervan, de genomen maatregelen in geval van fraude en de vraag of aan een zogenoemd bindend studieadvies een afwijzing kan worden verbonden. Zie over het College van Beroep voor de examens: Louw, p. 496-500.

adem geweest.[33] Ten aanzien van de Colleges van Beroep voor de examens is ingrijpen door de wetgever achterwege gebleven, maar is de rechtsgang bij die colleges door de Afdeling bestuursrechtspraak aangemerkt als administratief beroep, als bedoeld in artikel 1:5, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht.[34] Dit had van rechtswege tot gevolg dat ook tegen besluiten (uitspraken) van de Colleges van Beroep voor de examens beroep op de bestuursrechter openstond.[35] Aan deze jurisprudentie lag, evenzeer als aan het ingrijpen van de wetgever bij de Kiesraad en Onderwijsraad, ten grondslag dat deze instanties door de inrichting van de procedure en de wijze van benoeming van de leden niet als 'gerecht', als bedoeld in artikel 112, tweede lid, van de Grondwet konden worden aangemerkt, onder meer door de eisen die artikel 6 van het EVRM stelt aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de leden.[36] Behalve in de krochten van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, heeft de wetgever ook getracht in meer algemene zin te komen tot een vermindering van de verscheidenheid aan bestuursrechterlijke instanties. De reden daarvoor was in het bijzonder gelegen in de met de bestaande verscheidenheid gepaard gaande inefficiëntie en onduidelijkheid voor rechtzoekenden. Dit heeft begin jaren negentig van de vorige eeuw geleid tot het project 'Herziening rechterlijke organisatie'.

… naar uniformiteit? Het project 'Herziening rechterlijke organisatie'

Het doel van dit project was in drie fasen te komen tot het creëren van organisatorische inzichtelijkheid, het versterken van de eenheid binnen, en tussen, de rechtsgebieden en de juridische kwaliteitswaarborg van rechtspraak in twee feitelijke instanties.[37] Toegespitst op het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming was de doelstelling de introductie van rechtspraak in twee feitelijke instanties en om – uiteindelijk – de berechting van bestuursrechtelijke geschillen volledig in de rechterlijke macht te incorporeren, met – dus ook – de Hoge Raad als rechtseenheidsvoorziening.[38] In het kader van

33 Zie voor een – beknopt – overzicht voor de Kiesraad: Elzinga, p. 246-251. Zie voor de Onderwijsraad: Van der Ham, p. 223-227.

34 ABRvS 18 december 1997, *AB* 1998/141, m.nt. B.P. Vermeulen. Zie over de verhouding tussen het algemeen bestuursrecht en het onderwijsrecht nader: Vermeulen & Zoontjes, p. 45-186, en Vermeulen & Poot, p. 375-396.

35 Kanttekening verdient hierbij dat, wat betreft de uitspraken waartegen beroep op de bestuursrechter openstond, in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak op enig moment een onderscheid werd gemaakt tussen Colleges van Beroep voor de examens van openbare en die van bijzondere universiteiten. De reden daarvoor is dat de Algemene wet bestuursrecht naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak op het handelen van organen van bijzondere universiteiten alleen van toepassing is op de afgifte van het getuigschrift. Zie onder meer: ABRvS 19 juli 2006, *AB* 2007/41, m.nt. B.P. Vermeulen.

36 Zie hierover bijvoorbeeld: Van Dijk & Viering, p. 511-650.

37 Zie de brief van de minister en de staatssecretaris van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 25 juni 1999, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 352, nr. 14, p. 1 e.v.

38 *PG Awb II*, p. 232-254.

dit project is met de inwerkingtreding van de eerste fase per 1 januari 1994, gelijktijdig met de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht, de berechting van bestuursrechtelijke geschillen in eerste aanleg grotendeels opgedragen aan de rechtbanken.[39] Tegen uitspraken van de rechtbanken staat sindsdien als hoofdregel hoger beroep open op de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Welke van deze drie instanties bevoegd is hangt – grofweg – van het geschil af. Verschillende bijzondere wetten voorzagen echter nog steeds in rechtspraak in eerste en enige aanleg door voormelde hogerberoepsinstanties en daarnaast ook door de Tariefcommissie en het College van Beroep studiefinanciering. Voorts zij op deze plaats herhaald dat de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet voor alle tot hun taakgebied behorende geschillen als hoogste rechterlijke instanties optreden. Zo staat ingevolge de Wet financiering sociale verzekeringen en de bijzondere socialeverzekeringswetten tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep in bepaalde gevallen cassatieberoep open op de Hoge Raad. Doel hiervan is het waarborgen van een uniforme en eenduidige uitleg van het loon- en verzekerdebegrip, dat in zowel het socialeverzekeringsrecht als het civiele recht en het belastingrecht van groot belang is. Ingevolge artikel 30 van de Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen staat in bepaalde gevallen cassatieberoep open tegen een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, om een uniforme uitleg van de begrippen 'inhoudingsplichtige', 'aangiftetijdvak', 'loon', 'onderneming', 'fiscale eenheid' en 'werknemer' te waarborgen. Artikel 30 van de Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen stelt tegen besluiten houdende afdrachtvermindering voor het onderwijs beroep open op de Afdeling bestuursrechtspraak. Opvallend is dat niet ook voorzien is in een cassatiemogelijkheid bij de Hoge Raad, zoals wel is voorzien voor uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Met de voltooiing van de eerste fase was van uniformiteit in rechtsbescherming en daarmee van een uniforme rechterlijke structuur dan ook nog steeds geen sprake. Binnen de tot de rechterlijke macht behorende gerechten werd een volgende stap gezet met de introductie van hoger beroep op het gerechtshof Leeuwarden tegen uitspraken in beroepen op grond van de Wet Mulder per 1 januari 2000; tegen uitspraken van het gerechtshof staat

39 Wet van 16 december 2003 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Algemene wet bestuursrecht, de Wet op de Raad van State, de Beroepswet, de Ambtenarenwet 1929 en andere wetten, alsmede intrekking van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, Stb. 1993, 650 (iwtr. Stb. 1993, 693).

uitsluitend beroep in cassatie in het belang der wet open.[40] Per 1 januari 2001 werd vervolgens het College van Beroep studiefinanciering opgeheven en werd de rechtsprekende taak van dat college opgedragen aan de rechtbanken, met hoger beroep op de Centrale Raad van Beroep.[41] Een volgende stap werd gezet met de opheffing van de Tariefcommissie per 1 januari 2002 en overdracht van haar rechtsprekende taken aan het gerechtshof Amsterdam, met de mogelijkheid van beroep in cassatie bij de Hoge Raad.[42] De introductie per 1 januari 2005 van rechtspraak in twee feitelijke instanties (rechtbank en gerechtshof) in belastingzaken en het gelijktijdig daarmee binnen de reikwijdte van de Algemene wet bestuursrecht brengen van het belasting(proces)recht, leidde ertoe dat over de gehele linie van het bestuursrecht in eerste aanleg uniformiteit was bereikt.[43] Op het hoogste niveau was daarmee van uniformiteit nog geen sprake. Zoals ik hiervoor opmerkte, staan aan de top van de piramide in elk geval de Grote Drie en de Hoge Raad, die – de beperkte cassatiemogelijkheden tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven daargelaten – tot elkaar niet in een hiërarchische relatie staan.

Daarmee is het beeld van de bestuursrechtspraak op het hoogste niveau echter nog niet compleet. De Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek voorziet namelijk in een College van Beroep voor het hoger onderwijs met een beperkte, maar exclusieve, rechtsmacht (artikel 7.64 van de WHW) en de keuzemogelijkheid voor bijzondere instellingen voor hoger onderwijs zich aan te sluiten bij het College van Beroep voor het hoger onderwijs, dan wel zelf een College van Beroep bijzonder onderwijs in te stellen (artikel 7.68 van de WHW).[44] Het ingrijpen door de Afdeling bestuursrechtspraak, waarbij de universitaire Colleges van Beroep voor de

40 Wet van 28 oktober 1999 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie en de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften, strekkende tot vervanging van de mogelijkheid van beroep in cassatie door de mogelijkheid van hoger beroep, alsmede het aanbrengen van enige andere wijzigingen (vervanging in Mulder-zaken van beroep in cassatie door hoger beroep bij het gerechtshof Leeuwarden), Stb. 1999, 469 (iwtr. Stb. 1999, 508).

41 Wet van 22 juni 2000 tot wijziging van de Wet op de studiefinanciering, de Wet tegemoetkoming studiekosten, de Beroepswet en enige andere wetten, alsmede enige rechtspositionele voorzieningen in verband met de opheffing van het College van beroep studiefinanciering (Wet opheffing College van Beroep studiefinanciering), Stb. 2000, 284 (iwtr. Stb. 2000, 336).

42 Wet van 14 september 2001 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Douanewet en enige andere wetten, alsmede intrekking van de Tariefcommissiewet (vervanging van beroep bij de Tariefcommissie door beroep bij de douanekamer van het gerechtshof Amsterdam en de instelling van beroep in cassatie in douanezaken), Stb. 2001, 419 (iwtr. Stb. 2001, 586).

43 Wet van 15 december 2004 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Algemene wet inzake rijksbelastingen en enige andere wetten in verband met de invoering van beroep bij de rechtbank, alsmede van hoger beroep bij het gerechtshof, in belastingzaken (Wet belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties), Stb. 2004, 672 (iwtr. Stb. 2004, 692).

44 Zie over – de geschiedenis van – het College van Beroep voor het hoger onderwijs: Louw, p. 488-495.

examens als hoogste rechterlijke instanties werden 'opgeheven' en vervangen door beroep bij de algemene bestuursrechter (de sector bestuursrecht van de rechtbanken) en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak, leidde derhalve tot een toename van het aantal rechterlijke instanties die op het gebied van het hoger onderwijs rechtsbescherming boden en waarbij de bevoegdheidsverdeling bovendien op onderdelen arbitrair te noemen was. Dit paste niet in het streven naar uniformiteit van rechtsbescherming en vermindering van het aantal instanties, zodat het in de rede lag dat de wetgever op enig moment zou ingrijpen. Dat is ook gebeurd, zij het niet op de, uit een oogpunt van vermindering van het aantal instanties en uniformiteit van rechtsbescherming, meest wenselijke wijze. De wetgever heeft er namelijk voor gekozen het College van Beroep voor het hoger onderwijs bij uitsluiting bevoegd te maken voor beroepen tegen alle besluiten die op grond van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en de daarop gebaseerde regelingen ten aanzien van studenten worden genomen en deze geschillen daarmee te onttrekken aan de rechtsmacht van de algemene bestuursrechter. Daarnaast is echter de mogelijkheid voor bijzondere instellingen voor hoger onderwijs behouden om te kiezen voor instelling van een eigen College van Beroep bijzonder onderwijs. Zodanig college voldoet echter niet aan de eisen die onder meer artikel 6 van het EVRM stelt en kan daarom niet als rechterlijke instantie gelden, zodat voor een student na een uitspraak van het College van Beroep bijzonder onderwijs de weg naar de civiele rechter openstaat.[45] Aangezien de rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtspraak als 'algemene bestuursrechter' zijn blijven bestaan, zij het niet langer bevoegd voor uit de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek voortvloeiende geschillen, heeft het ingrijpen van de wetgever niet geleid tot een vermindering van het aantal instanties en uniformiteit van rechtsbescherming.

Dit zou wel zijn gebeurd, indien de wetgever ervoor had gekozen het College van Beroep voor het hoger onderwijs op te heffen, de mogelijkheid voor bijzondere instellingen voor hoger onderwijs een eigen College van Beroep bijzonder onderwijs in te stellen te schrappen en in plaats daarvan tegen alle op grond van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk

45 Gelet op de wijze van benoeming en rechtpositie van de voorzitter en leden, neergelegd in artikel 7.65 van de WHW, voldoet het College van Beroep voor het hoger onderwijs wel aan de eisen om als rechterlijke instantie te kunnen gelden. Zie hierover ook: Philipsen & De Wit in hun annotatie bij de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 4 november 2013 in *AB* 2014/168. Zij merken onder verwijzing naar de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot Wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en enige andere wetten onder meer in verband met de verbetering van het bestuur bij de instellingen voor hoger onderwijs, de collegegeldsystematiek en de rechtspositie van studenten (versterking besturing), *Kamerstukken II* 2008/09, 31 821, nr. 3, op dat een student zich in plaats van tot het College van Beroep voor het hoger onderwijs ook steeds tot de civiele rechter kan wenden. In het volgende hoofdstuk zal echter blijken dat een dergelijke keuze niet zonder risico voor de student is.

onderzoek genomen besluiten beroep op de algemene bestuursrechter open te stellen.[46] Indien in verband met de aard van de procedures beroep in één instantie de voorkeur zou hebben gehad, had het in eerste en enige aanleg kunnen worden ondergebracht bij de Afdeling bestuursrechtspraak, temeer omdat de beide rechtsvoorgangers tot 1 januari 1994 in eerste en enige aanleg de bevoegde instanties waren voor geschillen op het gebied van – thans – het primair, voortgezet en hoger onderwijs en de Afdeling bestuursrechtspraak nog steeds de bevoegde rechter is voor het overgrote deel van de geschillen over het primair en voortgezet onderwijs.[47] Dit alles zou als bijkomend voordeel hebben gehad dat daarmee voor alle geschillen de weg naar de civiele rechter zou zijn afgesloten. Waarom dit zo is, komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

Het onvoltooide project

Om ook op het hoogste niveau tot uniformiteit te komen, moet de herziening van de rechterlijke organisatie worden voltooid met uitvoering van de zogenoemde derde fase, waarin evenals in de eerste fase de (positie van de) bestuursrechtspraak centraal zou moeten staan. Het is de afgelopen jaren om verschillende, deels juridische maar deels ook (rechts)politieke, redenen echter onmogelijk gebleken de verschillende wensen ten aanzien van bestuursrechtspraak op het hoogste niveau, in het bijzonder de inrichting van en verhouding tussen de verschillende hoogste rechterlijke instanties, in één model voor de rechterlijke organisatie te verenigen met een zuiver piramidale structuur, met de Hoge Raad als hoogste rechterlijke instantie van het land, dan wel met de oprichting van een nieuwe hoogste instantie voor het bestuursrecht, het strafrecht en het civiele recht. Evenmin bleek het haalbaar de bestaande hoogste bestuursrechterlijke instanties (Grote Drie, Hoge Raad en College van Beroep voor het hoger onderwijs) te laten fuseren tot één instantie.[48] De ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties hebben de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal bij brief van 28 april 2004 bericht dat de regering voltooiing van het project 'Herziening rechterlijke organisatie' in de vorm van volledige integratie van de appelrechtspraak in het bestuursrecht in de gewone rechterlijke macht niet meer nastreeft en de bestaande organisatiestructuur zal handhaven.[49]

---

46 Voor zover de verhouding tussen bijzondere onderwijsinstelling en student als privaatrechtelijk moet worden beschouwd, merken Vermeulen en Poot, zij het in een iets ander verband, terecht op dat dit ertoe leidt dat niettegenstaande het privaatrechtelijk karakter van het geschil een vordering bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk zal zijn omdat de wetgever een andere, met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengesteld. Zie: Vermeulen & Poot, p. 395-396.

47 Zie hierover nader: Vermeulen & Poot, p. 375-396.

48 Opvallend is dat de positie van het College van Beroep voor het hoger onderwijs als zelfstandige hoogste bestuursrechterlijke instantie niet ter discussie lijkt te staan.

49 *Kamerstukken II* 2003/04, 25 425, nr. 7.

Daarmee was het politieke boek over de uniformering van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie niet gesloten. Zo is in de Tweede Kamer een motie aangenomen, waarin de regering wordt opgeroepen een splitsing tot stand te brengen tussen de beide Afdelingen van de Raad van State (de Afdeling bestuursrechtspraak en de Afdeling advisering) en de rechtsprekende taak elders onder te brengen.[50] Deze splitsing is ook deel van het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II. Daarin is opgenomen dat de rechtsprekende taken van de Grote Drie worden samengevoegd.[51] Bij brief van 26 juni 2014 hebben de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal kenbaar gemaakt op welke wijze de regering voornemens is uitvoering aan het regeerakkoord te geven. Dit komt erop neer dat de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven worden samengevoegd en de Centrale Raad van Beroep wordt opgeheven. De rechtsprekende taken van de Centrale Raad van Beroep zullen worden ondergebracht bij de gewone rechterlijke macht.[52] In hoofdstuk 8 kom ik hierop terug.

2.3.2.3 Tussenconclusies

In de voorgaande paragraaf bleek dat het civiele recht en het strafrecht in Nederland een overzichtelijke rechterlijke organisatie hebben, met een zuiver piramidale structuur en de Hoge Raad als sluitsteen. Dit is op het terrein van het bestuursrecht niet het geval. Op het terrein van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming bestaat een lappendeken van instanties die in hoogste instantie bevoegd zijn. Met incidentele maatregelen en de eerste fase herziening rechterlijke organisatie is getracht te komen tot een uniforme rechterlijke organisatie. Dat heeft echter niet geleid tot een stelsel dat vergelijkbaar is met dat voor het civiele recht en het strafrecht. Ook als op het terrein van het bestuursrecht over de gehele linie een uniform stelsel van rechtsbescherming ontstaat, waarmee rechtseenheid in het bestuursrecht kan worden bereikt, is daarmee nog niets gezegd over rechtseenheid tussen de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter en strafrechter anderzijds. Dat gebeurt in de volgende hoofdstukken. Daarin zal moeten blijken of tussen de verschillende bestuursrechterlijke instanties en de civiele en strafrechter zodanige verschillen bestaan dat de rechtseenheid het treffen van – organisatorische – maatregelen vergt of rechtvaardigt.

50 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 VII, nr. 54.
51 Regeerakkoord 2012, p. 29.
52 *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 200.

2.3.3 Internationale relaties

2.3.3.1 Inleidende opmerkingen

In de vorige paragraaf bracht ik de relaties tussen Nederlandse rechterlijke instanties in beeld, waarbij de bestuursrechter betrokken kan zijn. Deze paragraaf gaat over de relaties met internationale rechterlijke instanties. Lange tijd vormden de voor Nederland relevante internationale instanties die met rechtspraak zijn belast een overzichtelijk geheel: het Internationaal Gerechtshof, het Europees Hof voor de rechten van de mens, het Benelux-Gerechtshof en het Hof van Justitie. De laatste jaren ontstaan echter geregeld nieuwe instanties, in het bijzonder op het terrein van het internationaal strafrecht. Daarmee wordt de kans groter dat de Nederlandse rechter bij de berechting van een zaak direct of indirect wordt geconfronteerd met een (uitspraak van een) internationale rechterlijke instantie.[53] Het zou het bestek van dit onderzoek te buiten gaan om alle mogelijke verhoudingen tussen internationale, met rechtspraak belaste instanties en de Nederlandse rechterlijke instanties te onderzoeken. Dit geldt evenzeer voor de verhouding tússen de verschillende met rechtspraak belaste internationale instanties. Het onderzoek betreft immers horizontale bindingsrelaties, waarbij in elk geval één bestuursrechterlijke instantie betrokken is. Ik zal mij dan ook beperken tot de relatie tussen de hoogste Nederlandse bestuursrechterlijke instanties en de twee instanties die voor de Nederlandse rechtsorde, althans voor de individuele geschilbeslechting op het terrein van het bestuursrecht, het belangrijkst zijn: het Hof van Justitie en het EHRM. De onderlinge relatie tussen beide hoven laat ik buiten beschouwing.[54]

Gegeven de aard van de materie en de belangstelling waarin arresten van het Hof van Justitie en het EHRM zich mogen verheugen, zou men geneigd kunnen zijn de relatie tussen deze instanties en de Nederlandse rechterlijke instanties zonder meer als een verticale aan te merken. Zoals ik hiervoor opmerkte, is voorwaarde voor het aannemen van een dergelijke relatie evenwel dat tussen de instanties een hiërarchische relatie bestaat die de ene rechterlijke instantie in staat stelt naleving van haar uitspraken of arresten door de andere eenzijdig af te dwingen. Daarom moet worden bezien of tussen het Hof van Justitie en het EHRM enerzijds en de Nederlandse, met bestuursrechtspraak belaste, rechterlijke instanties anderzijds zodanige relatie bestaat. Is dat het geval, dan is die relatie verticaal en valt deze buiten het onderzoek; zo niet, dan is zij daarmee – in elk geval wat dit onderzoek betreft – horizontaal. Voor de duidelijkheid merk ik nu al op dat

53 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 22 maart 2012, *JV* 2012/213, ABRvS 18 februari 2014, *JV* 2014/148, m.nt. H. Battjes, en ABRvS 27 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2427 over de verhouding tussen het Internationaal Strafhof (ICC) en de Nederlandse vreemdelingenrechter. Zie over de verhouding tussen het ICC en de civiele rechter: HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:828.

54 Zie bijvoorbeeld: Gerards & Glas, p. 520-530, Harpaz, Jacqué, en Timmermans 2013.

dit laatste niet betekent dat de nationale rechter zonder meer aan uitspraken van het Hof van Justitie of het EHRM kan voorbijgaan. Aangezien binding dan echter geen gegeven is, zal hij wel (steeds) moeten bezien of en, zo ja, welke mate van binding hij moet of kan aannemen.

2.3.3.2 Hof van Justitie

Inleidende opmerkingen
De Verdragsluitende Staten hebben voor de gemeenschappen die thans de Europese Unie vormen voorzien in een aantal gemeenschappelijke organen. Naast het Hof van Justitie zijn het Europees Parlement, de Raad en de Commissie de belangrijkste. In de oprichtingsverdragen is echter niet voorzien in een eigen rechterlijke instantie die boven de nationale rechterlijke instanties staat, onafhankelijk daarvan functioneert en bevoegdheden heeft die vergelijkbaar zijn met die van de nationale rechterlijke instanties. Voor de mate van Europese eenheid die voor realisering daarvan nodig is, bestond en bestaat niet voldoende draagvlak. Illustratief is in dit verband dat drie van de *Founding States* (Nederland, België en de Bondsrepubliek Duitsland) het Hof van Justitie in het kader van de procedure die heeft geleid tot het arrest Van Gend & Loos erop hebben gewezen dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling van de Verdragsluitende Staten was dat het – toen nog – gemeenschapsrecht voorrang heeft boven de constituties van de verschillende lidstaten. Het al dan niet doorwerken van het gemeenschapsrecht zou moeten worden bepaald door het nationale recht van de lidstaten.[55] Gegeven het grote aantal gebieden waarop het nationale recht op zijn minst mede wordt gekleurd door het unierecht en de omstandigheid dat implementatie van unierecht in de rechtsorde van de verschillende lidstaten niet steeds kan plaatsvinden in een regeling die uitsluitend betrekking heeft op zaken waar het unierecht bij betrokken is, zou een Europese rechterlijke instantie met algemene rechtsmacht de nationale rechterlijke instanties vermoedelijk ook snel overvleugelen.[56] [57] Het Hof van Justitie had, zoals bekend, een andere opvatting over wat de bedoelingen van de Verdragsluitende Staten waren, althans wat deze hadden moeten zijn om de met de oprichting van de gemeenschappen nage-

55 Zie ook: De Waele 2009, p. 69-72 en p. 125-175, over het arrest Costa/ENEL, waarin het Hof van Justitie de voorrang van het unierecht voor staten met een dualistisch systeem van doorwerking van internationaal recht postuleerde. Zie ook: Barents 2010-2, p. 22-28. Ter gelegenheid van de vijftigste verjaardag van het arrest heeft het Hof van Justitie de bundel *50th Anniversary of the judgement in Van Gend en Loos 1963-2013* uitgegeven. Deze bundel is te raadplegen via de internetpagina van het Hof van Justitie.

56 Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het geval waarin een grensoverschrijdende verhouding wel door het unierecht wordt beheerst doch een zuiver nationale niet: in het eerste geval zou de unierechter bevoegd zijn en in het tweede uitsluitend de nationale. Of het geval dat een nationale regeling weliswaar is geënt op een unieregeling, maar evenzeer van toepassing is op gebieden waarop de unie geen bevoegdheden heeft.

57 Zie bijvoorbeeld Mol over de problematiek van het (te) ruimhartig toepasselijk achten van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie door het Hof van Justitie.

streefde doelstellingen te bereiken.[58] Dit laat onverlet dat het unierecht van oudsher voorziet in een Hof van Justitie, zij het met een beperkte rechtsmacht.

Rechtsmacht: algemeen
Doel van de Verdragsluitende Staten met het instellen van het Hof van Justitie was niet zozeer het bieden van rechtsbescherming aan individuele burgers, als wel het waarborgen en bevorderen van een uniforme uitleg en toepassing van het unierecht. Dit werd door de Verdragsluitende Staten – mijns inziens terecht – als een essentiële voorwaarde gezien voor een goed functionerende unie.[59] De individuele rechtsbescherming moest en moet worden geboden door de verschillende nationale rechterlijke instanties: de rechtsbescherming op het gebied van het unierecht kan dan ook worden gekenschetst als een *fully decentralized system of judicial protection*, waarbij de nationale rechterlijke instanties ook optreden als gedecentraliseerde unierechter, echter zonder verdragsrechtelijke inbedding in de organisatiestructuur van de Europese Unie.[60] [61] Wel dienen de lidstaten ingevolge artikel 19, eerste lid, tweede volzin, van het EU-Verdrag te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de unie vallende gebieden te verzekeren.[62]

De taak van het Hof van Justitie is het verzekeren van de eerbiediging van het unierecht bij de uitlegging en toepassing van de verdragen en de krachtens de uit de verdragen voortvloeiende bevoegdheden vastgestelde lagere unieregelgeving. Het beschikt daartoe enerzijds over bevoegdheden die betrekking hebben op de verhoudingen tussen de instellingen en de lidstaten en de instellingen respectievelijk de lidstaten onderling, uiteraard voor zover het uit de verdragen voortvloeiende taken en bevoegdheden betreft. Deze verhouding zou kortweg kunnen worden aangeduid als *intern*. Anderzijds beschikt het Hof van Justitie over bevoegdheden die geen betrekking hebben op de interne verhoudingen binnen de (instellingen van de)

58 Zie voor een kritische benadering van de keuze van het Hof van Justitie: De Waele 2009, p. 125-138.

59 Het Hof van Justitie is ingevolge artikel 13, eerste lid, van het EU-Verdrag één van de instellingen van de Europese Unie en omvat ingevolge artikel 19, eerste lid, mede het Gerecht van Eerste Aanleg en gespecialiseerde rechtbanken, zoals bijvoorbeeld het Gerecht voor ambtenarenzaken van de Europese Unie. Tegen uitspraken van deze rechtbanken kan ingevolge artikel 256 van het EU-Werkingsverdrag beroep worden ingesteld bij het Gerecht van Eerste Aanleg. Deze uitspraken van het Gerecht van Eerste Aanleg kan het Hof van Justitie 'bij uitzondering heroverwegen' (artikel 256, tweede lid, tweede volzin, van het EU-Werkingsverdrag). Zie over de organisatie bijvoorbeeld: Hartley, p. 50-61, Lenaerts, Arts & Maselis, p. 3-32, Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 14-48, en Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven, p. 241-242. Zie voor de wijze waarop de verschillende procedures bij het Hof van Justitie zijn ingericht: Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 739-869.

60 Zie: Schermers & Waelbroeck, p. 197, en Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 3, 13-14.

61 Zie over de nationale rechter als unierechter verder: Van Harten 2011.

62 Zie hierover: Jans, Prechal & Widdershoven, p. 257-258.

Europese Unie, maar op de verhouding tussen die instellingen, dan wel de lidstaten in hun hoedanigheid als uitvoerder van unierecht, en natuurlijke personen en (privaatrechtelijke) rechtspersonen, derhalve op *externe* verhoudingen.

Rechtsbescherming tegen unie-instellingen en de inbreukprocedure: geen samenwerking

Het Hof van Justitie is bevoegd kennis te nemen van beroepen, ingesteld door een lidstaat, het Europees Parlement, de Raad of de Commissie, tegen wetgevingshandelingen, handelingen van de Raad, van de Commissie en van de Europese Centrale Bank, voor zover het geen aanbevelingen of adviezen betreft, en van handelingen van het Europees Parlement en de Raad, die beogen rechtsgevolgen voor derden te hebben (artikel 263, eerste alinea, van het EU-Werkingsverdrag). Het beroepsrecht van natuurlijke of rechtspersonen is beperkt tot handelingen die hem rechtstreeks en individueel raken en tot regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringshandelingen met zich meebrengen (artikel 263, vierde alinea, van het EU-Werkingsverdrag). Daarnaast is het Hof van Justitie bevoegd kennis te nemen van beroepen tegen het in strijd met de verdragen niet nemen van een besluit door het Europees Parlement, de Raad of de Commissie, ingesteld door de lidstaten of overige instellingen (artikel 265, eerste volzin, van het EU-Werkingsverdrag).[63] Het Hof van Justitie acht zich op deze terreinen exclusief bevoegd, dus met uitsluiting van enige rechterlijke instantie van de lidstaten.[64] Dit heeft onder meer tot gevolg dat, indien een natuurlijke of rechtspersoon tegen een handeling zonder twijfel beroep kon instellen bij de Europese rechter, het nalaten daarvan tot gevolg heeft dat de nationale rechter volgens het Hof van Justitie moet uitgaan van de rechtmatigheid van deze handeling.[65] Dit geldt uiteraard evenzeer, indien van de beroepsmoge-

63 Daarnaast is het Hof van Justitie bevoegd kennis te nemen van door de Commissie of één of meerdere lidstaten aanhangig gemaakte procedures tegen lidstaten die haars inziens een van de krachtens de verdragen op hen rustende verplichtingen niet is nagekomen, de zogenoemde inbreukprocedure (artikelen 258 tot en met 260 van het EU-Werkingsverdrag). Het Hof van Justitie is verder bevoegd kennis te nemen van beroepen, ingesteld door natuurlijke en rechtspersonen tegen beschikkingen van het Europees Parlement, van het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk, van de Raad, van de Commissie en van de Europese Centrale Bank (artikel 263, vierde volzin, van het EU-Werkingsverdrag). Zie hierover nader: Schermers & Waelbroeck, p. 589-652, Lauwaars 2008, p. 231-252, en Lenarts, Maselis & Gutman, p. 253-418 en p. 419-440.

64 HvJ 22 oktober 1982 (Foto-Frost), *SEW* 1998, p. 640-644, m.nt. R.H. Lauwaars. Zie ook: Schermers & Waelbroeck, p. 494-497, en Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 159-214, 254 en 468.

65 Dit volgt uit de zogenoemde Deggendorf-jurisprudentie, HvJ 9 maart 1994 (Textilwerke Deggendorf), *SEW* 1995, p. 362-368, m.nt. T. Joris. Zie hierover onder meer: Jans, Prechal & Widdershoven, p. 264-265, Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 465-467, en Van der Burg & Voermans, p. 204-206. Zie voor een beschrijving van de vereisten waaraan een natuurlijke of rechtspersoon moet voldoen om beroep te kunnen instellen: Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 313-364.

lijkheid bij de Europese rechter tevergeefs, gebruik is gemaakt.[66] Indien niet duidelijk is of een natuurlijke persoon of rechtspersoon zonder twijfel beroep bij de Europese rechter kon instellen, dient de nationale rechter tot prejudiciële verwijzing over te gaan om deze twijfel weg te nemen.

Niet ondenkbaar is evenwel dat – bijvoorbeeld – door de Commissie tegen een lidstaat bij het Hof van Justitie een inbreukprocedure aanhangig wordt gemaakt in verband met een schending van het unierecht door een nationale rechterlijke instantie (artikel 258-260 van het EU-Werkingsverdrag). In dat geval zit formeel niet de rechterlijke instantie in de beklaagdenbank, maar de lidstaat waarvan zij deel uitmaakt. Uiteindelijk zijn immers de lidstaten verantwoordelijk voor de juiste naleving van het unierecht door hun respectieve instanties. Schermers en Waelbroeck hebben terecht betoogd dat een inbreukprocedure tegen een lidstaat in verband met schending van het unierecht door een rechterlijke instantie van die lidstaat de Commissie en het Hof van Justitie voor lastige problemen plaatst.[67] Een dergelijke procedure zal immers een wissel trekken op het vertrouwen en de geest van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof van Justitie, die in de optiek van het Hof zelf een voorwaarde is voor realisering van uniforme toepassing van het unierecht binnen de unie.[68] Ook uit rechtstatelijk oogpunt kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de wenselijkheid van een dergelijke procedure. De uitkomst daarvan zou immers kunnen zijn dat de Staat, waarvan één van de organen in de nationale procedure ongelijk heeft gekregen, met een beroep op het arrest van het Hof van Justitie een uitspraak van een nationale rechter zal trachten te redresseren. Complicerende factor daarbij is dat, ook indien het Hof van Justitie van oordeel mocht zijn dat de nationale rechter in strijd met het unierecht heeft gehandeld, dit geen afbreuk doet aan de rechtskracht van de uitspraak van de nationale rechter.[69] Voor het voeren van een inbreukprocedure in verband met handelen (dan wel nalaten) van nationale rechterlijke instanties in strijd met het unierecht zou dan ook slechts in uitzonderlijke situaties aanleiding moeten bestaan, bijvoorbeeld ingeval van het structureel en opzettelijk negeren door

66 Widdershoven merkt in zijn noot onder HvJ 1 april 2004 (Jégo-Quéré), *AB* 2004/ 210, terecht op dat deze benaderingswijze gelijkenis vertoont met de Nederlandse rechtspraak over de formele rechtskracht. In het bijzonder met de leer van de bindende kracht van rechterlijke uitspraken, indien de rechtzoekende zich tevergeefs tot het Hof van Justitie heeft gewend, en met de leer van de formele rechtskracht, indien hij dat heeft nagelaten.

67 Schermers & Waelbroeck, p. 630-631. Zie ook: Lenaerts, Arts & Maselis, p. 77-78, en Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 102-104.

68 Zie ook: Hartley, p. 301, die oppert dat de reden waarom inbreukprocedures wegens schending van het unierecht door de rechterlijke instanties van de lidstaten schaars zijn, er deels ook in gelegen is dat de effectieve toepassing van het unierecht veelal afhankelijk is van de medewerking van die rechterlijke instanties. Zie ook: Weiler, p. 14-15.

69 Zie ook: Schermers & Waelbroeck, p. 637-638, en Lenaerts, Arts & Maselis, p. 167-168.

de rechterlijke instantie van de verplichtingen die uit het unierecht voortvloeien.[70] Advocaat-Generaal Warner verwoordde het in 1977 aldus, dat:

> 'het duidelijk is dat een Lid-Staat niet kan worden geacht een krachtens het Verdrag op hem rustende verplichting niet te zijn nagekomen, alleen omdat een van zijn rechterlijke instanties een verkeerde beslissing heeft genomen. Een rechterlijke dwaling die te wijten is aan een verkeerde interpretatie hetzij van de feiten, hetzij van het recht, vormt geen inbreuk op het Verdrag. In de rechterlijke sfeer kan artikel 169 alleen in het geding komen indien een rechtscollege van een Lid-Staat het gemeenschapsrecht opzettelijk negeert of overtreedt'.[71]

De schending van het unierecht door de lidstaat bestaat in dat uitzonderlijke geval niet zozeer in het handelen of nalaten van de nationale rechterlijke instantie, maar veeleer in het niet treffen van maatregelen door de bevoegde organen van de lidstaat dit handelen of nalaten te beëindigen, waarbij in laatste instantie de wetgever aan zet is.[72]

Rechtsmacht: prejudiciële procedure: (gedwongen) samenwerking is het devies
Bij de voor de verhouding tot de nationale rechters – en daarmee ook voor dit onderzoek – belangrijkste bevoegdheid van het Hof van Justitie zijn de nationale rechterlijke instanties wel rechtstreeks betrokken. Ik doel hierbij op de bevoegdheid van het Hof van Justitie om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitleg van de verdragen en de geldigheid en uitleg van de handelingen van de instellingen van de Europese Unie en de Europese Centrale Bank (artikel 267, eerste volzin, aanhef en onder a en b, van het EU-Werkingsverdrag).[73] De prejudiciële procedure staat volgens het Hof van Justitie zelf in het teken van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechters. Die samenwerking is erop gericht een uniforme en effectieve doorwerking en toepassing van het unierecht binnen de gehele unie te waarborgen.[74] De procedure beoogt mede de nationale rechter behulpzaam te zijn bij het overkomen van problemen die worden veroorzaakt door de verplichting de effectieve doorwerking van het unierecht in het kader van de nationale rechtsorde te waarborgen.[75] Indien de nationale rechter tot prejudiciële verwijzing overgaat, geschiedt dit in het kader van de voor hem die-

70 Schermers & Waelbroeck, p. 630- 631. Zie ook: Lenaerts, Arts & Maselis, p. 77-78, en Jans, Prechal & Widdershoven, p. 211.
71 HvJ 27 oktober 1977 (Bouchereau), *NJ* 1978/430.
72 Zie ook: HvJ 9 december 2003 (Commissie/Italië), *AB* 2004/59, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.
73 Ingevolge artikel 256, derde lid, van het EU-Werkingsverdrag is het Gerecht van Eerste Aanleg eveneens bevoegd bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op vragen die worden voorgelegd uit hoofde van artikel 267 van het EU-Werkingsverdrag, mits deze beperkt blijven tot specifieke, in het Statuut bepaalde aangelegenheden. Het Statuut wijst echter dergelijke aangelegenheden nog niet aan.
74 Zie hierover ook: Kristen, p. 132 en p. 140-141.
75 Zie bijvoorbeeld: HvJ 16 januari 1974 (Rheinmühlen II), *SEW* 1974, p. 462-466, m.nt. P. van Dijk.

nende procedure. Daarin moet de verwijzende rechter de einduitspraak als gevolg van de verwijzing aanhouden totdat het Hof van Justitie de gestelde vragen heeft beantwoord óf de verwijzende rechter de vragen intrekt. De verwijzing is met andere woorden een incident in de nationale procedure; zij laat de nationale procesrechtelijke regels onverlet, althans voor zover die regels geen afbreuk doen aan de bevoegdheden die nationale rechters rechtstreeks aan het unierecht ontlenen.[76]

Hoewel de nationale rechter op grond van het EU-Werkingsverdrag onder omstandigheden verplicht is over te gaan tot een prejudiciële verwijzing, is de beoordeling of aan de voorwaarden waaronder hij tot prejudiciële verwijzing verplicht is, is voldaan, of beter gezegd: of een van de gronden waarop verwijzing achterwege kan blijven zich voordoet, uiteindelijk aan hem. Zoals het Hof van Justitie overwoog in zijn arrest van 18 oktober 1990:

> 'De procedure van artikel 177 EEG-Verdrag is […] een instrument voor samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, waarbij het Hof die instanties de uitleggingsgegevens met betrekking tot het gemeenschapsrecht verschaft die zij voor de beslissing van de hun voorgelegde geschillen nodig hebben.
>
> Mitsdien staat het uitsluitend aan de nationale rechterlijke instanties waaraan het geschil is voorgelegd en die verantwoordelijk zijn voor de te geven beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van elk geval, de noodzaak van een prejudiciële verwijzing voor hun uitspraak te beoordelen, alsmede de relevantie van hun vragen aan het Hof'.[77]

---

76 Zie echter: HvJ 16 december 2008 (Cartesio Oktató és Szolgáltató bt), *AB* 2009/38, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Nationaal procesrecht kan er niet toe leiden dat een uitspraak van een lagere rechter in hoger beroep wordt vernietigd, *louter* voor zover het de prejudiciële verwijzing betreft. Kenmerkend voor deze procedure was dat het hoger beroep uitsluitend de prejudiciële verwijzing betrof; het hoofdgeding bleef aanhangig bij de verwijzende rechter. Het unierecht verzet zich er niet tegen dat de hogerberoepsinstantie de verwijzingsuitspraak vernietigt en het geschil ten gronde beslist. Zie bijvoorbeeld: HvJ 24 maart 2009 (Nationale Loterij), *Jur*. 2009, p. I-02197, en Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 81-82. Op 28 maart 2014 heeft de Hoge Raad het Hof van Justitie de vraag voorgelegd of een prejudiciële verwijzing van een nietverwijzingsplichtige instantie voor de wél verwijzingsplichtige instantie tot gevolg heeft dat zij vergelijkbare zaken moet aanhouden, ook indien zij van oordeel is dat sprake is van een *acte clair/éclairé* en de verwijzing derhalve onnodig was (*BNB* 2014/127, m.nt. P Kavelaars). Uit het verwijzingsarrest maak ik op dat de Hoge Raad voorshands van oordeel is dat de verwijzingsplichtige instantie niet verplicht zou moeten zijn vergelijkbare zaken aan te houden, indien zij van oordeel is dat het stellen van prejudiciële vragen onnodig was. Ik ben het daarmee eens. Deze benadering laat echter weliswaar de verwijzingsbevoegdheid die de lagere rechter aan het unierecht ontleent onverlet, maar ontneemt daaraan gelijktijdig wél de praktische betekenis. Daarnaast rijst de vraag hoe te handelen, indien later uit het arrest van het Hof van Justitie zou blijken dat de verwijzingsplichtige rechter het met de inschatting dat het een *acte clair/éclairé* is niet bij het juiste eind had. Ik ga hierop in hoofdstuk 5 nader in. Zie over de prejudiciële procedure in algemene zin onder meer: Schermers & Waelbroeck, p. 218-307, Barkhuysen 2007, p. 325-327, Jans, Prechal & Widdershoven, p. 268-276, Hartley, p. 265-296. Zie ook: Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 48-106.

77 HvJ 18 oktober 1990 (Dzodzi), *NJ* 1993/622. Zie ook: Van Harten 2011, p. 139-182.

Geen samenwerking of materiële schending unierecht: geen vernietigingsbevoegdheid
Het structureel en opzettelijk niet nakomen door een nationale rechterlijke instantie van de verplichting tot prejudiciële verwijzing over te gaan, kan, zoals hiervoor is opgemerkt, tot het voeren van een inbreukprocedure krachtens de artikelen 258 en 259 van het EU-Werkingsverdrag aanleiding geven. De uitkomst daarvan kan echter niet zijn dat het Hof van Justitie de uitspraak van de nationale rechter vernietigt.[78] De bevoegdheid uitspraken van een nationale rechterlijke instantie te vernietigen, omdat die inhoudelijk in strijd zijn met het unierecht, dan wel omdat de nationale rechterlijke instantie ten onrechte heeft nagelaten prejudicieel te verwijzen, hebben de Verdragsluitende Staten het Hof van Justitie niet toegekend. Hoewel het Hof van Justitie als een ware Baron van Münchhausen het unierecht – en daarmee ook zichzelf – boven het nationale recht van de lidstaten plaatste, heeft het daarin (nog) geen aanleiding gezien zichzelf evenzeer een rechtstreeks aan de nieuwe rechtsorde, die de unie volgens het Hof vormt, ontleende bevoegdheid toe te kennen een uitspraak van een nationale rechter die het in strijd met het unierecht acht, te vernietigen.[79] [80] De verhouding tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof van Justitie is daarom niet hiërarchisch van aard.[81]

78 Dit erkent het Hof van Justitie ook, waar het in punt 39 van het arrest van 30 september 2003 (Köbler), *AB* 2003/429, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, overweegt dat: 'De erkenning van het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor beslissingen van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie […] op zichzelf niet tot gevolg [heeft] dat het gezag van gewijsde van dergelijke beslissingen wordt aangetast. […] In een schadevergoedingsactie tegen de staat verkrijgt de verzoeker namelijk, indien hij in het gelijk wordt gesteld, de veroordeling van de staat om de geleden schade te vergoeden, maar niet noodzakelijkerwijze de opheffing van het gezag van gewijsde van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt. In ieder geval vereist het beginsel van staatsaansprakelijkheid, dat inherent is aan de communautaire rechtsorde, een dergelijke vergoeding, maar niet een herziening van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt'. Zie in dit verband ook: de punten 20 en 21 van HvJ 16 maart 2006 (Kapferer/Schlank & Schick GmbH), *AB* 2006/191, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Naar aanleiding van een vraag van de verwijzende rechter of hij op grond van het uit artikel 10 EG voortvloeiende samenwerkingsbeginsel gehouden is een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing te onderzoeken en te vernietigen wanneer zij in strijd met het unierecht blijkt te zijn overweegt het Hof van Justitie dat: 'In dit verband moet worden herinnerd aan het belang, zowel in de communautaire rechtsorde als in de nationale rechtsordes, van het beginsel van kracht van gewijsde. Om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te garanderen, is het van belang dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of nadat de beroepstermijnen zijn verstreken, niet meer opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld […]. Bijgevolg gebiedt het gemeenschapsrecht een nationale rechter niet om nationale procedureregels die een beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van het gemeenschapsrecht door deze beslissing kunnen worden opgeheven […]'. Zie ook: Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 102-104.

79 HvJ 15 juli 1964 (Costa/ENEL), *SEW* 1964, p. 489-496, m.nt. I. Samkalden.

80 HvJ 16 december 1960 (Humblet), *SEW* 1961, p. 185-200, m.nt. I. Samkalden.

81 Zie ook: Timmermans 2012-1, p. 50, en Van Harten 2012, p. 542-549.

Dat de Verdragsluitende Staten niet hebben voorzien in een vernietigingsbevoegdheid voor het Hof van Justitie en het Hof zichzelf een dergelijke bevoegdheid ook niet heeft toegekend, is overigens niet vreemd. Door het ontbreken van mogelijkheden van de Europese Unie een arrest van het Hof van Justitie zelfstandig ten uitvoer te leggen, zonodig tegen de wens van de desbetreffende lidstaat in, zou een dergelijke bevoegdheid immers slechts op papier bestaan. De in gebreke blijvende nationale rechterlijke instantie kan ook niet worden gedwongen alsnog tot een prejudiciële verwijzing over te gaan of haar uitspraak te herzien.[82]

Gegeven het huidige, deels anti-Europees gekleurde, politieke klimaat binnen verschillende lidstaten van de Europese Unie ligt het mijns inziens ook niet in de lijn der verwachting dat binnen afzienbare tijd in een Europees, geheel van de lidstaten onafhankelijk functionerend, handhavingsmechanisme zal worden voorzien. Dit zou immers gedeeltelijke overdracht van één van de laatste, zuiver nationale, soevereine rechten aan 'Brussel' betekenen, namelijk het zonodig door middel van de sterke arm afdwingen van naleving van wettelijke voorschriften en rechterlijke uitspraken. Dit alles laat onverlet dat voor de verschillende lidstaten zwaarwegende politieke of economische motieven kunnen bestaan om effectieve doorwerking van een arrest van het Hof van Justitie binnen de eigen rechtsorde te waarborgen en te bevorderen. Dat een vernietigingsbevoegdheid ontbreekt, betekent echter binnen de definities van dit onderzoek dat de relatie tussen het Hof van Justitie en de nationale rechters in institutioneel opzicht een horizontale is. De verhouding kan niettegenstaande de institutionele vormgeving als verticaal worden aangemerkt, indien het Hof van Justitie naleving van arresten door de nationale rechterlijke instanties van arresten op andere wijze effectief kan afdwingen.

Geen samenwerking of materiële schending unierecht: schadevergoeding

Het ontbreken van een vernietigingsbevoegdheid laat onverlet dat een derde die stelt schade te lijden door het in gebreke blijven van de nationale rechter, de lidstaat daarvoor aansprakelijk kan stellen. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie is een lidstaat aansprakelijk voor schade die particulieren leiden als gevolg van een schending van het unierecht die aan de desbetreffende lidstaat kan worden toegerekend.[83] Dit geldt evenzeer, indien deze schending wordt begaan of het gevolg is van een beslissing van nationale rechterlijke instantie(s), waartegen geen gewoon rechtsmiddel openstaat.[84] Wel stelt het Hof van Justitie strikte eisen waaraan moet zijn

82 Vgl. ook: Arnull, p. 48, en Schermers & Waelbroeck, p. 272.

83 Zie hierover onder meer: Arnull, p. 274-278. Zie ook: De Kruif, p. 69-96, Ortlep 2011, p. 264-271 en Jans, Prechal & Widdershoven, p. 359-364.

84 Onder andere: HvJ 30 september 2003 (Köbler), *AB* 2003/429, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Zie ook: Kapteyn 2008-2, p. 556-564.

voldaan, wil aansprakelijkheid bestaan.[85] Volgens evenzeer vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie is het, aangezien het unierecht over staatsaansprakelijkheid geen regeling bevat, een aangelegenheid van de interne rechtsorde van de lidstaten om de bevoegde rechter aan te wijzen en procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken de rechten die particulieren aan het unierecht kunnen ontlenen ten volle te beschermen.[86]

Een veroordeling van de lidstaat tot betaling van schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak tast echter evenmin als een veroordeling in een inbreukprocedure, de rechtsgeldigheid van de uitspraak van de nationale rechter aan en kan daarmee niet op één lijn worden gesteld met een vernietigingsbevoegdheid, zoals door mij bedoeld. Middels het opleggen van dwangsommen krachtens artikel 260, tweede lid, van het EU-Werkingsverdrag, noch door het toekennen van schadevergoedingen kan de in gebreke blijvende nationale rechterlijke instantie immers worden gedwongen alsnog tot een prejudiciële verwijzing over te gaan, dan wel zijn uitspraak of rechtspraak te herzien.[87] In zoverre is, zoals Arnull heeft opgemerkt, de effectiviteit van de inbreukprocedure bij het waarborgen van de naleving van het unierecht door de nationale rechter beperkt.[88]

2.3.3.3 Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Rechtsmacht: algemeen

Ingevolge artikel 19 van het EVRM is het EHRM ingesteld om de nakoming te verzekeren van de verplichtingen die de Hoge Verdragsluitende Partijen in dit verdrag en de Protocollen daarbij op zich hebben genomen. De rechtsmacht van het EHRM strekt zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de uitleg en de toepassing van het EVRM en de Protocollen daarbij (artikel 31, eerste lid, van het EVRM).[89] Anders dan het Hof van Justitie komt het EHRM in beginsel pas in beeld, nadat alle nationale procedures zijn afgerond. Tenzij dat op voorhand zinloos is, is uitputting van de nationale rechtsmiddelen ingevolge artikel 35, eerste lid, van het EVRM immers een vereiste voor het

85 Zie over schadevergoeding voor onrechtmatige rechtspraak uit EU-perspectief ook: Germelmann, p. 273. Zie ook: Ortlep 2006, p. 229, die overigens pleit voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak één (te weten dat van het Hof van Justitie) criterium te hanteren, onafhankelijk van de vraag of sprake is van schending van het unierecht, het EVRM of het nationale recht.

86 Onder meer punt 46 van het arrest van 30 september 2003 en de daarin genoemde jurisprudentie.

87 Vergelijk ook: Arnull, p. 48, en Schermers & Waelbroeck, p. 272. Zie ook: Germelmann, p. 281-285. Zie over de dwangsombevoegdheid: Hartley, p. 316-319, en Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 208-214.

88 Vergelijk ook: Lenaerts & Corthaut, p. 182, en Kornezov.

89 Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de bevoegdheden en werkwijze van het EHRM: Zwaak 2006-1 en 2006-2, en Harris, O'Boyle & Warbrick, p. 103-179.

in behandeling nemen van een klacht.[90] Op het eerste gezicht lijkt dat erop te wijzen dat het EHRM ten opzichte van de nationale rechters als hogerberoepsinstantie heeft te gelden. Dat de rechtsmacht van het EHRM niet beperkt is tot het beantwoorden van rechtsvragen, maar dat een procedure voor het EHRM leidt tot een materieel oordeel of een verdragsschending heeft plaatsgevonden door (een orgaan van) de lidstaat, waaronder een rechterlijke instantie, versterkt deze indruk. Het EHRM belijdt echter in elk geval met de mond zich ten opzichte van de nationale rechterlijke instanties niet als een hogerberoepsinstantie (of: *vierde instantie*) te beschouwen.[91]

Rechtsmacht: declaratoir en schadevergoeding

Het EHRM beschikt, evenmin als het Hof van Justitie, over de voor het bestaan van een hiërarchische relatie kenmerkende bevoegdheid een uitspraak van de nationale rechter te vernietigen, indien het van oordeel is dat de nationale rechter in strijd met één van de in het EVRM neergelegde rechten heeft gehandeld.[92] De arresten van het EHRM, waarbij geconstateerd wordt dat sprake is van een verdragsschending, zijn louter declaratoir van aard en laten de geldigheid van nationale wettelijke voorschriften, rechterlijke uitspraken en uitvoeringshandelingen onverlet.[93] Weliswaar voorziet het EVRM in artikel 41 in de mogelijkheid voor het EHRM een billijke genoegdoening toe te kennen, indien het van oordeel is dat sprake is van – kort gezegd – een verdragsschending en het nationale recht slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat, maar het EHRM beschikt, anders dan het Hof van Justitie, (nog) niet over de mogelijkheid om het arrest te versterken met een dwangsom, teneinde naleving ervan door de desbetreffende lidstaat te bevorderen.[94] Nog daargelaten hoe het zonder medewerking van de nationale autoriteiten betaling van een opgelegde dwangsom zou kunnen afdwingen, indien die bevoegdheid wel zou bestaan. In dit opzicht verschilt de positie van het EHRM overigens niet van die van het Hof van Justitie. De Europese Unie is echter meer dan de Raad van Europa in staat tot het afgeven van economische prikkels om uitvoering aan een arrest van het Hof van Justitie te geven. Onder omstandigheden blijkt zij bereid te zijn dit tevens in te zetten om naleving van een arrest van het EHRM te bevorderen.[95]

---

90 Zie hierover ook: Zwaak 2006-2, p. 125-161, en Senden, p. 22-23, en Den Houdijker, p. 267-273.

91 Zie bijvoorbeeld: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 26-28.

92 Zie ook: Greer, p. 155-165, en Van Kempen, p. 93. Van Kempen merkt op dat literatuur en Straatsburgse jurisprudentie wat dit betreft op één lijn zitten.

93 Zie ook: Van der Velde, p. 63-64, Janis, Kay & Bradley, p. 98, De Wet, p. 287, en Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 49, 52 en 54.

94 Zie over financiële consequenties vanwege schending van het EVRM nader: De Kruif, p. 100-126.

95 Zie het memo van de Europese Commissie van 18 februari 2014, *Bosnia-Herzegovina – EU: Deep disappointment on Sejdić-Finci implementation* (www.europe.eu). Het betreft het arrest van 22 december 2009 in zaken nrs. 27996/06 en 34836/06 over het niet kunnen deelnemen van bepaalde minderheidsgroepen aan verkiezingen.

Rechtsmacht: naleving is volkenrechtelijke verplichting
Dit laat evenwel onverlet dat het oordeel van het EHRM of al dan niet sprake is geweest van een verdragsschending, voor (de organen van) de lidstaten waarop de uitspraak betrekking heeft een gegeven is (vergelijk artikel 46, eerste lid, van het EVRM). Vervolgens zal echter naar nationaal recht moeten worden bezien of en, zo ja, op welke wijze rechtsherstel kan en moet plaatsvinden.[96] Hetgeen ik hiervoor opmerkte over het Hof van Justitie geldt dan ook evenzeer voor arresten van het EHRM.

De verplichting om het door het EHRM gewenste resultaat te bereiken, rust uiteindelijk op de verdragsstaat, die daar in het nationale parlement en in het kader van de Raad van Europa ook – politiek of volkenrechtelijk – voor ter verantwoording kan worden geroepen.[97] In dit verband kan worden gewezen op artikel 46, tweede lid, van het EVRM, dat bepaalt dat de einduitspraak wordt toegezonden aan het Comité van Ministers dat toezicht houdt op de tenuitvoerlegging ervan. Het vierde lid voorziet in een procedure in het kader waarvan het EHRM kan vaststellen of een verdragsstaat aan een eerder arrest al dan niet op juiste wijze gevolg heeft gegeven, een procedure die lijkt op de inbreukprocedure voor het Hof van Justitie. Indien het EHRM vaststelt dat dat niet het geval is, wordt het echter aan het Comité van Ministers overgelaten om te bezien of en, zo ja, welke maatregelen moeten worden genomen om juiste naleving van het arrest af te dwingen. Het EVRM voorziet niet in bevoegdheden voor het EHRM het alsnog naleven van zijn arresten te bevorderen.[98] Het niet nakomen van de verplichtingen die voortvloeien uit een eerder arrest van het EHRM kan als zodanig wel weer een nieuwe verdragsschending opleveren, ook als het Comité van Ministers de door de veroordeelde verdragsstaten getroffen maatregelen ter uitvoering van het arrest wel voldoende vond.[99] Dat arresten van het EHRM niet kunnen worden geëxecuteerd, laat overigens onverlet dat de verdragsstaten het overgrote deel daarvan naleven.[100]

Op grond van het vorenstaande kom ik tot de slotsom dat de positie van het EHRM niet wezenlijk verschilt van die van het Hof van Justitie. Evenals de verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechterlijke instan-

96 Zie hierover uitgebreid: Van Kempen. Zie ook: Germelmann, p. 300-302.
97 Zie over de volkenrechtelijke verplichtingen nader: Van Kempen, p. 63-71.
98 Zie ook: Fyrnys, p. 1237-1238. Zie over de tenuitvoerlegging van arresten van het EHRM en de taak van het Comité van Ministers daarbij uitgebreid: Harris, O'Boyle & Warbrick, p. 180-199, en De Kruif p. 111-117.
99 Zie bijvoorbeeld: EHRM 11 oktober 2011 (Emre/Zwitserland), *EHRC* 2012/13, m.nt. L.R. Glas.
100 Zie ook: paragraaf 34 van opinie nr. 209/2002 van de Venice Commission over de *Implementation of the judgements of the European Court of Human Rights* van 18 december 2002, CDL-AD (2002)34(www.venice.coe.int). Zie ook het rapport van het Comité van Minister *Supervision of the Execution of Judgements and decisions of the European Court of Human Rights 2013*. Dit rapport is raadpleegbaar via de internetpagina van de Raad van Europa. Zie voor een iets minder positieve blik: Gerards 2013, p. 73-77.

ties beschouw ik ook de verhouding tussen die instanties en het EHRM als horizontaal.

Samenwerking is hier niet het devies

Overigens kan men zich afvragen of het EHRM ruimte ziet voor enige samenwerking met de nationale rechterlijke instanties, anders dan langs informele weg. De beperkte handhavingsmechanismen die het EHRM zelf ten dienste staan ten spijt, is mijn indruk dat het EHRM zich ten opzichte van de nationale rechterlijke instanties doorgaans positioneert als een *sui generis* eerste en enige aanleg instantie die beoordeelt of een verdragsstaat zijn verplichtingen ingevolge het EVRM op juiste wijze nakomt. Deze indruk wordt versterkt door de wijze waarop het EHRM in voorkomende gevallen beoordeelt of van een verdragsschending sprake is en waarbij het, zijn bijzondere positie als internationaal mensenrechtenhof benadrukkend, een op onderdelen geheel van de verschillende nationale rechtsstelsels afwijkend toetsings- (of wellicht is het beter te spreken van beoordelings-?)kader hanteert. Dit leidt er soms toe dat het EHRM geheel uit eigen beweging en los van hetgeen partijen naar voren brengen, zelfstandig onderzoekt of al dan niet van een verdragsschending door de verdragsstaat sprake is geweest.

Deze werkwijze, die – anders dan die van het Hof van Justitie – derhalve niet gericht is op enige vorm van samenwerking met de nationale rechterlijke instanties of op toetsing van een uitspraak van een nationale rechter, maar op een beoordeling of sprake is van een verdragsschending door een verdragsstaat, kan tot gevolg hebben dat, indien het EHRM een verdragsschending aanneemt, daarmee niet tevens is gegeven dat ook de (hoogste) nationale rechterlijke instantie in strijd met het EVRM heeft gehandeld. Deze instantie is immers in beginsel gebonden aan het nationale (proces)recht. Indien toepassing daarvan leidt tot een schending van het EVRM, is de lidstaat in gebreke gebleven zijn nationale stelsel op zodanige wijze in te richten dat een dergelijke schending zich niet kan voordoen. Weliswaar zijn de bepalingen van het EVRM grotendeels eenieder verbindend en is de Nederlandse rechter derhalve gehouden nationale bepalingen waarvan de toepassing leidt tot schending van het EVRM buiten toepassing te laten, maar dat wil niet zeggen dat daarmee in alle gevallen ook daadwerkelijk rechtsherstel kan worden geboden. De mogelijkheden van de rechter tot rechtsvorming worden immers begrensd door zijn taak en positie binnen het staatsbestel en het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken begrenst de mogelijkheden gedane uitspraken 'open te breken' om de enkele reden dat deze volgens latere jurisprudentie van het EHRM wellicht in strijd met het EVRM zijn.[101]

101 Zie hierover, ook wat betreft uitspraken van het EHRM als buitenwettelijke grond voor herroeping in civiele zaken: Van Kempen, p. 179-187.

In verdragsstaten met een (meer) dualistisch stelsel, waar uitsluitend het nationale recht de doorwerking van het EVRM en daarmee ook van arresten van het EHRM realiseert, is het verband tussen de nationale rechterlijke instantie en de door het EHRM geconstateerde schending nog geringer dan in landen met een (meer) monistisch stelsel.[102] Niet denkbeeldig is immers dat de nationale rechter de focus in de eerste plaats richt op het – overeenkomstig zijn nationale rechtstraditie geïnterpreteerde – nationale recht en daarbij al dan niet bewust uit het oog verliest dat dit in wezen 'vermomde' EVRM-bepalingen zijn. Dit alles bergt het risico in zich dat de nationale rechterlijke instantie zich door het oordeel van het EHRM dat in een bepaald geval sprake is geweest van een verdragsschending, minder of wellicht zelfs in het geheel niet aangesproken voelt. Gegeven de beperkte capaciteit die aan het EHRM ter beschikking is gesteld en de als gevolg daarvan oplopende werklast, vraag ik mij dan ook af of een meer op samenwerking met de rechterlijke instanties gerichte werkwijze van het EHRM, niet zal leiden tot een effectievere bescherming van de in het EVRM neergelegde rechten. Hierbij zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan het in alle gevallen door het EHRM gemotiveerd ingaan op de vraag of de rechtsbescherming die door de nationale rechterlijke instanties is geboden voldoet aan de (minimum)eisen die het EHRM stelt. De in het 16e Protocol opgenomen mogelijkheid voor nationale rechterlijke instanties om aan het EHRM een *advisory opinion* te vragen zal tevens kunnen bijdragen aan verbetering van de samenwerking. Op deze mogelijkheid kom ik in paragraaf 7.3.1 terug.

Ik realiseer mij dat de mogelijkheid tot samenwerking mede afhankelijk is van de kwaliteit van de rechterlijke instanties in de Verdragsluitende Staten en de bereidheid van die instanties effectuering van die rechten in hun respectieve nationale rechtsordes te waarborgen. Uitgaande van goede wil bij het overgrote deel van de rechterlijke instanties, kan het EHRM zich, nadat het kaf van het koren is gescheiden, richten op de zaken waarin naleving van de kernrechten van het EVRM daadwerkelijk in het gedrang is.[103]

EHRM toch effectiever dan Hof van Justitie

Waar het Hof van Justitie het unierecht heeft aangemerkt als een eigen rechtsorde die boven het recht van de verschillende lidstaten staat, heeft het EHRM deze stap – nog – niet gezet.[104] Gelet op de aard van de in het EVRM neergelegde rechten, die het EHRM deels als absoluut heeft aangemerkt, wekt dit verbazing. Gevolg hiervan is dat de doorwerking van het EVRM en daarmee ook van arresten van het EHRM volledig wordt beheerst door het volkenrecht.[105] Dit heeft echter niet geleid tot een verzwakking van de positie van arresten van het EHRM ten opzichte van arresten van het Hof van

102 Zie hierover: Greer, p. 83-85.
103 Zie over kernrechten en prioritering nader: Gerards 2011-1.
104 Aldus ook: Barkhuysen 2006, p. 6-7 en 20-21.
105 In dezelfde zin: Germelmann, p. 298-308.

Justitie wat betreft de gevolgen voor in kracht van gewijsde gegane uitspraken van nationale rechterlijke instanties. Uit het onderzoek van Germelmann lijkt eerder het tegendeel te volgen: zowel het Duitse, Engelse, als Franse recht voorziet in een wettelijke mogelijkheid om een strafrechtelijke uitspraak te herzien in verband met een arrest van het EHRM, waar niet is voorzien in een herzieningsmogelijkheid in verband met een arrest van het Hof van Justitie.[106] Uit het onderzoek van Van Kempen blijkt dat dat voor de Nederlandse situatie niet anders is.[107] Wat betreft het civiele recht en het bestuursrecht ontbreekt overigens een wettelijke regeling en moet – evenals voor de arresten van het Hof van Justitie – in de jurisprudentie een oplossing worden gevonden.

Een reden hiervoor zou kunnen zijn dat het Hof van Justitie het unierecht boven het nationale recht van de lidstaten heeft geplaatst, waardoor de nationale wetgevers zich niet, althans minder, verantwoordelijk voelen hun nationale recht zodanig in te richten dat doorwerking van arresten van het Hof van Justitie in reeds afgesloten procedures is gewaarborgd. Nationale rechters kunnen – in de benaderingswijze van het Hof van Justitie – een bevoegdheid daartoe immers zonodig rechtstreeks aan het unierecht ontlenen.[108] Met Germelmann kan ik mij echter niet aan de indruk onttrekken dat de nationale rechters hiervan slechts terughoudend gebruikmaken. Germelmann biedt hiervoor ook een verklaring, als hij de wettelijke *Wiederaufnahmegründe* in dit verband kenmerkt als een 'zu recht aus Rechtssicherheitserwägungen […] in sich geschlossene, weitgehend analogiefeindliche Regelung', zodat hij aan een nationale wettelijke regeling die de doorwerking van arresten van het Hof van Justitie in afgesloten procedures regelt de voorkeur geeft.[109]

Van de Heyning en Lawson merken op dat onder omstandigheden een arrest van het EHRM kan dienen als middel om naleving van het unierecht af te dwingen. Zij noemen als voorbeeld onder meer dat het niet-naleven door de autoriteiten van een lidstaat van een arrest van het Hof van Justitie kan leiden tot een schending van artikel 6 van het EVRM. Ook heeft het EHRM de positie van de prejudiciële procedure versterkt door te oordelen dat de tijd die daarmee gemoeid is buiten beschouwing kan worden gelaten bij de beantwoording van de vraag of de redelijke termijn overschreden is.[110]

2.3.3.4 Tussenconclusies

De oprichtingsverdragen kennen het Hof van Justitie niet de bevoegdheid toe uitspraken van nationale rechterlijke instanties te vernietigen. Evenmin

106 Germelmann, p. 286-296 (arresten Hof van Justitie) en p. 308-320 (arresten EHRM).
107 Van Kempen. Zie ook: Pieterse & Schreinemachers, p. 29-33.
108 Vgl. HvJ 9 maart 1978 (Simmenthal), *SEW* 1978, p. 647-652, m.nt. P. van Dijk.
109 Germelmann, p. 287-289. Zie hierover ook, zij het wat betreft uitspraken van het EHRM: Van Kempen, p. 63-187.
110 Van de Heyning & Lawson, p. 45-46.

heeft het Hof van Justitie zich die bevoegdheid toegeëigend. Weliswaar zal de desbetreffende lidstaat voor het handelen van zijn (hoogste) nationale rechterlijke instanties aansprakelijk kunnen zijn, indien deze in strijd met het unierecht handelen, maar hun uitspraken blijven ook na een eventuele veroordeling van de lidstaat door het Hof van Justitie onverkort in stand. Artikel 260 van het EU-Werkingsverdrag verplicht lidstaten die maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van een arrest van het Hof van Justitie, desnoods onder verbeurte van door het Hof van Justitie op te leggen forfaitaire som of dwangsom, maar dit tast de geldigheid van de uitspraak van de nationale rechter niet aan. Nu een vernietigingsbevoegdheid ontbreekt en het Hof van Justitie evenmin over andere mogelijkheden beschikt om naleving door de nationale rechter van het unierecht eenzijdig effectief af te dwingen, beschouw ik de verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter als een horizontale.

Het EHRM is ingevolge het EVRM evenmin bevoegd een uitspraak van een Nederlandse rechterlijke instantie die het in strijd met het EVRM acht op deze of enige andere (rechts)grond te vernietigen. Van een hiërarchische relatie, die zich uit in een vernietigingsbevoegdheid of een andere bevoegdheid om eenzijdig effectief naleving af te dwingen die daarmee op één lijn kan worden gesteld, is dan ook geen sprake. Ook wat betreft de andere mogelijkheden om naleving van arresten door de Nederlandse rechterlijke instanties af te dwingen kan de positie van het EHRM op één lijn worden gesteld met die van het Hof van Justitie. In zeker opzicht is de positie van het EHRM zelfs zwakker te noemen. De Raad van Europa is minder dan de Europese Unie in staat tot het afgeven van economische prikkels om uitvoering aan een arrest van het EHRM te geven. Daar staat tegenover dat in ons land en enkele andere Europese landen een arrest van het EHRM wel, en een arrest van het Hof van Justitie geen, grond voor herziening van een rechterlijke uitspraak in een afgesloten strafzaak vormt.

Dit betekent dat, gegeven de eerder geformuleerde definities waarmee in dit onderzoek relaties als verticaal of horizontaal worden geduid, de relatie tussen het Hof van Justitie en het EHRM enerzijds en de Nederlandse rechterlijke instanties anderzijds een horizontale is. Deze relatie kan niet zonder meer op één lijn worden gesteld met de relatie tussen Nederlandse rechterlijke instanties onderling, nu dat te weinig recht doet aan de bijzondere positie die beide Hoven innemen. Die bijzondere positie zal tot uitdrukking moeten en, zoals hierna zal worden uiteengezet, kunnen komen in de intensiteit van binding die voor nationale rechterlijke instanties uitgaat van arresten van het Hof van Justitie en het EHRM.

2.3.4 Conclusies relevante horizontale relaties

Aan de hand van hetgeen hiervoor is besproken, kunnen op het hoogste rechterlijk niveau de volgende horizontale relaties worden onderscheiden. De relaties waarin geen hoogste bestuursrechterlijke instantie een rol speelt, derhalve die tussen de civiele kamer en strafkamer van de Hoge Raad en de

verhouding van deze kamers met het EHRM en het Hof van Justitie, zijn zoals in paragraaf 1.3 opgemerkt, buiten beschouwing gelaten.

Hoofdstuk 3:	Grote Drie	↔ Hoge Raad (als civiele rechter)
Hoofdstuk 4:	Grote Drie	↔ Hoge Raad (als strafrechter)
Hoofdstuk 5:	bestuursrechter	↔ andere bestuursrechterlijke instanties
Hoofdstuk 6:	Hof van Justitie	↔ bestuursrechter
Hoofdstuk 7:	EHRM	↔ bestuursrechter

2.4 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?

2.4.1 Inleidende opmerkingen

In voorgaande paragrafen ben ik ingegaan op de relaties tussen internationale en nationale rechterlijke instanties die als horizontaal kunnen worden beschouwd en daarmee binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. Zoals ik in hoofdstuk 1 opmerkte zal ik voor al die relaties steeds aan de hand van drie deelvragen onderzoeken of – al dan niet over en weer – gebondenheid aan elkaars uitspraken wordt aangenomen. Relaties waarbij geen van de Nederlandse hoogste bestuursrechterlijke instanties betrokken zijn, zullen buiten beschouwing worden gelaten. In deze paragraaf zal ik enkele algemene onderwerpen nader bespreken die verband houden met de eerste vraag. Daarop zal in de volgende hoofdstukken, waarin ik op de verschillende relaties nader zal ingaan, kunnen worden voortgebouwd.

Rechterlijke oordelen over verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften hebben verschillende verschijningsvormen. Welke mogelijkheden de rechter in een bepaald land al dan niet heeft, is in belangrijke mate historisch bepaald, waarbij in het bijzonder – de visie – op de taakverdeling tussen staatshoofd, regering, parlement en rechterlijke macht een rol speelt.[111] Alvorens nader in te gaan op de vier vormen die ik daarbij onderscheid, zal ik verduidelijken wat in het kader van het onderzoek onder 'een oordeel over de verbindendheid van algemeen een verbindend voorschrift' wordt verstaan.

111 Zie voor de historische achtergronden van de mogelijkheden van rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften in het Verenigd Koninkrijk, Nederland en Zuid-Afrika: Van der Schuyff, p. 9-36. Zie voor de discussie over constitutionele toetsing in Nederland in het recenter verleden (en een blik over de grens): de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 3-11.

2.4.2 Onverbindend verklaren of buiten toepassing laten? Terminologie

2.4.2.1 Inleidende opmerkingen

Een uitspraak waarin een oordeel wordt gegeven over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift kan als slotsom hebben dat het desbetreffende voorschrift in het geheel geen toepassing meer kan (of zou moeten vinden) en onverbindend is, dan wel dat het in het onderhavige geval buiten toepassing moet blijven. De Nederlandse rechtspraak is in dit opzicht niet consequent in het gebruik van terminologie en lijkt de begrippen onverbindendheid en buiten toepassing laten als synoniemen te gebruiken. In de jurisprudentie treft men ook overwegingen aan in de trant van 'dat het wettelijk voorschrift wegens strijd met een hogere regeling onverbindend is (ofwel verbindende kracht mist) en daarom buiten toepassing moet worden gelaten'.[112] Het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift betekent daarbij doorgaans niet meer dan dat het desbetreffende voorschrift in het voorliggende geval niet kan worden toegepast, maar dat zegt nog niets over de reden ervan.

2.4.2.2 Onverbindend verklaren en buiten toepassing laten: geen synoniemen

Zoals Schutgens terecht opmerkt, bestaat er in de literatuur grotendeels overeenstemming over dat beide termen geen synoniemen zijn.[113] Onder *onverbindendheid* wordt doorgaans verstaan dat een wettelijk voorschrift in strijd is met hoger recht en daarom ongeldig. Het gebrek kleeft met andere woorden aan het voorschrift als zodanig en niet aan de toepassing ervan in een concreet geval. Een rechtmatige toepassing van het voorschrift is dan ook in het geheel niet mogelijk.[114] Een voorschrift kan *buiten toepassing* worden gelaten, omdat het voorschrift als zodanig weliswaar niet in strijd is met een hogere regeling (en dus verbindend is), maar bijzondere omstandigheden ertoe leiden dat de toepassing ervan in een concreet geval niet op rechtmatige wijze mogelijk is. De constructie van het buiten toepassing laten kan echter evenzeer worden toegepast, indien, zoals Schutgens opmerkt, toepassing van een ander voorschrift van gelijke rang in een concreet geval voorrang krijgt, het bestuursorgaan het recht op toepassing van het voorschrift

112 Zie voor een voorbeeld: vzr. Rb. Den Haag 1 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7242.

113 Schutgens 2009, p. 9-10, en de door hem aangehaalde literatuur en jurisprudentie, en Uzman, p. 72-74, die een aantal auteurs aanhaalt die van mening zijn dat beide termen wél synoniemen zijn. Uzman stelt zich op het standpunt dat hier sprake is van een zuiver terminologisch debat, maar sluit zich wel aan bij de meerderheidsopvatting dat de termen geen synoniemen zijn.

114 Hetgeen uiteraard niet betekent dat het niet meer kan worden toegepast; het voorschrift blijft immers als zodanig deel uitmaken van de rechtsorde. Zie bijvoorbeeld: Van der Linden, p. 247-249.

heeft verwerkt of dat nog niet aan alle toepassingsvereisten van het voorschrift is voldaan.[115]

2.4.2.3 Te hanteren terminologie

Ik zal de term 'onverbindend' steeds gebruiken in de hiervoor vermelde betekenis. Waar hierna wordt gesproken over 'gebondenheid aan eerdere oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift' betreft dat – tenzij anders vermeld – uitspraken waarbij is geoordeeld dat een algemeen verbindend voorschrift *als zodanig* al dan niet in strijd is met een hogere regeling. Daarom zal ik niet ingaan op gevallen waarin een algemeen verbindend voorschrift op één van de andere hiervoor vermelde gronden buiten toepassing wordt gelaten. Zoals gezegd, zijn buiten toepassing laten en onverbindend verklaren twee van elkaar te onderscheiden grootheden. Evenmin zal ik ingaan op de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is de onverbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift in het dictum op te nemen.[116]

2.4.3 Verschijningsvormen toetsing verbindendheid algemeen verbindende voorschriften

Zoals ik hiervoor opmerkte, kan rechterlijke toetsing van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften verschillende gedaanten aannemen, afhankelijk van de historische ontwikkeling en rechtstraditie in het desbetreffende land. Daarbij kunnen grofweg vier vormen worden onderscheiden, die ik hierna in algemene zin zal beschrijven. In de volgende hoofdstukken zal ik nader ingaan op de vraag welke verschijningsvormen de civiele rechter, de strafrechter en de bestuursrechter, het Hof van Justitie en het EHRM hanteren.

2.4.3.1 Vier verschijningsvormen

Vernietigingsberoep
De eerste en meest verstrekkende is de mogelijkheid algemeen verbindende voorschriften (inclusief wetten in formele zin en verdragen) direct en *in abstracto* te toetsen aan hogere regelgeving.[117] Indien de rechter tot het oordeel komt

115 Zie ook: Sillen 2010, p. 72-75, en Fleuren 2004, p. 342-343.

116 Zie hierover, mede in het licht van de zogenoemde 'Maastrichtse School': Sillen 2010, p. 76-77, en de door hem aangehaalde literatuur.

117 Bij verdragen zal het dan niet het verdrag zelf betreffen (dat immers tussen Staten wordt gesloten), maar de nationale goedkeurings- of implementatiemaatregelen, en beperkt zijn tot die (zuiver) dualistische staten, waar verdragen niet zonder nationale implementatiemaatregelen doorwerken in de nationale rechtsorde. Voorbeelden zijn de Bondsrepubliek Duitsland en de Verenigde Staten van Amerika. De rechter zal zich dan voor de vraag gesteld zien of – kort gezegd – het verdrag al dan niet in overeenstemming is met de grondwet (zie bijvoorbeeld artikel 100, tweede lid, van het *Grundgesetz*).

dat strijd met hogere regelgeving bestaat, leidt dat ertoe dat het wettelijk voorschrift ophoudt te bestaan (door de rechter wordt vernietigd), dan wel geacht wordt nooit te hebben bestaan (nietig is). Deze mogelijkheid bestaat thans in Nederland niet en zal ook niet ontstaan, indien het wetsvoorstel Halsema kracht van wet verkrijgt. Dit voorstel voorziet er slechts in dat wettelijke voorschriften, waarvan de toepassing in strijd is met een aantal in het nieuwe tweede lid van artikel 120 van de Grondwet genoemde bepalingen van de Grondwet, buiten toepassing blijven. De memorie van toelichting bij het voorstel vermeldt daarover dat:

> 'In het geval dat een rechter in een voorliggende zaak een (onderdeel van) een wet toch strijdig met een grondrecht oordeelt, betekent dit ook niet dat de wet en alle rechtsgevolgen die deze tot dan toe heeft gehad, te niet worden gedaan. De rechter krijgt immers niet de bevoegdheid de wet te vernietigen. De wet wordt slechts aangetast voor zover de geconstateerde strijdigheid dat vereist. De rechter zal dan in een concreet geval de wet in zoverre buiten toepassing kunnen laten.
>
> […]
>
> Het initiatief tot het structureel opheffen van een geconstateerde strijdigheid, tot vernietiging(?, OvL) of verandering van een wet, blijft te allen tijde primair bij de wetgever.'[118]

Uitdrukkelijk niet beoogd is derhalve de rechter een bevoegdheid toe te kennen, vergelijkbaar met die van – bijvoorbeeld – het *Bundesverfassungsgericht* van de Bondsrepubliek Duitsland. Die instantie is niet alleen bevoegd, maar zelfs gehouden naar aanleiding van een beroep van een burger of (een deel van de leden van) één van de staatsorganen, zoals bijvoorbeeld de *Bundespräsident*, de *Bundestag* en de *Bundesrat*, de nietigheid van een wet in formele zin uit te spreken, indien het van oordeel is dat die wet in strijd is met het *Grundgesetz*.[119] Ik kan mij hiermee verenigen. Niet alleen staat een dergelijke bevoegdheid ver af van de Nederlandse traditie, maar het zou mijns inziens ook de instelling van een grondwettelijk hof vergen dat bij uitsluiting bevoegd is de nietigheid van wetten in formele zin uit te spreken. Zoals in hoofdstuk 8 zal blijken, ben ik geen tegenstander van een herinrichting van de rechterlijke organisatie. Naar mijn mening is echter het treffen van een (organisatorische) voorziening om rechtseenheid tussen de verschillende bestuursrechterlijke instanties, de strafrechter en de civiele rechter te bereiken van groter belang dan de oprichting van een grondwettelijk hof.[120]

---

118 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 15.

119 De bevoegdheden en werkwijze van het Bundesverfassungsgericht zijn neergelegd in artikel 93 van het *Grundgesetz* en het *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. Zie hierover nader: Sillen 2010, p. 19-26, en uitgebreid: Schlaich/Korioth. Zie over de taak en positie van het *Bundesverfassungsgericht*: Heusch. Zie over nietigheid van wetgeving in de Bondsrepubliek Duitsland: Uzman, p. 387-403.

120 De Staatscommissie Grondwet gaat in haar rapport slechts kort in op de wenselijkheid van heroverweging van artikel 120 van de Grondwet en de wijze waarop deze vorm zou moeten krijgen (www.staatscommissiegrondwet.nl).

In elk geval is dat eenvoudiger en sneller te realiseren.[121] Zoals ik in hoofdstuk 8 zal toelichten, is er algemene rechtseenheidsvoorziening denkbaar die tevens dienst kan doen als constitutionele rechter.

Op deze plaats kan het voorstel van Taverne tot wijziging van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet niet geheel onbesproken blijven. Dit voorstel, dat als een tegenreactie op het wetsvoorstel Halsema kan worden beschouwd, houdt in dat de rechter niet langer bevoegd is tot onverbindend achten van wetten in formele zin wegens strijd met eenieder verbindende verdragsbepalingen.[122]

Voor alle niet van de regering en Staten-Generaal afkomstige algemeen verbindende voorschriften bepaalt artikel 8:3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht dat daartegen geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld. Een dergelijke bepaling is nodig omdat niet van de wetgever in formele zin afkomstige algemeen verbindende voorschriften bij besluit worden vastgesteld. Het ontbreken van deze bepaling zou tot gevolg hebben dat tegen dergelijke besluiten ingevolge artikel 8:1, gelezen in samenhang met artikel 7:1, van de Algemene wet bestuursrecht rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. De inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht veranderde in dit opzicht overigens niets aan de voordien al bestaande situatie.[123] Op 1 januari 1994 was het weliswaar de bedoeling van de wetgever de uitsluiting van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften voor beperkte tijd te laten gelden, maar de openstelling van een dergelijk beroep is sindsdien herhaaldelijk uitgesteld en met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht is de tijdelijkheid van de uitsluiting komen te vervallen.[124]

---

121 Opmerking verdient op deze plaats dat tevens een initiatiefwetsvoorstel is ingediend om artikel 94 van de Grondwet aldus te wijzigen dat de rechter niet langer bevoegd is om van de formele wetgever afkomstige algemeen verbindende voorschriften te toetsen aan eenieder verbindende verdragsbepalingen (huidige tekst: *Kamerstukken II* 2013/14, 33 359 (R1986), nr. 5). Het kritische advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is gepubliceerd als *Kamerstukken II* 2013/14, 33 359 (R1986), nr. 4. Zie over het voorstel ook: Fleuren & De Wit.

122 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 359 (R1986), nr. 2 (tekst voorstel) en nr. 3 (memorie van toelichting). Zie ook: Advies RvR initiatiefwetsvoorstel. Zie voor een kritische bespreking van het voorstel: Fleuren & De Wit.

123 Ingevolge artikel 7, eerste lid, van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen kon iemand die door een beschikking rechtstreeks in zijn belangen was getroffen daartegen weliswaar beroep instellen bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, maar een besluit van algemene strekking was ingevolge artikel 2 van die wet geen beschikking. Uit artikel 1, tweede lid, van de Tijdelijke wet kroongeschillen volgde dat tegen besluiten van algemene strekking geen beroep kon worden ingesteld bij de Afdeling van de geschillen voor bestuur van de Raad van State. Zie ook: Hennekens, p. 19-20.

124 Zie hierover nader: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 568-572, Schuurmans & Voermans, p. 809-815, en de daar vermelde literatuur, Van Male, en Schlössels & Zijlstra, p. 1251-1252, en de daar vermelde literatuur.

Actie uit onrechtmatige daad: directe toetsing
Een tweede mogelijkheid is dat het uitvaardigen van een wet in formele zin of een niet van de formele wetgever afkomstig algemeen verbindend voorschrift als onrechtmatig handelen wordt aangemerkt, omdat het in strijd is met regelgeving van hogere orde of, bij niet van de wetgever in formele zin afkomstige algemeen verbindende voorschriften, met algemene rechtsbeginselen. Onderwerp van toetsing is het (uitvaardigen van het) algemeen verbindend voorschrift zelf, zodat ik deze vorm van toetsing in navolging van Schutgens *directe toetsing* zou willen noemen.[125] De rechtsingang wordt dan geboden door de actie uit onrechtmatige daad, bestaande uit het uitvaardigen en toepassen van een onverbindend wettelijk voorschrift. Hieruit volgt reeds dat deze vorm van toetsing in Nederland beperkt is tot civiele procedures.

Een inherente beperking hiervan is dat, indien de rechter van oordeel is dat het algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, omdat het – bijvoorbeeld – in strijd is met een (eenieder verbindende) verdragsbepaling en de wetgever met het uitvaardigen van het algemeen verbindend voorschrift dus onrechtmatig heeft gehandeld, dit er niet toe kan leiden dat het desbetreffende voorschrift als nietig wordt aangemerkt dan wel wordt vernietigd. Het wettelijk voorschrift blijft derhalve deel uitmaken van de rechtsorde, totdat de wetgever het intrekt of wijzigt. Afhankelijk van hetgeen de rechtzoekende heeft gevorderd (en de rechter vervolgens heeft toegewezen), zal het voorschrift tussen de bij het geding betrokken partijen, dan wel in algemene zin, niet meer kunnen worden toegepast zonder dat opnieuw sprake is van onrechtmatig handelen.[126] Dit sluit evenwel toepassing ervan als zodanig niet uit.[127] Niet uitgesloten is immers dat de wetgever om politieke redenen het handhaven van het desbetreffende wettelijk voorschrift en het betalen van schadevergoeding verkiest boven het intrekken of wijzigen van dat voorschrift.

Exceptieve toetsing
De derde variant houdt in dat een burger de rechtmatigheid van een wet in formele zin of een niet van de wetgever in formele zin afkomstig algemeen verbindend voorschrift aan de orde stelt door op te komen tegen de toepassing ervan jegens hem middels een besluit of een daarmee op één lijn gestelde handeling.[128] Dit wordt aangeduid als exceptieve toetsing. Aangezien in

125 Schutgens 2009, p. 14-15. In het verlengde van directe toetsing duidt Schutgens de hierna te bespreken exceptieve toetsing aan als indirecte toetsing. Hoewel ik zijn kanttekening deel dat exceptieve toetsing ook plaatsvindt, indien de rechtzoekende de exceptie niet heeft opgeworpen, bijvoorbeeld in het geval de bestuursrechter ambtshalve tot de slotsom komt dat het algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, is exceptieve toetsing als term dermate ingeburgerd dat ik aan gebruik van die term de voorkeur geef.

126 Zie over de verschillende (on)mogelijkheden van de civiele rechter uitgebreid: Uzman, p. 89-116.

127 Zie hierover ook: Sillen 2010, p. 72-77 en 149-160.

128 Zie ook: Schutgens 2009, p. 14-15.

Nederland tegen besluiten doorgaans beroep openstaat op de bestuursrechter, bedient vooral de bestuursrechter zich van deze vorm van toetsing. De strafrechter is deze vorm van toetsing echter ook niet vreemd. Evenals bij directe toetsing, blijft in deze variant het desbetreffende wettelijk voorschrift formeel deel uitmaken van de rechtsorde, indien de rechter tot het oordeel komt dat het in strijd is met een hogere regeling, maar is rechtmatige toepassing ervan niet meer mogelijk. Ook hierbij zij opgemerkt, dat dit toepassing van het voorschrift als zodanig niet uitsluit. Een op basis van het onverbindende wettelijk voorschrift door het bestuursorgaan genomen besluit waartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend, heeft dezelfde rechtsgevolgen als een besluit dat is genomen op basis van een wél verbindend algemeen verbindend voorschrift.

Declaratoire toetsing

In de vierde en laatste variant kan de rechter weliswaar tot het oordeel komen dat een wettelijk voorschrift in strijd is met een hogere regeling, maar is hij desalniettemin gehouden dat voorschrift onverkort toe te passen. Het oordeel van de rechter heeft dan slechts informerende waarde voor regering en volksvertegenwoordiging, namelijk dat een wetswijziging in de rede ligt. In Nederland vindt deze variant in de zuiverste vorm geen toepassing. Voorbeelden ervan kunnen wel worden gevonden in het Verenigd Koninkrijk, waar het de verhouding tussen verdragen en *Acts of Parliament* betreft.[129] De in Nederland bij zowel de Hoge Raad als de hoogste bestuursrechterlijke instanties wel voorkomende *abstinentiejurisprudentie* zou als een milde verschijningsvorm van deze variant kunnen worden beschouwd.[130] De lezer met belangstelling voor de abstinentiejurisprudentie en de mogelijkheden die deze jurisprudentie de rechter biedt, verwijs ik graag naar het proefschrift van Uzman.[131]

Tussenconclusies

Voor beantwoording van de onderzoeksvraag of binding bestaat aan een eerder oordeel over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften kunnen vier vormen van toetsing worden onderscheiden: a. het vernietigingsberoep, b. directe toetsing, c. exceptieve toetsing en d. declaratoire toetsing. Voor de Nederlandse rechtspraktijk zijn echter uitsluitend de directe en exceptieve toetsing relevant, omdat de andere vormen niet voorkomen.

---

129 Zie bijvoorbeeld de beschrijving van de verhouding tussen het EVRM en de Human Rights Act in het Verenigd Koninkrijk in: Van der Schuyff, p. 12-17. Zie ook: Uzman, p. 511-517.

130 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 29 oktober 2003, *AB* 2003/ 463, m.nt. P.J. Stolk, ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/ 80, m.nt. P.J. Stolk, ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1786, HR 4 november 1994, *NJ* 1995/249, m.nt. J. de Boer, en HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema.

131 Uzman, in het bijzonder hoofdstuk 4.

2.5 Samenvatting

In dit hoofdstuk behandelde ik enkele onderwerpen die de hierna volgende hoofdstukken gelijkelijk betreffen en daarom niet goed in één van die hoofdstukken aan de orde kunnen worden gesteld zonder de leesbaarheid daarvan nadelig te beïnvloeden. In de eerste plaats introduceerde ik de begrippen *horizontale* en *verticale* relatie tussen rechterlijke instanties. Het maken van dit onderscheid is van belang, omdat uitsluitend horizontale relaties tussen rechterlijke instanties onderwerp van dit proefschrift zijn. Uitgangspunt van dit proefschrift is dat elke relatie tussen rechterlijke instanties als verticaal ofwel horizontaal kan worden aangemerkt. Volgens de eerder geformuleerde definities is daarvoor het bestaan van een vernietigingsbevoegdheid, dan wel een bevoegdheid die daarmee op één lijn kan worden gesteld, bepalend. Indien een dergelijke bevoegdheid bestaat, is een relatie verticaal; in alle andere gevallen is de relatie horizontaal. Om te kunnen beoordelen welke relatie tussen rechterlijke instanties horizontaal is, dient allereerst in kaart te worden gebracht welke relaties bestaan en hoe deze te kwalificeren zijn.

Anders dan op het terrein van het civiele en het strafrecht bestaat op het terrein van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming geen zuiver piramidale structuur met één hoogste rechterlijke instantie. Veeleer is sprake van een historisch verklaarbare lappendeken. In het verleden zijn meerdere pogingen gedaan om ook op het terrein van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tot organisatorische eenheid gekomen. Deze pogingen hebben onmiskenbaar tot een aanzienlijke vereenvoudiging van het stelsel geleid, maar van een piramidale structuur, laat staan een zuivere, is nog geen sprake. Ook als op het terrein van het bestuursrecht over de gehele linie een uniform stelsel van rechtsbescherming ontstaat, waarmee rechtseenheid in het bestuursrecht kan worden bereikt, zou daarmee nog niet zijn voorzien in rechtseenheid tussen de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter en strafrechter anderzijds. In de volgende hoofdstukken zal moeten blijken of tussen de verschillende bestuursrechterlijke instanties en de civiele rechter en strafrechter zodanige verschillen bestaan dat de rechtseenheid het treffen van – organisatorische – maatregelen vergt.

Een onderzoek naar gebondenheid aan rechterlijke uitspraken is tegenwoordig niet compleet, indien daarbij de internationale rechterlijke instanties buiten beschouwing worden gelaten. Omwille van overzichtelijkheid heb ik gekozen voor de twee internationale rechterlijke instanties die niet alleen voor de rechtzoekenden van het grootste belang zijn, maar ook voor de verhouding tot de Nederlandse hoogste bestuursrechterlijke instanties: het Hof van Justitie en het EHRM.

De oprichtingsverdragen kennen het Hof van Justitie niet de bevoegdheid toe uitspraken van nationale rechterlijke instanties te vernietigen. Evenmin heeft het Hof van Justitie zich die bevoegdheid toegeëigend. Weliswaar is een lidstaat voor het handelen van zijn (hoogste) nationale rechterlijke instanties in strijd met het unierecht onder omstandigheden aansprake-

lijk, maar de uitspraak van zodanige instantie blijft ook na een eventuele veroordeling van de lidstaat door het Hof van Justitie onverkort in stand. Artikel 260 van het EU-Werkingsverdrag verplicht lidstaten weliswaar die maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van een arrest van het Hof van Justitie, desnoods onder verbeurte van een door het Hof van Justitie op te leggen forfaitaire som of dwangsom. Dat tast de rechtsgeldigheid van de uitspraak van de nationale rechter echter niet aan. Nu een vernietigingsbevoegdheid ontbreekt en het Hof van Justitie evenmin over andere mogelijkheden beschikt om naleving door de nationale rechter van het unierecht eenzijdig effectief af te dwingen, is de verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter een horizontale.

Voor het EHRM geldt op hoofdlijnen hetzelfde. In zeker opzicht is de positie van het EHRM wat betreft het bevorderen van uitvoering van arresten zelfs zwakker. De Raad van Europa is immers minder dan de Europese Unie in staat tot het afgeven van economische prikkels om uitvoering aan een arrest van het EHRM te geven. Daar staat tegenover dat in ons land en enkele omringende landen een arrest van het EHRM, anders dan een arrest van het Hof van Justitie, een wettelijke grond voor herziening van een rechterlijke uitspraak in een afgesloten strafzaak is.

Gegeven mijn keuze om ten behoeve van dit onderzoek elke relatie als verticaal ofwel horizontaal aan te merken, betekent dit dat zowel de relatie tussen het Hof van Justitie en het EHRM enerzijds en de Nederlandse rechterlijke instanties anderzijds als horizontaal moet worden beschouwd. Het zonder meer op één lijn stellen van deze verhouding met de verhouding tussen Nederlandse rechterlijke instanties die tot elkaar niet in een hiërarchische relatie staan, doet te weinig recht aan de bijzondere positie die beide hoven innemen. Die bijzondere positie zal tot uitdrukking moeten en, zoals in de volgende hoofdstukken zal worden uiteengezet, kunnen komen in de mate van intensiteit van binding die voor nationale rechterlijke instanties uitgaat van arresten van het Hof van Justitie en het EHRM.

In de volgende hoofdstukken zal ik voor elk van de door mij onderscheiden relaties onderzoeken of gebondenheid aan eerdere uitspraken van de andere instanties wordt aangenomen. Met dien verstande dat ik de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven voor de relatie tot de internationale hoven en de civiele en strafrechter als eenheid zal beschouwen, tenzij anders aangegeven. Ik zal dit doen aan de hand van de volgende, in hoofdstuk 1 geïntroduceerde, deelvragen:

- bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

De eerste vraag kreeg een nadere toelichting in paragraaf 2.4. Daarin heb ik onder meer uiteengezet dat de termen 'onverbindend' en 'buiten toepassing laten' geen synoniemen zijn. Onder *onverbindendheid* versta ik dat een wettelijk voorschrift in strijd is met hoger recht en daarom ongeldig. Een rechtmatige toepassing van het voorschrift is dan ook in het geheel niet mogelijk. Een algemeen verbindend voorschrift wordt *buiten toepassing gelaten*, indien het voorschrift als zodanig weliswaar niet in strijd is met een hogere regeling (en dus verbindend is), maar bijzondere omstandigheden ertoe leiden dat de toepassing ervan in een concreet geval niet op rechtmatige wijze mogelijk is. Tevens werd duidelijk dat van de vier vormen van toetsing van algemeen verbindende voorschriften die kunnen worden onderscheiden in de Nederlandse rechtsorde de civiele rechter zich doorgaans bedient van directe toetsing, terwijl de bestuursrechter en strafrechter gebruikmaken van exceptieve toetsing. De reden hiervoor is de rechtsingang die de wetgever op de respectieve instanties heeft opengesteld, waarbij in het bijzonder van belang is dat in het bestuursrecht rechterlijke toetsing steeds loopt over de band van toetsing van een besluit of daarmee op één lijn gestelde handeling.

3 Verhouding bestuursrechter – Hoge Raad (civiele rechter)

3.1 Algemeen

3.1.1 Inleidende opmerkingen

Zoals ik in het vorige hoofdstuk al opmerkte, kent de Nederlandse rechterlijke organisatie een ruime sortering van met rechtspraak belaste instanties, die beschikken over een door de (grond)wetgever toegekende uitputtende en exclusieve bevoegdheid. Toch komt het voor dat een bepaald geschil raakvlakken heeft met rechtsgebieden die tot verschillende bevoegdheidsgebieden behoren. Welke betekenis een uitspraak van een collega-rechterlijke instantie heeft of zou moeten hebben voor een rechterlijke instantie, is het onderwerp van dit proefschrift. Als eerste komt de verhouding tussen de civiele rechter en bestuursrechter aan de orde. Niet zozeer, omdat deze verhouding belangrijker is dan de anderen, maar uit praktische overwegingen. De wijze waarop de Hoge Raad zich als strafrechter heeft gepositioneerd ten opzichte van de bestuursrechter is namelijk op zijn minst geïnspireerd door de wijze waarop hij de verhouding van de civiele rechter tot de bestuursrechter heeft vormgegeven.

3.1.2 Rechtsmacht civiele rechter: fundamentum petendi of objectum litis?

De absolute bevoegdheid van de civiele rechter is neergelegd in artikel 112, eerste lid, van de Grondwet. Ingevolge deze bepaling is aan de rechterlijke macht de berechting opgedragen van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. Bij eerste lezing is deze definitie zowel uitgebreid als beperkt te noemen. Uitgebreid, omdat zij geen beperkingen stelt aan de aard en omvang van het geschil, behalve dat het moet gaan om burgerlijke rechten en schuldvorderingen. Beperkt, omdat zij naar de letter alle geschillen uit andere rechtsbetrekkingen uitzondert. Bij de beoordeling of een geschil bestaat, als bedoeld in artikel 112, eerste lid, van de Grondwet, worden van oudsher twee benaderingswijzen onderscheiden: de leer van het *fundamentum petendi* en die van het *objectum litis*.[1]

1 Zie hierover ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1147-1153, en Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers, p. 831-834.

3.1.2.1 Fundamentum petendi

Deze benaderingswijze houdt in dat voor de beantwoording van de vraag of een geschil bestaat over een burgerlijk recht of een schuldvordering, de aard van de uitgeoefende bevoegdheid waartegen de rechtzoekende opkomt bepalend is. Indien de rechtzoekende opkomt tegen de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, bestaat geen geschil over een burgerlijk recht of een schuldvordering, ook niet als het bestuursorgaan er een civielrechtelijke vermomming aan heeft gegeven door zijn handelen – bijvoorbeeld – in de vorm van een overeenkomst te gieten, dan wel als de rechtzoekende zich op het standpunt stelt dat het niet naleven van publiekrechtelijke voorschriften jegens hem als een onrechtmatige daad heeft te gelden. Ten Berge heeft over het hierna te bespreken arrest Guldemond – Noordwijkerhout opgemerkt dat de leer van het *fundamentum petendi* een overblijfsel is van het in de Franse tijd geldende *conflictenstelsel*, waarmee weliswaar beoogd was te breken, maar waarin de wetgever en de Hoge Raad in elk geval tot voormeld arrest geen eenduidige koers wisten aan te houden.[2]

3.1.2.2 Objectum litis

De leer van het *objectum litis* houdt – kort gezegd – in dat voor de bevoegdheid van de civiele rechter slechts bepalend is in welk recht de rechtzoekende van het geding vraagt te worden beschermd: in zekere zin 'u vraagt, wij draaien', dus. Als de rechtzoekende stelt dat jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd, is de civiele rechter bevoegd van dat geschil kennis te nemen, ook indien de gestelde onrechtmatige daad is gepleegd door een bestuursorgaan in de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid. Dat de civiele rechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen, wil uiteraard niet zeggen dat de vordering voor toewijzing in aanmerking komt. Lange tijd was niet geheel duidelijk welke leer de Hoge Raad aanhing. Aan die onduidelijkheid kwam in 1915 met het arrest Guldemond – Noordwijkerhout evenwel een einde.

2 Ten Berge 2003-1, p. 14-23. Zie ook: Konijnenbelt 2009, p. 11-31. Zie voor een historisch perspectief : Versteeg, p. 3-28.

Kort de feiten. Guldemond was eigenaar van enkele percelen grond in de gemeente Noordwijkerhout waarop hij een vaarsloot had aangelegd, die een openbaar voetpad, het Harde Pad, doorsneed. Op zeker moment had de gemeente Noordwijkerhout in het kader van de op haar rustende taak te zorgen voor de bruikbaarheid van de openbare weg de vaarsloot gedempt op de punten waar deze het Harde Pad kruiste, om de publieke bestemming te herstellen. Guldemond kon zich daarmee niet verenigen en vorderde dat de gemeente zou stoppen met de werkzaamheden en dat hij gemachtigd zou worden het reeds gestorte zand te (laten) verwijderen. Na enkele, ook voor die tijd al historische overwegingen, oordeelt de Hoge Raad als volgt:

> 'dat uit een en ander valt af te leiden, dat ook in artikel 2 R.O. de uitsluitende bevoegdheid van de rechterlijke macht is afhankelijk gesteld van het voorwerp van het geschil, dat is van het recht waarin de aanlegger vraagt te worden beschermd, en niet van den aard van het recht waarop de verweerder zijn verweer grondt; […] dat derhalve, nu Guldemond beweert recht te hebben op het rustig en ongestoord genot van de door hem bezeten vaarsloot en de gemeente Noordwijkerhout de uitoefening daarvan belemmert of onmogelijk maakt, zeker aanwezig is een geschil als bedoeld in artikel 2 R.O.
> Overwegende, dat dit geschil het bezit van de vaarsloot tot voorwerp heeft, al mochten ook de daden waardoor die belemmering plaats vond, door het Gemeentebestuur van Noordwijkerhout ter uitvoering van artikel 179h der Gemeentewet zijn ondernomen en al wordt het bezit op zichzelf door dat Bestuur niet ontkend;
> Overwegende, dat bezit is een burgerlijk recht, zoodat de rechterlijke macht uitsluitend bevoegd is van dit geschil kennis te nemen en daarin eene beslissing te geven.'[3]

Zo er nog enige twijfel mocht bestaan dat de Hoge Raad hiermee bedoelde de leer van het *fundamentum petendi* te verwerpen, dan blijkt die bedoeling uit het arrest Alkmaar – Noord-Holland, waarin de Hoge Raad, na eerst voormelde overweging uit Guldemond – Noordwijkerhout te hebben herhaald, overweegt:

> '… dat derhalve die bevoegdheid moet worden beoordeeld naar den aard van de door den aanlegger gestelde rechtsverhouding en niet naar den aard van de werkelijk bestaande rechtsverhouding.'[4]

Kort gezegd, de (civiele) rechter acht zich bevoegd van een aan hem voorgelegd geschil kennis te nemen, indien de rechtzoekende zijn vordering maar civiel-

3 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407.
4 HR 18 augustus 1944, *NJ* 1944/45, p. 598.

rechtelijk inkleedt.[5] Ik heb civiele niet zonder reden tussen haakjes geplaatst. In de tijd dat voormelde jurisprudentie werd gevormd, was het niet zozeer de vraag wélke rechter (civiele of bestuursrechter) bevoegd was, maar veeleer óf er een rechter bevoegd was. Ofwel, of de berechting en beslechting van geschillen waarbij de overheid betrokken was wel bij uitsluiting was opgedragen aan de rechterlijke macht, dan wel of de administratie (overheid) geschillen aan de rechterlijke macht kon onttrekken.[6] Sindsdien is het bestuursrecht (en daarmee ook de bestuursrechtspraak) tot wasdom gekomen, wat heeft geleid tot de mogelijkheid de berechting van geschillen, die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, niet alleen op te dragen aan de rechterlijke macht, maar ook aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren (zie artikel 112, tweede lid, van de Grondwet). Met de inwerkingtreding van de eerste fase herziening van de rechterlijke organisatie per 1 januari 1994 verviel artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie (oud) en kwam de bestuursrechtspraak tot volle wasdom. Vanaf dat moment is ook voor bestuursrechtelijke geschillen, zowel in eerste aanleg,

5 Toch lijkt de Hoge Raad wel enige grens te stellen, in het bijzonder waar het (het sluiten of niet nakomen van) politieke overeenkomsten betreft. Zie hierover nader: Ten Berge 2003-1, p. 19-20. Zie ook: Konijnenbelt 2009, p. 17-18. Ik laat deze jurisprudentie verder buiten beschouwing, maar merk wel op dat als er één rechtsgebied is waar rechtsbescherming door de bestuursrechter tekortschiet, het wel het kiesrecht is. Dit is ook bij de gemeenteraadsverkiezingen 2014 weer gebleken. De Kieswet stelt slechts beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak in eerste en enige aanleg open tegen besluiten met een min of meer formeel karakter, zoals de registratie van kiezer, de registratie van de aanduiding van politieke partijen, de geldigheid van ingeleverde kandidatenlijsten en de handhaving van daarop geplaatste kandidaten. Zie hiervoor nader: Dallinga. Indien gesteld wordt dat sprake is geweest van onregelmatigheden of fraude bij de verkiezingen, wordt daarover door de (Eerste of Tweede) Kamer der Staten-Generaal, Provinciale Staten, de gemeenteraad of het algemeen bestuur van het waterschap in de oude samenstelling beslist in het kader van de toelating van de nieuwe leden. Tegen het genomen besluit staat ingevolge artikel 8:4, vierde lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht geen beroep open. Dit was van oudsher het geval voor de verkiezingen voor de leden voor de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal, maar is nadien – om vooral pragmatische en systematische redenen – uitgebreid tot de verkiezingen voor de leden van de gemeenteraad en de leden van het algemeen bestuur van de waterschappen (zie bijvoorbeeld: ABRvS 28 januari 2009, *AB* 2009/62, m.nt. A. van Hall. De gang van zaken bij de deelraadverkiezingen in Amsterdam van 2002 en de waterschapsverkiezingen van 2004, die hebben geleid tot de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 maart 2002, *Gst.* 2002, 71622, m.nt. J. de Vries, respectievelijk 10 november 2004, *AB* 2004/426, m.nt. P.J. Stolk, en 28 januari 2005, *AB* 2005/250, m.nt. A. van Hall, doet bij mij de vraag rijzen of het zelfreinigend vermogen van de vertegenwoordigende lichamen zodanig is dat rechterlijk toezicht volledig gemist kan worden. Ook in het kader van de gemeenteraadsverkiezingen van maart 2014 is weer melding gemaakt van onregelmatigheden. Feit blijft dat, indien verkiezingsfraude wordt vermoed in een land waar de rechtstaat minder ontwikkeld is, wel beroep op een rechter mogelijk is, terwijl dat in Nederland niet het geval is. Daarbij laat ik in het midden welke waarde een rechterlijke uitspraak in die landen heeft; het gaat mij hier om het principe.

6 Zie voor een – beknopte – beschrijving van de situatie destijds: Ten Berge 2003-1, p. 15-16. Zie ook: Konijnenbelt 2009, p. 13-14, en Schlössels & Zijlstra, p. 1151.

als in hoger beroep, toegang tot een – zij het wellicht niet steeds tot de rechterlijke macht behorende – onafhankelijke rechter gewaarborgd. Sindsdien is de vraag niet zozeer óf een rechter bevoegd is, maar wélke: de civiele rechter of de bestuursrechter.[7]

Dit laat onverlet dat artikel 112, eerste lid, van de Grondwet aldus moet worden verstaan dat de tot de rechterlijke macht behorende gerechten steeds bevoegd zijn van alle geschillen kennis te nemen, of de grondslag daarvan nu gelegen is in een burgerlijk recht of schuldvordering, dan wel in de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, zoals Van Angeren met onder meer een verwijzing naar de geschiedenis van de totstandkoming van de thans geldende Grondwet uiteenzet.[8] Van Angeren heeft daarbij niet (alleen) het oog op de civiele rechter, maar (ook) op de eerstelijnsbestuursrechter, voor zover deze deel uitmaakt van een rechtbank en daarmee behoort tot de rechterlijke macht. Aldus beschrijft hij de situatie na de inwerkingtreding van de eerste fase herziening van de rechterlijke organisatie; van een tegenstelling tussen de ontwikkeling van het bestuursrecht enerzijds en van het grondwettelijk stelsel anderzijds is geen sprake. De indeling in sectoren binnen de rechtbank is overigens een kwestie van interne organisatie: de Grondwet noch de Wet op de rechterlijke organisatie staat eraan in de weg dat een eerstelijnsbestuursrechter in de rechtbank van pet wisselt als hij van oordeel is dat het geschil thuishoort in de sector civiel of vice versa. Gelet op de korte (beroeps)termijnen in het bestuursrecht, ligt het voor de hand dat de rechtzoekende dan bij de bestuursrechter begint.

3.1.3 Verhouding civiele rechter – bestuursrechter: fundamentum petendi of objectum litis?

3.1.3.1 Inleidende opmerkingen

Bij de beantwoording van de vraag óf een rechter bevoegd is kennis te nemen van geschillen waarbij de overheid betrokken is, dan wel dat dergelijke geschillen aan de rechterlijke macht onttrokken zijn, was na Guldemond de rol van de leer van het *fundamentum petendi* en die van het *objectum litis* uitgespeeld. Dat wil echter niet zeggen dat deze leerstukken daarmee hun betekenis geheel hadden verloren. Met het tot wasdom komen van de bestuursrechtspraak rees de vraag naar de afbakening van de algemene bevoegdheid van de rechterlijke macht ten opzichte van die van de krachtens artikel 112, tweede lid, van de Grondwet aangewezen instanties, belast

7 Uit HR 29 november 2013, *AB* 2014/71, m.nt. C.N.J. Kortmann volgt dat de Hoge Raad nog steeds vasthoudt aan de *objectum-litis*leer: ook indien de wetgever de bestuursrechter exclusief bevoegd heeft verklaard, zoals bij een proceskostenveroordeling in de bestuursrechtelijke procedure, is de civiele rechter daarnaast bevoegd kennis te nemen van een schadevergoedingsactie. Hij zal de rechtzoekende dan evenwel in beginsel niet-ontvankelijk verklaren.

8 Van Angeren, p. 15-20.

met de berechting van geschillen die niet uit een burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan.[9]

Hoewel deze afbakeningsvraag zich ook zou kunnen voordoen tussen de bestuursrechters in de rechtbank en de krachtens artikel 112, tweede lid, van de Grondwet aangewezen bestuursrechterlijke instanties, die in eerste en enige aanleg rechtspreken, blijken die verhoudingen in de praktijk niet tot problemen te leiden. De verklaring daarvoor is dat de eerste en enige aanleginstanties ook de bestuursrechterlijke hogerberoepsinstanties zijn, zodat afbakeningsvragen tussen eerstelijnsbestuursrechters en eerste en enige aanleginstanties binnen de hoogste bestuursrechterlijke instanties kunnen worden opgelost. Op die verhouding ga ik in hoofdstuk 5 nader in. Afbakeningsvragen doen zich eigenlijk alleen voor in de verhouding tussen de civiele rechter enerzijds en de bestuursrechter anderzijds. Alvorens op deze verhouding in te gaan, volgen eerst enkele opmerkingen over de bevoegdheid van de bestuursrechter.

3.1.3.2 Absolute bevoegdheid bestuursrechter

Anders dan de civiele rechter beschikt de bestuursrechter niet over algemene (rest)rechtsmacht. Zoals ook volgt uit artikel 112, tweede lid, van de Grondwet is hij slechts bevoegd kennis te nemen van geschillen, indien de wetgever de berechting daarvan uitdrukkelijk aan hem opdraagt. Hoewel de wetgever daarbij voor zowel het *objectum litis*, als het *fundamentum petendi* (of combinaties ervan) had kunnen kiezen, heeft hij er tot nu toe steeds voor gekozen aan te sluiten bij de grondslag van het geschil, dan wel de aard van de uitgeoefende bevoegdheid, het *fundamentum petendi*. De aard van de bevoegdheid tegen de uitoefening waarvan de rechtzoekende opkomt, is derhalve bepalend voor het antwoord op de vraag of de bestuursrechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen. Als een bestuursrechter heeft vastgesteld dat hij bevoegd is een geschil te beslechten, is de volgende vraag of rechtsbescherming bestaat in één of twee instanties en welke hoogste rechterlijke instantie bevoegd is.

Overzichtelijke regeling

De wetgever heeft de bevoegdheid van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties van oudsher overzichtelijk geregeld: de absolute bevoegdheid van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven was tot 1 januari 2013 geregeld in de (bijlagen bij de) Beroepswet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en verschillende bijzondere wetten die deze instanties uitdrukkelijk aanwezen als bevoegde rechter voor (bepaalde) geschillen die uit de toepassing van die wetten voortvloeiden. Thans is de absolute bevoegdheid geregeld in de

9 Ik laat hier de verhouding tussen de sectoren civiel en bestuursrecht binnen de rechtbank buiten beschouwing; zie hierover bijvoorbeeld: Van Angeren, p. 18-20.

Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak. Die regeling komt erop neer dat de Afdeling bestuursrechtspraak de hoogste instantie (in eerste en enige aanleg of hoger beroep) is voor alle geschillen waarvan de berechting niet is opgedragen aan één van de overige bestuursrechterlijke instanties. De bevoegdheidsverdeling is exclusief en uitputtend, zodat het niet mogelijk is dat meer dan één college tegelijkertijd in hoogste instantie bevoegd is (*positief competentiegeschil*), dan wel geen van de hoogste bestuursrechters bevoegd is, hoewel evident is dat het een bestuursrechtelijk geschil betreft (*negatief competentiegeschil*).

Competentiegeschillen opgelost

Mocht desalniettemin onduidelijkheid bestaan, dan worden – potentiële – competentiegeschillen doorgaans besproken in één van de informele, maar gestructureerde, overleggen tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties en wordt de uitkomst daarvan vervolgens geformaliseerd in een uitspraak waarin de ene instantie zich – bijvoorbeeld door middel van een zogenoemde *bloc de-competenceredenering* – onbevoegd verklaart ten gunste van de andere instantie, die deze verwijzing vervolgens accepteert.[10] In het uiterste geval is de Hoge Raad krachtens artikel 77, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wet op de rechterlijke organisatie bevoegd in eerste en enige aanleg een jurisdictiegeschil tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties te beslechten.[11] Op beide aspecten kom ik terug bij de bespreking van de verhouding bestuursrechter – bestuursrechter.

Voor zover de eerstelijnsbestuursrechtspraak is opgedragen aan (sectoren bestuursrecht van) de rechtbank, dan is de Hoge Raad niet krachtens artikel 77 van de Wet op de rechterlijke organisatie bij uitsluiting bevoegd om competentiegeschillen tussen de sectoren te beslechten. Zo van geschillen sprake is, zal ook daar doorgaans getracht worden deze in goed overleg (al dan niet met bemiddeling door het gerechtsbestuur) op te lossen. Mocht dat onverhoopt niet tot het gewenste resultaat leiden, dan biedt artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht de eerstelijnsbestuursrechter de mogelijkheid de zaak dwingend te verwijzen naar zijn collega's in de sector civiel, indien hij van oordeel is dat uitsluitend een vordering bij de civiele rechter kan worden ingesteld.[12]

---

10 Zie voor een overzicht van deze overleggen onder meer: Bekker & Van Kreveld, p. 291-312.

11 Ingevolge artikel 77, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wet op de rechterlijke organisatie beslist de Hoge Raad ook in eerste en enige aanleg geschillen tussen een tot de rechterlijke macht behorend (rechtbank, gerechtshof, maar ook de Hoge Raad zelf) en een niet tot de rechterlijke macht behorend gerecht (Afdeling bestuursrechtspraak, Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven).

12 Artikel 8:71 van de Awb is ingevolge artikel 8:108 van die wet van overeenkomstige toepassing op de procedure in hoger beroep en ingevolge artikel 29 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen eveneens op het beroep in cassatie in belastingzaken.

Artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering voorziet in een vergelijkbare bevoegdheid voor de civiele rechter. Betoogd zou kunnen worden dat door het gebruik van de term orgaan in het tweede lid van deze bepaling, alleen een bestuursorgaan gebonden is aan de verwijzing door de civiele rechter. Zoals Van Mierlo in zijn commentaar bij artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering heeft opgemerkt, is 'aannemelijk dat met "orgaan" in dit artikel uitsluitend wordt bedoeld het bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht of het orgaan dat ingevolge artikel 1:1, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht als zodanig wordt aangemerkt'.[13] Aangezien een bestuursrechter geen orgaan in deze zin is, zou dit tot gevolg hebben dat het de bestuursrechter vrijstaat zich alsnog onbevoegd te verklaren van de door de civiele rechter krachtens artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering naar hem verwezen zaak kennis te nemen en de zaak – maar dan wel dwingend – terug te wijzen naar de civiele rechter. Of, zoals Borman opmerkt in zijn commentaar bij artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht: 'De tweede volzin betekent dus dat het eindoordeel over de rechterlijke competentie aan de bestuursrechter is, waardoor negatieve competentieconflicten worden voorkomen'.[14]

Mijns inziens is dit niet juist. Duidelijk moge zijn dat de wetgever met het opnemen van artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht en artikel 70 (voorheen: 86a) van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering heeft beoogd een regeling te treffen om negatieve competentieconflicten te voorkomen, waarbij deze bepalingen elkaars spiegelbeeld vormen. In onder meer de tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel Voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie is vermeld:

> 'Ten derde moet zoals gezegd worden veiliggesteld dat negatieve competentieconflicten tussen de burgerlijke rechter en de administratieve rechter worden voorkomen. Dat betekent dat het oordeel van de burgerlijke rechter onderscheidenlijk de administratieve rechter bindend dient te zijn. Daarin wordt in het nieuwe artikel 86a van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering onderscheidenlijk het nieuwe artikel 8.2.6.5a van de Awb voorzien.'[15]

Dat in artikel 70, tweede lid, tweede volzin, van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering is vermeld dat 'het orgaan waarbij alsnog bezwaar kan worden gemaakt of alsnog beroep kan worden ingesteld, […] aan die beslissing [is, OvL] gebonden' en niet 'de bestuursrechter is aan die beslissing gebonden' is mijns inziens goed verklaarbaar. Een rechtzoekende die zich tot de civiele rechter wendt, zal doorgaans immers daaraan voorafgaand niet eerst bezwaar hebben gemaakt of administratief beroep hebben ingesteld met het – al dan niet reële – risico dat de civiele rechter hem aan zijn keuze houdt. Gelet op de artikelen 7:1 en 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht, in hun

13 Van Mierlo.
14 Borman.
15 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 495, nr. 12, p. 67.

onderlinge samenhang bezien, zal dat na verwijzing door de civiele rechter alsnog moeten gebeuren. Ik kan mij voorstellen dat de wetgever, door op deze wijze buiten twijfel te stellen dát bezwaar of administratief beroep kán worden ingesteld, gemeend heeft dat tegen het vervolgens genomen besluit op bezwaar of administratief beroep ook beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld. Dat is op zichzelf weliswaar juist, aangezien volgens vaste jurisprudentie tegen zodanige besluiten steeds beroep kan worden ingesteld, al was het maar om de bestuursrechter in staat te stellen te beoordelen of inderdaad de mogelijkheid van bezwaar of administratief beroep openstond, maar dat noopt er niet zonder meer toe dat de bestuursrechter zich vervolgens ook bevoegd acht inhoudelijk op het beroep te beslissen. De tekst van artikel 70, tweede lid, tweede volzin, van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering had dan ook duidelijker mogen zijn.

Uit de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters blijkt echter dat zij zonder meer aannemen dat de bestuursrechter in eerste aanleg aan een verwijzing door de civiele rechter gebonden is, ook als deze – naar het oordeel van die bestuursrechter – inhoudelijk onjuist is. Zo overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak in een – niet gepubliceerde, maar voor eenieder bij de Raad van State opvraagbare – uitspraak van 1 mei 2000 in zaak nr. 199901452/1 al:

> 'Met artikel 96a van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht is, blijkens de totstandkomingsgeschiedenis ervan, onder meer beoogd negatieve competentiegeschillen tussen de burgerlijke en de bestuursrechter te voorkomen. Daarom is er in voorzien, dat de burgerlijke rechter bij toepassing van artikel 96a van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering een eindoordeel kan geven over de bevoegdheid van de bestuursrechter en de bestuursrechter bij toepassing van artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht een eindoordeel kan geven over de bevoegdheid van de burgerlijke rechter.
>
> Evenals de rechtbank plaatst de Afdeling vraagtekens bij het oordeel van de kantonrechter, dat appellant in het onderhavige geval de administratieve rechtsgang had moeten volgen. Zij wijst in dit verband nog op haar uitspraak van 11 februari 1993 inzake R01.90.7291, aangehecht. Gelet op het bepaalde in artikel 96a, tweede lid, tweede volzin, van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering heeft de rechtbank zich evenwel terecht aan het oordeel van de kantonrechter gebonden geacht.'

De Afdeling was vervolgens wel genoodzaakt zich uit te spreken over een geschil dat volgens haar eigen jurisprudentie tot de bevoegdheid van de civiele rechter behoort.[16] Als het bestuursorgaan het geschil aan de bestuursrechter had willen onttrekken, dan had het hoger beroep moeten instellen tegen de verwijzingsuitspraak van de civiele rechter. Mij is geen jurisprudentie bekend, waarin een van de hoogste met bestuursrechtspraak belaste instanties zich in eerste en enige aanleg gebonden heeft geacht aan een ver-

16 Zie ook: CBb 9 april 2009, *PJ* 2009, 102, en F.J. van Ommeren in zijn noot onder HR 13 juli 2007, *AB* 2008/155.

wijzing door de civiele kamer van de rechtbank.[17] Mocht het op een negatief competentieconflict tussen deze instanties aankomen, dan voorziet, zoals gezegd, artikel 77, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wet op de rechterlijke organisatie in een regeling.

Zowel bij het van pet wisselen, als bij een verwijzing krachtens artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering of artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht moeten overigens de normale formaliteiten, zoals verplichte procesvertegenwoordiging, het uitbrengen van een dagvaarding of het indienen van een verzoekschrift en het betalen griffierecht, in acht worden genomen. Een pragmatische benadering van afbakeningsproblemen in de eerstelijnsrechtspraak is door de praktische hindernissen die ermee gepaard gaan wellicht te mooi om waar te zijn, maar mijns inziens niet minder nastrevenswaardig.

Of toch niet? – Gedeelde rechtsmacht

De overzichtelijke bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter enerzijds en de (hoogste) bestuursrechters anderzijds heeft het ontstaan van – doorgaans positieve – competentiegeschillen niet kunnen voorkomen. Eensdeels is de oorzaak van die competentiegeschillen gelegen in de ruime bevoegdheid die de civiele rechter zich op basis van de objectum-litisleer heeft aangemeten en die, in elk geval in potentie, ook alle geschillen omvat waarvan de wetgever de berechting heeft opgedragen aan de bestuursrechter. Zoals gezegd, is voor de bevoegdheid van de civiele rechter immers voldoende dat de rechtzoekende stelt dat het bestuursorgaan door het nemen van een besluit, dan wel het verrichten van een (al dan niet met een besluit gelijk te stellen) feitelijke handeling jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld.

Anderdeels kan de oorzaak worden gevonden in de bestendige uitbreiding van rechtsmacht door de (hoogste) bestuursrechters, waarbij deze zich niet alleen bevoegd achten kennis te nemen van beroepen tegen besluiten, maar – door introductie van het strategisch besluitbegrip – ook van beroepen tegen omwille van de rechtsbescherming met een besluit gelijk te stellen handelingen en – in het verleden – vorderingen tot schadevergoeding, voor zover de schade wordt veroorzaakt door een besluit, dan wel de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid.[18] In het bijzonder met deze laatste uitbreiding heeft de bestuursrechter zich begeven op een terrein dat van oudsher toebehoorde aan de civiele rechter. Na het arrest Groningen-Raatgever is duidelijk dat de Hoge Raad bereid is rechtsmacht te delen

17 Zie voor een verwijzing krachtens artikel 8:71 van de Awb door de Afdeling bestuursrechtspraak, rechtsprekende in eerste en enige aanleg, naar de civiele rechter bijvoorbeeld: ABRvS 2 december 2009, *AB* 2010/179, m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij en P. van Duijvenvoorde.

18 Hoewel ook dit laatste als een toepassing van het strategisch besluitbegrip zou kunnen worden gezien. Zie over het strategisch besluitbegrip ook: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 158-159 en 175-178, en Schreuder-Vlasblom 2013, p. 164-172, die overigens de term 'strategisch besluit' niet bezigt.

met zijn bestuursrechterlijke collega's, in zekere zin ter discretie van de rechtzoekende, maar dit laat onverlet dat met deze uitbreiding van rechtsmacht door de bestuursrechter ook nieuwe afbakeningsproblemen in het leven zijn geroepen.[19]

Het gevolg van deze ontwikkeling is dat, waar in de verhouding tussen de civiele rechter en bestuursrechter sprake is van raakvlakken, zij doorgaans ook rechtsmacht delen. Zoals eerder opgemerkt, versta ik hieronder dat meerdere rechterlijke instanties bevoegd zijn of zich bevoegd achten ten aanzien van dezelfde (soort) geschillen, al dan niet in dezelfde partijconstellatie. Dit bergt niet alleen het theoretisch risico in zich van op zaakniveau met elkaar tegenstrijdige uitspraken. Zoals hierna zal blijken, komt het regelmatig voor dat het risico zich ook daadwerkelijk realiseert. Alvorens nader te bezien hoe de civiele en bestuursrechter hiermee omgaan, eerst enkele algemene opmerkingen over de verhouding tussen beide rechters.

3.1.4 Bevoegdheid en ontvankelijkheid

3.1.4.1 Inleidende opmerkingen

Zoals gezegd, acht de civiele rechter zich bevoegd kennis te nemen van alle geschillen, mits de eisende partij deze civielrechtelijk verpakt. Door het ruime toepassingsbereik ervan ligt de actie uit onrechtmatige daad als verpakking het meest voor de hand. De civiele rechter is – in potentie – daarmee ook bevoegd in alle gevallen waarvoor de wetgever uitdrukkelijk heeft voorzien in beroep op de bestuursrechter.[20] Dit betekent echter niet dat de civiele rechter zich ook in alle gevallen geroepen voelt een inhoudelijk oordeel te geven.

3.1.4.2 Terminologie

Uitgangspunt van de civiele rechter is dat, indien de wetgever voor een rechtzoekende een bijzondere (lees: bestuursrechtelijke) rechtsgang heeft opengesteld, hij deze ook moet gebruiken. Dit betreft niet alleen het geval dat de termijn voor het aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen nog niet is verstreken, maar ook het geval dat het geschil op een later moment aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd, bijvoorbeeld omdat nog een besluit moet worden genomen. Slaat de rechtzoekende de bestuursrechtelijke weg over en wendt hij zich direct tot de civiele rechter, dan zal deze hem als uitgangspunt niet in zijn vordering ontvangen.

---

19 Zie: HR 17 december 1999, *AB* 2000/89, m.nt. P.J.J. van Buuren, en Van Angeren, p. 209-211.

20 Zie ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1147-1153.

Met Schutgens ben ik van mening dat uitsluitend in deze gevallen een niet-ontvankelijkverklaring aangewezen is.[21] Dit brengt immers het duidelijkst tot uitdrukking dat de civiele rechter op dat moment (nog) geen taak voor zichzelf ziet weggelegd, maar sluit niet uit dat dat op een later moment wel het geval zou kunnen zijn.[22] In alle andere gevallen, derhalve ook, indien een rechtzoekende een openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang niet gebruikt heeft, verdient een afwijzing van de vordering, met verwijzing naar de formele rechtskracht van het besluit, de voorkeur, waarmee het geschil definitief tot een einde komt en dat ook voor iedereen duidelijk is.[23]

Dit leek overigens reeds besloten te liggen in het arrest inzake het Loosdrechtse Plassenschap, waarin de Hoge Raad rechtzoekenden in cassatie in hun vorderingen alsnog niet-ontvankelijk verklaarde, omdat voor hen nog een administratieve rechtsgang openstond. Alleen dan ontstaat het 'Drieluik van de afbakening burgerlijke rechter met de administratieve rechter' (bevoegdheid civiele rechter, niet-ontvankelijkheid rechtzoekenden in hun vordering, ongegrondheid/afwijzing van de vordering), dat in de woorden van Polak met het hierna nog te bespreken arrest Heesch-Van de Akker is voltooid.[24] De rechtspraak is evenwel niet geheel eenduidig. In zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 3 september 2004 merkt G.A. van der Veen op dat:

> 'de burgerlijke rechter […] de met voldoende waarborgen omklede rechtsgang voornamelijk [lijkt, OvL] in te roepen wanneer eisers in kort geding een bepaald resultaat willen bewerkstelligen waarvoor zij nog een besluit kunnen vragen en dus nog een bestuursrechtelijk traject kunnen volgen. [...] Indien het daarentegen gaat om nakaarten over een reeds genomen besluit waarover bestuursrechtelijk geprocedeerd is of kon worden, blijft niet-ontvankelijkverklaring achterwege. Met voorbijgaan aan ontvankelijkheidsvragen luidt het oordeel dan dat het besluit formele rechtskracht heeft gekregen. Ook in dat geval blijft een inhoudelijke toets achterwege.'[25]

---

21 Schutgens 2009, p. 27-29. Zie ook: Van der Veen 2009, p. 10-11, Mok & Tjittes, p. 393-394, en Van den Broek & Hoekveld, p. 4. Genuanceerder: Kortmann 2006, p. 188-193, die ook plaats ziet voor een niet-ontvankelijkheid bij het achterwege laten van het volgen van de bestuursrechtelijke weg, zij het slechts in die gevallen waarin de rechtzoekende bij de bestuursrechter hetzelfde had kunnen bereiken als waartoe zijn vordering bij de civiele rechter strekt. In vergelijkbare zin als Kortmann: Schlössels & Zijlstra, p. 306 en 1156-1157, en Ortlep 2011, p. 242-243.

22 Kortmann 2006, p. 188-193, merkt in dit verband terecht op dat niet-ontvankelijkverklaring in het geval nog een procedure loopt bij de bestuursrechter het onpraktische gevolg heeft dat de rechtzoekende na afloop van die procedure opnieuw moet dagvaarden. Aanhouden van de procedure door de civiele rechter totdat de bestuursrechtelijke procedure is afgerond, is dan een oplossing (zie: HR 7 april 1995, *NJ* 1997/166, m.nt. M. Scheltema).

23 Een vergelijkbare discussie heeft in het verleden gespeeld binnen de bestuursrechtelijke kolom over de keuze voor het dictum 'onbevoegd' of 'niet-ontvankelijk' en waarvan de uitkomst is dat het dictum 'onbevoegd' gereserveerd dient te blijven voor die gevallen waarin de – desbetreffende – bestuursrechter nooit absoluut of relatief bevoegd is en 'niet-ontvankelijkverklaring' voor de gevallen waarin hij nog niet bevoegd is, bijvoorbeeld omdat eerst de bezwaarschriftenprocedure moet worden doorlopen.

24 Polak 2009, p. 154.

25 HR 3 september 2004, *AB* 2005/74, m.nt. G.A. van der Veen.

Ook Advocaat-Generaal Keus stelt zich in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 9 november 2007 op het standpunt dat niet-ontvankelijkverklaring slechts behoort te volgen, indien nog een andere rechtsgang openstaat en niet (ook) indien die heeft opengestaan. Hij erkent dat ook andere benaderingswijzen worden gehanteerd. Hij constateert echter tevens dat de Hoge Raad in het arrest Groningen-Raatgever[26] ook voor die gevallen lijkt te kiezen voor niet-ontvankelijkverklaring.[27] Het resultaat is in beide gevallen hetzelfde: de op dat moment voorliggende procedure komt tot een eind zonder dat de civiele rechter vooruitloopt op, dan wel nakaart over het oordeel van de bevoegde bestuursrechter. Dit zou een verklaring kunnen zijn voor het niet consequente dictumgebruik, maar vormt daarvoor geen rechtvaardiging.[28]

3.1.5 Moet de bestuursrechtelijke procedure aan bepaalde eisen voldoen?

Voor het bieden van aanvullende rechtsbescherming door de civiele rechter bestaat naar zijn aard slechts grond, indien de rechtsbescherming die de wetgever heeft voorzien ontoereikend is. Dit is niet hetzelfde als dat de rechtzoekende met gebruikmaking daarvan niet het door hem gewenste resultaat heeft bereikt. Dit geldt ook, indien een rechtzoekende hangende de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg zijn procesbelang verliest en als gevolg daarvan niet-ontvankelijk wordt verklaard.[29] Dat een openstaande rechtsbeschermingsweg moet worden bewandeld en het nalaten daarvan voor de rechtzoekende niet zonder gevolgen kan blijven, is derhalve inherent aan de taak van de civiele rechter als restrechter.[30] Ware dit anders, dan zou dat leiden tot een mogelijkheid van forumkeuze, die, in de woorden van Polak, 'niet toelaatbaar [is, OvL], omdat zij afbreuk doet aan het gezag van de rechtspraak en een bedreiging vormt voor de eenheid van het recht'.[31]

Het maakt daarbij geen verschil of onderdelen van de opengestelde rechtsgang al dan niet met voldoende waarborgen zijn omkleed, mits deze rechtsgang uiteindelijk maar uitmondt in een procedure die dat wel is. Derhalve in een procedure die voldoet aan de eisen die artikel 6 van het EVRM stelt. Voor de zienswijze-, bezwaar- en administratief beroepsprocedure, die als bestuurlijke voorprocedures naar hun aard niet met voldoende waarborgen omkleed zijn, ligt deze verplichting besloten in artikel 6:13 van de Algemene wet bestuursrecht.[32] Ingevolge deze bepaling kan geen beroep bij de administratieve rechter worden ingesteld door een belanghebbende aan wie

26 HR 17 december 1999, *NJ* 2000/87, m.nt. A.R. Bloembergen onder *NJ* 2000/88.
27 HR 9 november 2007, *JB* 2008/22.
28 Zie over de – historische – ontwikkeling van de bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraag nader: Van der Linden, p. 19-34.
29 Zie ook: HR 17 september 2010, *AB* 2011/19, m.nt. G.A. van der Veen.
30 Zie ook: Schutgens 2009, p. 32, en Schreuder-Vlasblom, p. 443.
31 Polak 2009, p. 157.
32 Zie ook: Wenders, p. 159-184.

redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen gebruik heeft gemaakt van een door de wetgever opengestelde bestuurlijke voorprocedure. Als de civiele rechter een rechtzoekende, die de bestuursrechter krachtens artikel 8:1, gelezen in samenhang met artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht niet-ontvankelijk heeft verklaard, omdat hij geen bezwaarschrift had ingediend, dit vervolgens niet zou tegenwerpen, met als overweging dat de rechtzoekende niet gehouden was de voorgeschreven bestuurlijke voorprocedure te volgen, omdat die niet met voldoende waarborgen is omkleed, zou dat de wettelijke bevoegdheidsverdeling op onaanvaardbare wijze ondergraven.[33] Voor de volledigheid: zoals hiervoor gezegd, zou de civiele rechter de rechtzoekende in een dergelijk geval weliswaar moeten ontvangen in zijn vordering, maar deze met verwijzing naar de formele rechtskracht van het besluit moeten afwijzen. Er staat immers door toedoen van de rechtzoekende geen bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg meer open.

Dit zou mijns inziens evenzeer moeten gelden, indien de (grond)wetgever er opnieuw voor zou kiezen tegen bepaalde besluiten Kroon- of een andere vorm van administratief beroep open te stellen, zonder te voorzien in een opvolgende beroepsmogelijkheid bij de bestuursrechter. Een geval derhalve, waarin de door de wetgever voorziene bestuursrechtelijke rechtsgang niet met voldoende waarborgen is omkleed. Mits zodanig beroep maar kan leiden tot het door de rechtzoekende gewenste resultaat (doorgaans: dat het gewraakte besluit wordt verwijderd uit de wereld van het recht), mag uit een oogpunt van doelmatigheid en het voorkomen van procedurele complicaties van hem worden verwacht dat hij die weg bewandelt, alvorens zich tot de civiele rechter te wenden.[34] Het nalaten daarvan zou zonder meer tot afwijzing van de vordering moeten leiden; noem het een vorm processuele hygiëne.[35]

Of de door de wetgever voorziene rechtsgang al dan niet met voldoende waarborgen is omkleed, heeft betekenis bij de beantwoording van de vraag of en, zo ja, in hoeverre een rechtzoekende die die rechtsgang weliswaar heeft benut, maar daarin niet het door hem gewenste resultaat heeft bereikt, dit kan worden tegengeworpen als hij zich daarna tot de civiele rechter wendt. Indien de rechtsgang die de rechtzoekende ter beschikking staat niet met voldoende waarborgen is omkleed, dan wel niet leidt tot een wel met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, kan – zoals volgt uit het hierna te bespreken arrest Heesch-Van de Akker – het besluit immers geen formele rechtskracht verkrijgen.[36] Ik zal er hierna overigens steeds van uitgaan dat, zoals thans het geval is, de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg

33 Zie ook: Polak 2009, p. 156, en Van Angeren, p. 54.

34 Zie: HR 12 december 1986, *NJ* 1987/381, m.nt. M. Scheltema, en HR 23 januari 1998, *AB* 1998/144, m.nt. Th.G. Drupsteen. Zie ook: Van Angeren, p. 51-55, en Ten Berge 2003-2, p. 87 en 91-93.

35 In vergelijkbare zin: Schlössels & Zijlstra, p. 1156-1158.

36 Zie bijvoorbeeld: Van Angeren, p. 44-45, en M. Scheltema in zijn noot onder: HR 6 februari 1987, *NJ* 1988/926.

steeds uitmondt in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang en – mogelijk toekomstige – gevallen waarin dat niet zo is in beginsel onbesproken laten.[37]

3.1.6 Formele rechtskracht

3.1.6.1 Inleidende opmerkingen

'*Formele rechtskracht*' is het begrip dat bepalend is voor de verhouding tussen de civiele en bestuursrechter en het gevolg beschrijft van het door de rechtzoekende niet volgen van een door de wetgever voorziene rechtsgang. Het gaat het bestek van dit proefschrift te buiten uitgebreid in te gaan op de historische ontwikkeling van dit begrip, te beginnen bij A.M. Donner die het in 1941 voor het Nederlandse rechtssysteem besprak in zijn proefschrift 'De rechtskracht van administratieve beschikkingen'. Over de formele rechtskracht als zodanig en de uitzonderingen die daarop al dan niet zouden moe-

37 Voor de volledigheid zij opgemerkt dat tegen besluiten waartegen ingevolge de Algemene wet bestuursrecht geen beroep openstaat (zie de artikelen 8:3 tot en met 8:5 van deze wet) evenmin bezwaar of administratief beroep kan worden ingesteld. Tenzij in een bijzondere wet een van de Algemene wet bestuursrecht afwijkende regeling is getroffen, vallen deze besluiten derhalve buiten het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en is de rechtzoekende aangewezen op de civiele rechter. Een voorbeeld van een dergelijke afwijkende regeling is de rechtsgang die ingevolge de WHW openstaat tegen besluiten van examinatoren van openbare instellingen voor wetenschappelijk en hoger onderwijs betreffende het kennen en kunnen van een student. Hoewel dergelijke besluiten ingevolge artikel 8:4, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb geen beroep kan worden ingesteld, voorziet artikel 7.61, eerste lid, aanhef en onder f, van de WHW in de mogelijkheid tegen die besluiten administratief beroep in te stellen bij het College van Beroep voor de examens; tegen de uitspraken van het College van Beroep van de examens stond tot 1 september 2010 beroep open bij de (sector bestuursrecht van de) rechtbank en hoger beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak. Met ingang van 1 september 2010 is het College van Beroep voor het hoger onderwijs ingevolge artikel 7.66 van de WHW bij uitsluiting bevoegd in eerste en enige aanleg kennis te nemen van beroepen tegen uitspraken van het College van Beroep voor de examens. Gelet op de in artikel 7.65 van de WHW opgenomen waarborgen voor de onafhankelijkheid van de leden van het College van Beroep voor het hoger onderwijs is dit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang. De WHW voorziet in een afwijkende regeling voor bijzondere instellingen van hoger onderwijs op grond waarvan dergelijke instellingen ervoor kunnen kiezen zelf een College van Beroep in te stellen. De WHW stelt ten aanzien van een dergelijk college geen waarborgen voor de onafhankelijkheid van de leden, zodat die rechtsgang niet met voldoende waarborgen omkleed is. Los daarvan is het de vraag of deze rechtsgang op één lijn kan worden gesteld met de gebruikelijke administratieve rechtsgangen (bezwaar of administratief beroep), dan wel sprake is van een interne privaatrechtelijke procedure. In het laatste geval speelt de formele rechtskracht in het geheel geen rol en is de civiele rechter als enige bevoegd. Besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, die ingevolge artikel 8:3 van de Awb eveneens van beroep zijn uitgezonderd, betreffen een afzonderlijke categorie vanwege de mogelijkheid van zogenoemde exceptieve toetsing. Dit komt later uitgebreider aan de orde.

ten worden gemaakt, is veel geschreven. Ik volsta hier met een beperkte beschrijving, met hier en daar een kritische kanttekening. De belangstellende lezer verwijs ik graag naar gespecialiseerde literatuur.

3.1.6.2 Doel van het beginsel van de formele rechtskracht

Hoewel het arrest Heesch-Van de Akker[38] vaak wordt genoemd[39] als beginpunt van het beginsel van de formele rechtskracht in de jurisprudentie, had de Hoge Raad al veel eerder overwogen dat het niet volgen van een openstaande 'administratieve' rechtsgang ertoe leidt dat een besluit voor rechtmatig moet worden gehouden. In bijvoorbeeld het arrest van 19 november 1976 (Semper Crescendo) overwoog de Hoge Raad al dat:

> 'Overwegende, dat Willeboordse overeenkomstig artikel 18 van de Schepenwet tegen de beslissing van de Inspecteur voor de Scheepvaart, behelzende de weigering tot afgifte na 1 oktober 1968 van een certificaat van deugdelijkheid voor het schip 'Semper Crescendo', beroep had kunnen instellen bij de Voorzitter van de Raad voor de Scheepvaart;
>
> dat, nu Willeboordse van deze rechtsgang geen gebruik heeft gemaakt, de stelling dat de afgifte van het certificaat van deugdelijkheid ten onrechte is geweigerd in het onderhavige geding niet aan de orde kan komen, zodat er thans van dient te worden uitgegaan dat de weigering tot afgifte van het bedoelde certificaat rechtmatig was;
>
> dat reeds hierom de hierboven onder a en b in samenhang met d genoemde klachten, vervat in onderdeel 1 van het middel, niet tot cassatie kunnen leiden.'[40]

De door Willeboordse niet gebruikte rechtsgang betrof overigens een rechtsgang die, naar huidige maatstaven, als niet met voldoende waarborgen omkleed moet worden gekarakteriseerd. Nog daargelaten of en, zo ja, welke gevolgen nu zouden worden verbonden aan het passeren van de Voorzitter, als die voorziening nog zou bestaan, zou thans van formele rechtskracht derhalve geen sprake zijn. In het arrest Heesch-Van de Akker overweegt de Hoge Raad:

> 'Wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan, dient de burgerlijke rechter, indien deze rechtsgang niet is gebruikt, ingeval de geldigheid van de beschikking in het voor hem gevoerde geding in geschil is, ervan uit te gaan dat die beschikking zowel wat betreft haar wijze van totstandkoming als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen.
>
> […]

38 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723, m.nt. M. Scheltema.

39 Onder andere: Polak 2009, maar ook – zonder uitputtend te willen zijn – Gelpke 2006, p. 2-3, en Kortmann 2009 p. 236, zien dit arrest als het startpunt van de (erkenning van de) leer van de formele rechtskracht (door de civiele rechter). Scheltema spreekt van een 'belangrijke stap' (Scheltema 2009).

40 HR 19 november 1976, *NJ* 1979/216, zie ook: HR 4 februari 1983, *NJ* 1985/21, en HR 22 november 1985, *NJ* 1986/722, alle m.nt. M. Scheltema.

> Dit beginsel geldt ook dan, indien dit de burgerlijke rechter ertoe zou nopen aan zijn uitspraak de rechtsgeldigheid ten grondslag te leggen van een beschikking, waarvan als vaststaand mag worden aangenomen dat zij, als daartegen tijdig administratiefrechtelijk beroep zou zijn ingesteld, zou zijn vernietigd'.

Uit voormelde overweging wordt duidelijk dat de door de civiele rechter aangenomen rechtmatigheid van het besluit niet het gevolg is van enige toetsing daarvan door een rechter(lijke instantie), maar louter een fictie betreft. Kortmann spreekt in dit verband over de 'rechtmatigheidsfictie'. Hij stelt voor, in het geval van een rechtmatigheidsfictie ten aanzien van een besluit in schadeprocedures te spreken over 'de leer van de formele rechtskracht' die het gevolg is van het in rechte onaantastbaar worden van dat besluit.[41]

Hoewel ik sympathie heb voor zijn wens te komen tot een zuivering en eenvormig gebruik van terminologie, in het bijzonder wat betreft de categorieën die hij aanduidt als *ontvankelijkheidsleer van de civiele rechter* en *leer van de formele rechtskracht*, vraag ik mij af of het gebruik van de term formele rechtskracht als verzamelterm niet zodanig ingeburgerd is dat een wijziging daarin eerder tot verwarring dan tot verduidelijking zal leiden. Dit laat uiteraard onverlet dat in het oog moet worden gehouden dat achter de term formele rechtskracht verschillende, van elkaar te onderscheiden, grootheden schuil gaan. Naast de al genoemde categorieën onderscheidt Kortmann ook de categorie *bindende kracht van de rechterlijke uitspraak op een vernietigingsberoep*, waarin de kracht van gewijsde van de uitspraak van de bestuursrechter aan de orde is.[42]

3.1.6.3 Grondslagen en uitgangspunten

Aan het beginsel van de formele rechtskracht liggen – kort gezegd – drie uitgangspunten ten grondslag:

- toetsing van besluiten heeft de wetgever opgedragen aan de bestuursrechter (specialisatiegedachte);
- tegenstrijdige uitspraken tussen de civiele rechter en de bestuursrechter over hetzelfde besluit/dezelfde bestuurshandeling moeten worden voorkomen;
- de rechtszekerheid vergt dat niet te lang twijfel bestaat over de rechtsgeldigheid van een besluit.

41 Kortmann 2009, p. 240-244.

42 Zie over begripsverwarring in het kader van de formele rechtskracht ook: Van Ettekoven 2006, p. 10-23.

Met Kortmann meen ik dat het streven naar een *doelmatige taakverdeling* tussen de civiele en bestuursrechter – wellicht in retrospectief – de belangrijkste reden voor de door de Hoge Raad gekozen benadering is, waarin de eerste twee hiervoor onderscheiden uitgangspunten samenvloeien. Ook de jurisprudentie biedt daarvoor aanknopingspunten. In het arrest Kaveka overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld:

> 'Deze in verscheidene arresten van de Hoge Raad tot uitdrukking gebrachte regel berust op de gedachte van een doelmatige taakverdeling, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat ten aanzien van overheidsbesluiten de beslissing omtrent de vraag of het besluit jegens een belanghebbende als onrechtmatig moet worden aangemerkt, in een administratiefrechtelijke procedure wordt genomen.'[43]

Daarvan uitgaande, zou betoogd kunnen worden dat de doelmatige taakverdeling tussen civiele rechter en bestuursrechter het overkoepelende begrip is, waaronder zowel de leer van de formele rechtskracht, de ontvankelijkheidsleer van de civiele rechter, als de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter valt.[44] De door de Hoge Raad gehanteerde benadering voor besluiten tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift waarover de bestuursrechter zich naar aanleiding van een exceptief verweer heeft uitgelaten en waarvoor de leer van de formele rechtskracht per definitie niet geldt, omdat tegen algemeen verbindende voorschriften geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld, kan in dit systeem worden geplaatst. Op deze benaderingswijze ga ik later uitgebreider in.

Door doelmatigheid van de taakverdeling onomwonden voorop te stellen neemt ook het gewicht af van de bezwaren tegen het tegenwerpen van de formele rechtskracht, die betrekking hebben op de rechtvaardigheid van de uitkomst. Als de civiele rechter de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg aanmerkt als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, moet hij ook het vertrouwen hebben dat binnen die rechtsgang in alle gevallen een rechtvaardige uitkomst wordt bereikt. Een uitkomst die recht doet aan de belangen van alle betrokkenen. Of een rechtsgang naar het oordeel van de civiele rechter met voldoende waarborgen omkleed is, kan hij niet afhankelijk stellen van het antwoord op de vraag of die rechtsgang in een concreet geval leidt tot dezelfde uitkomst als hij zelf voorstaat.

3.1.6.4 Uitzonderingen

Ook voor het beginsel van de formele rechtskracht geldt dat er geen regel is zonder uitzonderingen. Nadat de Hoge Raad in Heesch-Van de Akker het in zekere zin imperatieve uitgangspunt had verwoord, volgde in hetzelfde arrest ook de uitzondering(smogelijkheid):

---

43 HR 19 juni 1998, *AB* 1998/416, m.nt. Th.G. Drupsteen.

44 Zie ook: G.A. van der Veen bij HR 17 september 2010, *AB* 2011/19.

> 'De daaraan verbonden bezwaren kunnen evenwel door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat op dat beginsel een uitzondering moet worden aanvaard. Of voor zulk een uitzondering plaats is, hangt bijgevolg af van de bijzonderheden van het gegeven geval.'

Bij het aanvaarden van uitzonderingen op elke regel dient naar zijn aard terughoudendheid te worden betracht.[45] Elke uitzondering doet immers afbreuk aan de rechtszekerheid. Dit klemt te meer, indien het uitzonderingen betreft die bepalen tot welke rechter een rechtzoekende zich dient te wenden, indien hij van mening is dat een bestuursorgaan hem onrecht heeft aangedaan. Kenmerkend van dergelijke regels is immers dat het niet op juiste wijze volgen ervan voor de rechtzoekende doorgaans fatale gevolgen heeft.

Zoals Gelpke terecht opmerkt, is van bijkomende omstandigheden op grond waarvan een uitzondering op voormelde regel moet worden gemaakt in elk geval geen sprake, indien deze in feite neerkomen op bezwaren tegen de regel zelf.[46] Louter op grond van de hiervoor geciteerde overweging, waarin de Hoge Raad de nadruk heeft gelegd op de omstandigheden van het geval, zou ook de indruk kunnen ontstaan dat het aanvaarden van uitzonderingen op het beginsel van de formele rechtskracht een kwestie is van – zij het bij wijze van uitzondering positieve – *Einzelfallgerechtigkeit* en dat voor uitzonderingen met een categoriaal karakter geen plaats is.[47] Voor de zogenoemde zelfstandige schadebesluiten heeft de Hoge Raad echter wel degelijk een categoriale uitzondering aangenomen.[48] Ik zal deze categorie verder onbesproken laten, mede omdat door de inwerkingtreding per 1 juli 2013 van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten het belang ervan zal afnemen.[49] De andere uitzondering met een categoriaal karakter betreft de formele rechtskracht en het niet-tijdig beslissen, die hierna aan de orde komt.

---

45 HR 9 september 2005, *NJ* 2006/93, m.nt. M.R. Mok. Zie ook: F.J. van Ommeren bij HR 19 december 2008, *AB* 2010/147, en de conclusie van de A-G voor HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/504, m.nt. M.R. Mok.

46 Gelpke 2006, p. 2.

47 Zie in deze zin ook Koopmans die in zijn conclusie bij HR 13 november 1992, *NJ* 1993/639, m.nt. M. Scheltema, opmerkte: 'Voor een zelfstandig oordeel van de burgerlijke rechter is slechts plaats in individuele gevallen, waarin de belanghebbende door toedoen van het overheidsorgaan een onrecht is aangedaan dat onevenredig groot is in verhouding tot het belang om, ter wille van cohesie van de rechtsorde, de bestaande competentieverdelingen te eerbiedigen'. Zie ook: Mok & Tjittes, p. 386-387.

48 Zie onder meer: Van Buuren, p. 475-483, en Schlössels & Zijlstra, p. 1405-1406.

49 Stb. 2013, 50 (iwtr. Stb. 2013, 162). De rol van de bestuursrechter is overigens niet geheel uitgespeeld, aangezien de Wet nadeelcompensatie (nog) niet van toepassing is in belastingzaken. Zie hierover: Verheij 2013. Ook voor vreemdelingenzaken geldt een uitzonderingsregeling (artikel 72a van de Vw 2000) op grond waarvan de bestuursrechter, ongeacht de hoogte van de vordering bij uitsluiting bevoegd is voor verzoeken om schadevergoeding die een vreemdeling lijdt als gevolg van een onrechtmatige handeling van een bestuursorgaan ten aanzien van deze vreemdeling als zodanig.

Toepassingsbereik

Het overgrote deel van de jurisprudentie van de Hoge Raad over het beginsel van de formele rechtskracht en in het bijzonder de vraag of en, zo ja, welke uitzonderingen daarop kunnen worden gemaakt, dan wel wanneer dit beginsel niet wordt tegengeworpen, betreft gevallen waarin een rechtzoekende geen gebruik heeft gemaakt van een voor hem openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang, als gevolg waarvan het besluit in rechte onaantastbaar is geworden en wat betreft zowel de inhoud, als wijze van totstandkoming als rechtens juist heeft te gelden. Het betreft dan de formele rechtskracht in de klassieke betekenis.

Door het ontbreken van een uitspraak van de bestuursrechter is deze categorie voor dit onderzoek eigenlijk zonder betekenis. Dit onderzoek betreft immers de vraag naar de gebondenheid van een rechter aan een eerdere uitspraak van een collega-rechterlijke instantie. Toch wil ik aan deze categorie niet voorbijgaan. Zoals ik eerder opmerkte, wordt immers in elk geval in de jurisprudentie, maar ook in de literatuur niet steeds een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de verschillende grootheden die schuilgaan achter de formele rechtskracht. Voorts kan – hoewel onzuiver – worden betoogd dat een besluit (ook) formele rechtskracht heeft verkregen, omdat het niet door de bestuursrechter is vernietigd. In dit verband wordt in navolging van Mok en Tjittes ook wel de term 'oneigenlijke formele rechtskracht' gebruikt.[50]

Naar mijn mening leidt ook dit gebruik echter eerder tot vermindering dan vergroting van het begrip van een op zichzelf duidelijke regel. In het geval een rechtzoekende zich – zij het tevergeefs – tot de bestuursrechter heeft gewend, is het immers niet zozeer de formele rechtskracht van het besluit, die gerelateerd is aan het níet gebruiken van een wel openstaande bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg, die de civiele rechter tot terughoudendheid noopt, als wel het gegeven dat een bestuursrechter in een met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang een onherroepelijk oordeel heeft gegeven over de rechtmatigheid van het besluit. Juister lijkt het dan ook in navolging van onder andere Kortmann in dit verband te spreken van de *leer van de bindende kracht van een rechterlijke uitspraak*.[51] Wat hiervan ook zij, er bestaat onmiskenbaar samenhang tussen de leer van de formele rechtskracht enerzijds en die van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter anderzijds. Ik zal derhalve ook op deze categorie ingaan.

De verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter is het duidelijkst zichtbaar, indien een rechtzoekende heeft gebruikgemaakt van een hem ten dienste staande rechtsgang bij de bestuursrechter en zich vervolgens bij wijze van herkansing ook tot de civiele rechter wendt. Dit is het geval waarop de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter betrekking heeft. In deze categorie doet zich de vraag naar de gebondenheid

50 Mok & Tjittes, p. 383-404.

51 Zie hiervoor onder andere: Gelpke 2007, p. 155, Polak 2008, p. 102, en Kortmann 2009, p. 244.

van de civiele rechter aan een uitspraak van zijn bestuursrechtelijke collega ook het meest gevoelen. Indien een rechtzoekende zich bij wijze van de herkansing tot de civiele rechter wendt, geldt het in het arrest Heesch-Van de Akker neergelegde uitgangspunt.[52] Twee situaties kunnen daarbij worden onderscheiden, te weten het geval waarin de rechtzoekende bij de bestuursrechter wel, en het geval waarin hij daar niet het gewenste resultaat heeft bereikt.

Geen uitzondering op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter?

In het geval de rechtzoekende heeft gebruikgemaakt van een bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheid zijn er twee mogelijke uitkomsten: de bestuursrechter vernietigt het besluit, of niet. Indien vernietiging de uitkomst van de bestuursrechtelijke rechtsgang is, dan leidt de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter ertoe dat onrechtmatigheid ervan voor de civiele rechter een gegeven is.[53] Het besluit wordt geacht van meet af aan onrechtmatig te zijn geweest. Of de vordering van de rechtzoekende vervolgens voor toewijzing in aanmerking komt, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of ook wordt voldaan aan de overige vereisten die het civiele recht daaraan stelt.[54] Voor zover ik kan overzien, maakt de civiele rechter op dit uitgangspunt ten gunste van het besluitnemend bestuursorgaan geen uitzondering.[55] Wat betreft de rechtzoekende bestaat voor het aannemen van een uitzondering hoe dan ook geen grond; deze heeft van de bestuursrechter immers reeds gekregen waarom hij verzocht.

De tweede situatie betreft het geval waarin de rechtzoekende gebruik maakt van de voor hem openstaande bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg, maar dit niet leidt tot het daarmee gewenste resultaat. Bijvoorbeeld omdat de bestuursrechter van oordeel is dat geen besluit voorlag, zodat er voor hem geen taak is weggelegd, of omdat het besluit in stand blijft. Ook in dit geval dient de civiele rechter uit te gaan van de bindende kracht van de uitspraak van de bestuursrechter.[56] In navolging van de Hoge Raad – maar, zoals hiervoor opgemerkt, mijns inziens ten onrechte – wordt ook in dit verband wel gesproken over formele rechtskracht.[57] Uit het arrest Aharchi-Bedrijfsvereniging volgt dat de leer van de bindende kracht van uit-

52 HR 7 april 1995, *NJ* 1997/166, m.nt. M. Scheltema, HR 21 april 1995, *RvdW* 1995/98 en HR 2 juni 1995, *NJ* 1997/164, m.nt. M. Scheltema.

53 Zie onder meer: HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/669, m.nt. J.A. van Borman, en HR 31 mei 1991, *NJ* 1993/112, m.nt. C.J.H. Brunner. Ik laat hierbij eventuele complicaties die worden veroorzaakt doordat voor de bestuursrechter de beslissing op bezwaar en niet het primaire besluit ter toetsing voorligt buiten beschouwing, zie hierover: HR 20 februari 1998, *AB* 1998/231, m.nt. Th.G. Drupsteen. Zie ook: Kortmann 2006, p. 111-138, en Kortmann 2009, p. 240.

54 Zie ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1417-1420.

55 Zie voor een beschrijving van tevergeefs beproefde uitzonderingen: Mok & Tjittes, p. 390-393.

56 Zie ook: Kortmann 2009, p. 240-241, en Van den Broek & Hoekveld, p. 4.

57 Bijvoorbeeld: Mok & Tjittes, p. 384, en Van der Veen 2009, p. 3.

spraken van de bestuursrechter ook geldt, indien de bestuursrechter wel heeft geconstateerd dat aan het besluit gebreken kleven, maar die voor hem geen grond voor vernietiging vormen.[58]

In het aan dat arrest ten grondslag liggende geval had de bevoegde bestuursrechter in het kader van een door Aharchi ingesteld beroep geconstateerd dat aan dat besluit een gebrek kleefde, omdat het op onjuiste feitelijke informatie over de mate van arbeidsongeschiktheid van Aharchi bleek te berusten. Op basis van in beroep alsnog naar voren gebrachte informatie verklaarde de bestuursrechter het beroep toch ongegrond. In het kader van een schadevergoedingsactie voor de civiele rechter betoogde Aharchi dat de bestuursrechter het besluit formeel weliswaar niet had vernietigd (het beroep was immers ongegrond verklaard), maar materieel wel, door in de overwegingen tot uitdrukking te brengen dat aan het besluit een gebrek kleefde. Het belang van Aharchi een vernietiging te construeren was evident, aangezien een vernietiging van een besluit door de bestuursrechter er, zoals gezegd, toe leidt dat de civiele rechter uitgaat van de onrechtmatigheid van het besluit. De Hoge Raad overwoog:

> 'Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. Vooreerst gaat het ten onrechte ervan uit dat een beslissing 'inhoudelijk' onjuist is op de enkele grond dat zij in beroep op andere gronden in stand wordt gelaten. Voorts wil het een onaanvaardbare uitbreiding geven aan de vóór het in werking treden van de Algemene wet bestuursrecht in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde regel die erop neerkomt dat indien een overheidsorgaan een beschikking neemt en handhaaft, die vervolgens door de rechter wordt vernietigd, moet worden aangenomen dat het orgaan onrechtmatig heeft gehandeld alsmede dat het de voor aansprakelijkheid deswege vereiste schuld heeft. De bepleite uitbreiding zou tot een onaanvaardbare onzekerheid ten aanzien van de rechtmatigheid van beschikkingen leiden en zou ook niet verenigbaar zijn met het beginsel 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). Een beschikking die in beroep in stand blijft, behoudt haar rechtskracht; wanneer de beschikking op andere dan de daaraan ten grondslag gelegde gronden in stand wordt gelaten en uit de uitspraak blijkt dat de rechter de aan de beschikking ten grondslag gelegde gronden onjuist oordeelt, is dat enkele feit voor de burgerlijke rechter onvoldoende om haar als onrechtmatig aan te merken'.

Deze benadering van de Hoge Raad heeft voor de praktijk een steeds grotere betekenis. In de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties is namelijk al langer een tendens waarneembaar steeds vaker te willen komen tot definitieve geschilbeslechting, onder meer door het achterwegelaten van vernietigingen van besluiten die weliswaar leiden tot een nieuw 'rondje om de kerk' (= een nieuwe besluitronde waarvan op voorhand vaststaat of aannemelijk is dat dat niet tot een ander besluit zal leiden).[59]

---

58 HR 2 juni 1995, *NJ* 1997/164; zie ook: HR 19 juni 1998, *NJ* 1998/869, beide m.nt. M. Scheltema.

59 Zie hierover uitgebreid: Polak 2011, p. 2-9.

Deze tendens heeft de wetgever ook ondersteund. Met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht is in de Algemene wet bestuursrecht uitdrukkelijk vermeld dat de bestuursrechter het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief beslecht (artikel 8:41a). Voorts biedt artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht ruimere mogelijkheden om vernietiging van een besluit waaraan een gebrek kleeft achterwege te laten. Tot de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht was deze mogelijkheid nog beperkt tot schending van vormvoorschriften; thans is voor het achterwege laten van de vernietiging slechts vereist dat aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.[60] Gevolg van deze verruiming is dat de bestuursrechter steeds vaker beroepen tegen besluiten ongegrond zal verklaren, ondanks dat aan die besluiten gebreken kleven die ook heel wel aanleiding voor vernietiging hadden kunnen zijn en voorheen ook tot vernietiging hadden geleid. Indien als toepassingsvereiste geldt dat de rechtzoekende door de geconstateerde schending niet is benadeeld, noopt dit wat mij betreft niet tot een andere benaderingswijze dan de Hoge Raad heeft gevolgd in het arrest Aharchi.[61] Hetgeen Advocaat-Generaal Koopmans in zijn conclusie heeft opgemerkt, geldt mijns inziens ook voor de tendens van verruimde finale geschillenbeslechting:

> 'Het is moeilijk te ontkennen dat het antwoord van het Hof op de door Aharchi in appel voorgedragen grief juist is. Het probleem dat overblijft is of dit antwoord ook afdoende is, nu de bedrijfsvereniging in haar tenslotte gehandhaafde beslissing van andere veronderstellingen omtrent de gezondheidstoestand van de werknemer is uitgegaan dan de administratieve rechter die het daartegen gerichte beroep verwierp.
>
> Het lijkt mij echter niet dat aan dit soort verschil in waardering consequenties kunnen worden verbonden voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De jurisprudentie over de bijzondere aansprakelijkheid van overheidslichamen na vernietigde beschikking mag in concreto niet altijd tot bevredigende resultaten leiden (een overheidsorgaan wordt geacht 'schuldig' te zijn aan onrechtmatig handelen al kon het destijds niet beter weten), zij vertoont twee kenmerken waaraan zij haar bestaansrecht ontleent: zij schept een grote mate van zekerheid en zij bakent de wederzijdse competenties van burgerlijke en administratieve rechter nauwkeurig af. Die zekerheid zou verloren gaan wanneer de burgerlijke rechter er niet alleen op zou letten of de overheidsbeschikking al dan niet in beroep is vernietigd, maar daarnaast zou nagaan of de redeneringen van het bestuursorgaan en van de administratieve rechter wel concordant zijn. En in het laatste geval is van terreinafbakening tussen de beslissingen van burgerlijke en administratieve rechter in het geheel geen sprake. Bovendien zou het juist in strijd zijn met het, op de leer van de formele rechtskracht steunende, uitgangspunt van het bijzondere aansprakelijkheidsregime als men op de inhoud van de beschikking zou letten. Dit uitgangspunt is immers dat in beginsel een

60 Zie het voorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht (Wet aanpassing bestuursprocesrecht), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 2. Zie voor de toepassingsmogelijkheden van artikel 6:22 van de Awb en het (informeel) passeren van – vorm – gebreken: Schlössels & Zijlstra, p. 1218-1221, en Schreuder-Vlasblom 2013, p. 895-905. Zie over het gewijzigde artikel 6:22 van de Awb ook: Rop, p. 26-28, en Jurgens.

61 Zo ook: Kortmann 2006, p. 140.

> beschikking rechtmatig moet worden geacht indien geen beroep is ingesteld of indien een ingesteld beroep ongegrond is bevonden, wat de inhoud van die beschikking ook moge wezen, en dat die beschikking jegens de betrokkene onrechtmatig is als zij in beroep is vernietigd, zelfs al zou die beschikking naar het oordeel van de burgerlijke rechter juist zijn.'

De vraag rijst of dit anders is of zou moeten zijn, indien de wetgever of de bestuursrechter het toepassingsbereik van artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht zodanig uitbreidt dat deze bepaling ook van toepassing is, indien de door de bestuursrechter geconstateerde schending de rechtzoekende wél benadeelt. Anders dan Kortmann meen ik dat deze vraag ontkennend zou moeten worden beantwoord, in elk geval zolang sprake is van een discretionaire bevoegdheid van de bestuursrechter.[62] Aanwending van die bevoegdheid veronderstelt dan immers al een afweging van het belang van de rechtzoekende bij een vernietiging van het besluit tegen de andere belangen, waaronder het belang van finale geschilbeslechting. Aangenomen moet worden dat de bestuursrechter daarbij de gevolgen van zijn uitspraak voor de mogelijkheden van de rechtzoekende langs civiele weg schadevergoeding te verkrijgen mede in aanmerking heeft genomen.[63] Om dezelfde redenen als hiervoor door Koopmans gegeven, dient de civiele rechter het – al dan niet na toepassing van een (in)formele bestuurlijke lus gegeven – oordeel van de bestuursrechter te respecteren dat aan het besluit weliswaar gebreken kleven, maar dat die niet van dien aard zijn dat zij tot vernietiging van het besluit nopen.[64] De leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter geldt derhalve onverkort (of wellicht beter: ook), indien een bestuursrechtelijke rechtsgang wel is gebruikt, maar – uiteindelijk – niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid.[65]

Of toch wel? Formele rechtskracht en schending van fundamentele rechtsbeginselen
Op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter heeft de Hoge Raad slechts één uitzondering aanvaard. Het betreft het geval dat, hoewel de bestuursrechtelijke procedure in algemene zin weliswaar met voldoende waarborgen is omkleed, in het concrete geval desalniettemin sprake is van een schending van fundamentele rechtsbeginselen, waardoor niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.[66] Op het eerste gezicht lijkt het aanvaarden van deze uitzondering logisch: het kan toch niet zo zijn dat de uitkomst van een procedure aan een rechtzoekende wordt tegengeworpen, indien in die procedure sprake is geweest van een schending van fundamentele rechtsbeginselen, zoals het beginsel van hoor en wederhoor! In zijn noot onder het arrest van

62 Kortmann 2006, p. 140.
63 Polak 2011.
64 Zie over formele en informele lussen: Koenraad & Verbeek.
65 Zie ook: Van Angeren, p. 89-92.
66 HR 7 mei 2004, *AB* 2004/439, m.nt. G.A. van der Veen, in welk geval de uitzondering overigens niet werd aangenomen.

7 mei 2004 noemt Van der Veen een aantal gevallen waarin het aannemen van de uitzondering – althans in zijn optiek – aangewezen zou kunnen zijn.

Men kan zich evenwel afvragen of het aanvaarden van uitzonderingen ook logisch is, als in aanmerking wordt genomen dat één van de vereisten voor het aannemen van formele rechtskracht nu juist is dat de bestuursrechterlijke rechtsgang met voldoende waarborgen omkleed is. Is hieraan niet inherent dat moet worden aangenomen dat *binnen* die rechtsgang steeds een oplossing kan worden geboden, indien het in een concreet geval misgaat? Voorts is het in elke zaak mogelijk gemotiveerd te betogen dat de bestuursrechter fundamentele rechtsbeginselen heeft geschonden. Zeker in het geval de gestelde schending verweven is met het materiële geschil, kan beoordeling ervan de civiele rechter nopen tot een herbeoordeling van de bestuursrechtelijke procedure om aan de hand daarvan tot de slotsom te komen of van een schending van fundamentele rechtsbeginselen al dan niet sprake is geweest. Daarmee wordt het bouwwerk van de formele rechtskracht, dat is opgericht om door middel van een doelmatige taakverdeling tussen de bestuursrechter en civiele rechter tegenstrijdige uitspraken te voorkomen en de rechtszekerheid te dienen, in zijn fundamenten aangetast. In zekere zin verwordt de civiele procedure dan tot een hogerberoeprechtsgang die openstaat nadat de bestuursrechtelijke rechtsgang is afgerond zonder dat het door de rechtzoekende gewenste resultaat is bereikt.[67] Met de kanttekening dat de civiele procedure allereerst in drie instanties over de vraag gaat of de door de wetgever aangewezen (hoogste) bestuursrechter bij de behandeling van het (hoger) beroep in strijd met fundamentele rechtsbeginselen heeft gehandeld.[68]

Met Kortmann, die in dit verband spreekt van een 'vergissing', zie ik de toegevoegde waarde van deze uitzondering niet.[69] Indien de rechtzoekende meent dat de (hoogste) bestuursrechter fundamentele rechtsbeginselen heeft geschonden, kan hij de Staat aansprakelijk stellen wegens onrechtmatige rechtspraak en langs die weg trachten financieel rechtsherstel te verkrijgen. De drempel daarvoor is even hoog (of laag) als de Hoge Raad in voormeld arrest van 7 mei 2004 heeft gesteld voor het maken van een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht. Voor beide geldt de eis dat sprake moet zijn van zodanige schending van fundamentele rechtsbeginselen door de bestuursrechter dat daarmee niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.[70] Daarnaast kan hij bij de bestuursrechter om herziening of vervallenverklaring van de uitspraak vra-

67 Zie in deze zin ook: C.N.J. Kortmann in zijn noot onder het arrest van 7 mei 2004 in *JBPr* 2005/1.

68 Zie ook: Scheltema 2009, paragraaf 3.4, die voor deze uitzondering slechts toepassingsmogelijkheden ziet in het geval de schending is gepleegd door één van de hoogste bestuursrechterlijke instanties, aangezien anders binnen de bestuursrechtelijke kolom nog redres mogelijk is.

69 Kortmann 2006, p. 166.

70 Zie ook: C.N.J. Kortmann bij HR 7 mei 2004, *JBPr* 2005/1, en Kortmann 2009, p. 239.

gen. In dit licht bezien verbaast het mij niet dat de gemaakte uitzondering vooralsnog een theoretische is gebleken. Het is goed rechterlijk gebruik bij de ontwikkeling of het vinden van een algemeen rechtsbeginsel een uitweg open te houden voor onvoorziene gevallen, zodat 'omgaan' zoveel mogelijk kan worden vermeden.[71] Vanuit die optiek heb ik er begrip voor dat de Hoge Raad ook de rechtzoekende die zonder succes een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft doorlopen niet zonder meer heeft willen overleveren aan de bestuursrechter. De gekozen uitweg heeft echter een dermate beperkte betekenis dat die de daarmee gemaakte – zij het in de praktijk vooralsnog slechts theoretische – inbreuk op het systeem niet rechtvaardigt.

Het zou dan ook mijn voorkeur hebben op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter geen uitzonderingen te aanvaarden. Daarmee is niet alleen een doelmatige taakverdeling tussen de bestuurs- en civiele rechter, maar ook de rechtszekerheid voor rechtzoekenden gediend. Indien het de rechtzoekende niet zozeer gaat om een financiële tegemoetkoming, maar om de principiële vaststelling dat de (hoogste) bestuursrechter fundamentele rechtsbeginselen heeft geschonden, staat voor hem in het uiterste geval altijd nog de weg naar Straatsburg open.[72] Ik zal deze uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht verder onbesproken laten.

Uitzonderingen indien bestuursrechter niet is geadieerd

De Hoge Raad is – terecht – terughoudend bij het aanvaarden van uitzonderingen op het beginsel van de formele rechtskracht, indien een rechtzoekende een hem ten dienste staande bestuursrechtelijke rechtsgang weliswaar heeft benut, maar daarin niet het gewenste resultaat heeft bereikt. Ruimhartiger is hij geweest bij het aanvaarden van uitzonderingen waar het rechtzoekenden betreft die hebben nagelaten zich tot de bestuursrechter te wenden.[73] Het betreft de gevallen waarin een rechtzoekende die zich wendt tot de civiele rechter naar aanleiding van een door de wederpartij gevoerd verweer door de civiele rechter wordt tegengeworpen dat een besluit formele rechtskracht heeft verkregen en derhalve wat betreft wijze van totstandkoming en inhoud voor rechtmatig moet worden gehouden. Zoals gezegd, betreft het overgrote deel van de jurisprudentie waarin doorbreking van het beginsel van de formele rechtskracht aan de orde is, deze categorie. Doordat een uitspraak van de bestuursrechter ontbreekt, is deze categorie voor dit onderzoek het minst van belang. Voor een goed overzicht en begrip van het beginsel van de formele rechtskracht kan aan deze categorie echter niet helemaal worden voorbijgegaan.

71 Zie ook: Drion 2014.

72 Zie in dit kader ook de noot van T. Koopmans bij HR 17 december 2004, *NJ* 2005/152.

73 Niet alles wat op het eerste gezicht een uitzondering lijkt, is dat ook. Zie voor een overzicht hiervan: Van Angeren, p. 55-77. Zie ook Kortmann 2009, p. 247-250, die maar twee uitzonderingen onderscheidt.

Betoogd zou kunnen worden dat de Hoge Raad té ruimhartig is geweest. Aan een beginsel dat zo principieel is ingezet als de formele rechtskracht is, zoals hiervoor opgemerkt, immers inherent dat het maken van uitzonderingen slechts zeer beperkt mogelijk is zonder afbreuk aan de regel zelf te doen. Dit uitgangspunt hanteert de Hoge Raad ook, zoals ik hiervoor aangaf. Dit klemt temeer, indien toepassing van een uitzondering in belangrijke mate afhankelijk is van de beantwoording van feitelijke vragen; vragen die nu juist aan de cassatierechter, die op de uniforme toepassing van het beginsel van de formele rechtskracht zou moeten toezien, zijn onttrokken. Ook ik acht het nastrevenswaardig geen afbreuk te doen aan de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid en zo mogelijk te voorkomen dat de rechtzoekende tussen wal en het schip valt. Anders dan Mok en Tjittes betogen, zal dat mijns inziens als het erop aankomt (en de civiele rechter dus geen mogelijkheden voor een pragmatische oplossing ziet), moeten sneven ten behoeve van het streven tegenstrijdige uitspraken tussen de civiele en bestuursrechter te voorkomen.[74] In dat geval is het individueel belang van de rechtzoekende ondergeschikt aan het algemeen belang dat is gediend met een coherente en consistente jurisprudentie. Voor de rechtsbescherming van de rechtzoekende in bestuursrechtelijke context is immers in de eerste plaats de bestuursrechter en niet de civiele rechter verantwoordelijk. Daarvan uitgaande moet – het zij herhaald – ook door de Hoge Raad erop worden vertrouwd dat de bestuursrechter in alle gevallen tot een voor alle betrokkenen rechtvaardige uitkomst komt. De burger is ook het meest gediend met *hard and fast rules*, zodat het risico dat hij met voor zijn rechtsbescherming fatale gevolgen op het verkeerde paard wedt, zo klein mogelijk is. Een kanttekening is hierbij echter op zijn plaats.

Formele rechtskracht en niet-belanghebbenden

Aan een rechtzoekende voor wie geen bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg open staat of heeft gestaan, werpt de Hoge Raad de formele rechtskracht niet tegen. Of, zoals de Hoge Raad in het arrest Stichting 'the European Club Support Foundation-Rijnmond' overwoog:

> 'De eisen van een doeltreffende rechtsbescherming van de burger tegen de overheid laten niet toe, ook niet met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, dat de formele rechtskracht van het […] besluit evenzeer zou gelden indien de bestuursrechter weliswaar reeds over de rechtmatigheid van een besluit heeft geoordeeld, maar dit is gebeurd in een procedure waaraan de eerdergenoemde partij bij gebreke van het rechtens relevante belang niet heeft kunnen deelnemen. Het nochtans ten nadele van die partij aannemen van formele rechtskracht van het besluit in een dergelijk geval zou, gelijk het Hof terecht […] tot uitdrukking heeft gebracht, tot het niet aanvaardbare gevolg leiden dat de genoemde partij zelf de grondslag van haar vordering noch door de bestuursrechter noch door de burgerlijke rechter zou kunnen laten beoordelen.'[75]

74 Mok & Tjittes, p. 383.

75 Zie bijvoorbeeld: HR 3 februari 2006, *AB* 2006/225, m.nt. G.A. van der Veen. Zie ook: Van Ettekoven 2006, p. 20.

Dit is geen louter theoretische categorie. De bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg staat, tenzij een bijzondere wet een afwijkende regeling bevat, ingevolge artikel 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht immers slechts open voor belanghebbenden als bedoeld in artikel 1:2 van die wet. De jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties schommelt in de loop der tijd bezien tussen een restrictieve(re) en een ruimhartige(r) uitleg van het belanghebbendebegrip, zodat rechtzoekenden én de civiele rechter daarop niet altijd even goed kunnen anticiperen.[76] Evenmin is ondenkbaar dat die jurisprudentie wijzigt nadat de civiele rechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan, maar het hoger beroep nog aanhangig is.

Voor beantwoording van de vraag wie belanghebbende bij een beroep tegen een besluit is, is in beginsel de situatie in de bestuurlijke fase bepalend. De kring van belanghebbenden wordt uiterlijk in de bezwaarfase bepaald. Indien iemand daarna, bijvoorbeeld door het sluiten van een overeenkomst, in een positie komt waarin hij door het besluit rechtstreeks in zijn belangen wordt getroffen, verkrijgt hij daarmee niet alsnog de status van belanghebbende.[77] Dit ligt mogelijk anders, indien een rechtzoekende op grond van vaste bestuursrechtelijke jurisprudentie in de bestuurlijke fase geen belanghebbende was, maar dat als gevolg van een omgaan van de bevoegde hoogste bestuursrechter daarna wel wordt. Of iemand belanghebbende is of niet, berust immers op een uitleg van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht. Een wijziging of nuancering in deze uitleg wordt, behoudens eventueel rechterlijk overgangsrecht, vanaf het moment van omgaan met terugwerkende kracht geacht het geldende recht weer te geven. In zo'n geval was de rechtzoekende, in retrospectief bezien, daarmee in de bestuurlijke fase wél belanghebbende, zij het dat hem (wellicht?) niet kan worden verweten toen geen rechtsmiddelen te hebben aangewend.

Mij is geen jurisprudentie van één van de hoogste bestuursrechterlijke instanties bekend, waarin deze problematiek uitdrukkelijk aan de orde was. Het in een dergelijk geval alsnog ontvangen van een rechtzoekende die in de eerste ronde in het geheel niet in beeld was, kan uit oogpunt van rechtszekerheid van derden wel vragen oproepen. Dit leidt er immers toe dat onder omstandigheden jaren na het in rechte onaantastbaar worden van het besluit door een voor de rechtzoekende van het (hoger) beroep negatieve uitspraak van de bestuursrechter de zaak weer open komt te liggen. Het is mijns inziens evenwel aan de bestuursrechter en niet de civiele rechter daarvoor een aan alle belangen recht doende, passende oplossing te vinden.

Uit het arrest van het gerechtshof Den Haag in de SGP-zaak kan worden afgeleid dat de ontvankelijkheid van een rechtzoekende bij de civiele rechter in gevaar komt, indien hij in eerste aanleg door de bestuursrechter niet als

76 Zie voor een nadere uitwerking van – de ontwikkeling van – het belanghebbende-begrip: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 215-254, Schlössels & Zijlstra, p. 177-209, en Van Ettekoven 2011-2, p. 301-302. Zie over de betekenis van het belanghebbende-begrip voor de ontvankelijkheid bij de civiele rechter: Van Angeren, p. 29-39.

77 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 215.

belanghebbende was aangemerkt en dus niet aan de procedure kon deelnemen, maar door de hogerberoepsinstantie alsnog als belanghebbende tot de procedure wordt toegelaten.[78] De toelating door de Afdeling bestuursrechtspraak van – onder andere – de stichting Proefprocessenfonds Clara Wichmann had tot gevolg dat voor haar bij de bestuursrechter 'een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstond om haar opvatting, dat de SGP geen subsidie mag worden verleend, aan de rechter voor te leggen'. Dit leidde tot een gedeeltelijke niet-ontvankelijkverklaring van de stichting bij de civiele rechter, namelijk voor zover de vordering ertoe strekt dat de Staat de subsidie van de SGP op grond van de Wet subsidiëring politieke partijen beëindigt. In die zaak speelden overigens geen termijnperikelen bij de bestuursrechter, aangezien de rechtzoekende tijdig getracht had zich in de bestuursrechtelijke procedure te mengen, maar door de rechtbank geweigerd was. Op de vraag hoe door de rechter gehandeld moet worden met termijnperikelen indien alsnog een bestuursrechtelijke rechtsgang kan worden gevolgd, kom ik later terug.

Indien tijdens de termijn voor het aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen slechts twijfel mogelijk was of déze rechtzoekende belanghebbende is, mag van hem worden verwacht dat hij de bestuursrechtelijke rechtsgang beproeft. Het nalaten daarvan zou ertoe moeten leiden dat de civiele rechter hem de formele rechtskracht tegenwerpt. Er bestond in dat geval immers een bestuursrechtelijke rechtsingang, maar de rechtzoekende heeft er zelf voor gekozen deze niet te bewandelen, omdat hij de kans op succes te klein achtte. Hoewel dogmatisch verdedigbaar, kan ik mij voorstellen dat het te ver gaat van een rechtzoekende, die volgens vaste jurisprudentie van de ter zake hoogste bestuursrechter onmiskenbaar geen belanghebbende is, te vergen dat hij tot in hoogste instantie probeert de bestuursrechter tot wijziging van zijn jurisprudentie te bewegen voordat hij zich tot de civiele rechter kan wenden.

Het zou mijns inziens overigens niet zo heel vreemd zijn geweest als de Hoge Raad had geoordeeld dat een rechtzoekende, aan wie de wetgever het recht heeft onthouden zich tot de bestuursrechter te wenden omdat hij geen belanghebbende is, ook bot vangt bij de civiele rechter. Dat zou in elk geval een positieve bijdrage leveren aan de overzichtelijkheid van het systeem. Een andere benadering zou – zoals Van Ettekoven opmerkt – immers leiden tot dubbele rechtsbescherming voor appellabele besluiten, waarmee de exclusieve competentie van de bestuursrechter achterhaald zou zijn.[79] Voor geschillen die binnen het toepassingsbereik van artikel 6 van het EVRM vallen, hetgeen bij vorderingen wegens – gesteld – onrechtmatig handelen doorgaans het geval is, zou dat onder omstandigheden evenwel kunnen leiden tot strijd met het door die bepaling gewaarborgde recht op toegang tot

78 Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619.
79 Van Ettekoven 2006, p. 22. Zie ook: Roozendaal 2003, p. 149-159.

een onafhankelijke rechter. Ruimhartige toepassing van het belanghebbendevereiste door de bestuursrechter is een oplossing voor dit probleem.[80] Ook zonder deze ruimhartige toepassing zal het relativiteitsvereiste voor de civiele rechter een passend instrument kunnen zijn onterechte vorderingen van een niet-belanghebbende het hoofd te bieden.

Los daarvan, is de keuze van de Hoge Raad aan een niet-belanghebbende de formele rechtskracht niet tegen te werpen wel te begrijpen. Deze derde is voor zijn rechtsbescherming immers juist op de civiele rechter aangewezen, omdat hij – als gevolg van een keuze van de wetgever – geen toegang heeft tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en zijn standpunt derhalve door de bestuursrechter niet in de oordeelsvorming kon worden betrokken.

Dat bergt het risico in zich dat de civiele en de bestuursrechter over dezelfde bestuurshandeling tot verschillende conclusies komen. Het risico wordt weliswaar beperkt omdat de civiele rechter rekening zal houden met het oordeel van de bestuursrechter, maar daarmee is niet gezegd dat hij tot hetzelfde oordeel komt. Niet kan immers worden uitgesloten dat de door de derde aangevoerde gronden tot een ander oordeel leiden over de rechtmatigheid van het nemen en handhaven van het besluit, dan wel dat het enkele tijdsverloop het geschil in een ander licht plaatst.[81] Voor de volledigheid merk ik op dat de uitkomst van de civiele procedure geen, althans geen directe, gevolgen heeft voor de rechtspositie van de vergunninghouder, die zich er ten opzichte van het bestuursorgaan immers wél op kan beroepen dat het besluit in rechte onaantastbaar is geworden. Indirect kan het wel gevolgen hebben. Immers, niet kan worden uitgesloten dat het bestuursorgaan in de uitspraak van de civiele rechter grond ziet tot intrekking of wijziging van het besluit, zoals ik hierna zal toelichten.

Onder omstandigheden kan de formele rechtskracht van een besluit ook een zekere horizontale werking hebben.[82] Het betreft dan de relatie tussen degenen tot wie het besluit is gericht en/of degenen tot wie het besluit weliswaar niet is gericht, maar die – zoals de Hoge Raad het verwoordt – wel het rechtens vereiste belang hebben om gebruik te kunnen maken van een

80 Schlössels 2007, p. 325-327. Zie ook: VAR-Commissie Rechtsbescherming, p. 93-95.

81 Zie ook: Van Ettekoven 2006, p. 20.

82 HR 22 december 2006, *NJ* 2007/218, m.nt. G.A. van der Veen. De annotator merkt in zijn noot onder het arrest op dat de Hoge Raad zelf de formele rechtskracht niet in stelling brengt. Hij merkt mijns inziens echter terecht op dat het er uiteindelijk om gaat dat 'de bestuursrechter en de civiele rechter geen uiteenlopende oordelen formuleren op rechtsvragen die identiek of bijna identiek zijn en die ter invulling van (min of meer) dezelfde norm en dus (min of meer) met hetzelfde doel zijn opgeworpen. Indien dergelijke rechtsvragen in een bestuursrechtelijke procedure aan de orde zijn gekomen of hadden kunnen komen, dan noopt een doelmatige verdeling van werkzaamheden van de bestuursrechter en de civiele rechter ertoe dat deze laatste zijn oordeel laat aansluiten bij dat van de eerste.' Het arrest is ook gepubliceerd in *NJ* 2007/218, m.nt. M.R. Mok, en besproken door J.J. Hoekstra in *Bb* 2007/31.

met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang.[83] Dit betreft derhalve ook derde- of (processueel) belanghebbenden, zoals de buurman van een burger die geen bezwaar heeft gemaakt tegen de afwijzing van de aanvraag van de burger om verlening van een bouwvergunning.[84]

De positie van een niet-belanghebbende is een andere. Hoewel het in de rede ligt dat een niet-belanghebbende zich in een horizontale relatie jegens een belanghebbende wél op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter kan beroepen, in die zin dat een vernietigd besluit geacht wordt van meet af onrechtmatig te zijn geweest (en daarmee ook het gebruik dat de houder van de vergunning heeft gemaakt), ligt dat in de spiegelbeeldige situatie niet in de rede.[85] Met andere woorden: dat de bestuursrechter een besluit tot verlening van een vergunning niet heeft vernietigd, dan wel dat daartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend, betekent niet dat het gebruikmaken van die vergunning ten opzichte van een derde (niet-belanghebbende) onder omstandigheden niet onrechtmatig kan zijn. De belangen van de derde kon de bestuursrechter immers niet in de beoordeling betrekken.

In strikte zin is in vorenstaande gevallen van een uitzondering geen sprake, omdat niet wordt voldaan aan de door de Hoge Raad geformuleerde toepassingsvereisten van het beginsel van de formele rechtskracht. Weliswaar sprak de Hoge Raad in het arrest Heesch-Van de Akker nog *in abstracto* over het hebben opengestaan van een administratieve rechtsgang, hetgeen nog de mogelijkheid openliet het ongebruikt verstrijken van de termijn voor het aanwenden van rechtsmiddelen ook aan in de bestuursrechtelijke procedure niet-belanghebbenden tegen te werpen. Uit latere jurisprudentie blijkt echter dat dit aldus moet worden verstaan dat voor het tegenwerpen van het beginsel van de formele rechtskracht aan een rechtzoekende vereist is dat deze tegen het besluit bestuursrechtelijke rechtsmiddelen had kunnen aanwenden, maar dat het aan hem valt toe te rekenen dat hij dat niet heeft gedaan.[86]

Formele rechtskracht en actieve of passieve misleiding door het bestuursorgaan

De eerste echte uitzondering betreft het geval dat het aan de rechtzoekende niet kan worden toegerekend dat hij geen gebruik heeft gemaakt van een voor hem op zichzelf openstaande of opengestaan hebbende bestuursrechtelijke rechtsgang. Het duidelijkste voorbeeld betreft het geval waarin een rechtzoekende zich er weliswaar van bewust was dat tegen een besluit bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden openstonden, maar hij op grond van door het bestuursorgaan gedane uitlatingen of toezeggin-

83 HR 8 september 1995, *NJ* 1997/159, m.nt. M. Scheltema. Zie over horizontale werking van de formele rechtskracht ook: Hoegee, p. 158-162.

84 Zie over de derde-belanghebbende en formele rechtskracht: Van Angeren, p. 179-200. Zie ook: Mok & Tjittes, p. 399-400, en Schlössels & Zijlstra, p. 1401-1402.

85 Zie ook: Van der Veen 2009, p. 8-10.

86 Zie ook Scheltema 2009, paragraaf 3.1, en Van der Veen 2009, p. 13 en de genoemde jurisprudentie. Zie echter ook: A.R. Neerhof bij ABRvS 25 juni 2003, *AB* 2004/81, en Fruytier.

gen ervan heeft afgezien daarvan gebruik te maken. Inherent aan deze categorie is dat het bestuursorgaan de uitlatingen of toezeggingen moet hebben gedaan vóór het aflopen van de bezwaar- of beroepstermijn.[87] Andere voorbeelden zijn het geval waarin het bestuursorgaan onduidelijkheid heeft laten (voort)bestaan over het karakter van de beslissing (wel of geen beroepbaar besluit) waarmee de rechtzoekende zich niet kan verenigen of daarover zelfs onjuiste informatie heeft verstrekt. Of het geval waarin het bestuursorgaan onjuiste informatie heeft verstrekt over de mogelijkheden langs bestuursrechtelijke weg tegen dat besluit op te komen. Daartoe behoort ook het geval dat het bestuursorgaan de rechtzoekende uitdrukkelijk heeft gemeld dat hij bij het besluit geen belanghebbende is, terwijl hij dat op grond van vaste jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties wél is.[88]

Het gaat hier om situaties waarin door toedoen van het bestuursorgaan twijfel is gerezen of onduidelijkheid is ontstaan of blijven bestaan over het al dan niet openstaan van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen. In deze gevallen werpt de Hoge Raad de rechtzoekende de formele rechtskracht niet tegen. Oplettendheid is hier voor de rechtzoekende evenwel geboden: het niet geven van informatie over eventuele tegen een besluit openstaande rechtsmiddelen, dan wel de omstandigheid dat verschillend kan worden gedacht over het karakter van een beslissing leidt niet tot een doorbreking van de formele rechtskracht.[89] Aan een rechtzoekende die dwaalde over de vraag of het besluit inhoudelijk juist is en als gevolg daarvan – in retrospectief ten onrechte – geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend, werpt de civiele rechter de formele rechtskracht wel tegen.[90]

Uitzondering formele rechtskracht: bestuursrechtelijke verschoonbaarheid

Voormelde grond waarop de Hoge Raad bereid is aan een rechtzoekende de leer van de formele rechtskracht niet tegen te werpen, vertoont een opvallende gelijkenis met de gronden waarop de bestuursrechter een overschrijding van de voor het aanwenden van rechtsmiddelen geldende termijn met toepassing van artikel 6:11 van de Algemene wet bestuursrecht verschoonbaar acht.[91] De vraag rijst daarom of van een rechtzoekende in deze gevallen niet zou mogen worden verwacht dat hij zich alsnog tot de bestuursrechter wendt.[92] Er zijn mijns inziens twee mogelijkheden. Een rechtzoekende,

87 Toezeggingen die door een bestuursorgaan zijn gedaan nadat de termijn al was verstreken, baten de rechtzoekende niet. Deze toezeggingen waren voor hem immers niet de reden af te zien van het aanwenden van rechtsmiddelen. Zie hierover ook: Scheltema 2009, paragraaf 3.4.

88 Zie ook: Van Ravels 2009, p. 355-357.

89 Zie ook: Polak 2009, p. 162-163.

90 Zie onder meer: HR 24 februari 2003, *NJ* 2003/625, en HR 9 september 2005, *NJ* 2006/93, beide m.nt. M.R. Mok.

91 Zoals ook wordt opgemerkt door Van Angeren 2008, p. 80-81, en door A-G Keus in zijn conclusie bij HR 19 februari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK9141. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie Schreuder-Vlasblom 2013, p. 360-372.

92 Zie hierover ook: Van Ravels 2009, p. 357-358.

die in eerste instantie door toedoen van het bestuursorgaan dwaalde over de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden, maar zo spoedig als redelijkerwijs van hem kon worden verwacht alsnog bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden aanwendt, zal over het algemeen de termijn verschoonbaar hebben overschreden.[93] Alleen als een rechtzoekende de civiele rechter adieert in plaats van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg te kiezen en de civiele rechter van oordeel is dat hem van de verkeerde keuze geen verwijt kan worden gemaakt, kan hij ook later met behoud van termijn naar de bezwaar- of beroepsprocedure overstappen. Zoals hiervoor opgemerkt, voorziet artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering uitdrukkelijk in die mogelijkheid.[94] Indien de rechtzoekende evenwel de bestuursrechtelijke weg kiest en de bestuursrechter de termijnoverschrijding niet verschoonbaar acht, zou de civiele rechter de rechtzoekende aan zijn keuze voor de bestuursrechter moeten houden en derhalve zonder meer moeten uitgaan van de juistheid van diens oordeel.

In het kader van de totstandkoming van de voorloper van artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering heeft de regering bezien of geen grond bestaat de weg van de verschoonbare termijnoverschrijding dwingend voor te schrijven, bijvoorbeeld door het achterwege laten van het derde lid, op grond waarvan de termijn voor het alsnog indienen van een bezwaar- en beroepschrift een aanvang neemt na de dag waarop het vonnis van de civiele rechter onherroepelijk wordt. Daarvoor is om redenen van rechtszekerheid niet gekozen.[95]

Ook Advocaat-Generaal Keus bepleit in zijn conclusies bij de arresten van 23 februari 2007 en 13 juli 2007 dat het een rechtzoekende die zich na afloop van de termijn realiseert dat bestuursrechtelijke rechtsmiddelen konden worden aangewend, niet vrijstaat in plaats daarvan te kiezen voor de civiele rechter.[96] Hij stelt zich – kort gezegd – op het standpunt dat, indien de omstandigheden van het geval voor de bestuursrechter geen grond zijn de termijnoverschrijding verschoonbaar te achten voor de civiele rechter evenmin grond zou moeten bestaan de formele rechtskracht van het besluit niet tegen te werpen. Hij betoogt dat van een rechtzoekende zonder meer mag

---

93 'Zo spoedig als redelijkerwijs kan worden verwacht' is overigens een niet eenduidig afgebakende term, die bovendien niet alle bestuursrechters op dezelfde wijze invullen en waarbij zij – soms – ook onderscheid maken al naar gelang de rechtzoekende de geadresseerde van het besluit was of een (derde-)belanghebbende en of de termijn al dan niet was verstreken op het moment dat de rechtzoekende ophield in dwaling te verkeren. Een beoordeling aan de hand van de omstandigheden van het geval lijkt de norm, zij het dat binnen twee weken over het algemeen (maar niet altijd) als 'zo spoedig mogelijk' wordt aangemerkt.

94 Zie ook: F.J. van Ommeren bij HR 13 juli 2007, *AB* 2008/155.

95 *PG Awb II*, p. 466.

96 HR 23 februari 2007, *AB* 2009/30, m.nt. B.P.M. van Ravels, en HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/504, m.nt. M.R. Mok. Zie, zij het iets voorzichtiger, Van der Veen 2009, p. 8-9. P.J. Wattel neemt in zijn conclusie voor HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL0124, een vergelijkbaar standpunt in voor gevallen waarin toepassing van de leer van de formele rechtskracht leidt tot competentieverschuivingen tussen de civiele en bestuursrechter.

worden verwacht dat hij de bestuursrechtelijke weg bewandelt. Daardoor heeft de uitspraak van de bestuursrechter de gebruikelijke gevolgen voor het al dan niet tegenwerpen van de formele rechtskracht van het besluit: wordt het besluit vernietigd, dan zijn onrechtmatigheid en schuld gegeven; blijft het besluit om welke reden ook in stand, dan moet de civiele rechter van de rechtmatigheid ervan uitgegaan.

De Hoge Raad volgde de Advocaat-Generaal in het arrest van 23 februari 2007 daarin niet. Omdat de Hoge Raad in de daaraan ten grondslag gelegde redenering zeer de nadruk heeft gelegd op de omstandigheden van het voorliggende geval, kan ik mij evenwel niet aan de indruk onttrekken dat dat meer *pour besoin de la cause* was, dan dat daarin een principiële verwerping van het door Keus ingenomen standpunt moet worden gezien.[97]

Hoewel dit punt in de middelen uitdrukkelijk aan de orde is gesteld, gaat de Hoge Raad in het arrest van 13 juli 2007 in het geheel niet in op de vraag of van de rechtzoekende in dat geval (de Gasunie) mocht worden verwacht dat zij zich alsnog tot de bestuursrechter wendde. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat het gesteld onrechtmatig handelen niet (meer) de verlening van de bouwvergunning betrof, maar het niet ook aan de Gasunie melden van de indiening van een aanvraag door een derde om verlening van een vergunning voor het bouwen van een bouwwerk dat de exploitatie of veiligheid van het aardgasleidingennet in gevaar zou kunnen brengen. Als gevolg daarvan kwam de Gasunie pas na realisering van het bouwwerk op de hoogte van de verleende vergunning. Het ging de Gasunie vervolgens niet (meer) om verwijdering van het bouwwerk, maar om vergoeding van de kosten voor aanpassing van de aardgasleiding, voor zover die de kosten die zij had moeten maken, indien de aanvraag wél tijdig was gemeld, te boven gaan.

Het arrest kan aldus worden verstaan, dat het enkele niet-melden al een onrechtmatige daad jegens de Gasunie oplevert.[98] Ook Van Ommeren ziet in zijn noot onder het arrest van 13 juli 2007 in de omstandigheid dat voor partijen de aanwezigheid van de schuur een gegeven is en het enkel nog gaat om een vergoeding van de extra kosten, een verklaring waarom de Hoge Raad voorbijgaat aan een alternatieve bestuursrechtelijke weg.[99] Het 6:11-middel faalt, omdat het berust op een onjuiste uitleg van het deel van het arrest van het gerechtshof, waarin het voormelde onrechtmatigheid heeft vastgesteld. Ervan uitgaande dat het niet melden door de gemeente aan de Gasunie dat een bouwaanvraag was ontvangen – gelet op het limitatief-imperatieve stelsel voor de beoordeling van aanvragen voor een bouwvergunning – vermoedelijk niet tot afwijzing van de vergunningaanvraag had kunnen leiden, rijst ook de vraag wat Gasunie van de bestuursrechter had kunnen verwachten, anders

97 B.P.M. van Ravels onderscheidt in zijn noot bij HR 23 februari 2007, *AB* 2009/30, zeven (!) omstandigheden die voor de Hoge Raad zelfstandig of in onderlinge samenhang bezien grond waren of konden zijn de formele rechtskracht niet tegen te werpen.

98 Zie ook: A.R. Neerhof bij HR 23 februari 2007, *NTBR* 2008/24.

99 HR 13 juli 2007, *AB* 2008/155, m.nt. F.J. van Ommeren.

dan de vaststelling dat ten onrechte niet gemeld was. Dit was voor de civiele rechter klaarblijkelijk zo evident dat geen grond bestond voor een spreekwoordelijk rondje om de kerk bij de bestuursrechter. Een uitgebreidere motivering op dit punt had echter niet misstaan.

Schlössels en Zijlstra zien het arrest als een verfijning van de uitzondering volgens welke de Hoge Raad de formele rechtskracht niet tegenwerpt, indien het aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend dat de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg niet is bewandeld.[100] Het verwijtbare handelen van het bestuursorgaan bestaat er in dit geval uit dat het 'specifieke zorgvuldigheidsverplichtingen schendt door een belanghebbende niet (tijdig) te informeren over besluitvorming'.[101]

De specifieke zorgvuldigheidsverplichting bestond er uit dat in de planvoorschriften uitdrukkelijk was opgenomen dat het college de Gasunie zou informeren over een voornemen af te wijken van het in het bestemmingsplan opgenomen verbod om – kort gezegd – te bouwen boven een aardgasleiding. Gegeven die duidelijke opdracht aan het college zou inderdaad betoogd kunnen worden dat de Gasunie erop mocht rekenen dat zij tijdig geïnformeerd zou worden. Of dat bestuursrechtelijk voldoende zou zijn geweest verschoonbaarheid aan te nemen, is echter de vraag. Onwetendheid over vergunningverlening en het als gevolg daarvan niet tijdig aanwenden van rechtsmiddelen leidt bestuursrechtelijk immers over het algemeen niet tot verschoonbaarheid. Ten tijde van voor het wijze van het arrest van belang werd van de ontvangst van een aanvraag om verlening van een bouwvergunning en de verlening van de vergunning ingevolge artikel 57, eerste lid, van de Woningwet immers aantekening gemaakt in een openbaar register. Ingevolge artikel 41 van de Woningwet werd de ontvangst van elke aanvraag bovendien gepubliceerd in een van gemeentewege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad. Van de burger wordt in dezen door de bestuursrechter een actieve opstelling verwacht, soms zelfs tot het nemen van een abonnement op een plaatselijk dagblad![102]

Ook in het eerdergenoemde arrest van 23 februari 2007 speelde een niet onbelangrijke rol dat de bankdirecteur inmiddels niet meer geïnteresseerd was in het alsnog verkrijgen van een verklaring van geen bezwaar, die de inzet van de bestuursrechtelijke procedure zou zijn, maar in een vergoeding van de schade die hij had geleden doordat hem in eerste instantie zodanige verklaring was geweigerd. Evenzeer zou betoogd kunnen worden dat het onjuist informeren van de rechtzoekende over de hem ter beschikking staande rechtsbeschermingsmiddelen, ook als het bestuursorgaan destijds niet beter wist, jegens de rechtzoekende onrechtmatig was en de schade in elk geval mede-veroorzaakt heeft. Voor zover ik kan zien is dat door de rechtzoekende overigens niet betoogd. Het maken van een onderscheid tussen

100 Schlössels & Zijlstra, p. 1403-1404.
101 In dezelfde zin: A.R. Neerhof bij HR 13 juli 2007, *NTBR* 2008/24.
102 ABRvS 28 december 1999, *AB* 2000/150, m.nt. A.A.J. de Gier.

vernietigingsberoep en vordering tot schadevergoeding zou voor dit soort gevallen een oplossing bieden.[103]

Overigens kan niet worden ontkend dat de uitkomst in de genoemde zaken in elk geval uit praktisch oogpunt bevredigend is: waarom zou een rechtzoekende zich nog tot de bestuursrechter moeten wenden als hij niet meer in vernietiging van het besluit geïnteresseerd is of dat wellicht zelfs nimmer was, maar slechts in het verkrijgen van schadevergoeding? Indien het de rechtzoekende evenwel niet uitsluitend om schadeloosstelling in geld zou gaan, maar hij – bijvoorbeeld met een verbodsactie – in deze of een toekomstige procedure ook afbreuk zou willen doen aan de publiekrechtelijke rechtsgevolgen van het in rechte onaantastbare besluit, zou voor het maken van een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht geen plaats zijn en kan hem worden tegengeworpen dat hij zich niet (alsnog) tot de bestuursrechter heeft gewend, nadat hem zijn dwaling duidelijk was geworden. De door Kortmann bepleite nuancering van het stelsel, waarbij de civiele rechter niet langer uitgaat van het *fundamentum petendi*, maar van het *petitum* is in dit verband sympathiek. Daardoor kan maatwerk worden geleverd al naar gelang het resultaat dat de rechtzoekende bij de civiele rechter wil bereiken.[104]

Met deze kanttekeningen ben ik het met Adocaat-Generaal Keus eens dat van een rechtzoekende die in eerste instantie door toedoen van het bestuursorgaan heeft afgezien van het aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen, mag worden verwacht dat hij deze rechtsmiddelen alsnog aanwendt nadat hij ervan op de hoogte raakt dat deze voor hem openstaan. Of inderdaad sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding staat ter beoordeling van de bestuursrechter; de civiele rechter moet er maar op vertrouwen dat die beoordeling tot een juiste uitkomst leidt.[105] Of zoals Keus het formuleert:

> 'Twijfel of de bestuursrechter de mogelijkheid van een verontschuldigbare termijnoverschrijding voldoende ruimhartig toepast, kan uiteraard niet rechtvaardigen dat de burgerlijke rechter intervenieert: tot de uitgangspunten van de leer van de formele rechtskracht behoort immers ook dat de burgerlijke rechter het oordeel van de bestuursrechter respecteert. Uitgangspunt voor de burgerlijke rechter zal dan ook moeten zijn dat in die gevallen waarin naar het oordeel van de bestuursrechter een termijnoverschrijding niet kan worden gepardonneerd, het daadwerkelijk aan de belanghebbende valt toe te rekenen dat hij de bestuursrechtelijke rechtsmiddelen onbenut heeft gelaten.'

Niet-ontvankelijkverklaring door de bestuursrechter wegens een termijnoverschrijding heeft door de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter tot gevolg dat daarmee de schadevergoedingsaanspra-

103 Zie hierover ook: B.P.M. van Ravels, met verschillende literatuurverwijzingen, bij HR 23 februari 2007, *AB* 2009/30, en Kortmann 2009, p. 247-250. Zie over mogelijke negatieve gevolgen hiervan: Van Ettekoven 2006, p. 22-23.

104 Kortmann 2006, p. 188-196.

105 In dezelfde zin ook: M. Scheltema bij HR 13 november 1992, *NJ* 1993/639. Zie ook Scheltema 2009.

ken van de rechtzoekende verloren gaan. Iets anders is uiteraard of het bestuursorgaan, dat een rechtzoekende door het verstrekken van onjuiste informatie heeft weerhouden van het aanwenden van ter beschikking staande rechtsmiddelen, zich ten opzichte van die burger in een civielrechtelijke procedure zou moeten (kunnen) beroepen op de rechtmatigheidsfictie die het gevolg is van die handelwijze.

Verschoonbaarheid en dan?

Als een termijnoverschrijding verschoonbaar is en er als gevolg daarvan dus alsnog een bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg ontstaat, bestaat voor het doorbreken van de formele rechtskracht door de civiele rechter geen grond.[106] Van de rechtzoekende mag dan worden verwacht dat hij de bestuursrechtelijke weg uitprocedeert alvorens hij zich tot de civiele rechter wendt.[107] De rechtzoekende heeft daarbij ook een eigen belang: indien de bestuursrechtelijke weg voor hem tot een gunstig resultaat leidt, staan onrechtmatigheid van het besluit en schuld van het bestuursorgaan immers vast.

In dit verband zou kunnen worden betoogd dat ook buiten de verschoonbaarheidsroute een nieuwe bestuursrechtelijke rechtsgang kan worden gecreëerd. Ik heb hier het oog op het geval waarin de rechtzoekende die eerder buiten zijn schuld de geldende termijn ongebruikt heeft laten verstrijken het bestuursorgaan vraagt terug te komen van het onaantastbare besluit. Een beslissing op een dergelijk verzoek is volgens vaste jurisprudentie een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit, maar voor rechterlijke toetsing ervan is – zeer uitzonderlijke omstandigheden daargelaten – slechts plaats, indien en voor zover sprake is van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden, dan wel een relevante wijziging van het recht.[108] Aangezien deze weg derhalve slechts de mogelijkheid opent tot een toetsing van de weigering terug te komen van een in rechte onaantastbaar besluit en niet tot het alsnog verkrijgen van een oordeel over de rechtmatigheid van het oorspronkelijke besluit, staat deze mogelijkheid mijns inziens niet in de weg aan het door de civiele rechter niet tegenwerpen van de formele rechtskracht aan de rechtzoekende.

Ik kan mij overigens niet aan de indruk onttrekken dat ook de Hoge Raad niet in algemene zin van oordeel is dat van een in eerste instantie ten aanzien van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden dwalende rechtzoekende niet kan worden gevergd alsnog de bestuursrechtelijke route te bewandelen als hem zijn dwaling duidelijk wordt. Ware dat anders, dan was het Gasunie-arrest bij uitstek geschikt dat duidelijk te maken. De gemeente had namelijk ook middelen gericht tegen het oordeel van het gerechtshof. Dat kwam erop neer dat voor het aannemen van een uitzondering op de formele

106 Zie ook: Polak 2009, p. 161, en Van Angeren, p. 80-81.

107 Zie voor een voorbeeld: HR 27 mei 1994, *NJ* 1997/158, m.nt. M. Scheltema.

108 Onder meer: ABRvS 4 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5088; zie ook CBb 16 november 2010, *AB* 2011/51, m.nt. R. Ortlep. Zie hierover uitgebreid: paragraaf 5.3.3.6-5.3.3.7.

rechtskracht reeds voldoende is dat het aan de gemeente is toe te rekenen dat de Gasunie heeft verzuimd tegen de verleende vergunning op te komen. De overweging kan ook aldus worden verstaan dat in de visie van het gerechtshof voor het maken van een uitzondering op de formele rechtskracht slechts bepalend is of het aan de gemeente moet worden toegerekend dat destijds geen rechtsmiddelen zijn aangewend en niet ook of op dit moment alsnog rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.[109]

Uitzondering formele rechtskracht: erkenning onrechtmatigheid

Daarmee kom ik toe aan de tweede uitzondering: het geval waarin het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit heeft erkend. Het gaat daarbij niet om die gevallen waarin het bestuursorgaan als gevolg van die erkenning overgaat tot intrekking, herroeping of terugneming van het besluit. Een besluit dat geen deel meer uitmaakt van de wereld van het recht kan immers geen formele rechtskracht bezitten. In dat geval bestaat voor het maken van een uitzondering daarop geen reden meer.[110] De volgende vraag is dan welke gevolgen het intrekken, herroepen of terugnemen van het besluit voor een eventuele verplichting tot schadevergoeding van het bestuursorgaan heeft. Indien deze uitzondering aldus wordt opgevat dat de erkenning door het bestuursorgaan van de onrechtmatigheid van het besluit moet hebben plaatsgevonden voordat de termijn waarbinnen daartegen rechtsmiddelen konden worden aangewend was verstreken, ligt deze in het verlengde van de hiervoor al besproken uitzondering. In die benadering wordt de formele rechtskracht niet tegengeworpen als het aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend dat een belanghebbende, wiens streven primair is gericht op het verkrijgen van een schadeloosstelling (in geld) en niet in vernietiging van het schadeveroorzakende besluit, heeft afgezien rechtsmiddelen aan te wenden. Zoals blijkt uit de uitspraak van 25 juni 2003 kiest in elk geval de Afdeling bestuursrechtspraak onder verwijzing naar het Maple Tree-arrest van de Hoge Raad deze voor benadering.[111]

De overwegingen van de Hoge Raad waarnaar de Afdeling bestuursrechtspraak verwijst, zijn minder eenduidig dan zij doet voorkomen. Toch ben ik – anders dan Neerhof in zijn noot onder het Maple Tree-arrest – van mening dat het oordeel van de Hoge Raad niet (alleen) het gevolg is van onhandig procederen door Maple Tree. Niet goed valt in te zien dat de Hoge Raad de criteria, aan de hand waarvan de civiele rechter moet beoordelen of de leer van de formele rechtskracht aan toewijzing van een vordering in de weg staat, laat afhangen van het procesgedrag van partijen. De overweging kan ook aldus worden gelezen, dat het middel reeds faalt, omdat het feitelijke oor-

109 Zie over de arresten van 23 februari 2007 en 13 juli 2007 ook: Van Ravels 2007-2, p. 263-265.

110 Zij het dat intrekking, herroeping of terugneming van het besluit als zodanig niet ook iets zegt over de rechtmatigheidsfictie. Zie hierover ook: Kortmann 2009, p. 244-246.

111 ABRvS 25 juni 2003, *AB* 2004/81, m.nt. A.R. Neerhof. Zie ook: Van Angeren, p. 56-61, Van Ettekoven 2006, p. 46, Van Ettekoven, Bakker & Hoogenboom, p. 249, en Den Ouden & Tjepkema, p. 169.

deel van het gerechtshof dat de erkenning van de onrechtmatigheid niet heeft plaatsgevonden vóór het verstrijken van de termijn voor het aanwenden van de openstaande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen, niet was bestreden.[112] Een ruime opvatting van de uitzondering, waarbij deze van topeassing is bij elke erkenning van onrechtmatigheid door het bestuursorgaan, voorkomt procederen om een vernietiging van het besluit als het de rechtzoekende er uitsluitend om gaat een schadeloosstelling (in geld) te verkrijgen, maar zou het toepassingsbereik van deze uitzondering ook aanzienlijk vergroten.

Zoals Kortmann terecht opmerkt, doet de omstandigheid dat een bestuursorgaan de onrechtmatigheid van een beroepbaar besluit erkent, er niet aan af dat tegen het besluit bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Evenmin leidt dit er toe dat bestuursrechtelijk niet meer van de geldigheid van het besluit moet worden uitgegaan.[113] Van Ettekoven merkt terecht op dat het ongebruikt verstrijken van de bezwaar- en beroepstermijn nu juist tot gevolg heeft dat van de fictie moet worden uitgegaan dat het besluit naar inhoud en wijze van totstandkoming rechtmatig is, ook indien vaststaat dat het besluit zou zijn vernietigd, als daartegen wel bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zouden zijn aangewend.[114] Met andere woorden: met de erkenning door het bestuursorgaan van de onrechtmatigheid van het besluit is zijn aansprakelijkheid nog geen gegeven. Het gaat enkel om de vraag of een rechtzoekende die uitsluitend schadevergoeding wil, moet worden tegengeworpen dat hij de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg niet heeft bewandeld. De vraag zo stellen, is hem ook beantwoorden. Daargelaten of het, zoals Scheltema opmerkt, aanvaardbaar is dat een besluit dat volgens de civiele rechter tot onrechtmatig handelen ten opzichte van een rechtzoekende leidt, deel blijft uitmaken van de rechtsorde, is het begrijpelijk dat de Hoge Raad voor deze gevallen een uitzondering op de rechtmatigheidfictie heeft aanvaard.[115] Of op grond van de erkenning van de onrechtmatigheid aanleiding bestaat een schadevergoeding toe te kennen zal de civiele rechter moeten beoordelen nadat hij de uitzondering heeft aangenomen.

Wanneer is sprake van een erkenning van de onrechtmatigheid?

De betekenis van deze categorie zou uiterst beperkt zijn, indien vereist zou zijn dat het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit uitdrukkelijk en zonder voorbehoud erkent. Zoals blijkt uit het arrest St. Oedenrode-Van Aerle c.s. is voldoende dat de rechtzoekende stelt dat het besluit onrechtmatig is en hij uit de verklaringen en gedragingen van het overheidslichaam begrijpt en redelijkerwijs mag begrijpen dat het de onrechtmatig-

112 In vergelijkbare zin ook: M.R. Mok bij HR 24 januari 2003, *NJ* 2003/629.
113 Kortmann 2009, p. 247.
114 Van Ettekoven 2006, p. 20-21.
115 Scheltema 2009. Zie over de procedeerdwang die het gevolg is van de leer van de formele rechtskracht onder andere: Kortmann 2006, p. 165-200, en – met uitgebreide literatuurverwijzing – B.P.M. van Ravels bij HR 23 februari 2007, *AB* 2009/30.

heid erkent.[116] Erkenning door het bestuursorgaan van de onrechtmatigheid van een besluit kan derhalve actief en passief geschieden.[117]

Ook in dit geval geldt dat voor het maken van een uitzondering slechts grond bestaat, indien de rechtzoekende alleen een schadeloosstelling in geld wenst. Indien hij ook de rechtsgevolgen van het besluit wil aantasten, is de bestuursrechtelijke weg de enige weg. Voor zover mij bekend, betreffen de gevallen waarin de Hoge Raad op deze grond een uitzondering op de formele rechtskracht heeft aanvaard ook schadevergoedingsacties. Het maken van een dergelijke uitzondering kan ook in die gevallen – onbedoelde – neveneffecten hebben. Niet ondenkbaar is dat het bestuursorgaan in de civiele procedure aanleiding ziet het besluit alsnog terug te nemen of te wijzigen, bijvoorbeeld om daarmee in voor hem positieve zin invloed uit te oefenen op de hoogte van de schadevergoeding.[118] Voor besluiten waarbij uitsluitend de rechtzoekende in de civiele procedure belanghebbende is, bestaan daartegen mijns inziens geen bezwaren. Indien derde-belanghebbenden bij het besluit menen door de handelwijze van het bestuursorgaan benadeeld te zijn, staat voor hen de weg naar de bestuursrechter open. Die zal moeten beoordelen of voldoende grond bestond ten nadele van die derden van het in rechte onaantastbare besluit terug te komen.

Uitzondering of toepassing procesrecht? Ambtshalve toepassing?

Hoewel de Hoge Raad voormelde problematiek uitdrukkelijk in de sleutel van de formele rechtskracht plaatst, kan men zich afvragen of wel sprake is van een uitzondering. Onder meer door Van Angeren wordt opgemerkt, dat dat niet het geval is omdat de civiele rechter zich niet meer over de onrechtmatigheid van het besluit hoeft uit te laten, als dat tussen partijen niet meer in geschil is.[119] In die optiek is de uitzondering veeleer toepassing van het burgerlijk procesrecht. Deze opvatting zou in elk geval moeten worden verworpen, indien formele rechtskracht door de civiele rechter ambtshalve wordt toegepast, zoals ook de bestuursrechter doet bij het in rechte onaantastbaar zijn van besluiten. Een, zij het ietwat halfhartige, aanwijzing dat dat het geval is, zou kunnen worden gevonden in het Petronella-arrest.[120] Daarin stelt de Hoge Raad voorop dat het middel dat de besluiten onbevoegdelijk zijn genomen en derhalve niet rechtsgeldig zijn reeds moet falen op grond van de formele rechtskracht van die besluiten, omdat daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan. Vervolgens gaat de Hoge Raad evenwel in op het middel, omdat de gemeente op de formele rechtskracht geen beroep heeft gedaan. Omdat het middel ook op inhoudelijke gronden faalt, blijft overigens onduidelijk of de Hoge Raad de formele rechtskracht ziet als een al dan niet ambtshalve te beoordelen punt.

116 HR 18 juni 1993, *NJ* 1993/642, m.nt. M. Scheltema.
117 Zie ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1404-1405.
118 Zie bijvoorbeeld: Van Ettekoven 2006 p. 22, en Kortmann 2009, p. 246.
119 Van Angeren, p. 56-59. Zie ook: Van Ettekoven 2006, p. 21.
120 HR 3 november 1995, *AB* 1996/58, m.nt. Th.G. Drupsteen.

Voor zover ik kan overzien, heeft in het overgrote deel (zo niet in alle) van de gepubliceerde gevallen het verwerend bestuursorgaan in de civiele procedure een beroep gedaan op de formele rechtskracht van de besluiten, ook in die gevallen waarin het heeft erkend dat het nemen van die besluiten onrechtmatig was. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad de formele rechtskracht (in de zin van de rechtmatigheidsfictie) inderdaad niet beschouwt als een ambtshalve te beoordelen aspect.

In oktober 2010 heeft de Hoge Raad in een belastingzaak nogmaals de kans gehad zich over deze vraag uit te laten.[121] Wellicht geïnspireerd door de omstandigheid dat de Belastingdienst zich in een ander bij de Hoge Raad op dat moment aanhangig cassatieberoep in de feitelijke instanties met succes had beroepen op de formele rechtskracht van een fiscale eenheidsbeschikking en omdat de formele rechtskracht in deze procedure niet aan de orde was geweest, stelde Advocaat-Generaal Wattel in zijn conclusie 'van ambtswege' de formele rechtskracht van dit besluit aan de orde. De Hoge Raad gaat in het arrest evenwel in het geheel niet op de formele rechtskracht in en laat het middel dat de geldigheid van de fiscale-eenheidbeschikking aan de orde stelt, op inhoudelijke gronden falen, zonder gebruik te maken van de door Wattel voorgestelde uitweg 'reeds omdat', waardoor de ambtshalve aspecten van de formele rechtskracht in het midden zouden zijn gebleven.

Hoewel het altijd riskant is uit een stilzwijgen iets af te leiden, houd ik het er vooralsnog op dat de Hoge Raad de beoordeling van de formele rechtskracht niet aanmerkt als een ambtshalve te beoordelen aspect.[122] Daarbij past de kanttekening dat, als er nog een bestuursrechtelijk rechtsmiddel openstaat, de ontvankelijkheid van een rechtzoekende bij de civiele rechter wel een ambtshalve te beoordelen kwestie is. In dat kader wordt ook wel – zij het ten onrechte – over formele rechtskracht gesproken.

3.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?

3.2.1 Inleidende opmerkingen

In paragraaf 2.4.3.1 onderscheidde ik vier methoden voor toetsing van algemeen verbindende voorschriften, te weten:

- het vernietigingsberoep
- de directe toetsing
- de exceptieve toetsing
- de declaratoire toetsing.

121 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0124.

122 Anders: Schlössels & Zijlstra, p. 1400, en Hoegee, p. 158, die al uit het Petronella-arrest afleiden dat de Hoge Raad de formele rechtskracht ambtshalve toepast.

Ik concludeerde dat in Nederland de tweede en derde toetsingsmethode dominant zijn. In deze paragraaf staat de vraag centraal of en, zo ja, op welke wijze de civiele rechter en de bestuursrechter van deze toetsingsmethoden gebruikmaken.

3.2.2 Exceptief verweer of directe toetsing

3.2.2.1 Bevoegdheid bestuursrechter

Tegen besluiten staat beroep open …
Ingevolge artikel 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht kan een belanghebbende tegen een besluit beroep instellen bij de bestuursrechter. Tegen een uitspraak die de rechtbank heeft gedaan, staat hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak, tenzij de wetgever in de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven of de gerechtshoven (in belastingzaken) als hogerberoepsinstantie heeft aangewezen. Voor zover de appelinstanties daarnaast ook in eerste en enige aanleg rechtspreken, is de bevoegdheid gekoppeld aan het bestaan van een bepaald soort besluit, enkele thans niet ter zake doende uitzonderingen daargelaten. Kort gezegd, de bevoegdheid van de bestuursrechter wordt bepaald door het bestaan van een besluit, als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

… maar niet tegen besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften
Wetten in formele zin, dan wel de beslissingen van regering en Staten-Generaal tot vaststelling daarvan, zijn geen besluiten omdat de wetgevende macht ingevolge artikel 1:1, tweede lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht geen bestuursorgaan is. Reeds daarom staat tegen een dergelijke beslissing geen beroep bij de bestuursrechter open. In hoofdstuk 2 besprak ik al dat en waarom ten aanzien van andere algemeen verbindende voorschriften artikel 8:3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht bepaalt dat daartegen geen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Kortom: de eerste door mij in paragraaf 2.4.3.1 onderscheiden verschijningsvormen van toetsing van de rechtmatigheid (verbindendheid) van algemeen verbindende voorschriften kan zich bij de bestuursrechter niet voordoen.

Toetsing bij wege van exceptief verweer
Dat tegen algemeen verbindende voorschriften geen beroep openstaat, wil niet zeggen dat de bestuursrechter de rechtmatigheid (verbindendheid) ervan niet kan beoordelen. Van Male maakt in dit verband onderscheid tussen de (on)mogelijkheid beroep in te stellen, dat in het Nederlandse bestuursrechtelijke stelsel een vernietigingsberoep is, en de mogelijkheid in het kader van beroep tegen een op grond van het algemeen verbindende voorschrift genomen besluit de rechtmatigheid van dat algemeen verbindend voorschrift aan de orde te stellen. Dat kan echter niet tot vernietiging

van het algemeen verbindend voorschrift, dan wel het besluit tot vaststelling daarvan leiden.[123] [124] De bestuursrechter kan zich uitlaten over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift (en zal zich daarover moeten uitlaten, indien hij van oordeel is dat het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, dan wel de verbindendheid daarvan bij wege van *exceptief verweer* aan de orde wordt gesteld), maar dit zal steeds moeten geschieden in het kader van een tegen een ter uitvoering van of op basis van het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift genomen besluit.[125] Met andere woorden: de bestuursrechter past de derde verschijningsvorm van toetsing van algemeen verbindende voorschriften toe.

Hoewel in de literatuur en jurisprudentie (althans van de hoogste bestuursrechterlijke instanties) overeenstemming bestaat over de bevoegdheid van de bestuursrechter tot exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften, gaat het op bestuursniveau en bij de lagere rechtspraak toch wel eens fout, zoals Damen in een kritische noot onder de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 3 februari 2010 opmerkt.[126]

Mogelijkheden rechtzoekende bij de bestuursrechter

Door de inrichting als vernietigingsberoep kent het geldende bestuursprocesrecht niet de mogelijkheid dat de bestuursrechter een verklaring voor recht geeft over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Een oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift zal steeds effect moeten sorteren over de band van het besluit waartegen beroep is ingesteld. Indien de bestuursrechter van oordeel is dat het algemeen verbindend voorschrift waarop het besluit is gebaseerd (of ter uitvoering waarvan dat besluit is genomen) onverbindend is, omdat het in strijd is met een hogere regeling of een algemeen rechtsbeginsel (indien het voorschrift niet van de wetgever in formele zin afkomstig is), dan leidt dat tot vernietiging van dat besluit.[127] Het oordeel dat het desbetreffende voorschrift onverbindend is heeft immers zonder meer tot gevolg dat rechtmatige toepassing van dat voorschrift niet mogelijk is.

3.2.2.2 Bevoegdheid civiele rechter

Directe toetsing algemeen verbindende voorschriften

In dit opzicht heeft de civiele rechter het gemakkelijker dan zijn bestuursrechterlijke collega. Zoals in paragraaf 3.1 gezegd, acht de civiele rechter

123 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 568-570.
124 Zie voor een karakterisering van het Nederlandse stelsel verder: VAR-Commissie Rechtsbescherming, in het bijzonder hoofdstuk 4.
125 Zie voor het onderscheid tussen directe en indirecte (exceptieve) toetsing: Schutgens 2009, p. 14-15.
126 ABRvS 3 februari 2010, *AB* 2010/309. Zie ook: Van Male.
127 Zie ook: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 280-284.

zich bevoegd kennis te nemen van alle geschillen, mits deze civielrechtelijk worden aangekleed; voorbeelden waarin de civiele rechter zich onbevoegd heeft geacht kennis te nemen van een geschil over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift zijn mij net zo min als Schutgens bekend.[128] Het enkele uitvaardigen van een algemeen verbindend voorschrift – waaraan toepassing daarvan in toekomstige gevallen inherent is – kan een onrechtmatige daad opleveren.[129] De civiele rechter kan derhalve zowel de tweede, als derde hiervoor onderscheiden toetsingsmethode toepassen. De lage bevoegdheidsdrempel die de civiele rechter voor rechtzoekenden heeft opgeworpen, betekent evenwel niet dat de verdere weg zonder (ontvankelijkheids)hindernissen is, zoals hierna zal blijken.

Ruime bevoegdheid, beperkte mogelijkheden

Ontvankelijkheidsvragen daargelaten, lijkt voor een rechtzoekende op het eerste gezicht de lage bevoegdheidsdrempel het enige voordeel te zijn om de civiele rechter boven de bestuursrechter te verkiezen. De actie uit onrechtmatige daad leidt, indien deze slaagt, immers hoogstens tot een schadevergoedingsplicht, terwijl bij de bestuursrechter het op basis van het desbetreffende algemeen verbindende voorschrift genomen schadeveroorzakende besluit uit de rechtsorde wordt verwijderd. Dit voordeel van de bestuursrechtelijke weg is bij nader inzien echter slechts schijn. Immers, ingevolge artikel 6:103, tweede volzin, van het Burgerlijk Wetboek kan schade niet alleen in geld worden vergoed, maar op verzoek van de rechtzoekende ook op andere wijze. In zekere zin vormt de fantasie van de rechtzoekende de enige begrenzing van de mogelijkheden rechtsherstel te verkrijgen. Denkbaar zijn onder meer een verklaring voor recht of een bevel (feitelijke en rechts)handelingen te verrichten of na te laten.[130]

Wat de rechtzoekende bij de civiele rechter echter niet kan bereiken, is de vernietiging van het besluit, dat immers exclusief tot het terrein van de bestuursrechter behoort, dan wel een bevel aan de wetgever het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift in te trekken of te wijzigen.[131] Wat betreft de onmogelijkheid een wetgevingsbevel te geven, maakt de Hoge Raad geen onderscheid tussen van de formele of lagere wetgever afkomstige algemeen verbindende voorschriften.[132]

---

128 Schutgens 2009, p. 20.

129 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316, m.nt. H. Drion. Ook niet-wetgeven kan onder omstandigheden overigens een onrechtmatige daad opleveren; zie Schutgens 2009, p. 44.

130 Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh, nrs. 21-23. Zie uitgebreid over de uitspraakbevoegdheden van zowel de civiele voorzieningen- als bodemrechter: Schutgens 2009, p. 75-94, en Uzman, p. 91-115.

131 Zie over de (on)mogelijkheden van wetgevingsbevelen uitgebreid: Schutgens 2009, p. 93 en 239-264, en de door hem aangehaalde jurisprudentie en literatuur.

132 Zie voor van de formele wetgever afkomstige algemeen verbindende voorschriften: HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691; voor niet van de formele wetgever afkomstige algemeen verbindende voorschriften: HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679, beide m.nt. T. Koopmans.

3.2.3 Gebondenheid of niet?

3.2.3.1 Inleidende opmerkingen

Na deze beknopte beschrijving van de mogelijkheden voor zowel de bestuursrechter, als de civiele rechter om te oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, zal ik nader ingaan op de vraag of en, zo ja, in hoeverre en op welke wijze beide rechters zich aan elkaars oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift gebonden achten. Ik zal deze vraag benaderen vanuit het perspectief van de civiele rechter, omdat de jurisprudentie waarin deze bindingsvraag uitdrukkelijk aan de orde is van de civiele rechter afkomstig is. De kortere beroepstermijnen bij de bestuursrechter daargelaten, is de belangrijkste verklaring daarvoor mijns inziens gelegen in de omstandigheid dat de civiele rechter zich weliswaar een ruime bevoegdheid heeft toegekend, maar zich daarbij wel ziet als restrechter ten opzichte van de bestuursrechter. Jurisprudentie van de drie hoogste bestuursrechterlijke instanties, waarbij deze zich voor de vraag gesteld zagen welke betekenis toekomt aan een eerder oordeel van de civiele kamer van de Hoge Raad over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, is mij niet bekend.[133] De vraag welke betekenis de

133 Zie ook: Schutgens 2009, p. 234-235. Niet is uitgesloten dat één van de hoogste bestuursrechterlijke instanties geconfronteerd wordt met een oordeel van een civiele rechter waarin de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift aan de orde is. Dit zal zich in het bijzonder kunnen voordoen in het geval waarin belangenorganisaties opkomen tegen nieuwe wet- of regelgeving, wat zich regelmatig voordoet op het terrein van het vreemdelingenrecht. Een voorbeeld is de procedure die de VAJN heeft gevoerd over het voor vreemdelingenbewaring geldende regime en waarin onder meer aan de orde was of artikel 9, tweede lid, sub d, van de Penitentiaire beginselenwet, dan wel de wijze waarop daaraan in de praktijk invulling wordt gegeven in strijd is met verschillende verdragsbepalingen. De civiele voorzieningenrechter achtte voormeld artikelonderdeel uit de Penitentiaire beginselenwet niet onverbindend, maar was wel van oordeel dat de wijze waarop daaraan invulling werd gegeven, in beginsel in strijd is met artikel 8 van het EVRM, indien een vreemdeling langer dan 120 uur in een politiecel of een cel van de Koninklijke Marechaussee in vreemdelingenbewaring wordt gehouden (uitspraak van 20 maart 2009, *JV* 2009/197). De Staat is daartegen in hoger beroep gegaan, maar hoewel het vonnis van de voorzieningenrechter uitvoerbaar bij voorraad was verklaard, heeft de minister van Justitie daaraan geen uitvoering gegeven. Het was een kwestie van tijd voordat de Afdeling bestuursrechtspraak als hoogste bewaringsrechter met het vonnis van de voorzieningenrechter geconfronteerd zou worden en zich over de betekenis daarvan zou kunnen uitlaten. Dit was het geval in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van 7 oktober 2010, *RV* 2010/86, m.nt. G.N. Cornelisse. In de in hoger beroep door de minister van Justitie bestreden uitspraak had de rechtbank de bewaring onder verwijzing naar het vonnis van de voorzieningenrechter onrechtmatig geoordeeld, omdat deze langer dan 120 uur in een politiecel had plaatsgevonden. Hoewel de minister van Justitie in hoger beroep uitdrukkelijk de vraag aan de orde stelde of het vonnis van de voorzieningenrechter niet gevolgd zou moeten worden, reeds omdat deze de VAJN niet-ontvankelijk had moeten verklaren, gaat de Afdeling bestuursrechtspraak op dit aspect niet in en wijdt zij evenmin enige overweging aan de betekenis van het vonnis van de voorzieningenrechter voor de bestuursrechter in het algemeen of voor haar in het bijzonder; ook artikel 8 van het EVRM, waarop de voorzieningenrechter zich in het bijzonder had gebaseerd. Wel komt ook de Afdeling bestuursrechtspraak tot de slotsom dat bewaring in een politiecel langer dan 120 uur (zij het dat zij het vijf dagen noemt) in beginsel in strijd is met artikel 5.4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit 2000 (en daarom onrechtmatig).

civiele rechter toekent aan een oordeel van een eerstelijnsbestuursrechter waartegen het bestuursorgaan geen hoger beroep heeft ingesteld, laat ik rusten.[134]

3.2.3.2 Uitzondering op de formele rechtskracht?

Zoals hiervoor bleek, hebben de verschillende verschijningsvormen van het beginsel van de formele rechtskracht vooral tot doel te komen tot een doelmatige verdeling van rechtsmacht tussen de civiele rechter en de bestuursrechter en in het verlengde daarvan het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken. Deze doelstellingen zijn in het bijzonder van belang bij de bindingsvraag ten aanzien van oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, indien de toetsing van de met toepassing van die voorschriften genomen besluiten is opgedragen aan de bestuursrechter. Juist bij deze categorie ligt dat evenwel moeilijk. De omstandigheid dat tegen wetten in formele zin en besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld, plaatst deze categorie buiten de formele rechtskracht. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is voor het verkrijgen van formele rechtskracht van een besluit immers vereist dat daartegen voor de desbetreffende rechtzoekende een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan.[135]

Dat het een uitdrukkelijke keuze van de wetgever is geweest tegen besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften geen beroep op de bestuursrechter open te stellen, brengt eveneens met zich dat aan de specialisatiegedachte, volgens welke de civiele rechter de bestuursrechter het primaat zou moeten geven, slechts beperkte betekenis toekomt.[136] Betoogd zou immers kunnen worden dat als gevolg van de keuze van de wetgever het primaat voor de toetsing van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften nu juist bij de civiele rechter ligt.

Dit klemt temeer, nu de Hoge Raad in het arrest Leenders-Ubbergen heeft overwogen dat van een rechtzoekende die ervan overtuigd is dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is niet kan worden gevergd om toch op basis van dat voorschrift een vergunning aan te vragen, dan wel het te laten aankomen op strafrechtelijke vervolging of toepassing van bestuursdwang, enkel en alleen om de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift bij wege van exceptief verweer bij de strafrechter of bestuursrechter aan de orde te kunnen stellen.[137] 'Enkel en alleen' biedt mijns inziens ruimte voor een genuanceerde benadering. Indien een rechtzoeken-

134 Zie daarover bijvoorbeeld: Schutgens 2009, p. 129-130.
135 Zie al: HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723, m.nt. M. Scheltema, gelezen in samenhang met HR 3 februari 2006, *AB* 2006/225, m.nt. G.A. van der Veen.
136 Schutgens 2009, p. 23.
137 HR 11 oktober 1996, *AB* 1997/1, m.nt. Th.G. Drupsteen, en Bb 1996/25, m.nt. C.E. du Perron.

de voor het verrichten van een door hem gewenste activiteit hoe dan ook een beslissing van een bestuursorgaan nodig heeft, al dan niet in de vorm van een vergunning, maar bijvoorbeeld met het bestuursorgaan van mening verschilt of het nadere voorwaarden mag stellen, valt niet in te zien waarom van hem niet kan worden gevergd het bestuursorgaan te verzoeken het vereiste besluit te nemen en vervolgens bij de bestuursrechter te procederen over de 'uitvoeringsmodaliteiten'.

3.2.3.3 Of toch niet? De positie van de belanghebbende en het bestuursorgaan

Het belang van voormelde benadering wordt gerelativeerd doordat in het overgrote deel van de gevallen de werking van algemeen verbindende voorschriften wordt geïnstrumentaliseerd door het op grond van die voorschriften nemen van besluiten door een bestuursorgaan. Tot toetsing van deze besluiten is de bestuursrechter exclusief bevoegd en geldt de specialisatiegedachte derhalve onverkort. In het kader van de toetsing van het besluit dient de bestuursrechter zich – al dan niet desverzocht – bij wijze van exceptieve toetsing uit te laten over de verbindendheid van het onderliggende algemeen verbindend voorschrift. De vraag rijst welke betekenis daaraan toekomt.

Indien op basis van een algemeen verbindend voorschrift al een besluit is genomen en daartegen bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmiddelen openstaan, dient de rechtzoekende de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift bij wege van exceptief verweer bij de bestuursrechter aan de orde te stellen.[138] Indien hij dit nalaat en zich in plaats daarvan tot de civiele rechter wendt, is deze weliswaar bevoegd daarvan kennis te nemen, maar zal deze hem, zoals hiervoor vermeld, in zijn vordering nietontvankelijk verklaren, dan wel de vordering afwijzen, afhankelijk van het antwoord op de vraag of de termijn voor het aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen al dan niet is verstreken.[139]

Maakt de rechtzoekende van de bestuursrechtelijke weg gebruik en wendt hij zich daarna tot de civiele rechter, dan zal deze op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter uitgaan van het door de bestuursrechter gegeven oordeel.[140] Het zal dan uit de aard van de zaak doorgaans een geval betreffen, waarin de bestuursrechter de door de rechtzoekende opgeworpen *exceptie van onverbindendheid* heeft verworpen en de rechtzoekende bij de civiele rechter in de herkansing gaat.

138 Mok & Tjittes, p. 402-404.
139 HR 16 oktober 1992, *AB* 1993/40, m.nt. F.H. van der Burg; zie ook: Schutgens 2009, p. 26-29 en – uitgebreider – p. 126-134.
140 Zie ook: Schlössels 2007, p. 327-329.

OZB-arrest

Het standaardvoorbeeld daarvan is het arrest Onafhankelijk Ziekenfonds Bedrijven tegen de Staat.[141] De feiten zijn als volgt. Op grond van de Ziekenfondswet verdeelde het College voor zorgverzekeringen de krachtens deze wet geheven premies over de ziekenfondsen. De verdeling vond plaats aan de hand van een door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport gegeven aanwijzing. Deze aanwijzing deelde in het rechtskarakter van de algemene maatregel van bestuur op grond waarvan zij werd gegeven en de ter uitvoering daarvan door het College vastgestelde beleidsregels. Deze beleidsregels behoefden de goedkeuring van de minister. De bijdrage aan het ziekenfonds werd vervolgens door het College toegekend met een uitvoeringsbesluit, waartegen beroep in eerste en enige aanleg openstond bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Op een zeker moment heeft de minister (een van) de criteria aan de hand waarvan de verdeling plaatsvond gewijzigd, als gevolg waarvan het Onafhankelijk Ziekenfonds Bedrijven (hierna: OZB) een lagere bijdrage van de geheven premies ontving. Tegen dit besluit had OZB beroep ingesteld en daarbij uitdrukkelijk de onverbindendheid van de aanwijzing en de daarop gebaseerde beleidsregels aan de orde gesteld. De exceptie van onverbindendheid heeft de Afdeling bestuursrechtspraak gemotiveerd verworpen, hetgeen 'automatisch' leidde tot ongegrondheid van het beroep.[142] OZB kon zich daarmee niet verenigen en deed een nieuwe poging bij de civiele rechter, onder meer aanvoerend dat de aanwijzing onverbindend is en de civiele rechter – onder andere – in verband met de verschillende wijze van toetsing niet gebonden was aan de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak.[143] De Hoge Raad wilde er niet van weten en overwoog:

> 'Tegen die beschikkingen [de uitvoeringsbesluiten, OvL] stond voor OZB een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang open. OZB heeft die rechtsgang ook benut en daarin – 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 en bestuursrechter ook niet wenselijk is.'

141 HR 17 december 2004, *AB* 2005/399, m.nt. F.J. van Ommeren. Zie ook de conclusie van de A-G voor HR 19 februari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK9141.

142 Uitspraak van 22 oktober 1999 in zaak nr. E04.99.0054 (niet gepubliceerd).

143 Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de gronden die volgens OZB aan de doorwerking van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in de civiele procedure in de weg staan en de redenen waarom die zouden moeten falen de conclusie van de A-G voor HR 17 december 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9556.

Gevolg hiervan was niet alleen dat OZB de schadevergoedingsactie zag stranden op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter. Evenzeer stond met dit arrest jegens hem de verbindendheid van het aan het uitvoeringsbesluit ten grondslag liggende algemeen verbindend voorschrift vast. Dit was in het geval van OZB ook niet zonder praktische betekenis, aangezien zij ook tegen de opvolgende uitvoeringsbesluiten waarin hetzelfde criterium werd toegepast, tevergeefs bij de bestuursrechter was opgekomen.[144] Het OZB-arrest wordt samen met het hierna te bespreken Aujeszky-arrest ook wel aangeduid met de verzamelterm *volgplicht-arresten*.[145]

Aujeszky-arrest

De volgende vraag is welke betekenis de civiele rechter hecht aan een oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, gegeven in een bestuursrechtelijke procedure waarbij de rechtzoekende in de civiele procedure niet betrokken was. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin de bestuursrechter het algemeen verbindend voorschrift *ver*bindend heeft geacht en het geval waarin hij het *on*verbindend heeft geacht. Leidend is het arrest Aujeszky tegen de Staat.[146] Ook nu eerst de feiten. Het Landbouwschap heeft ter bestrijding van de ziekte van Aujeszky inenting van varkens verplicht gesteld. Het heeft daartoe de Verordening Bestrijding Ziekte van Aujeszky 1993 en de Retributieverordening Bestrijding Ziekte van Aujeszky vastgesteld. Hoewel derhalve was voorzien in een heffingsgrondslag, werd de bijdrage niet middels een heffing bij de varkensboeren geïnd. De werkwijze was in de praktijk aldus, dat de dierenarts die de inentingen had verricht aan een particuliere onderneming (SGD) een factuur stuurde, die SGD betaalde. SGD stuurde vervolgens aan de varkensboer een factuur, verhoogd met administratiekosten. Duidelijk was daarbij dat, indien de varkensboer deze factuur niet zou betalen, het Landbouwschap alsnog een heffing zou opleggen. Bij uitspraak van 17 oktober 1998 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven de retributieverordening echter onverbindend geacht, omdat de daarvoor vereiste wettelijke grondslag ontbrak. De procedure die tot het arrest heeft geleid, betrof de terugvordering door de varkensboeren van de aan SGD betaalde bedragen, als zijnde onverschuldigd betaald.

Het eerste punt dat aandacht verdient, is de vaststelling door de Hoge Raad dat de facturen van SGD geen besluiten zijn in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Dit heeft tot gevolg dat daartegen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen konden worden aangewend, zodat de hiervoor als eerste genoemde categorie toepassing mist en de recht-

144 ABRvS 2 oktober 2002, *RZA* 2002/205.

145 Onder meer: Schutgens 2009, p. 222-230, en Sillen 2010, p. 116-123.

146 HR 18 februari 2005, *AB* 2005/400, m.nt. F.J. van Ommeren, en *NJ* 2005/283, m.nt. M.R. Mok.

zoekenden niet de formele rechtskracht van de facturen kan worden tegengeworpen. Wat betreft de betekenis van (on)verbindendheidsoordelen zet de Hoge Raad vervolgens uiteen hoe wat hem betreft gehandeld dient te worden. Hij overweegt in zeer algemene zin:

> 'Indien een bestuursorgaan dat die regeling heeft uitgevaardigd of met de uitvoering ervan 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. Dit uitgangspunt moet worden aanvaard, omdat van een bestuursorgaan moet worden verwacht dat het, als de hoogste bestuursrechter een regeling onverbindend heeft geacht, hetzij het daarheen heeft geleid dat alsnog een verbindende regeling wordt totstandgebracht, hetzij zich ook in andere gevallen aan de uitspraak van die hoogste rechter houdt. Daarmee is niet te verenigen dat het bestuursorgaan zou beschikken over een verkapt rechtsmiddel tegen een onherroepelijke rechterlijke uitspraak, en dat daardoor ook na de onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter voor de betrokken burgers onduidelijkheid blijft bestaan over hun rechtspositie.'

Uit deze overweging blijkt dat een publiekrechtelijke rechtspersoon civielrechtelijk gebonden is aan een door de hoogste bestuursrechter gegeven oordeel dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is. Op grond daarvan dient het zich te onthouden van – voortgezette – toepassing ervan, ook ten aanzien van derden die niet bij de bestuursrechtelijke procedure betrokken waren.[147] Dat geldt ook, indien de in de procedure betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon, waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt(e), het niet (zelf) in zijn macht heeft een wel verbindende regeling tot stand te brengen. De grond voor onverbindendheid van de retributieverordening was immers het ontbreken van een formeel-wettelijke grondslag daarvoor. Duidelijk moge zijn dat het Landbouwschap noch de Sociaal Economische Raad als rechtsopvolger van het Landbouwschap alsnog in een dergelijke grondslag zou kunnen voorzien. In zekere zin rust daarmee op de overheid een risicoaansprakelijkheid voor onverbindend geachte algemeen verbindende voorschriften.

Daarmee is evenwel nog niets gezegd over de positie van de civiele rechter ten opzichte van zijn bestuursrechtelijke collega. Ook in die verhouding neemt de Hoge Raad, zij het uiteraard op andere gronden, gebondenheid aan. Hij overweegt verder:

---

147 Zie ook: Schutgens 2009, p. 228-230, die een mogelijkheid ziet tot serieschakeling van de volgplicht-arresten met – bijvoorbeeld – HR 1 juli 1983, *NJ* 1984/360, zodat een bestuursorgaan gehouden is zich jegens eenieder te onthouden van voortgezette toepassing van het onverbindend geachte algemeen verbindend voorschrift. Dit zou er in zijn optiek toe kunnen leiden dat de bestuursrechter niet meer kan terugkomen op zijn eerdere oordeel over de verbindendheid van het desbetreffende voorschrift, aangezien daaraan geen toepassing meer kan worden gegeven (en op grond van die regeling dus geen besluiten meer kunnen worden genomen).

> 'Dit uitgangspunt voorkomt bovendien dat de burgerlijke en bestuursrechter tot verschillende oordelen over dezelfde vraag komen. Dit moet uit een oogpunt van rechtsbescherming weliswaar worden aanvaard indien de bestuursrechter in een procedure waarin deze burger niet was betrokken, een regeling wel verbindend heeft geacht, maar dat is gelet op het hiervoor overwogene bij onverbindendverklaring niet gerechtvaardigd ten opzichte van de overheid, die het zelf in de hand heeft of alsnog een wel verbindende regeling tot stand komt.'

3.2.3.4 Of toch weer wel? De positie van de niet-belanghebbende

Voor het bestuursorgaan geldt een risicoaansprakelijkheid, zodat de civiele rechter ook aan het verbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter is gebonden, indien dat bestuursorgaan niet bij de bestuursrechtelijke procedure was betrokken. Ten opzichte van de burger is de Hoge Raad echter terughoudender. Aan een ten nadele van de burger werkend *ver*bindendheidsoordeel van de bestuursrechter is de civiele rechter op grond van de volgplicht-arresten slechts gebonden, indien de burger ook betrokken was bij de bestuursrechtelijke procedure. Daaraan ligt ten grondslag dat die rechtzoekende geen kans heeft gehad argumenten aan te dragen om de bestuursrechter van de onverbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift te overtuigen. Het uitgangspunt van de Hoge Raad zal mijns inziens dan ook niet moeten gelden voor een burger die als (derde-)belanghebbende aan die procedure had kunnen deelnemen, maar ervoor heeft gekozen dat niet of niet tijdig te doen. Dat de civiele rechter een niet-belanghebbende niet op grond van de volgplicht-arresten het verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter kan tegenwerpen, betekent niet dat dat oordeel in die procedure zonder betekenis is. Met Schutgens neem ik aan dat de civiele rechter, zo de vordering van de derde niet strandt op het relativiteitsvereiste, zoveel als mogelijk aansluiting zal zoeken bij het eerdere oordeel van de bestuursrechter.[148]

3.2.3.5 Soorten verbindendheidsoordelen: expliciet of stilzwijgend

Bestuursrechter laat zich expliciet uit over (on)verbindendheid
Bij het verschil in benadering van de positie van de rechtzoekende burger, al naar gelang hij wel of niet bij de bestuursrechtelijke procedure was betrokken, kan wel een kanttekening worden geplaatst. De vraag naar de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften is, zoals Ferwerda terecht opmerkt, niet van openbare orde.[149] Onjuist is evenwel de conclusie die zij daaraan verbindt, te weten dat de bestuursrechter zich nooit eigener beweging (ambtshalve) een oordeel zal vormen over de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. De beoordeling van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften maakt immers deel uit

148 Zie ook: Schutgens 2009, p. 230-234.
149 Ferwerda, p. 39-40.

van de verplichting tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, neergelegd in artikel 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht. De hogerberoepsrechter ziet derhalve wel ambtshalve toe op de wijze waarop de eerstelijnsrechter toepassing aan deze bepaling heeft gegeven.[150] Vereist is daarvoor wel dat de bestuursrechter de burger heeft kunnen ontvangen. De beoordeling of het beroep voldoet aan de eisen die de wet daaraan stelt, gaat immers vooraf aan een eventuele aanvulling van de rechtsgronden, uiteraard tenzij het de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift betreft dat tot de niet-ontvankelijkheid aanleiding geeft.

Met Sillen ben ik van mening dat het een fictie is te veronderstellen dat een (bestuurs)rechter in staat is in elke zaak, elk aan de orde zijnd algemeen verbindend voorschrift aan het gehele recht op verbindendheid te toetsen.[151] Echter, daarmee is een verbindendheidsoordeel nog geen eendagsvlieg die in elke zaak opnieuw geboren wordt en die zaak niet overleeft. Een ambtshalve door de (bestuurs)rechter gegeven uitdrukkelijk oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift impliceert dat hij alle hogere regelingen daarbij in aanmerking heeft genomen en evenzeer heeft beoordeeld of het desbetreffende voorschrift wellicht in strijd is met enig algemeen rechtsbeginsel. In zekere zin moet worden aangenomen dat de bestuursrechter alle denkbare redenen die afbreuk zouden kunnen doen aan de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift in de beoordeling heeft betrokken.[152] Zo in het bestuursrecht (nog) sprake is van fuiken of trechters, dan zien deze niet op door de bestuursrechter ambtshalve te beoordelen punten. Het zij op deze plaats herhaald: als ik spreek over een verbindendheidsoordeel doel ik voor dit onderzoek uitsluitend op de vraag of een algemeen verbindend voorschrift al dan niet in strijd is met een hogere regeling of algemeen rechtsbeginsel, waarbij een bevestigende beantwoording ertoe leidt dat rechtmatige toepassing van het voorschrift niet meer mogelijk is.

Aangezien het besluit tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift geen formele rechtskracht kan verkrijgen, kan de vraag naar de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift in elke procedure bij de bestuursrechter opnieuw aan de orde worden gesteld.[153] De rechtszekerheid verzet zich er mijns inziens echter tegen dezelfde toets in elke volgende zaak opnieuw te verrichten als ware het de eerste keer. Daarmee is niet gezegd dat ook voor bestuursrechters het dogma van onfeilbaarheid geldt en dat een uitdrukkelijk verbindendheidsoordeel als '*ex cathedra* gegeven' moet worden beschouwd en daarmee voor de eeuwigheid onaantast-

150 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 584-585.
151 Zie bijvoorbeeld zijn noten bij ABRvS 6 september 2006, *AB* 2006/358, en HR 27 maart 2007, *AB* 2007/144.
152 Anders (zij het in de verhouding tussen de civiele rechter en de strafrechter): Schutgens 2009, p. 226-227.
153 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 452-455.

baar is.[154] Indien de bestuursrechter – al dan niet geïnspireerd door nieuw aangevoerde beroepsgronden – evenwel tot de slotsom komt dat mogelijk een en ander valt af te dingen aan zijn eerdere oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, zal de bestuursrechter dit moeten afwegen tegen de inbreuk op de rechtszekerheid die het gevolg zou zijn van zijn omgaan.

Dit voorkomt ook dat de civiele rechter weliswaar de onverbindendheid van een – eerder door de hoogste bestuursrechter uitdrukkelijk wel verbindend geacht – algemeen verbindend voorschrift uitspreekt, al dan niet met een verbod aan het bestuursorgaan verdere toepassing aan dat voorschrift te geven, maar het bestuursorgaan toch doorgaat met het met toepassing van dat algemeen verbindend voorschrift nemen van besluiten. Dat dat, hoewel uiteraard ongewenst, niet geheel ondenkbaar is, illustreert het hiervoor beschreven geval over de rechtmatigheid van vreemdelingenbewaring van meer dan 120 uur in een politiecel.[155] Niet denkbeeldig is dan dat de rechtzoekende, mogelijk een paar euro rijker, uiteindelijk met lege handen staat, omdat hij voor het daadwerkelijk bereiken van het door hem gewenste resultaat afhankelijk is van de wijze waarop het bevoegde bestuursorgaan de uitspraak van de civiele rechter instrumentaliseert in het bestuursrechtelijke traject.[156] Weliswaar zal ook het streven van de hoogste bestuursrechter erop gericht zijn tegenstrijdige uitspraken zo mogelijk te voorkomen, maar

---

154 Zie voor het dogma van de pauselijke onfeilbaarheid: Tweede Vaticaans Concilie, Lumen Gentium, hoofdstuk 3, artikel 8, alinea 25 (www.rkdocumenten.nl).

155 Dat het ook anders kan, leert de SGP-zaak. Nadat de rechtbank in de civiele procedure de Staat had bevolen artikel 2 van de Wet subsidiëring politieke partijen, waarin de grondslag voor subsidieverlening aan politieke partijen is gelegen, jegens de SGP buiten toepassing te laten, wees de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de subsidieaanvraag van de SGP onder verwijzing naar dit vonnis af. In het subsdiegeschil dat hieruit volgde, heeft uiteindelijk de Afdeling bestuursrechtspraak in hoogste instantie uitspraak gedaan (uitspraak van 5 december 2007, *AB* 2008/35, m.nt. R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen). Uit deze uitspraak blijkt dat van de minister weliswaar niets anders kon worden verwacht dan dat hij zich aan het vonnis van de civiele rechter gebonden achtte, maar dat een dergelijke gebondenheid niet (ook) geldt voor de bestuursrechter die op een tegen het aldus genomen besluit ingesteld beroep dient te beslissen.

156 Ook hiervan is de SGP-zaak een voorbeeld. Hoewel de rechtzoekenden van de civiele rechter tot in hoogste instantie – grotendeels – gelijk hebben gekregen, zijn maatregelen van de Staat jegens de SGP vooralsnog uitgebleven. Bij mondelinge uitspraak van 27 januari 2011, *AB* 2011/105, m.nt. P.J. Stolk, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een beroep ongegrond verklaard tegen de geldigverklaring van de kandidatenlijst van de SGP door het hoofdstembureau voor de verkiezing van de leden van provinciale staten van Utrecht, waarin uitdrukkelijk een beroep werd gedaan op het arrest van de Hoge Raad. Het beroep was ingesteld, omdat op de kandidatenlijst geen vrouwelijke kandidaat voorkwam, hetgeen de indiener van het beroepschrift in strijd achtte met het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2010, *NJ* 2010/190, m.nt. F.J. van Ommeren. Voor ongeldigverklaring van de kandidatenlijst zou een wetswijziging nodig zijn geweest; volgens vaste jurisprudentie kan de civiele rechter de wetgever daartoe evenwel niet verplichten. Anders dan Kooijman opmerkt is het dus maar de vraag of artikel 94 van de Grondwet voor dergelijke gevallen effectief is. Zie over mogelijke oplossingen ook: Schutgens & Sillen.

garanties zijn er niet. Het probleem doet zich uiteraard alleen voor, indien de civiele rechter een oordeel wil geven dat afwijkt van dat van de bestuursrechter. Dogmatisch wellicht niet zuiver, maar uit pragmatisch oogpunt niet bezwaarlijk en wellicht zelfs aantrekkelijk is het als hij formeel weliswaar geen gebondenheid aanneemt, maar op dezelfde gronden als de bestuursrechter – of wellicht zelfs met verwijzing naar de uitspraak van de bestuursrechter – tot dezelfde slotsom komt.[157]

Bestuursrechter zwijgt over (on)verbindendheid, maar past regeling toe
Strikt genomen zou het vorenstaande evenzeer kunnen gelden, indien de hoogste bestuursrechter zich in een uitspraak niet uitdrukkelijk uitlaat over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, bijvoorbeeld omdat wat partijen hebben aangevoerd daartoe geen aanleiding geeft, en het algemeen verbindend voorschrift zonder meer toepast. Zoals hiervoor opgemerkt moet de bestuursrechter de vraag naar de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift over de band van de aanvulling van de rechtsgronden ambtshalve beantwoorden. Elke ongegrondverklaring van een beroep tegen een besluit veronderstelt derhalve, ook indien daarbij geen overwegingen zijn gewijd aan de verbindendheid van aan dat besluit ten grondslag liggende algemeen verbindende voorschriften, de verbindendheid daarvan. Zoals ook bij andere ambtshalve te beantwoorden vragen gebruikelijk, plegen (bestuurs)rechters op de beantwoording daarvan in de uitspraak alleen dan in te gaan, indien partijen deze vragen uitdrukkelijk aan de orde stellen, dan wel het antwoord bepalend is voor de te nemen beslissing. Dat laatste doet zich alleen voor indien het algemeen verbindend voorschrift *on*verbindend is.

Wat hiervan ook zij, uit het arrest Aujeszky blijkt duidelijk dat de Hoge Raad dit standpunt (nog) niet deelt. Een impliciet of expliciet oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *ver*bindend is, bindt de civiele rechter niet in een procedure van een rechtzoekende die in de bestuursrechtelijke procedure niet was en ook niet had kunnen worden betrokken.

De overige vereisten gelden uiteraard wel. Dat betekent dat die rechtzoekende bij de civiele rechter bot zal vangen, indien ook voor hem een bestuursrechtelijke procedure openstaat of had opengestaan, waarin hij zelf een oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift had kunnen krijgen. Daarvan uitgaande denk ik dat Schutgens gelijk heeft waar hij opmerkt dat de (rest)ruimte van de civiele rechter gelijk opgaat met die van de bestuursrechter zelf. In elke procedure bij de bestuursrechter kan immers bij wege van exceptief verweer de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift opnieuw aan de

157 Zie ook: R.J.N. Schlössels bij HR 17 december 2004, *JB* 2005/32, die nog andere mogelijke uitzonderingen beschrijft.

orde worden gesteld.[158] Dat laat evenwel onverlet dat in dat geval ook de bestuursrechter zal willen vasthouden aan een eerder door hem gegeven uitdrukkelijk oordeel over de verbindendheid, dan wel de verwerping van eerder bij hem voorgedragen beroepsgronden die de verbindendheid betreffen.[159]

3.2.3.6 Civiele rechter is gebonden aan een verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter, tenzij …

Opvallend is de uitsmijter van de Hoge Raad in het arrest Aujeszky, dat niet uitgesloten is dat bijzondere omstandigheden in verband met de aard van het oordeel tot een andere beslissing over de verbindende kracht nopen, maar zulke omstandigheden in onderhavig geding niet waren vastgesteld of aangevoerd. Op welke omstandigheden de Hoge Raad het oog heeft, blijkt niet uit het arrest en voor zover ik weet, heeft hij dit nadien ook niet gespecificeerd. Mogelijk heeft de Hoge Raad slechts een uitweg willen openhouden om aan het uitgangspunt geen toepassing te hoeven geven in een geval waarin dat zou leiden tot een onaanvaardbaar resultaat, zonder afbreuk aan het uitgangspunt te hoeven doen.

Onder meer de Advocaat-Generaal en Schutgens merken op dat van een uitzonderlijk geval sprake zou kunnen zijn, indien de uitspraak van de hoogste bestuursrechter onmiskenbaar in strijd is met het unierecht of het EVRM. In dat geval zou de civiele rechter niet van de bindende kracht van de uitspraak van de bestuursrechter mogen uitgegaan.[160] Schutgens voert in dat verband aan dat de Nederlandse hoogste bestuursrechter ter zake niet de hoogste rechter is, omdat een andere, internationale, instantie is aangewezen die het laatste woord heeft over de uitleg van een hogere regeling.[161] Over de verhouding tussen de Nederlandse rechter en het Hof van Justitie en het EHRM in algemene zin kom ik in de hoofdstukken 6 en 7 terug. Het door de Advocaat-Generaal en Schutgens benoemde aspect betreft evenwel niet deze verhouding, maar de verhouding tussen de hoogste civiele rechter en de hoogste bestuursrechters. Eventuele internationaalrechtelijke verplichtingen van het koninkrijk kunnen bij de beoordeling daarvan geen rol spelen; deze drukken immers gelijkelijk op de civiele rechter en de bestuursrechter. Het is ook niet de taak van de civiele rechter erop toe te zien dat de bestuursrechter deze verplichtingen nakomt, dan wel voldoende toezicht houdt op de wijze waarop het bestuursorgaan aan deze verplichtingen invulling geeft, of vice versa.

Het lijkt erop dat, waar de Advocaat-Generaal het oog heeft op alle gevallen waarin de uitspraak van de hoogste bestuursrechter – evident – in

158 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 452.
159 Schutgens 2009, p. 228.
160 Zie ook: R.J.N. Schlössels bij HR 17 december 2004, *JB* 2005/32.
161 Schutgens 2009, p. 227.

strijd is met het unierecht, Schutgens vooral doelt op het geval dat deze een door de rechtzoekende opgeworpen exceptie van onverbindendheid op aan het EU-recht en het EVRM ontleende gronden ten onrechte heeft verworpen. Praktisch gezien kan ik mij alleen bij dat laatste iets voorstellen. Indien een verwerping door een hoogste bestuursrechter van een op het internationale recht gebaseerde exceptie van onverbindendheid onmiskenbaar in strijd is met het unierecht of het EVRM, dan is niet goed voorstelbaar dat het besluitnemend bestuursorgaan of de rechtspersoon waarvan dat orgaan deel uitmaakt zich er toch op beroept dat de exceptie ten onrechte is verworpen.

Ik meen echter dat ook in het geval de uitspraak van de hoogste bestuursrechter, waarbij hij een opgeworpen verbindendheidsexceptie verwerpt, onmiskenbaar in strijd is met het unierecht of het EVRM dat geen reden zou moeten zijn een uitzonderlijke situatie aan te nemen, zoals in het Aujeszky-arrest bedoeld. Elke andere benadering leidt ertoe dat de civiele rechter gaat optreden als een hogerberoepsinstantie van de hoogste bestuursrechters. De vraag is ook wat de betekenis zou zijn van een oordeel van de civiele rechter dat – anders dan de hoogste bestuursrechter had overwogen – het algemeen verbindend voorschrift toch onverbindend is. Dit oordeel doet niet af aan het gezag van gewijsde van de uitspraak van de hoogste bestuursrechter en de rechtzoekende zal, tenzij hij slechts in een schadevergoeding in geld geïnteresseerd is, voor het behalen van elk ander resultaat afhankelijk zijn van de bestuursrechtelijke kolom, zoals ik hiervoor al opmerkte.

Indien in retrospectief mocht blijken dat de eerdere uitspraak van de bestuursrechter fout was, bijvoorbeeld door ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie of het EHRM, dan wel een 'omgaan' van de bestuursrechter, dan is de positie van de rechtzoekende die eerder bot ving niet te benijden.[162] Een wijziging of ontwikkeling in de jurisprudentie is, ook als het jurisprudentie van het Hof van Justitie of het EHRM betreft, geen grond voor herziening van de eerdere uitspraak.[163] Evenmin is het een feitelijk of rechtelijk novum dat over de band van een herhaalde aanvraag of een verzoek aan het bestuursorgaan terug te komen van het eerdere besluit de weg opent tot rechterlijke toetsing van het alsdan genomen besluit.[164] Deze problematiek bespreek ik nader in hoofdstuk 5. De enige mogelijkheid voor de rechtzoekende lijkt een schadevergoedingsactie bij de civiele rechter wegens onrechtmatige rechtspraak te zijn, maar de kans op succes daarvan is niet groot.[165] De tijd zal moeten leren op welke bijzondere omstandigheden de Hoge Raad het oog had.

162 Zie over de verhouding tussen de formele rechtskracht en het EVRM- en unierecht ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1411-1417.

163 Zie ook: Widdershoven & Ortlep, p. 43-47.

164 ABRvS 13 juli 2006, *RV* 2006/77, m.nt. F.T. Groenewegen, en ABRvS 12 maart 2009, *AB* 2009/207, m.nt. R. Ortlep.

165 Zie ook: Widdershoven & Ortlep, p. 43-47, en Schlössels & Zijlstra, p. 1465-1467.

3.2.3.7 Wederkerigheid?

Uit het vorenstaande blijkt dat de Hoge Raad uit een oogpunt van doelmatigheid en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken van de civiele rechter en de bestuursrechter bereid is een oordeel van een hoogste bestuursrechtelijke collega ten aanzien van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften te volgen, dan wel daarbij zo veel mogelijk aan te sluiten. Uit een oogpunt van rechtszekerheid bepleit Schutgens wederkerigheid: de hoogste bestuursrechterlijke instanties zouden zich in een voorkomend geval eveneens gebonden moeten achten aan een eerder oordeel van de Hoge Raad over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. In zijn proefschrift verwijst Schutgens ter onderbouwing van zijn pleidooi voor wederkerigheid voornamelijk naar de fatale gevolgen die een andere benadering zou hebben voor collectiviteitsacties op het gebied van het bestuursrecht. Een belangrijke doelstelling daarvan is nu juist zekerheid te hebben over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift voordat de overheid tot uitvoering daarvan overgaat, als gevolg waarvan een rechtsbeschermingsmogelijkheid bij de bestuursrechter ontstaat.[166] Hij verwijst daarbij naar het arrest van de Hoge Raad Staat tegen NJCM.[167]

Ik deel dit standpunt niet. Om tegenstrijdige uitspraken te voorkomen verdient het uiteraard de voorkeur dat een hoogste bestuursrechterlijke instantie, die zich over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift moet uitlaten, daarbij niet alleen een eerder oordeel van de civiele rechter in aanmerking neemt, maar ook moet proberen dat oordeel zoveel mogelijk te volgen en een afwijkende conclusie te motiveren. Dit zou ook als collegiaal fatsoen kunnen worden gezien. Dit geldt temeer, indien het een oordeel van de Hoge Raad betreft. Ik zou ook willen bepleiten dat een bestuursrechter niet van het oordeel van de civiele rechter afwijkt op de enkele grond dat hij er anders over denkt, maar dat de door hem voorgestane afwijking objectief bezien beter moet zijn. Het aannemen van gebondenheid op dezelfde wijze als de Hoge Raad doet, gaat mij echter te ver. Het gaat eraan voorbij dat aan die keuze van de Hoge Raad ten grondslag ligt dat het algemeen verbindend voorschrift in de bestuursrechtelijke kolom geïnstrumentaliseerd wordt door uitvoeringsbesluiten, ten aanzien waarvan de bestuursrechter exclusief bevoegd is. Zoals Schutgens zelf opmerkt, is het streven van de Hoge Raad de laatste jaren duidelijk erop gericht dat over bestuursrechtelijke geschillen ook bij de bestuursrechter moet worden geprocedeerd.[168] In deze gevallen is de bestuursrechter dan ook zonder meer de meest gerede rechter.

166 Schutgens 2009, p. 234-235.
167 HR 3 september 2004, *AB* 2005/74, m.nt. G.A. van der Veen.
168 In zijn noot onder HR 16 april 2010, *JB* 2010/174.

NJCM-arrest
In dit arrest achtte de Hoge Raad een collectiviteitsactie van – onder meer – de Vereniging voor Asieladvocaten en -Juristen Nederland (VAJN) tegen de zogenoemde 48-uurs- of AC-procedure ontvankelijk, omdat voor haar geen met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstond. Hoewel de VAJN ook betoogd had dat haar leden, zijnde in de behandeling van asielzaken gespecialiseerde advocaten, door die procedure in ernstige mate werden gehinderd bij het verrichten van hun werkzaamheden, lieten gerechtshof en Hoge Raad niet-ontvankelijkverklaring achterwege omdat tegen besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften geen beroep op de bestuursrechter openstaat en daaraan niet afdoet dat individuele asielzoekers de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften bij wege van exceptief verweer bij de bestuursrechter aan de orde kunnen stellen, indien hun asielaanvraag in de AC-procedure is afgewezen. Over het algemeen is dit arrest aldus verstaan dat de Hoge Raad daarmee ruim baan geeft aan collectiviteitsacties, waarin belangengroeperingen opkomen tegen de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften.[169] De tekst van het arrest bood daar ook alle grond toe.

Daargelaten of, zoals Schutgens opmerkt, het collectieve actierecht van belangengroeperingen ten aanzien van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften een nuttig instrument is naast de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg tegen besluiten die op basis daarvan genomen worden, is met het hierna te bespreken Leges-arrest van 9 juli 2010 duidelijk geworden dat de Hoge Raad het anders heeft bedoeld.

Leges-arrest
Dit arrest is gewezen in het kader van een collectiviteitsactie, ingesteld door – onder meer – de Stichting Inspraakorgaan Turken in Nederland, waarin zij de verbindendheid bestrijdt van de legesregeling voor Turken omdat die in strijd zou zijn met het unierecht. De Hoge Raad verklaart de vreemdelingenorganisaties echter niet-ontvankelijk, omdat zij slechts optreden ter behartiging van de gebundelde belangen van individuele vreemdelingen ter zake van besluiten tot legesheffing en niet ook voor een eigen belang. Ter bescherming van deze belangen staat voor de vreemdelingen echter een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang open door tegen de besluiten de openstaande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aan te wenden. De enkele bundeling van die belangen door een belangenorganisatie opent niet de weg naar de civiele rechter, aldus de Hoge Raad.

Dat deze redenering niet vanzelfsprekend is, laat het arrest van het gerechtshof Den Haag van 18 februari 2014 zien.[170] Anders dan de rechtbank in eerste aanleg achtte het gerechtshof de Stichting Privacy First ontvankelijk

169 Zie bijvoorbeeld de noten bij dit arrest van G.A. van der Veen, *AB* 2005/74, en H.J. Snijders, *NJ* 2006/28.
170 Hof Den Haag 18 februari 2014, *JB* 2014/76, m.nt. R.J.B. Schutgens.

in een vordering tot – onder meer – het buiten werking stellen van een bepaling van de Paspoortwet, op grond waarvan een paspoort slechts wordt afgegeven nadat vingerafdrukken zijn afgenomen (en opgeslagen in een geautomatiseerd systeem).[171] Hoewel de positie van de Stichting Privacy First gelijkenis vertoont met die van de Stichting Inspraakorgaan Turken in Nederland, volgt het gerechtshof de redenering van het Leges-arrest niet. Het eigen belang van de Stichting bestaat er volgens het gerechtshof uit dat zij 'sinds de nieuwe Paspoortwet werd aangenomen, werd overstelpt met klachten en vragen van burgers, dat Privacy First deze burgers desgevraagd met raad en daad bijstaat, ook in diverse hierover gevoerde rechtszaken, maar dat dit veel van de (schaarse) tijd en middelen van Privacy First vergt. Indien over de in de diverse rechtszaken aan de orde komende vragen in één procedure zou kunnen worden beslist komen daarvoor voor Privacy First tijd en middelen vrij die zij kan aanwenden voor, bijvoorbeeld, de werving van donateurs'. Met deze redenering is al snel een eigen belang voor elke belangengroepering te construeren, waardoor de regel van het Leges-arrest in belangrijke mate kan worden ondergraven.[172] De tijd zal leren of de Hoge Raad de gelegenheid krijgt zich over de benaderingswijze van het gerechtshof uit te laten.

Met Schutgens meen ik dat met het Leges-arrest het belang van de collectiviteitsacties ten aanzien van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, die bestuursrechtelijk geïnstrumentaliseerd worden door het nemen van besluiten, in belangrijke mate beperkt wordt.[173] Is aan dergelijke acties niet juist inherent dat wordt opgekomen voor ideële belangen of belangen van anderen? Uit een oogpunt van doelmatige rechtsmachtverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, lijkt mij de door de Hoge Raad gekozen oplossing echter juist.[174] De door het gerechtshof in de Privacy First-zaak gekozen benaderingswijze verdient dan ook geen navolging.

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad zelf geschrokken is van de ruime mogelijkheden die het NJCM-arrest bood voor collectiviteitsacties van belangengroeperingen, in het bijzonder op het terrein van het vreemdelingenrecht. Hoewel de Hoge Raad zijn best doet het arrest van 9 juli 2010 te onderscheiden van dat van 3 september 2004, overtuigt dat niet. De VAJN had aan de vordering evenzeer ten grondslag gelegd dat de asieladvo-

171 Rb. Den Haag 2 februari 2011, *JB* 2011/78, m.nt. R.J.B. Schutgens.

172 Aldus ook R.J.B. Schutgens bij Hof Den Haag 18 februari 2014, *JB* 2014/76. Het gerechtshof had evenzeer belang van de stichting aangenomen omdat de groep potentiële rechtzoekenden dermate diffuus en onbepaald is, dat niet kan worden volgehouden dat de stichting slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van deze personen. In zijn annotatie kraakt Schutgens ook over deze redenering enkele kritische noten.

173 In zijn noot bij HR 9 juli 2010, *JB* 2010/174. Zie ook: Schuurmans 2013, p. 1315, die in het artikel ook ingaat op bestaande en gewenste mogelijkheden voor afdoening van massale procedures in het bestuursrecht. Zij concludeert dat een wettelijke regeling veruit de voorkeur heeft.

174 Zie ook: De Poorter 2010-2, p. 276-278.

caten, wier belangen zij behartigt, door de AC-procedure ook in hun eigen belangen worden geschaad, omdat zij daardoor hun werkzaamheden niet op verantwoorde wijze kunnen verrichten. Dat zou mijns inziens voldoende zijn geweest hen in hun vordering te ontvangen, nu voor de asieladvocaten zelf geen bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg openstaat.[175] Maar, zoals hiervoor gezegd, leek uit het arrest van de Hoge Raad te volgen dat de redenering van gerechtshof en Hoge Raad een andere was.[176]

3.2.4 Tussenconclusies

Tegen een besluit tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift staat geen beroep op de bestuursrechter open, terwijl daartegen bij de civiele rechter wel kan worden opgekomen. Dat betekent echter niet dat de civiele rechter vrij baan heeft. Voor zover voor de verhouding tussen de civiele en bestuursrechter van belang, worden algemeen verbindende voorschriften geïnstrumentaliseerd door middel van op basis daarvan te nemen besluiten of daarmee op één lijn te stellen uitvoeringshandelingen. Tegen deze besluiten staat meestal beroep bij de bestuursrechter open, die zich in dat kader naar aanleiding van een exceptief verweer of ambtshalve de rechtsgronden aanvullend kan uitspreken over de (on)verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift. Zowel de bestuursrechter als de civiele rechter kan derhalve geroepen worden zich uit te spreken over de (on)verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften. Afstemming is dus vereist. Aan de jurisprudentie kan de civiele rechter daarvoor de volgende vuistregels ontlenen:

- Indien de hoogste bestuursrechter de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken, is de civiele rechter ten opzichte van de rechtspersoon waarbinnen het voorschrift is vastgesteld steeds aan dat oordeel gebonden; ten opzichte van de rechtzoekende bestaat gebondenheid slechts, indien deze aan de bestuursrechtelijke procedure heeft deelgenomen of had kunnen deelnemen.

- Ten aanzien van een rechtzoekende die niet kon deelnemen aan de bestuursrechtelijke procedure waarin de verbindendheid werd uitgesproken en voor wie ook geen andere bestuursrechtelijke procedure openstaat of -stond, dient de civiele rechter zelfstandig een oordeel te geven over de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift, daarbij zoveel mogelijk aansluitend bij het oordeel van de hoogste bestuursrechter.

175 Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak (onder meer uitspraak van 29 september 2006, *AB* 2006/402, m.nt. I. Sewandono) kan uitsluitend de vreemdeling zelf in (bestuurs)rechte opkomen tegen een besluit tot afwijzing van zijn aanvraag om verlening van een verblijfsvergunning asiel voor (on)bepaalde tijd.

176 Zie ook: G.A. van der Veen bij HR 9 juli 2010, *AB* 2011/11.

De jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties is aanmerkelijk minder eenduidig over wat de betekenis is van een verbindendheidsoordeel van de hoogste civiele rechter. Mijns inziens zou daarvoor de volgende vuistregel kunnen worden gehanteerd:

- Indien de civiele rechter de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken, moet de hoogste bestuursrechter met dat oordeel weliswaar rekening houden, maar staat het hem vrij zich een eigen oordeel over de verbindendheid van dat voorschrift te vormen. Indien hij daarbij afwijkt van het oordeel van de civiele rechter dient hij dat echter te motiveren.

3.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?

3.3.1 Inleidende opmerkingen

In de vorige paragraaf ben ik ingegaan op de vraag of en, zo ja, in hoeverre de hoogste civiele en bestuursrechter(s) zich aan elkaars oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften gebonden achten of zouden moeten achten. De conclusie was dat de civiele rechter zich op grond van de volgplicht-arresten gebonden acht aan een oordeel van de (hoogste) bestuursrechter, waarin deze een algemeen verbindend voorschrift onverbindend acht. Ten opzichte van het bestuursorgaan is deze gebondenheid absoluut. De civiele rechter werpt een rechtzoekende de uitspraak van de bestuursrechter slechts tegen, indien hij aan de bestuursrechtelijke procedure heeft deelgenomen of daaraan had kunnen deelnemen, maar ervoor heeft gekozen dat niet te doen. In alle andere gevallen pleegt de civiele rechter zich zoveel mogelijk aan te sluiten bij het oordeel van de bestuursrechter. Van wederkerigheid is daarbij overigens geen sprake: hoewel van de bestuursrechter mag worden verwacht dat hij zich zoveel mogelijk zal aansluiten bij een eerder arrest van de hoogste civiele rechter over de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, heeft dit niet geleid tot bestuursrechtelijke volgplicht-jurisprudentie. Ik gaf (kort) aan dat dat mijns inziens ook terecht niet is gebeurd. In deze paragraaf staat de vraag centraal naar gebondenheid aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift.

Het door de Hoge Raad gehanteerde beginsel van de formele rechtskracht, waarachter, een ontvankelijkheidsleer, een leer van de formele rechtskracht en een leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter schuil gaan, beperkt het aantal gevallen aanzienlijk waarin de civiele rechter in eigen hoedanigheid, dan wel in zijn hoedanigheid van restrechter geroepen wordt tot zelfstandige uitleg van wettelijke voorschriften, waarvan de toepassing uitmondt in beroepbare besluiten en die daarom behoren tot het bevoegdheidsdomein van de bestuursrechter.

In gevallen waarin de rechtzoekende de leer van de formele rechtskracht wordt tegengeworpen gaat de Hoge Raad uit van de rechtmatigheidsfictie van het besluit; dat omvat ook de uitleg door het bestuursorgaan van daarin aan de orde zijnde wettelijke voorschriften. Weliswaar is de uitleg van wettelijke voorschriften in Nederland uiteindelijk opgedragen aan de rechter, maar wezenskenmerk van de leer van de formele rechtskracht is nu juist dat de rechtzoekende zijn kans op uitleg door de rechter heeft laten lopen. Als de bestuursrechter zich heeft uitgelaten over de uitleg van een bestuursrechtelijk wettelijk voorschrift, gaat de Hoge Raad daar op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter vanuit.

We zagen echter ook dat er categorieën rechtzoekenden zijn voor wie er geen toegang tot het bestuursrechtelijke stelsel van rechtsbescherming bestaat. Kort gezegd betreft het degenen die geen belanghebbenden zijn als bedoeld in artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht. De categorie kan nog worden vergroot: het betreft ook degenen die weliswaar (stellen te) beschikken over het door artikel 3:303 van het Burgerlijk Wetboek vereiste voldoende belang om een civiele rechtsvordering in te stellen, maar geen belanghebbenden zijn, als hiervoor bedoeld. Indien van voldoende civielrechtelijk belang geen sprake is en de rechtzoekende op die grond niet-ontvankelijk is in zijn vordering, komt de civiele rechter aan beantwoording van de vraag of die rechtzoekende belanghebbende is immers niet meer toe. Jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin hij – los van enig oordeel van een bestuursrechter – invulling moet geven aan zuiver bestuursrechtelijke wettelijke bepalingen is dan ook schaars.

De beoordeling door de civiele rechter of een rechtzoekende al dan niet als belanghebbende kan worden aangemerkt, dient ertoe vast te stellen of hij al dan niet toegang heeft of had tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De civiele rechter moet derhalve beoordelen of de rechtzoekende door de bestuursrechter als belanghebbende zou zijn of zal worden beschouwd. Het lijkt weinig productief als hij daarbij uitgaat van een andere uitleg van het begrip belanghebbende dan de ter zake bevoegde hoogste bestuursrechter.[177] De jurisprudentie bevestigt dat de Hoge Raad inderdaad uitgaat van dezelfde uitleg van het belanghebbende-begrip als de hoogste bestuursrechter(s). Een mooi voorbeeld daarvan betreft het in paragraaf 3.1.6.4 besproken arrest van 23 februari 2007, waarin het omgaan van de College van Beroep voor het bedrijfsleven ertoe leidde dat een rechtzoekende, die in eerste instantie geen belanghebbende was, dat nadien wel werd (zonder dat dat overigens gevolgen had voor diens ontvankelijkheid bij de civiele rechter). Ook in de arresten NJCM en Leges toetst de Hoge Raad, deels onder verwijzing naar bestuursrechtelijke jurisprudentie, aan het belanghebbendebegrip van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht. Daarmee is niet gezegd dat de bestuursrechter niet bereid zou zijn bij de uitleg van – bijvoorbeeld – het belanghebbende-begrip aansluiting te zoeken bij de jurispruden-

177 Zie ook: Van Ravels 2006, p. 233.

tie van de civiele rechter. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 24 juni 2009, waarin zij voor de beoordeling of een belangenvereniging belanghebbende is, uitdrukkelijk aansluiting zoekt bij een arrest van de Hoge Raad over de vraag wanneer sprake is van een bundeling van belangen.[178] Dat de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg voor de rechtzoekende niet openstaat of heeft gestaan, leidt ertoe dat de civiele rechter tot inhoudelijke beoordeling van de vordering kan en dus moet overgaan.

3.3.2 Uitgangspunt: de meest gerede rechter

3.3.2.1 Inleidende opmerkingen

De verhouding tussen de civiele en bestuursrechter wordt, zoals gezegd, in belangrijke mate bepaald door het streven naar een doelmatige rechtsmachtverdeling en door de wens tegenstrijdige uitspraken zoveel mogelijk te voorkomen. Welke rechtsmachtverdeling doelmatig is, lijkt primair te worden beheerst door de *specialisatiegedachte*.[179] Op grond hiervan geeft de civiele rechter het interpretatieprimaat aan zijn bestuursrechtelijke collega, indien het aangelegenheden betreft die typisch tot diens werkterrein behoren. Dit gebeurt ook in het geval de partijconstellatie in de civiele procedure verschilt van die van de (of: een mogelijke) bestuursrechtelijke procedure. Dit geldt ook omgekeerd, zoals hierna zal blijken. Men zou dit ook de *leer van de meest gerede rechter* kunnen noemen.[180]

3.3.2.2 Bestuursrechter is de meest gerede rechter

De uitleg van begrippen van het bestuurs(proces)recht ligt primair op het terrein van de bestuursrechter, zeker indien het de kernbegrippen betreft die de toegang tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming regelen. Bijvoorbeeld: belanghebbende, besluit en bestuursorgaan (artikelen 1:1-1:3 van de Algemene wet bestuursrecht). De toetsing van de rechtmatigheid van besluiten ligt eveneens primair op het terrein van de bestuursrechter. De specialisatiegedachte lag al besloten in het arrest Heesch-Van de Akker.[181] Het arrest betreft onder meer de vraag of artikel 14 van de Wegenwet, zoals die bepaling destijds luidde, in de weg stond aan het introduceren van een uitwegvergunningenstelsel. De Hoge Raad en de voormalige Afdeling rechtspraak van de Raad van State beantwoordden deze vraag tegengesteld: de Hoge Raad achtte het niet in strijd met de Wegenwet en de Afdeling rechtspraak wel. In het arrest maakt de Hoge Raad aan deze ongewenste situatie

178 ABRvS 24 juni 2009, *AB* 2009/336, m.nt. A.T. Marseille. Zie ook: ABRvS 21 januari 2009, *JOM* 2009/862.
179 Zie: Van Ravels 2007-1, p. 353-355.
180 Vrij naar: P.C.E. van Wijmen bij ABRvS 4 april 1995, *BR* 1996/406.
181 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/72, m.nt. M. Scheltema.

een einde door zich aan te sluiten bij de rechtsopvatting van (ofwel: de uitleg van artikel 14 van de Wegenwet door) de Afdeling rechtspraak. Redengevend daarvoor was het volgende:

> 'Daarbij moet voorop worden gesteld dat het oordeel over de vraag of dergelijke uitwegvergunningenstelsels rechtens aanvaardbaar zijn, typisch behoort tot die vragen tot de beantwoording waarvan de Afdeling rechtspraak van de Raad van State is geroepen. Dat reeds pleit ervoor de vaste jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak te volgen.'

Civiele rechter volgt bestuursrechter

Illustratief voor de beantwoording van de bindingsvraag zijn gevallen waarin de civiele rechter en de bestuursrechter in eerste instantie weliswaar op dezelfde lijn zaten, maar de bestuursrechter reden heeft gezien zijn lijn te wijzigen. Volgt de civiele rechter vervolgens de nieuwe lijn van de bestuursrechter, dan erkent hij daarmee het (interpretatie)primaat van de bestuursrechter.[182] Een voorbeeld ter illustratie.

De civiele rechter en de bestuursrechter hebben enige tijd de jurisprudentielijn gehanteerd dat een als gevolg van het niet-tijdig nemen van een besluit ontstaan fictief besluit in rechte onaantastbaar wordt (bestuursrechter) of formele rechtskracht verkrijgt (civiele rechter), indien een rechtzoekende daartegen niet tijdig rechtsmiddelen aanwendt.[183] Gevolg daarvan was dat een schadevergoedingsactie wegens een termijnoverschrijding afketste op de rechtmatigheidsfictie van … het fictieve besluit![184] Niet alleen veel fictiviteit dus, maar ook onbevredigend, omdat het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan is binnen de gestelde termijnen een beslissing te nemen. Bovendien beloonde deze benadering lang stilzitten door het bestuursorgaan. Als een geduldige burger te lang wachtte op een besluit, kon hem, als het hem dan uiteindelijk toch te gortig werd en hij bezwaar maakte, worden tegengeworpen dat dat onredelijk laat was. Weliswaar bleef het bestuursorgaan verplicht op het bezwaar te beslissen, maar dat kon bij nalaten bestuursrechtelijk niet meer worden afgedwongen. Voormelde jurisprudentielijn had tot gevolg dat ook een schadevergoedingsactie gedoemd was te sneven.

---

182 Hoewel daaraan natuurlijk ook meer strategisch getinte motieven ten grondslag kunnen liggen, zoals Van Ravels opmerkt (Van Ravels 2007-1, p. 360).

183 Ingevolge artikel 6:2, aanhef en onder b, van de Awb wordt het niet tijdig nemen van een besluit voor de toepassing van wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep met een besluit gelijkgesteld. Dit betekent dat daartegen ingevolge artikel 8:1, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 7:1, van de Awb bezwaar kan worden gemaakt en beroep ingesteld. Ingevolge artikel 6:12 van de Awb geldt voor een dergelijk bezwaar en beroep geen termijn, maar wel kan het bezwaar of beroep niet-ontvankelijk worden verklaard, indien het onredelijk laat is ingediend.

184 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 3 juni 1999, *JB* 1999/167, m.nt. E. van der Linde, en HR 15 december 2000, *NJ* 2001/318, m.nt. M. Scheltema.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de onwenselijkheid van deze benaderingswijze ook ingezien en heeft, zij het zonder nadere motivering, in navolging van de Centrale Raad van Beroep die lijn genuanceerd.[185] Met de uitspraak van 21 november 2001 wordt een rechtzoekende, die schadevergoeding wenst in verband met een overschrijding van de beslistermijn door het bestuursorgaan, maar niet of niet tijdig is opgekomen tegen de fictieve weigering, niet langer tegengeworpen dat de fictieve weigering in rechte onaantastbaar is geworden.[186] In het arrest van 25 oktober 2002 gaat de Hoge Raad om en sluit hij zich onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 21 november 2001 aan bij de door de bestuursrechter gevolgde benaderingswijze.[187]

Bij twijfel: de wetgever beslist

Het schadevergoedingsrecht behoort traditioneel en typisch tot het werkterrein van de civiele rechter. Wat betreft het toekennen van een proceskostenveroordeling voor de bestuursrechtelijke procedure beschikt de bestuursrechter weer over een exclusieve bevoegdheid, zij het dat, tot het inwerkingtreden van artikel 7:15, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het toepassingsbereik van de daarop betrekking hebbende bepaling aanvankelijk naar de letter was beperkt tot de rechterlijke fase. Bij een rechtzoekende kan uiteraard ook de wens bestaan zijn kosten van de daaraan voorafgaande (bezwaar- of administratief beroeps)procedure vergoed te krijgen. Het wekt dan ook geen verbazing dat op dit gebied twijfel kan bestaan wie de meest gerede rechter is.

De redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte komen ingevolge artikel 6:96, tweede lid, aanhef en onder c, van het Burgerlijk Wetboek als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking. Het betreft dan een vergoeding van de daadwerkelijk gemaakte kosten.[188] De Algemene wet bestuursrecht bevatte tot het ingrijpen van de wetgever geen regeling voor vergoeding van dergelijke kosten. Toch waren de hoogste bestuursrechters bereid kosten, gemaakt ten behoeve van een bestuurlijke voorprocedure, krachtens artikel 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht voor vergoeding in aanmerking te brengen, zij het slechts in – zeer – uitzonderlijke gevallen.[189] Voor deze benaderingswijze voelden zij zich gesteund door de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht,

185 CRvB 19 juli 2001, *JB* 2001/253, m.nt. J.H. Keinemans.

186 ABRvS 21 november 2001, *AB* 2002/183, m.nt. A.M.L. Jansen.

187 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003/171, m.nt. M. Scheltema. Zie over deze ontwikkeling in de jurisprudentie nader: Jansen 2003.

188 Onder andere: HR 20 februari 1998, *NJ* 1998/475.

189 Zie onder meer: ABRvS 12 december 1996, *JB* 1997/83. De Centrale Raad van Beroep nam enkel een uitzonderlijk geval aan, indien het bestuursorgaan het besluit tegen beter weten in genomen had; zie bijvoorbeeld: CRvB 24 februari 1998, *AB* 1998/177, m.nt. H.E. Bröring.

waarin dit met zoveel woorden is vermeld.[190] Saillant detail is dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht blijkt dat de wetgever met het opnemen van deze bepaling geen wijziging beoogde van het geldende, materiële, schadevergoedingsrecht en dat de criteria die de bestuursrechter wat betreft de wetgever zal hanteren bij de beantwoording van de vraag of aanspraak bestaat op schadevergoeding, dezelfde zijn als die de civiele rechter hanteert bij de afdoening van geschillen inzake onrechtmatige overheidsdaad.[191] Daaronder valt onder meer artikel 6:96 van het Burgerlijk Wetboek, op grond waarvan steeds aanspraak bestaat op vergoeding van de redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte!

Hoewel in de cassatiemiddelen uitdrukkelijk werd betoogd dat een onaanvaardbare tegenstelling bestaat in de opvattingen tussen de civiele rechter en bestuursrechter, houdt de Hoge Raad in zijn arrest van 17 december 1999 zonder nadere motivering vast aan zijn jurisprudentie.[192] De Afdeling bestuursrechtspraak voelt er echter klaarblijkelijk evenmin voor om om te gaan. In de uitspraak van 6 februari 2002 herhaalde de Afdeling bestuursrechtspraak het door haar gehanteerde criterium, dat kosten voor een bestuurlijke voorprocedure slechts in uitzonderlijke gevallen voor vergoeding in aanmerking komen en voegt daaraan toe: 'Het door appellanten vermelde arrest van de Hoge Raad van 17 december 1999 […] geeft geen aanleiding om hierover thans anders te oordelen.'[193] Het is uiteindelijk de wetgever geweest die met het opnemen van een regeling voor de vergoeding van de kosten in de bestuurlijke voorprocedures de knoop heeft doorgehakt en de bestuursrechter heeft aangewezen als de meest gerede rechter.

De logische consequentie van de leer van de meest gerede rechter is dat voor de civiele rechter geen grond bestaat het interpretatieprimaat bij de bestuursrechter te laten, indien het aangelegenheden betreft die – traditioneel – typisch tot het terrein van de civiele rechter behoren. In zoverre verbaast de handelwijze van de Hoge Raad niet. Ik heb geen jurisprudentie gevonden waarin de Hoge Raad met zoveel woorden afstand neemt van een uitleg door de bestuursrechter van een wetsbepaling die typisch tot zijn instrumentarium behoort, maar evenmin uitspraken waarin hij daarin de bestuursrechter uitdrukkelijk volgt. Dat laat onverlet dat de Hoge Raad zonder uitspraken van de bestuursrechter te vermelden – toevallig – tot dezelfde uitkomst kan komen, zoals ook Van Ravels opmerkt.[194]

190 *PG Awb II*, p. 489-491 en 498.
191 *PG Awb II*, p. 474 en 476.
192 HR 17 december 1999, *NJ* 2000/88, m.nt. A.R. Bloembergen.
193 ABRvS 6 februari 2002, *AB* 2002/257, m.nt. C.M. Bitter.
194 Van Ravels 2007-1, p. 360, met vermelding van enige jurisprudentie.

3.3.2.3 Civiele rechter is de meest gerede rechter

Eenzelfde benadering hanteren de bestuursrechters: ook zij zijn bereid zich – waar mogelijk – aan te sluiten bij een door de Hoge Raad gegeven uitleg van typisch civielrechtelijke voorschriften, dan wel daarbij aansluiting te zoeken, indien één-op-één overnemen van de uitleg van de Hoge Raad niet mogelijk of wenselijk is. Een voorbeeld daarvan biedt de jurisprudentie op het gebied van het schadevergoedingsrecht.

Schadevergoedingsrecht: bestuursrechter volgt de civiele rechter
Hoewel de bestuursrechters de grondslag voor schadevergoeding voor onrechtmatig overheidshandelen niet vinden in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek, maar in een door hen gevonden algemeen rechtsbeginsel waarvan de werking zich ook in het bestuursrecht kan doen gevoelen en waarvan artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek de civielrechtelijke verschijningsvorm is, lijken zij zich – uitvoeringsverschillen daargelaten – bij de jurisprudentie van de civiele rechter aan te sluiten.[195]

Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak zich uitdrukkelijk aangesloten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad volgens welke de regeling uit de Vreemdelingenwet 2000, die een vreemdeling aanspraak biedt op verlening van een verblijfsvergunning, tot doel heeft een recht op bestendig verblijf in Nederland te verlenen en niet (ook) strekt tot bescherming van diens vermogensrechtelijke belangen.[196] Dit is in zoverre opvallend, nu het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever was dat alle geschillen over de (uitvoering van de) Vreemdelingenwet 2000 tot de exclusieve bevoegdheid van de bestuursrechter zouden behoren en er geen restruimte voor de civiele rechter (meer) zou zijn.[197] Deze wens heeft de wetgever ertoe gebracht in artikel 72, derde lid, van de Vreemdelingenwet 2000 op te nemen dat handelingen van een bestuursorgaan jegens een vreemdeling als zodanig met een besluit worden gelijkgesteld.[198] Hoewel derhalve betoogd zou kunnen worden dat de bestuursrechter in vreemdelingenzaken per definitie de meest gerede rechter is, was de Afdeling bestuursrechtspraak waarschijnlijk van oordeel dat in dit geval niet zozeer de vreemdelingrechtelijke, maar de schadevergoedingsaspecten doorslaggevend waren, zodat het in de rede lag aan te sluiten bij de civiele rechter. Met de inwerkingtreding van de Wet

195 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren, CRvB 30 maart 1995, *AB* 1995/334, m.nt. R.M. van Male, ABRvS 4 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH1887, ABRvS 1 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN5687, en ABRvS 7 april 2010, *AB* 2010/206, m.nt. F.M.J. den Houdijker. Zie ook: Van Ravels 2007-1, p. 347-357. Sinds de inwerkingtreding per 1 juli 2013 van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten voorziet de Algemene wet bestuursrecht in een algemene wettelijke grondslag voor een bestuursrechtelijke schadevergoedingsprocedure.

196 Onder meer: ABRvS 7 april 2010, *AB* 2010/206, m.nt. F.M.J. den Houdijker.

197 Zie hierover onder meer: ABRvS 3 december 2008, *RV* 2008/72, m.nt. K.E. Geertsema.

198 Aldus uitdrukkelijk: ABRvS 21 februari 2013, *JV* 2013/167, m.nt. F. Fonville, en HR 17 oktober 2008, *AB* 2010/259, m.nt. G.A. van der Veen.

nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten is de vreemdelingenrechter exclusief bevoegd (met uitsluiting van de civiele rechter derhalve) ten aanzien van vorderingen tot schadevergoeding die hun grondslag vinden in de toepassing van de Vreemdelingenwet 2000, ongeacht de hoogte van de vordering.[199] Ik verwacht niet dat dit tot een verschil in benadering door de bestuursrechter zal leiden en ga ervan uit hij, waar het de uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht betreft, aansluiting zal blijven zoeken bij de jurisprudentie van de civiele rechter.

Bevestiging door de wetgever

Dat de civiele rechter in schadevergoedingsprocedures de meest gerede rechter is, ook indien het procedures betreft waarbij de overheid betrokken is, is bevestigd met totstandkoming van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Sinds de inwerkingtreding daarvan op 1 juli 2013 is de bestuursrechter exclusief bevoegd kennis te nemen van schadevergoedingsacties die hun grondslag vinden in de toepassing van de Vreemdelingenwet 2000 en op de terreinen waarop de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad als belastingrechter de bevoegde hoogste bestuursrechter zijn. Op alle andere terreinen is de bestuursrechter nog slechts bevoegd kennis te nemen van schadevergoedingsacties tot een bedrag van maximaal € 25.000,00, tenzij de rechtzoekende ter zake al een vordering bij de civiele rechter heeft ingediend. Aan deze keuze ligt, behalve de wens te komen tot een overzichtelijke bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter, ten grondslag dat in de optiek van de wetgever de civiele procedure meer dan de bestuursrechtelijke geschikt is om complexe schadeverzoeken in meerpartijenverhoudingen te beoordelen.[200]

Niet op alle onderdelen van het schadevergoedingsrecht vervullen de bestuursrechters evenwel een volgende rol. Omdat het civiele aansprakelijkheidsrecht geen grondslag kent voor toekenning van schadevergoeding wegens rechtmatig overheidshandelen en voor schadevergoedingsacties derhalve steeds een onrechtmatigheid geconstrueerd moet worden, spelen de bestuursrechters op dat terrein in zekere zin de hoofdrol.[201] De Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten bevestigt dit, zij het dat een rol voor de civiele rechter behouden blijft in die gevallen, waarin de schade het gevolg is van wet- en regelgeving en bestuurshandelingen waartegen geen beroep bij de bestuursrechter openstaat.[202]

199 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 2, en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 56.

200 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 38-40. Zie hierover nader: Daalder & Van der Jagt-Jobsen, p. 7-19.

201 Zie: Van Angeren, p 223-232. Zie ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1378-1382, en Van Ravels 2012, p. 159-160. Zie ook: HR 28 maart 2008, *JB* 2008/105, m.nt. J.M.H.F. Theunissen.

202 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 7-22.

Uitleg van overeenkomsten
De jurisprudentie laat echter zien dat de bestuursrechters ook op andere terreinen dan het schadevergoedingsrecht bereid zijn de civiele rechter te volgen, mits het een onderwerp betreft waarop de civiele rechter de meest gerede rechter is. Een van die onderwerpen betreft de uitleg van overeenkomsten. Het is vaste (Haviltex-)jurisprudentie van de Hoge Raad dat bij de uitleg van overeenkomsten niet alleen de zuiver taalkundige betekenis bepalend is, maar dat ook rekening moet worden gehouden met de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.[203] Hoewel de Centrale Raad van Beroep in de uitspraak van 5 maart 2009 niet uitdrukkelijk naar die jurisprudentie verwijst, komt de gehanteerde maatstaf bijna letterlijk overeen met die van de Hoge Raad.[204]

Toepassing huurrecht
Een ander voorbeeld kan worden ontleend aan de jurisprudentie over de Huursubsidiewet (thans: de Wet op de huurtoeslag). Een van de kernbegrippen van deze wet is het begrip 'huurder'. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder c, sub 1, van de Wet op de huurtoeslag wordt onder huurder verstaan: persoon die zijn hoofdverblijf heeft in een door hem gehuurde woning, daaronder begrepen een woonwagen, tenzij de overeenkomst van huur en verhuur een gebruik van de woning betreft dat naar zijn aard van korte duur is. Deze uitzondering komt overeen met een vergelijkbare regeling, opgenomen in het Burgerlijk Wetboek en de Huurprijzenwet woonruimte. Het spreekt voor zich dat het onwenselijk zou zijn als iemand voor de toepassing van de Wet op de huurtoeslag wél huurder is, maar niet als huurder in de zin van het Burgerlijk Wetboek wordt beschouwd. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1, aanhef en onder c, sub 1, van de Wet op de huurtoeslag blijkt dat ook de regering voor ogen stond dat voor de uitleg van de uitzondering door de bestuursrechter zou worden aangesloten bij de jurisprudentie die door de civiele rechter is ontwikkeld over de uitzonderingsregeling in het Burgerlijk Wetboek en de Huurprijzenwet woonruimte. De Afdeling bestuursrechtspraak gaat daar – in navolging van de rechtbank – in mee.[205]

Regel?
Ik heb de indruk dat de civiele rechter en de bestuursrechter voor beantwoording van de vraag wie in dit soort gevallen de meest gerede rechter is, bezien met wiens exclusieve rechtsgebied de bepaling het meest verband houdt.

---

203 Onder meer: HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner, en HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink onder *NJ* 2007/576.

204 CRvB 5 maart 2009, *TAR* 2009/112; zie ook: ABRvS 2 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6690.

205 ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1136.

In dat geval wordt de uitleg van die rechter niet zonder meer met jurisprudentieverwijzing overgenomen, maar leidt een eigen beoordeling tot een slotsom die erop neerkomt dat geen grond bestaat daar anders over te denken, daarmee op zijn minst implicerend dat dat wel zou hebben gekund.

3.3.2.4 Wie is de meest gerede rechter?

In de hiervoor bedoelde gevallen bestond redelijkerwijs geen twijfel dat de civiele rechter de meest gerede rechter is. Interessant is het te zien hoe gehandeld wordt, indien dat minder duidelijk is of indien zowel de civiele rechter als de bestuursrechter dezelfde (termen in) wettelijke voorschriften toepast. Twee voorbeelden uit de Afdelingsjurisprudentie ter verduidelijking.

Verlening versus vaststelling van het Nederlanderschap
Ingevolge artikel 17 van de Rijkswet op het Nederlanderschap kan eenieder die, buiten een bij enige in een der delen van het Koninkrijk gevestigde rechterlijke instantie of een in administratief beroep aanhangige zaak, daarbij onmiddellijk belang heeft, bij de rechtbank te Den Haag een verzoek indienen tot vaststelling van zijn Nederlanderschap of tot vaststelling dat hij het Nederlanderschap niet bezit. Tegen een uitspraak van de rechtbank staat uitsluitend beroep in cassatie open. Ingevolge artikel 19 van die wet is elk met de uitvoering van enige wettelijke regeling belast orgaan aan een onherroepelijk geworden beschikking, gegeven met toepassing van artikel 17, gebonden. De Hoge Raad hanteert de jurisprudentielijn dat een voor 1 april 2003 verleend naturalisatiebesluit waarin valse of fictieve persoonsgegevens zijn opgenomen de betrokkene, behoudens bijzondere omstandigheden die hem desondanks voldoende identificeren ten behoeve van een behoorlijk antecedentenonderzoek, niet identificeert en daarom geen rechtsgevolg heeft.[206]

Tegen besluiten tot verlening of intrekking van het Nederlanderschap staat evenwel beroep open op de rechtbank (sector bestuursrecht) en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. De Rijkswet op het Nederlanderschap bevat geen regeling voor mededelingen van de minister van Justitie aan een vreemdeling dat hij zich bevindt in een situatie, als in voormelde jurisprudentie van de Hoge Raad bedoeld, zodat het naturalisatiebesluit voor hem geen rechtsgevolgen heeft. De vraag rijst of tegen zodanige mededeling bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

De Afdeling bestuursrechtspraak stelt allereerst vast dat niet in geschil is dat de desbetreffende vreemdeling zich tijdens zowel de toelatings-, als de naturalisatieprocedure heeft bediend van een valse naam en geboortedatum en dat de in het naturalisatiebesluit opgenomen personalia vals zijn, zodat inderdaad sprake is van een situatie als bedoeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Vervolgens sluit de Afdeling bestuursrechtspraak zich bij deze jurisprudentie aan, hetgeen betekent dat de vreemdeling nimmer de Neder-

206 Onder meer: HR 30 juni 2006, *JV* 2006/314, m.nt. H.U. Jessurun d'Oliveira.

landse nationaliteit heeft gekregen. De slotsom is dat de mededeling van de minister van Justitie dat het naturalisatiebesluit voor de vreemdeling geen rechtsgevolgen heeft geen besluit is, als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. De Afdeling bestuursrechtspraak wijst de vreemdeling er nog wel op dat het hem vrijstaat bij de civiele rechter een verzoek tot vaststelling van het Nederlanderschap te doen, in welk kader de juistheid van de mededeling van de minister van Justitie aan de orde kan komen.[207]

GBA: huwelijken en echtscheidingen

Een ander voorbeeld. Tegen besluiten over het opnemen van gegevens in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens (hierna: de GBA) staat beroep open bij de bestuursrechter. In de GBA worden onder meer naam en burgerlijke stand van ingezetenen geregistreerd. Voor de toepassing van de wettelijke bepalingen over huwelijken en echtscheidingen, opgenomen in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, is evenwel de civiele rechter bevoegd. In de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 3 maart 2010 was de vraag aan de orde wanneer een buiten Nederland door verstoting ontbonden huwelijk in de GBA kan worden opgenomen, met andere woorden: wanneer een verstoting wordt erkend. De erkenning wordt geregeerd door de Wet conflictenrecht inzake ontbinding huwelijk en scheiding van tafel en bed. Voor artikel 2 van deze wet heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een verstoting slechts kan worden erkend, indien de ontbinding – niettegenstaande de verstoting – heeft plaatsgevonden na een procedure waarin de vrouw als wederpartij de gelegenheid heeft gehad gehoord te worden, door een tot beëindiging van het huwelijk bevoegde rechter of andere autoriteit. Ook in dit geval volstaat de Afdeling bestuursrechtspraak met de constatering dat zij geen grond ziet hier anders over te oordelen dan de Hoge Raad. Gelet op de huwelijksvermogensrechtelijke consequenties van een ontbinding van het huwelijk lag het ook in de rede dat de bestuursrechter de civiele rechter zou volgen.[208]

Regel?

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat aan de benaderingswijze dat de uitleg van de civiele rechter voor de bestuursrechter leidend is de gedachte ten grondslag ligt dat beiden weliswaar een van elkaar te onderscheiden taak hebben bij toepassing van eenzelfde wettelijk voorschrift, maar het voorschrift grotere raakvlakken heeft met rechtsgebieden die exclusief behoren tot het werkterrein van de civiele rechter dan met het werkterrein van de bestuursrechter. Met andere woorden: voor de uitleg van de genoemde wettelijke voorschriften is de civiele rechter naar het oordeel van de bestuurs-

207 ABRvS 8 juli 2009, *AB* 2009, 392, m.nt. R. Ortlep.
208 ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6235.

rechter de meest gerede rechter. Het betreft derhalve een keuze van de bestuursrechter om de civiele rechter het voortouw te laten nemen.

Voorbeelden van uitspraken waarin de hoogste bestuursrechterlijke instanties hun uitleg van wettelijke voorschriften waarvoor zij – naar hun oordeel – de meest gerede rechter zijn expliciet aanpassen aan die van de Hoge Raad, zijn mij niet bekend. Ook hierbij geldt de door Van Ravels gemaakte kanttekening dat het kan voorkomen dat de bestuursrechter – toevallig – tot dezelfde uitleg komt als zijn civielrechtelijke collega.

3.3.2.5 Tussenconclusies

Uit het vorenstaande volgt dat, indien een meest gerede rechter aan te wijzen is, zowel de civiele, als de bestuursrechter bereid is de door die rechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift over te nemen dan wel, indien dat om wat voor reden ook niet zonder meer mogelijk of wenselijk is, daarbij aansluiting te zoeken. Tenzij eenduidig is welke rechter de meest gerede is, zal de rechter die tot uitleg van een wettelijk voorschrift wordt geroepen en dan wordt geconfronteerd met een eerdere uitleg van – bijvoorbeeld – zijn bestuursrechtelijke collega de vraag moeten beantwoorden wie de meest gerede rechter is. Over het algemeen zal een benadering waarbij wordt bezien met welk rechtsgebied het wettelijk voorschrift de meeste aanknopingspunten, of de ingrijpendste gevolgen heeft een praktisch werkbare uitweg bieden. Door het aansluiten door de tweede rechter bij de door de eerste rechter gegeven uitleg erkent hij dat de eerste rechter de meest gerede is.

3.3.3 Geen eenduidige meest gerede rechter; wat te doen?

3.3.3.1 Inleidende opmerkingen

In de vorige paragraaf bleek dat, indien op eenduidige wijze kan worden vastgesteld welke rechter als meest gerede rechter heeft te gelden, zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter bereid is daarvan uit te gaan. Deze benaderingswijze biedt geen uitweg, indien het de uitleg betreft van wettelijke voorschriften die algemene, rechtsgebied overstijgende, betekenis hebben en tot uitleg waarvan de civiele rechter en de bestuursrechter gelijkelijk geroepen kunnen worden. In zodanig geval is van een meest gerede rechter dus geen sprake. Dit doet zich in het bijzonder, maar niet uitsluitend, voor bij de uitleg van verdragsbepalingen.

3.3.3.2 Streven naar voorkomen tegenstrijdige uitspraken

Hoewel ook daarbij geldt dat het streven van de hoogste rechterlijke instanties er doorgaans op gericht zal zijn tegenstrijdige uitspraken te voorkomen, is dat streven alleen geen garantie voor succes. Een voorbeeld kan worden gevonden in de hiervoor al geïntroduceerde SGP-zaak, waar het de uitleg

van artikel 7 van het Verdrag inzake uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (hierna: het Vrouwenverdrag) betreft.[209]

SGP-zaak: een gemiste kans?

Om positief te beginnen: zowel de Afdeling bestuursrechtspraak, als de Hoge Raad kwamen in deze zaak tot de slotsom dat artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag eenieder verbindend is. Hoewel de Hoge Raad het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak hierover wel vermeldt, volstaat hij niet met een verwijzing naar de overwegingen van de Afdeling bestuursrechtspraak, maar geeft hij een eigen – op onderdelen afwijkende – motivering voor het aannemen van eenieder verbindendheid. Het is spijtig dat de Hoge Raad geen aanleiding heeft gezien te motiveren waarom hij zich niet wilde aansluiten bij de motivering van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het belangrijkste is echter dat beide instanties over het al dan niet eenieder verbindend zijn tot dezelfde conclusie zijn gekomen. Dat is bij de uitleg van voormelde bepaling niet gelukt.

Met een uitgebreide verwijzing naar – onder meer – de geschiedenis van de totstandkoming van het Vrouwenverdrag verstaat de Afdeling bestuursrechtspraak artikel 7, aanhef en onder c, aldus dat uit deze bepaling geen recht voortvloeit voor vrouwen om actief en passief lid te worden van alle politieke groeperingen. Welke verplichtingen voor de Staat uit deze bepaling voortvloeien, is afhankelijk van de uitkomst van het belang dat deze bepaling beoogt te beschermen en andere, eveneens door eenieder verbindende verdragsbepalingen beschermde belangen, onder meer betreffende de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, vrijheid van vereniging en vergadering en vrijheid van meningsuiting. De Afdeling bestuursrechtspraak gaat daarbij uit van een afweging binnen artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag tussen het belang dat vrouwen op gelijke voet als mannen kunnen deelnemen aan het politieke leven en de belangen van de politieke partijen waarbinnen die deelname vorm moet krijgen.

De Hoge Raad verstaat artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag aldus dat uit deze bepaling voor de Staat wel zonder meer de verplichting voortvloeit te verzekeren dat alle politieke partijen vrouwen niet alleen als lid toelaten, voor zover het lidmaatschap van een partij nodig is voor de kandidaatstelling, maar ook tot de kandidaatstelling zelf. Aangezien de SGP geen van beide doet (of *ex nunc* gezien: deed), is daarmee gegeven dat de Staat deze verplichting heeft geschonden. Daarvoor is niet relevant dat er ook politieke partijen zijn die vrouwen wél in alle opzichten als volwaardige leden aanvaarden, zodat er alternatieven zijn. Indien, zoals in dit geval, sprake is van botsende grondrechten, is daarmee echter niet ook zonder meer gegeven dat de Staat in alle gevallen jegens vrouwen onrechtmatig handelt. Daarvoor is bepalend aan welk grondrecht voorrang moet worden

209 ABRvS 5 december 2007, *AB* 2008/35, m.nt. R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen, en HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema.

gegeven. De Hoge Raad ziet derhalve evenals de Afdeling bestuursrechtspraak ruimte voor een afweging, zij het voor een afweging van het door artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag beschermde recht tegen in andere, eenieder verbindende, verdragsbepalingen neergelegde rechten. Het verschil in gewicht, dat het gevolg is van de ruime uitleg van artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag, vertaalt zich ook in de uitkomst. De Hoge Raad is van oordeel dat de Staat, door toe te staan dat de SGP geen vrouwen toelaat op de kandidatenlijsten voor algemeen vertegenwoordigende organen, onrechtmatig handelt.

In hoger beroep en cassatie worden de scherpe kantjes er door de civiele rechter overigens afgeslepen omdat zowel het gerechtshof, als de Hoge Raad de exclusieve rechtsmacht van de bestuursrechter ten aanzien van de subsidiëring erkent. Opvallend daarbij is wel dat de Hoge Raad over de beëindiging van de subsidiëring eerst overweegt dat dat een 'afweging van belangen vergt die in zodanige wijze samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van de rechter kan worden verlangd', alvorens, bijna terloops, op te merken dat er een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak ligt, waarvan de strekking is dat stopzetting van de subsidie op dit moment wettelijk niet mogelijk is. Dit wekt op zijn minst de indruk dat de Hoge Raad op dit gebied het primaat niet van harte aan de Afdeling bestuursrechtspraak heeft gelaten. Temeer, nu het gerechtshof nog overwoog dat het van de juistheid van de beslissing van de bestuursrechter die bij uitstek op zijn terrein ligt, dient uit te gaan.

Motiveren afwijkingen

Over de (on)juistheid van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak en/of het arrest van de Hoge Raad is inmiddels het nodige geschreven.[210] Het gaat mij er op deze plaats ook niet om welke uitleg van artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag de juiste of meest wenselijke is. Onwenselijk is mijns inziens in elk geval dat tussen de hoogste civiele rechter en bestuursrechter een verschil van inzicht bestaat over de uitleg van voormelde bepaling, zonder dat duidelijk is wat de reden daarvoor is. Mede gegeven de publieke belangstelling voor de zaak had van de Hoge Raad, als laatste nationale spreker, mogen worden verwacht dat hij niet alleen zou aangeven waarom hij de door de Afdeling bestuursrechtspraak gegeven uitleg niet volgt, maar ook waarom de door hem voorgestane uitleg beter is. Daarmee zou hij in discussie treden met de hoogste bestuursrechter, hetgeen een eer-

210 Zie naast de noten van Schutgens en Sillen, en Alkema, onder andere de noten van J.L.W. Broeksteeg bij de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (*Gst.* 2008, 17), het arrest van het gerechtshof Den Haag van 20 december 2007 (*Gst.* 2008, 18) en het arrest van de Hoge Raad (*Gst.* 2010, 63). Zie ook: Den Ouden, Polak & Schuurmans, en Peters & Bleeker. Zie eveneens: de noot van R. Nehmelman en M. Kanne bij de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak en het gerechtshof Den Haag in *JB* 2008/24, Theunissen 2008, en Theunissen 2010. Zie verder ook: Loenen, en Kooijman 2011. Zie ook: Kooijman 2008, Schutgens & Sillen, Holtmaat & Timmer, en Verhey, p. 238-252.

ste stap zou kunnen zijn om een uniforme uitleg te bereiken. Eenzelfde inspanning had ook van de Afdeling bestuursrechtspraak ten opzichte van de (eerstelijns) civiele rechter mogen worden verwacht.

Onmogelijke opdracht civiele rechter?

De SGP-zaak bevat voor de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter nog een ander interessant aspect. De civiele rechter had de Staat namelijk – uitvoerbaar bij voorraad – gelast artikel 2 van de Wet subsidiëring politieke partijen, waarin de wettelijke grondslag voor subsidieverlening aan politieke partijen is gelegen, in relatie tot de SGP buiten toepassing te laten. Dat leidde ertoe dat de verantwoordelijke bewindspersoon zich genoodzaakt voelde de subsidieaanvraag van de SGP onder verwijzing naar de desbetreffende rechtbankuitspraak af te wijzen. Hoewel ik op zichzelf begrijp dat de minister zich – in elk geval totdat de bestuursrechter anders had geoordeeld – gebonden achtte aan de uitspraak van de civiele rechter, blijkt uit de hiervoor besproken uitspraak over het verblijf van vreemdelingen in een politiecel voor maximaal 120 uur dat ook een andere benadering mogelijk was geweest. Door in weerwil van de uitspraak van de civiele rechter wel subsidie te verlenen had de minister ten opzichte van de rechtzoekenden van de civiele vordering weliswaar onrechtmatig gehandeld, maar wel meer recht gedaan aan de belangen van de SGP. Daarmee was ook de ongemakkelijke situatie voorkomen die ontstond toen de Afdeling bestuursrechtspraak het betoog van de rechtzoekenden in de civiele procedure verwierp dat ook de bestuursrechter aan de uitspraak van de civiele rechter gebonden is: de minister was gebonden aan de uitspraak van de civiele rechter, maar het besluit dat hij op basis daarvan nam, moest reeds worden vernietigd, omdat de bestuursrechter niet aan het oordeel van de civiele rechter gebonden is.

Die beslissing van de Afdeling bestuursrechtspraak verrast niet als we in aanmerking nemen dat de bestuursrechter ten aanzien van subsidiëring van politieke partijen zonder meer de meest gerede rechter is. Voor zover Schutgens en Sillen zich in hun noot op het standpunt stellen dat van de Afdeling bestuursrechtspraak had mogen worden verwacht dat zij zich zou aansluiten bij het oordeel van de civiele rechter, aangezien deze dat ook pleegt te doen ten aanzien van uitspraken van de bestuursrechter, gaan zij er mijns inziens aan voorbij dat aan die handelwijze van de civiele rechter de wens van doelmatige rechtsmachtverdeling tussen de civiele en bestuursrechter ten grondslag ligt. Een doelmatige rechtsmachtverdeling was er in dit geval mee gediend geweest als de civiele rechter het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad had verklaard of het oordeel van de bestuursrechter had afgewacht.[211]

211 Zie hierover nader: R.J.N. Schlössels bij Hof Den Haag 20 december 2007, *JB* 2008/37.

3.3.4 *Tussenconclusies*

Voor de gebondenheid van de civiele rechter aan een uitleg van een wettelijk voorschrift door de bestuursrechter kunnen twee situaties worden onderscheiden. In het geval de civiele rechter optreedt als restrechter hanteert hij ook bij interpretatievragen het beginsel van de formele rechtskracht. Aan de jurisprudentie kunnen de volgende vuistregels worden ontleend:

- Indien een rechtzoekende die een bestuursrechtelijke procedure heeft doorlopen, zich ten aanzien van dat besluit met een onrechtmatigedaadsactie tot de civiele rechter wendt, gaat deze op grond van de *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter* uit van de door de bestuursrechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift.

- Indien een rechtzoekende die een bestuursrechtelijke procedure had kunnen doorlopen maar dat niet heeft gedaan, zich ten aanzien van een besluit met een onrechtmatigedaadsactie tot de civiele rechter wendt, gaat deze op grond van de *leer van de formele rechtskracht* uit van de uitleg van het wettelijk voorschrift, zoals neergelegd in het besluit.

- Indien een rechtzoekende die geen toegang heeft tot een bestuursrechtelijke procedure zich ten aanzien van een besluit met een onrechtmatigedaadsactie tot de civiele rechter wendt, gaat deze in beginsel uit van de *door de bestuursrechter gehanteerde uitleg* van een wettelijk voorschrift. Is er over het desbetreffende wettelijk voorschrift (nog) geen jurisprudentie van de bestuursrechter, dan geeft de civiele rechter zijn eigen uitleg.

Behalve als restrechter kan de civiele rechter ook in zijn gewone hoedanigheid geroepen worden tot uitleg van wettelijke voorschriften die ook de bestuursrechters toepassen of soms zelfs behoren tot diens exclusieve bevoegdheid. Ook andersom komt dit voor. Een reden daarvoor is dat de wetgever niet altijd consequent kiest voor het civiele of bestuursrechtelijke traject om de met de desbetreffende wettelijke regeling nagestreefde doelen te bereiken. Het komt ook voor dat diversiteit van terminologie uit een oogpunt van rechtszekerheid en uniformiteit van wetstoepassing ongewenst wordt geacht. In dat geval kan zowel de civiele rechter als de bestuursrechter zich voor de vraag gesteld zien wie het voortouw moet nemen of het voortouw moet worden gelaten. Zij lijken daarbij de volgende regel te volgen:

- Indien de civiele rechter en de bestuursrechter beiden tot uitleg van een wettelijk voorschrift geroepen kunnen worden, is de door de *meest gerede rechter* gegeven uitleg van het wettelijk voorschrift leidend.

Hoewel in beide hiervoor bedoelde gevallen zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter over een zelfstandige bevoegdheid beschikt, kan tevens op relatief eenvoudige wijze worden vastgesteld met wiens exclusieve bevoegdheidsgebied het desbetreffende wettelijke voorschrift de meeste aankno-

pingspunten heeft en aan wie het interpretatieprimaat moet worden gelaten. Over het algemeen is derhalve duidelijk wie de meest gerede rechter is.

Het kan echter tevens voorkomen dat geen meest gerede rechter kan worden aangewezen, omdat het desbetreffende wettelijk voorschrift gelijkelijk tot beiden is gericht. Dit doet zich in het bijzonder voor bij de uitleg van verdragsbepalingen. Ook in die gevallen lijkt het streven erop gericht te zijn te komen tot een uniforme uitleg, zij het dat dat niet in alle gevallen lukt. Dat is wellicht inherent aan het ontbreken van een meest gerede rechter. Door het over de band van de uitspraak aangaan van een discussie met de collega-instantie zou echter een uniforme uitleg kunnen worden bereikt dan wel duidelijk kunnen worden dat en waarom er goede redenen voor verschillen in uitleg bestaan. Niet alleen bij het ontbreken van een meest gerede rechter, maar eigenlijk in alle gevallen waarin de civiele rechter afwijkt van een eerder door de bestuursrechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift (of vice versa), zou uit een oogpunt van rechtseenheid, rechtszekerheid en het tegengaan van onnodige verschillen tussen de verschillende rechterlijke instanties, van de afwijkende rechter mogen worden gevraagd daarover in de uitspraak verantwoording af te leggen. Dit leidt tot de volgende slotsom:

- In alle hiervoor genoemde gevallen dient de rechter die een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift niet volgt, niet alleen te motiveren waarom hij dat niet doet, maar ook waarom de door hem voorgestane uitleg beter is.

3.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van feiten?

3.4.1 Inleidende opmerkingen

Hiervoor ben ik ingegaan op de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter wat betreft oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en de uitleg van wettelijke voorschriften. Daaruit kwam het beeld naar voren dat het streven van zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter erop is gericht verschillen in jurisprudentie zoveel mogelijk te voorkomen. Behalve waar het de uitleg van wettelijke voorschriften betreft waarvoor geen meest gerede rechter is aan te wijzen, leidt dit streven doorgaans tot een aanvaardbaar resultaat. Als gevolg van de algemene rechtsmacht van de civiele rechter, waaraan inherent is dat hij zich eerder op het terrein van de bestuursrechter begeeft dan andersom, gaat het streven in de praktijk uit van de civiele rechter.

3.4.1.1 Feit is feit?

Het laatste deel van dit hoofdstuk betreft de vaststelling van de feiten. Op het eerste gezicht lijkt geen misverstand mogelijk over de vraag wat onder feiten en daarmee ook onder de vaststelling daarvan moet worden verstaan.

Zo zal bijvoorbeeld niemand bestrijden dat de afmetingen van een garage, de afstand tussen bouwwerken, het aantal tandenborstels dat in een badkamer aanwezig is of de uitkomsten van een DNA-test, feiten betreffen, gegeven de mogelijkheden dit objectief vast te stellen. Indien tussen de uitkomsten van metingen verschillen bestaan, ontneemt dit niet het feitelijk karakter aan de verkregen gegevens, maar geeft dat blijk van foute metingen. De afmetingen van een garage zijn niet afhankelijk van het soort procedure waarin deze worden vastgesteld.

Iets wat zich op het eerste gezicht als feit presenteert, is evenwel niet steeds een feit. Zo woedt bijvoorbeeld in het vreemdelingenrecht sinds jaar en dag de discussie of het relaas van een vreemdeling over het waarom en op welke wijze hij uit zijn land van herkomst is vertrokken (en soms zelfs de verklaringen van een vreemdeling over zijn identiteit en nationaliteit) al dan niet feitelijk is. Vanuit de hoek van – bijvoorbeeld – de asieladvocatuur wordt doorgaans het standpunt ingenomen dat de vaststelling of iemand is mishandeld of gemarteld van feitelijke aard is, aangezien het kan worden vastgesteld aan de hand van een medisch dossier of het bestaan van littekens. De Afdeling bestuursrechtspraak, als hoogste rechter in vreemdelingenzaken, is evenwel van oordeel dat een asielrelaas weliswaar onderdelen van feitelijke aard kan bevatten, zoals de aanwezigheid van littekens, maar dat het uiteindelijk gaat om de oorzaken van het ontstaan van de littekens (waardering van de feiten). Is de vreemdeling inderdaad, zoals hij stelt, mishandeld of gemarteld, of heeft hij de verwondingen zelf toegebracht of laten toebrengen om zijn kansen op een verblijfsvergunning te vergroten? Ten aanzien daarvan is een vreemdeling doorgaans niet in staat objectief bewijs te leveren en komt het uiteindelijk neer op de vraag of het bestuursorgaan al dan niet geloof hecht aan de verklaringen van de vreemdeling.[212]

Het onderscheid is niet zonder betekenis: ook in het vreemdelingenrecht toetst de bestuursrechter de vaststelling van feiten zonder enige terughoudendheid, terwijl op grond van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak het standpunt van het bestuursorgaan over de geloofwaardigheid van het relaas slechts terughoudend mag worden getoetst.[213] Dat dat niet vanzelfsprekend is, blijkt uit jurisprudentie van het EHRM. Dit lijkt zichzelf – anders dan de Afdeling bestuursrechtspraak – wel tot beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas in staat en geroepen te achten.[214] Overigens is op 26 juni 2013 de herschikking van de zogenoemde

212 Zie over feiten in het vreemdelingenrecht: Lubberdink, p. 53-55. Zie over de (wijze van) beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas door het bestuursorgaan en de toetsing daarvan door de bestuursrechter: Rafi. Zie ook: Verburg, p. 272-273. Anders: Schuurmans 2005, p. 273-284.

213 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 27 januari 2003, *AB* 2003/286, m.nt. B.P. Vermeulen, en ABRvS 4 mei 2006, *JV* 2006/246, m.nt. T.P. Spijkerboer.

214 Onder meer: EHRM 26 juli 2006 (N./Finland), *JV* 2005/306, m.nt. T.P. Spijkerboer. Zie over *full and ex-nunc*toetsing in het licht van de eisen die het EHRM stelt ook: Van Emmerik & Saris, p. 131-140.

Procedurerichtlijn gepubliceerd.[215] Met de herschikking is niet gewijzigd dat de lidstaten ervoor zorgen dat voor verzoekers om asiel een daadwerkelijk rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie openstaat (artikel 46, eerste lid). Volgens de herschikking dienen de lidstaten, om aan deze bepaling te voldoen, ervoor te zorgen dat een daadwerkelijk rechtsmiddel een volledig en *ex-nunc*onderzoek van zowel de feitelijke, als juridische gronden omvat (artikel 46, derde lid). De implementatietermijn loopt tot 20 juli 2015. Op dit moment is onduidelijk hoe 'een volledig en *ex-nunc*onderzoek' moet worden geduid.

Twee, elkaar uitsluitende lezingen zijn denkbaar. De eerste is dat 'een volledig en *ex-nunc*onderzoek' betekent dat de rechter, met voorbijgaan aan wat het bestuursorgaan heeft overwogen, geheel zelfstandig tot een geloofwaardigheidsbeoordeling overgaat. De tweede is dat de rechter het door het bestuursorgaan ingenomen standpunt over de geloofwaardigheid van het asielrelaas zonder terughoudendheid (ofwel: indringend) toetst. Het behoeft geen toelichting dat de tweede lezing beter past in het Nederlandse bestuursrechtelijke stelsel, waarin de bestuursrechter door het bestuursorgaan genomen besluiten toetst in het licht van hetgeen een belanghebbende daartegen aanvoert.[216] Mede gelet op de centrale rol die artikel 4 van de richtlijn toekent aan de beslissingsautoriteit waar het de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas betreft verzet de richtlijn zich niet tegen een dergelijke lezing van artikel 46, derde lid.[217] De wetgever is nu aan zet.

Het onderscheid tussen de vaststelling van feiten en de waardering van feiten, is ook van belang voor beantwoording van de vraag of de civiele rechter gebondenheid aanneemt aan een oordeel van de bestuursrechter over de feiten. Hoewel dogmatisch niet zuiver, in het bestuursrecht stelt immers het bestuursorgaan de feiten vast en toetst de bestuursrechter die feitenvaststelling zonder terughoudendheid, zal ik hierna omwille van de leesbaarheid spreken over de feitenvaststelling door de bestuursrechter.

3.4.2 Uitgangspunt

3.4.2.1 Inleidende opmerkingen

Hiervoor zagen we al dat aan de jurisprudentie van de civiele rechter over de verhouding tot uitspraken van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en de uitleg van wettelijke voorschriften de wens ten grondslag ligt om te komen tot een doelmatige rechtsmachtverdeling en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken. In de

215 Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *PbEU* 2013, L 180.

216 Zie hierover bijvoorbeeld: Daalder & Schreuder-Vlasblom.

217 Zie ook: Smulders, p. 327-328.

jurisprudentie is een aantal instrumenten ontwikkeld om dat doel te bereiken, zoals de leer van de formele rechtskracht en de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter. Indien in een voorkomend geval deze instrumenten geen oplossing bieden, bijvoorbeeld omdat niet aan de toepassingsvereisten is voldaan, biedt het aansluiten bij de jurisprudentie van de bestuursrechter zonder nadere dogmatische onderbouwing een uitweg.

3.4.2.2 Beperkte jurisprudentie

Over de gebondenheid van de civiele rechter aan een vaststelling van de feiten door de bestuursrechter, dan wel een door de bestuursrechter geaccordeerde feitenvaststelling door het bestuursorgaan, bestaat weinig hoogst rechterlijke jurisprudentie waarin hierop uitdrukkelijk wordt ingegaan. Jurisprudentie van hoogste bestuursrechters waarin uitdrukkelijk wordt ingegaan op eventuele gebondenheid van de bestuursrechter aan een feitenvaststelling door de civiele rechter, is zo mogelijk nog beperkter. Een verklaring voor dit laatste zou kunnen zijn dat, waar raakvlakken bestaan tussen de civiele rechter en de bestuursrechter, dit doorgaans het geval is als de civiele rechter als restrechter optreedt en de bestuursrechter derhalve de meest gerede rechter is, dan wel zich als zodanig beschouwt. De beperkte jurisprudentie van de Hoge Raad over het al dan niet bestaan van gebondenheid van de civiele rechter aan jurisprudentie van de bestuursrechter kan in elk geval deels worden verklaard door de omstandigheid dat een feitenvaststelling door de lagere civiele rechter in cassatie niet kan worden getoetst, zodat de Hoge Raad zichzelf niet geplaatst ziet voor de vraag van welke feiten de civiele rechter moet uitgaan.[218] De civiele feitenrechters hebben bovendien slechts een taak bij de feitenvaststelling, indien daarover tussen partijen verschil van mening bestaat. Ook indien het uitgangspunt in de jurisprudentie zou zijn dat een feitenvaststelling door de bestuursrechter voor de civiele rechter een gegeven is, kunnen partijen, als zij het over de feiten eens zijn, de civiele rechter in zekere zin buitenspel zetten. In dit opzicht verschilt de positie van de civiele rechter van die van de strafrechter, wiens verhouding tot de bestuursrechter in het volgende hoofdstuk aan de orde komt, en aan wiens taak inherent is dat hij tot eigen waarheidsvinding, inclusief feitenvaststelling, gehouden is.

218 Zie bijvoorbeeld: HR 8 september 1995, *NJ* 1997/159, m.nt. M. Scheltema. Opvallend daarin is dat het gerechtshof juist niet was uitgegaan van de feiten, zoals neergelegd en gewaardeerd in het in rechte onaantastbare besluit, maar sterker nog, het feitelijk uitgangspunt van de beschikking 'voorshands onaannemelijk geoordeeld' had. De Hoge Raad oordeelde dat 'dit oordeel niet blijk geeft van een onjuiste opvatting omtrent (doel en strekking van) de Huisvestingswet en voor het overige, als berustend op een waardering van de feiten, in cassatie niet op zijn juistheid kan worden onderzocht'.

Het vorenstaande laat onverlet dat er wel enige jurisprudentie is. Het hiervoor al meermalen aangehaalde uitgangspunt dat een besluit waartegen geen of tevergeefs rechtsmiddelen zijn aangewend naar inhoud en wijze van totstandkoming wordt geacht rechtens juist te zijn, strekt zich – uiteraard zou ik bijna zeggen – ook uit tot het aan dat besluit ten grondslag liggende feitencomplex, althans de waardering daarvan. Dit is – naast de al besproken algemene uitzonderingen op de formele rechtskracht – alleen anders, indien sprake is van een aan een bestuursrechterlijke misslag gelijk te stellen administratieve verschrijving.[219]

3.4.2.3 Rol civiele rechter na eerdere bestuursrechtelijke procedure

De gebondenheid komt het duidelijkst naar voren, in gevallen waarin de civiele rechter in het kader van dezelfde rechtsverhouding tussen dezelfde partijen in beeld komt nadat een bestuursrechtelijke procedure is of had kunnen worden gevolgd. Gevallen derhalve, waarin één van de partijen de procedure bij de civiele rechter deels als een herkansing ziet. De jurisprudentie over de rol die de civiele rechter tot de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht had als executierechter bij de invordering van dwangsommen, schetst een duidelijk beeld. Alvorens op deze jurisprudentie in te gaan, een korte inleiding op die rol van de civiele rechter.

Rol civiele rechter als sluitstuk bestuursrechtelijke handhaving pre-Vierde Tranche
Indien het bestuursorgaan bevoegd is handhavend op te treden, kon het daarbij kiezen uit toepassing van bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom. Tegen het handhavingsbesluit stonden de gebruikelijke rechtsbeschermingsmiddelen open (bezwaar/administratief beroep, beroep en hoger beroep). Indien bij de overtreder geld geïnd moest worden, zoals de kosten van de toepassing van bestuursdwang (artikel 5:26 van de Algemene wet bestuursrecht), dan wel verbeurde dwangsommen (artikel 5:33 van die wet), dan kon het bestuursorgaan daartoe weliswaar een dwangbevel uitvaardigen, maar kon de overtreder daartegen verzet doen (artikel 5:26 van de Algemene wet bestuursrecht). Bevoegd tot kennisneming van het verzet was de civiele rechter.[220] Bij de verzetrechter stond de rechtmatigheid van het handhavingsbesluit en de aanzegging van de te verhalen kosten niet meer ter beoordeling.[221] Indien echter de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg nog openstond of bestuursrechtelijke procedures nog niet waren afgerond, diende de verzetrechter wel een, zij het marginale,

219 Zie voor een zeldzaam voorbeeld: HR 12 september 1997, *AB* 1998/176, m.nt. Th.G. Drupsteen. Dit arrest is ook om een andere reden bijzonder, aangezien daarin een burger ten opzichte van overheid een beroep doet op de formele rechtskracht van een besluit.

220 Zie hierover nader: Van Buuren, Jurgens & Michiels, p. 194 en 213-215.

221 Zie reeds: HR 3 november 1995, *AB* 1996/58, m.nt. Th.G. Drupsteen; zie ook: HR 17 december 2010, *AB* 2011/25, m.nt. G.A. van der Veen.

inschatting te maken of het handhavingsbesluit (en daarmee het daaraan verbonden vorderingsrecht) de bestuursrechtelijke eindstreep zou halen.[222]

Toegespitst op de last onder dwangsom was het ook de taak van de verzetrechter te beoordelen óf sprake was van verbeurte van een dwangsom, met andere woorden of na afloop van de termijn nog een overtreding bestond, waarbij hij bevoegd was de last naar doel en strekking uit te leggen. Dit was een vraag van feitelijke aard. Aangezien de last onder dwangsom doorgaans tot doel heeft een bestaande overtreding te beëindigen (en de uitspraak van de bestuursrechter daarop nog geen betrekking kon hebben), speelde daarbij de vraag naar de gebondenheid van de civiele rechter aan een feitenvaststelling door de bestuursrechter in het algemeen niet. Indien de bestuursrechter zich wél had uitgelaten over het bestaan of voortduren van de overtreding, dan wel een nadere duiding van de last had gegeven, dan was de civiele rechter daaraan gebonden.[223] Zoals de Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 17 december 2010:

> 'In de onderhavige procedure dient, naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, de rechter ervan uit te gaan dat de dwangsombeschikking zowel wat betreft haar inhoud als haar wijze van totstandkomen met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen in overeenstemming is.'

Dat de gebondenheid van de civiele rechter niet alleen de rechtmatigheid betreft maar ook de feitenvaststelling, lag reeds besloten in een arrest van 31 mei 1991.[224] In het arrest van 17 december 2010 bevestigde de Hoge Raad met verwijzing naar jurisprudentie nogmaals dat de civiele rechter ook aan de feitenvaststelling door de bestuursrechter gebonden is, indien uit een latere uitspraak van diezelfde bestuursrechter blijkt dat aan het handhavingsbesluit gebreken kleven die ook tot vernietiging hadden kunnen leiden. Dit kwam hiervoor bij de inleidende opmerkingen over de formele rechtskracht ook al aan de orde.

Sinds de inwerkingtreding van de Vierde Tranche stelt het bestuursorgaan de hoogte van de kosten van de uitoefening van bestuursdwang bij besluit vast (artikel 5:25, zesde lid, van de Algemene wet bestuursrecht). Indien het een last onder dwangsom heeft opgelegd, beslist het bestuursorgaan bij besluit over de invordering van de dwangsom (artikel 5:37 van de Algemene wet bestuursrecht). Het invorderingsbesluit vermeldt waarom en tot welk bedrag dwangsommen zijn verbeurd. Tegen het besluit tot invordering staan de gebruikelijke bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmiddelen

222 Onder meer: HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/324.

223 Zie: HR 17 december 2010, *AB* 2011/25, en HR 25 september 2009, *AB* 2011/26, beide m.nt. G.A. van der Veen, *AB* 2011/25.

224 HR 31 mei 1991, *NJ* 1993/11, m.nt. C.J.H. Brunner. De annotator merkt in dit verband op dat 'de bindende kracht […] van de uitspraak van de administratieve rechter [niet slechts, OvL] betreft […] de onrechtmatigheid, maar alle rechtsoordelen die daarin gegeven zijn en dus ook feitelijke vaststellingen en oordelen over schuld, causaliteit, relativiteit en schade'.

open.[225] Indien rechtsmiddelen zijn aangewend tegen het handhavingsbesluit, voorziet de wet in een concentratie van rechtsmiddelen die een zekere gelijkenis vertoont met de artikelen 6:18/6:19 (oud) van de Algemene wet bestuursrecht (artikelen 5:31c en 5:39 van die wet). De uiteindelijke invordering van de verschuldigde gelden, geschiedt bij dwangbevel, waartegen bij de civiele rechter kan worden opgekomen (artikel 4:116 van de Algemene wet bestuursrecht); om verwarring te voorkomen bepaalt artikel 8:4, eerste lid, aanhef en onder b, van de Algemene wet bestuursrecht uitdrukkelijk dat tegen een besluit inhoudende een aanmaning als bedoeld in artikel 4:112 of een dwangbevel geen beroep openstaat. In plaats van uitvaardiging van een dwangbevel kan het bestuursorgaan ingevolge artikel 4:124 van de Algemene wet bestuursrecht ook gebruikmaken van de normale civielrechtelijke invorderingsinstrumenten.[226]

Rol civiele rechter als sluitstuk bestuursrechtelijke handhaving post-Vierde Tranche
Wederom toegespitst op de last onder dwangsom is met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche de bestuursrechter niet alleen exclusief bevoegd ten aanzien van de rechtmatigheid van het handhavingsbesluit, maar evenzeer ten aanzien van de vraag of de overtreding binnen de gestelde termijn is beëindigd, derhalve of al dan niet dwangsommen zijn verbeurd.[227] Mijns inziens ligt het voor de hand aan te nemen dat ook de beoordeling of sprake is van verjaring is voorbehouden aan de bestuursrechter, nu deze is gekoppeld aan de bevoegdheid tot invordering.[228] Een vordering bij de civiele rechter ten aanzien van deze aspecten zal afketsen op de leer van de formele rechtskracht, dan wel van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter. De taak van de civiele rechter zal beperkt zijn tot de beoordeling of de voor de betekening van het dwangbevel geldende voorschriften in acht zijn genomen en tot de tenuitvoerlegging van het dwangbevel.[229]

Positie van de derde- en de niet-belanghebbende
De positie van degene voor wie de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg niet openstaat of heeft opengestaan, is hiervoor al meerdere malen aan de orde geweest. De slotsom was steeds dat aan deze belanghebbende de bindende kracht van de uitspraak van de bestuursrechter, dan wel de leer van de formele rechtskracht niet mag worden tegengeworpen, omdat hij geen mogelijkheid heeft gehad in de bestuursrechtelijke kolom in rechte op te komen en hij dus zijn belangen niet naar voren heeft kunnen brengen.

---

225 Zie onder meer: vz. ABRvS 30 september 2010 in zaak nr. 201008030/1/M1 e.v., en vz. ABRvS 23 april 2010, ELCI:NL:RVS:2010:BM2616.

226 Zie hierover nader: Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011. Zie over bestuurlijke geldschulden in het algemeen nader: Scheltema 2010.

227 Zie ook: Michiels, p. 173-175.

228 Van der Veen werpt dit in zijn noot bij HR 17 december 2010, onder *AB* 2011/25, als vraag op zonder daar overigens inhoudelijk nader op in te gaan.

229 Zie over het overgangsrecht: IJdema & Hoekstra.

Dit is niet anders waar het de in een uitspraak van de bestuursrechter of een besluit neergelegde (waardering van de) feitenvaststelling betreft. Om onnodige verschillen in uitkomst te voorkomen zal de civiele rechter, zo nodig, aansluiting zoeken bij wat door zijn bestuursrechtelijke collega is overwogen. Daarvoor bestaat geen grond bij een in een besluit neergelegde feitenvaststelling en/of waardering van de feiten, waartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend. In dat geval kan de civiele rechter zelfstandig overgaan tot vaststelling en waardering van de feiten, voor zover tussen partijen in geschil.

3.4.2.4 Rol bestuursrechter na eerdere civielrechtelijke procedure

De wijze waarop de bestuursrechter omgaat met in een civiele procedure vastgestelde feiten kan worden geïllustreerd met een voorbeeld, dat in zekere zin het spiegelbeeld is van hetgeen ik hiervoor behandelde. Daarin speelt de bestuursrechter een uitvoerende rol bij de tenuitvoerlegging van een vonnis van de civiele rechter. Het voorbeeld is ontleend aan de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep en betreft de tenuitvoerlegging van een (derden)beslag op een socialezekerheidsuitkering.

Bestuursrechter als uitvoerder vonnis civiele rechter
Indien op een socialezekerheidsuitkering derdenbeslag wordt gelegd bij het uitkerend bestuursorgaan, doet dit orgaan aan de ontvanger van de uitkering mededeling van de inhoudingen op de uitkeringen die daarvan het gevolg zijn. Tegen deze mededeling staan bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open.[230] In dat kader kunnen de geldigheid van het beslag en de hoogte van de vordering evenwel door de schuldenaar niet aan de orde worden gesteld en door het bestuursorgaan noch de bestuursrechter worden beoordeeld. Of, zoals de Centrale Raad van Beroep overweegt:

> 'de beslagdebiteur (in dit geval appellant) [kan, OvL] bezwaren betreffende een gelegd beslag ingevolge artikel 438 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering voorleggen aan de civiele rechter en de derdebeslagene […] is gehouden volledige medewerking aan het beslag te geven zonder de geldigheid en de omvang daarvan te mogen beoordelen. Ook de bestuursrechter dient bij de beoordeling van de eindbeslissing ter uitvoering van een gelegd beslag de geldigheid van dat beslag als een gegeven te beschouwen en zijn toetsing kan niet verder strekken dan de beantwoording van de vraag of het bestuursorgaan bij het nemen van zijn betalingsverplichting is gebleven binnen het kader van het beslag. Met de rechtbank en anders dan appellant is de Raad dan ook van oordeel dat in de onderhavige procedure niet ter beoordeling voorligt of rechtmatig en voor een juist bedrag beslag op de bijstandsuitkering van appellant is gelegd.'[231]

230 Zie: CRvB 31 januari 2006, *JWWB* 2006/86.
231 CRvB 17 augustus 2010, *RSV* 2010/266.

Uit deze uitspraak blijkt dat dezelfde terughoudendheid niet heeft te gelden voor de vaststelling van de voor de beslagdebiteur geldende beslagvrije voet. Daarover overweegt de Centrale Raad van Beroep:

> 'Voor zover het College […] heeft willen betogen dat de deurwaarder de voor appellant geldende beslagvrije voet vaststelt en dat het College gehouden is die vaststelling te volgen, onderschrijft de Raad dit betoog niet. Het is de verantwoordelijkheid van het College de hoogte van de voor appellant geldende beslagvrije voet vast te stellen en mede aan de hand daarvan te bepalen in hoeverre de bijstandsuitkering van appellant ruimte laat voor inhoudingen ter uitvoering van het daarop gelegde beslag.'

Dit lijkt niet in overeenstemming te zijn met hetgeen de Centrale Raad van Beroep eerder in die uitspraak overwoog over de taak van het bestuursorgaan en de bestuursrechter en is dat ook daadwerkelijk niet, zoals blijkt uit de uitspraak van 21 december 2010.[232] In die zaak had de beslagdebiteur onder verwijzing naar voormelde overweging van de Centrale Raad van Beroep betoogd dat het College van burgemeester en wethouders ten onrechte niet zelf de voor hem geldende beslagvrije voet had vastgesteld. Na de hiervoor geciteerde overweging over de taak van bestuursorgaan en bestuursrechter bij de effectuering van een derdenbeslag te hebben herhaald, overweegt de Centrale Raad van Beroep als volgt:

> 'In zijn uitspraak van 10 juli 2008 […] heeft de Raad overwogen dat het bestuursorgaan bij derdenbeslag geen beoordelingsvrijheid toekomt ter zake van de vaststelling van de hoogte van de beslagvrije voet. Met betrekking tot de hoogte van de beslagvrije voet zal de beslagdebiteur zich met de deurwaarder kunnen verstaan. In zijn uitspraak van 30 juni 2009 […] heeft de Raad overwogen dat, in het geval de beslagdebiteur het niet eens is met het door de deurwaarder aan het bestuursorgaan opgegeven bedrag van de beslagvrije voet, de debiteur deze grief heeft kunnen voorleggen in een civiele procedure tegen de executie en dat de debiteur daarbij opheffing van het beslag kan vorderen voor zover dit beslag de beslagvrije voet te boven gaat. De civiele rechter zal de berekening van de beslagvrije voet in dat geval volledig toetsen.'

Deze overweging heeft wel iets weg van de wijze waarop de Hoge Raad rechtvaardigt dat een doelmatige rechtsmachtverdeling tussen de civiele en bestuursrechter met zich brengt dat eerstgenoemde zich ten gunste van laatstgenoemde terughoudend opstelt. De uitkomst is daarmee ook in overeenstemming. De Centrale Raad van Beroep overweegt verder:

> 'Dit betekent dat, anders dan bijvoorbeeld het geval is bij invordering of verrekening, het College in het geval van derdenbeslag de beslagvrije voet niet zelf mag vaststellen, maar uit moet gaan van het door de deurwaarder in het kader van de executie opgegeven bedrag. De bestuursrechter heeft, zoals volgt uit de hiervoor genoemde uitspraak van 30 juni 2009, ten aanzien van de executie geen verdergaande rol dan hiervoor […] is aangegeven. Aldus wordt ook een juiste afbakening met taken en bevoegdheden van de civiele rechter op dit punt in acht genomen.'

232 CRvB 21 december 2010, *RSV* 2011/70.

Met andere woorden: ten aanzien de executie is de civiele rechter de meest gerede rechter. Dit lijkt mij juist. Een andere benadering zou er immers toe leiden dat ten aanzien van derdenbeslag onder een werkgever de beslagvrije voet op andere wijze zou worden vastgesteld dan onder een uitkeringsinstantie, terwijl duidelijk is dat de wetgever beoogd heeft de civiele rechter als exclusief bevoegde rechter aan te wijzen bij executie(geschillen).

3.4.3 Tussenconclusies

De civiele rechter en de bestuursrechter hanteren voor de gebondenheid aan een feitenvaststelling geen andere handelwijze dan bij – bijvoorbeeld – de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften of de uitleg van wettelijke voorschriften. Hoewel de jurisprudentie over feitenvaststelling dogmatisch veel minder uitgesproken is, ligt het in de rede dat het motief daarvoor hetzelfde is, namelijk een doelmatige verdeling van rechtsmacht en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken. Voor de duidelijkheid: het gaat hier om een feitenvaststelling door de rechter en niet om de situatie waarin de civiele rechter op grond van het voor hem geldende bewijsrecht moet uitgaan van de feiten waarover tussen partijen geen verschil van mening bestaat. Ik kom derhalve tot de volgende slotsom:

- De leer van de bindende kracht van een uitspraak van de bestuursrechter en de leer van de formele rechtskracht gelden, inclusief de uitzonderingen die daarop door de Hoge Raad zijn gemaakt, evenzeer voor de in die uitspraak, dan wel het in rechte onaantastbare besluit waarop die uitspraak ziet neergelegde feitenvaststelling, tenzij sprake is van een evidente onjuistheid.
- Zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter richt zich voor het overige naar de vaststelling van de feiten door de rechter die de meest gerede rechter is.

Uit de aard van de zaak vanzelfsprekend is dat een onmiskenbaar onjuiste feitenvaststelling de andere rechter niet bindt.

3.5 Samenvatting

Hoewel de rechtsmacht van de bestuursrechters van oudsher in bijzondere wetten concreet is afgebakend, is er toch gedeelde rechtsmacht. Dit is het gevolg van de in artikel 112 van de Grondwet neergelegde ruime bevoegdheid van de civiele rechter kennis te nemen van alle geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. Onder gedeelde rechtsmacht versta ik dat beiden bevoegd zijn of zich bevoegd achten ten aanzien van dezelfde (soort) geschillen, al dan niet in dezelfde partijconstellatie. Met de ontwikkeling van het beginsel van de formele rechtskracht heeft de civiele rechter het voortouw genomen in de gevallen waarin er gedeelde rechtsmacht is, om te

komen tot een doelmatige afbakening tussen de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter anderzijds. Formele rechtskracht is het overkoepelende begrip, waaronder ook mijns inziens drie grootheden schuilgaan, te weten:

- de *ontvankelijkheidsleer*, op grond waarvan de civiele rechter een rechtzoekende niet-ontvankelijk verklaart in zijn vordering als nog een administratieve rechtsgang openstaat;

- de *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter*, op grond waarvan de civiele rechter uitgaat van de juistheid van een door de bestuursrechter gegeven oordeel;

- de *leer van de formele rechtskracht*, op grond waarvan de civiele rechter de fictie hanteert dat een besluit waartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan, maar niet is benut, naar inhoud en wijze van totstandkoming rechtmatig is.

Het maken van een onderscheid tussen deze grootheden is voornamelijk van belang voor de uitzonderingen die de Hoge Raad toestaat, dan wel de gevallen waarin de Hoge Raad de formele rechtskracht niet tegenwerpt. Voor belanghebbenden en het bestuursorgaan is op de *leer van de bindende kracht* van uitspraken van de bestuursrechter slechts één, tot nu toe theoretisch gebleken, uitzondering aanvaard, te weten voor het geval in de bestuursrechterlijke procedure sprake was van schending van fundamentele rechtsbeginselen. De Hoge Raad is echter toeschietelijker geweest in het aanvaarden van situaties waarin hij de *leer van de formele rechtskracht* niet tegenwerpt. Dit moet overigens niet worden overdreven. De civiele rechter werpt de leer van de formele rechtskracht niet tegen aan een belanghebbende die door toedoen van het bestuursorgaan heeft afgezien van het tijdig aanwenden van rechtsmiddelen. Dit omvat het geval waarin het bestuursorgaan onjuiste informatie heeft verschaft over de openstaande rechtsmiddelen, dan wel waarin het verwarring heeft veroorzaakt over het karakter van de bestuurshandeling. De civiele rechter werpt de leer van de formele rechtskracht evenmin tegen, indien het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van de bestuurshandeling uitdrukkelijk heeft erkend.

Wat betreft de *ontvankelijkheidsleer* ben ik tot de slotsom gekomen dat, indien duidelijk wordt dat een bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg openstaat, de civiele rechter geen uitzondering op de formele rechtskracht zou moeten aannemen, maar van de rechtzoekende zou moeten vergen dat deze – alsnog – van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg gebruikmaakt. In die gevallen is de bestuursrechter immers bij uitstek *de meest gerede rechter*, zodat voor de civiele rechter geen grond bestaat aanvullende rechtsbescherming te bieden. Indien de daarvoor geldende termijn is verstreken, voorziet artikel 70 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in een mogelijkheid van een de bestuursrechter bindende verwijzing met een nieuwe termijn. Ik zie geen reden voor een andere benadering, indien het de

rechtzoekende alleen nog gaat om het verkrijgen van schadevergoeding, gebaseerd op bestuursrechtelijk onrechtmatig handelen door het bestuursorgaan; de bestuursrechter is immers bij uitstek geroepen te beoordelen of daarvan sprake is. Dit laat onverlet dat de jurisprudentie voorbeelden biedt, waaruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad onder omstandigheden bereid is te accepteren dat de bestuursrechtelijke weg wordt overgeslagen, indien het de rechtzoekende uitsluitend om een schadevergoeding in geld gaat.

De civiele rechter werpt de formele rechtskracht niet tegen aan rechtzoekenden die geen toegang hadden tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming omdat zij bestuursrechtelijk geen belanghebbenden zijn. In die gevallen zal de civiele rechter zich een zelfstandig oordeel moeten vormen. Om tegenstrijdige uitspraken tussen de civiele rechter en bestuursrechter te voorkomen, zal eerstgenoemde zich bij de oordeelsvorming zoveel mogelijk richten op de uitspraak van de bestuursrechter, indien beschikbaar. Indien de bestuursrechter nog geen uitspraak heeft gedaan, zou de civiele rechter zijn uitspraak moeten aanhouden.

Zelfstandige schadebesluiten en fictieve besluiten in het kader van het niet tijdig nemen van een besluit door het bestuursorgaan, verkrijgen geen formele rechtskracht, indien daartegen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend.

Voormelde uitgangspunten gelden voor alle drie door mij onderscheiden vragen, indien en voor zover de civiele rechter optreedt op het terrein dat eigenlijk exclusief aan de bestuursrechter toebehoort. Dat is in strikte zin niet het geval voor oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Ingevolge artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht staat tegen algemeen verbindende voorschriften immers geen beroep op de bestuursrechter open. Dat de civiele rechter toch bereid is geweest de bestuursrechter ook hier het voortouw te laten nemen, kan hierdoor worden verklaard dat het algemeen verbindend voorschrift wordt *geïnstrumentaliseerd* door middel van op grond van dat algemeen verbindend voorschrift genomen (uitvoerings)besluiten, waartegen wel beroep bij de bestuursrechter openstaat en in welk kader bij wijze van *exceptief verweer* de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift aan de orde kan worden gesteld. Dat is echter niet steeds het geval. De SGP-zaak leert ons dat dan de civiele en de bestuursrechter ieder zijns weegs gaan, bijvoorbeeld bij de beantwoording van de vraag of een verdragsbepaling al dan niet eenieder verbindend is.

Voor algemeen verbindende voorschriften hanteert de civiele rechter het uitgangspunt dat een oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *on*verbindend is *erga-omnes*werking heeft. Een oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *ver*bindend is, geldt evenwel slechts voor alle organen van de rechtspersoon waarbinnen het voorschrift is vastgesteld en degenen die (processueel)belanghebbenden waren bij de bestuursrechtelijke procedure. Het – op

basis van wederkerigheid – aannemen van gebondenheid van de bestuursrechter aan een verbindendheidsoordeel van de civiele rechter, zoals in de literatuur wel wordt voorgesteld, ligt mijns inziens niet in de rede. De reden voor de Hoge Raad gebondenheid aan te nemen, is nu juist gelegen in de omstandigheid dat de bestuursrechter bij uitstek de aangewezen rechter is een oordeel te geven over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften die binnen de bestuursrechtelijke keten geïnstrumentaliseerd moeten worden.

Bij de uitleg van wettelijke voorschriften is sprake van een categorie, waarbij het uitgangspunt tegenstrijdige uitspraken te voorkomen weliswaar evenzeer opgeld doet, maar de algemene benadering niet zonder meer toepasbaar is, omdat het wettelijk voorschrift niet eenduidig behoort tot een rechtsgebied waarop de civiele rechter, dan wel de bestuursrechter exclusief bevoegd is. Voor beantwoording van de vraag welke rechter het voortouw zou moeten nemen, pleegt dan te worden bezien met wiens rechtsgebied het desbetreffende wettelijk voorschrift de meeste aanknopingspunten heeft, zij het doorgaans zonder dit te motiveren. Deze benaderingswijze blijkt in de praktijk tot bevredigende uitkomsten te leiden. Problematisch is het, indien deze vraag niet eenduidig beantwoord kan worden, dan wel duidelijk is dat het wettelijk voorschrift zowel tot het rechtsgebied van de civiele rechter, als de bestuursrechter hoort, zoals het geval kan zijn bij verdragsbepalingen. Dit blijkt – het streven naar het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken ten spijt – ertoe te kunnen leiden dat hetzelfde voorschrift verschillend wordt uitgelegd, zonder dat duidelijk is of daarvoor een rechtvaardiging bestaat. Om – alsnog – tot een uniforme uitleg te komen, althans dat proces te bevorderen, zou de rechter die een van zijn civiele of bestuursrechtelijke collega afwijkende uitleg voorstaat niet alleen moeten motiveren waarom hij een andere uitleg voorstaat, maar ook waarom die uitleg beter is.

Het eenvoudigste onderdeel vormt de feitenvaststelling. Indien tegen een besluit beroep openstaat bij de bestuursrechter en daarvan gebruik wordt gemaakt, gaat de civiele rechter ten aanzien van (processueel)belanghebbenden op grond van de *leer van de bindende kracht van uitspraken* van de bestuursrechter uit van diens oordeel. Is van de openstaande bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg geen gebruikgemaakt, dan strekt de *leer van de formele rechtskracht* zich ook uit over de in het besluit vervatte feitenvaststelling, zowel wat betreft de wijze van totstandkoming als de inhoud. Ten aanzien van derden, voor wie de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg niet openstaat of -stond, sluit de civiele rechter zich zoveel mogelijk aan bij de uitspraak van de bestuursrechter. Aangezien de formele rechtskracht niet geldt voor deze derden, bindt een feitenvaststelling in een besluit, dat door het niet aanwenden van rechtsmiddelen door belanghebbenden formele rechtskracht heeft gekregen, de civiele rechter niet. In de andere gevallen hanteert zowel de civiele rechter als de bestuursrechter de *leer van de meest gerede rechter* om te bepalen wiens vaststelling van de feiten leidend moet zijn.

4 Verhouding bestuursrechter – Hoge Raad (strafrechter)

4.1 Algemeen

4.1.1 Inleidende opmerkingen

In het vorige hoofdstuk besprak ik de verhouding tussen de bestuursrechter en de Hoge Raad als civiele rechter. Beter is het overigens te spreken over de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter. Het is immers vooral de civiele rechter die een balans probeert te vinden tussen enerzijds de hem door de grondwetgever toegekende algemene rechtsmacht en anderzijds het respecteren van de door de wetgever in formele zin aan de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties toegekende exclusieve bevoegdheid op specifieke terreinen. Anders dan de bestuursrechter is de civiele rechter te allen tijde bevoegd kennis te nemen van een bij hem ingestelde vordering, mits de rechtzoekende een civielrechtelijk belang stelt. Het streven van de Hoge Raad lijkt daarbij in elk geval de laatste jaren erop te zijn gericht te komen tot een doelmatige rechtsmachtverdeling tussen de civiele en de bestuursrechter, waarbij het beginsel van de formele rechtskracht, de verzamelterm is voor – onder meer – de leer van de formele rechtskracht en de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter, de centrale term is.

In die gevallen waarin de civiele rechter niet zozeer optreedt als restrechter maar naast de bestuursrechter een eigen bevoegdheid uitoefent, is het streven van zowel de civiele rechter als de bestuursrechter erop gericht uiteenlopende jurisprudentie zoveel mogelijk te voorkomen. De leer van de meest gerede rechter, op grond waarvan de civiele rechter zijn bestuursrechtelijke collega het voortouw gunt, indien de te beantwoorden rechtsvraag bestuursrechtelijk van aard is, dan wel daarmee de meeste aanknopingspunten heeft (of vice versa), lijkt daarbij het uitgangpunt te vormen.

4.1.1.1 Van bestuursrecht(er) naar strafrecht(er)

In dit hoofdstuk staat de verhouding tussen de bestuursrechter en de Hoge Raad als strafrechter centraal. Tussen de rechterlijke instanties belast met bestuursrechtspraak en strafrechtspraak bestaat al jaren een bijzondere relatie; een relatie waarvan de oorsprong in belangrijke mate is gelegen in de wens van de wetgever om verhoudingen die eigenlijk bestuursrechtelijk van aard zijn of zouden moeten zijn, niet alleen door middel van bestuursrechtelijke middelen te handhaven, maar ook – en soms zelfs uitsluitend – door

middel van het strafrechtelijk instrumentarium. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat van strafrechtelijke handhaving doorgaans een effectievere prikkel voor de burger tot normconform handelen uitgaat dan van het inzetten van bestuursrechtelijke middelen; bovendien is er een volledig ingerichte en van dwangmiddelen voorziene handhavingsorganisatie voorhanden.[1] Anders dan bij de berechting van bijvoorbeeld levens- of vermogensdelicten vormt de strafrechter bij de berechting van strafbare feiten die hun oorsprong vinden in het bestuursrecht slechts een onderdeel of wellicht zelfs het sluitstuk van de bestuursrechtelijke (handhavings)keten.[2]

Een voorbeeld van gevallen waarin de strafrechter door de wetgever mede geroepen is tot handhaving van bestuursrechtelijke verhoudingen zijn de strafbaarstelling van het ten onrechte ontvangen van huursubsidie en bijstand. Die strafbaarstelling heeft tot gevolg dat de burger niet alleen kan worden geconfronteerd met een terugvordering van de ten onrechte ontvangen bedragen door de uitkerende instantie, maar evenzeer met vervolging wegens fraude. In deze categorie zaken komt relatief vaak de vraag aan de orde welke betekenis de feitenvaststelling in de bestuursrechtelijke fase voor de strafrechter heeft (en vice versa), bijvoorbeeld bij het bekende tellen van de tandenborstels (lees: het al dan niet op één adres woonachtig zijn van meerdere personen).

4.1.1.2 En andersom

Deze effectiviteitsgedachte kan andersom ook leiden tot een verschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving.[3] Een duidelijk voorbeeld hiervan is de overheveling van de berechting van bepaalde soorten verkeersovertredingen van de strafrechtketen naar het bestuursrecht met de inwerkingtreding van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (de Wet Mulder). Aan de invoering daarvan lag niet alleen het ontlasten van de strafrechtketen ten grondslag, maar ook dat de strafrechtelijke procedure voor dergelijke lichte vergrijpen te zwaar werd geacht (lees: van te veel procedurele waarborgen voorzien).[4] Dagvaardingsperikelen zijn het bestuursrecht immers vreemd. Voor het opleggen (of in rechte handhaven) van een sanctie op grond van de Wet Mulder is zelfs voldoende dat vaststaat dát de verweten gedraging is gepleegd; het wanneer, het waar en als gevolg van de zogenoemde kentekenaansprakelijkheid onder omstandigheden zelfs het door wie, zijn niet van belang en – anders

1 Zie hierover ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1024-1028, en Albers 2014, p. 13-14.
2 Zie hierover: Corstens 1998, p. 297-302.
3 Zie voor een historische schets van deze ontwikkeling: Verhey & Verheij, p. 254-258. Zie voor een beknopte beschrijving van recente ontwikkelingen: Hartmann & Sackers.
4 Zie ook: Kwakman.

dan in het strafrecht – kan een bekennende *slip of the tongue* de betrokken burger fataal zijn, ook als verder bewijs ontbreekt.[5]

4.1.2 Bestuursrechtelijk gelegitimeerde strafrechtelijke handhaving

4.1.2.1 Inleidende opmerkingen

Er zijn ook maatregelen die uitsluitend strafrechtelijk worden gehandhaafd, maar waarbij een vereiste voor strafrechtelijk optreden is dat een besluit is genomen, als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Voorbeelden daarvan zijn (tijdelijke) gebiedsverboden, het (tijdelijk) huisverbod en het inreisverbod. Omdat de rechtmatigheid van het opgelegde gebieds-, huis- of inreisverbod ofwel bestanddeel is van de tenlastelegging (bij gebiedsverboden), ofwel het strafbare gedrag juist bestaat uit het in strijd handelen met het gegeven huis- of inreisverbod (artikel 11, eerste lid, van de Wet tijdelijk huisverbod respectievelijk artikel 108, eerste en zesde lid, van de Vreemdelingenwet 2000) zal de strafrechter zich daarover moeten uitlaten om tot een veroordeling te kunnen komen. Tegen het besluit waarbij het gebied is aangewezen, dan wel het huis- of inreisverbod is opgelegd, staat daarnaast ook beroep bij de bestuursrechter open. Daarbij past de kanttekening dat wat betreft het huisverbod de familierechters van de rechtbanken, die organisatorisch doorgaans deel uitmaken van de sector civiel, optreden als bestuursrechter; hoger beroep moet vervolgens wel bij de Afdeling bestuursrechtspraak worden ingesteld.[6]

In dit soort zaken dringt zich de vraag op naar de betekenis van uitspraken van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van het huis- of gebiedsverbod voor de oordeelsvorming van de strafrechter (en vice versa, indien de strafrechtelijke procedure voorloopt op de bestuursrechtelijke). Een vraag die strafrechtjuristen, zich beroepend (of is het beroemend?) op de, op het eigen karakter van het strafrecht gebaseerde, autonomie van de strafrechter, aldus plegen te beantwoorden dat aan uitspraken van een bestuursrechter weliswaar niet elke betekenis kan worden ontzegd, maar dat het laatste woord steeds aan de strafrechter is.[7] Ik ga overigens niet afzonderlijk in op de betekenis van een vernietiging van een besluit door de hoogste bestuursrechter, anders dan wegens onverbindendheid van het onderliggende algemeen verbindende voorschrift, en het daarbij gemaakte verschil tussen

5 Ook wordt wel betoogd dat het bestuurs(proces)recht meer waarborgen biedt dan het straf(proces)recht. Zie bijvoorbeeld: Bröring & Jurgens. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de opkomst van het bestraffend bestuur(srecht): Albers, p. 13-22, en p. 66-96 voor een beschrijving van de verschillen en overeenkomsten tussen het strafrecht en het bestraffend bestuursrecht.

6 Zie hierover nader: Van Meegen, die ook ingaat op de wijze waarop de familierechter omgaat met het bestuursrechtelijk instrumentarium.

7 Zie bijvoorbeeld: Hendriks, p. 55 e.v.

begunstigende en belastende besluiten.[8] Waar het voor het onderzoek relevant is, zal ik bij dit onderscheid stilstaan.

4.1.2.2 Handelen is strafbaar, tenzij bestuursrechtelijk gelegitimeerd

Aan de hiervoor besproken categorie verwant zijn de gevallen waarin het verrichten van bepaalde handelingen slechts is toegestaan met een door een bestuursorgaan verleende vergunning of ontheffing. Handelen zonder zodanige vergunning of ontheffing zal in de bestuursrechtelijke kolom tot handhavend optreden (opleggen van een dwangsom of aanzeggen van bestuursdwang) aanleiding kunnen geven; evenzeer is mogelijk dat handelen zonder, of in strijd met, een verleende vergunning of ontheffing zelfstandig strafbaar is gesteld.[9] Dit kan er derhalve toe leiden dat zowel de bestuursrechter in het kader van een beroep tegen een handhavingsbesluit, als de strafrechter in het kader van een vervolging van overtreding van het desbetreffende voorschrift, geroepen wordt tot beantwoording van de vraag of een vergunning vereist is en tot uitleg van vergunning(voorschriften) of dezelfde wettelijke termen.[10]

4.1.2.3 Samenloop bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving

Evenzeer is denkbaar dat in het bestuursrecht gebruik wordt gemaakt van begrippen die oorspronkelijk strafrechtelijk van aard zijn, dan wel dat in bestuurswetgeving wordt verwezen naar bepalingen uit – bijvoorbeeld – het Wetboek van Strafrecht. De Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht heeft geleid tot een toename in de laatste categorie. Met de inwerkingtreding daarvan per 1 april 2009 zijn in de Algemene wet bestuursrecht immers – onder meer – algemene regels opgenomen voor bestuursrechtelijke handhaving (inclusief boetes), waar voordien deze regels waren neergelegd in – al dan niet op het strafrecht gebaseerde, dan wel daardoor geïnspireerde – bijzondere wetten.[11]

De uitleg van voorschriften en de vaststelling van de feiten kunnen deels samenvallen. Het is immers niet altijd mogelijk een geheel van de feiten geabstraheerde uitleg van een wettelijk voorschrift te geven, terwijl voor-

8 Zie hierover bijvoorbeeld: Sillen 2009.

9 Zo is ingevolge artikel 1, sub 4, van de Wet economische delicten het overtreden van voorschriften gesteld bij of krachtens daar genoemde artikelen van de Tabakswet een economisch delict. Artikel 1a, sub 1, van de Wet economische delicten regelt hetzelfde voor het overtreden van voorschriften gesteld bij of krachtens de Wet milieubeheer.

10 Zie hierover nader: Bakker e.a., p. 24-27.

11 Zie over de Vierde Tranche nader: Bakker e.a., en Corstens 2000. De criteria aan de hand waarvan in het wetgevingsproces gekozen wordt voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving zijn neergelegd in de kabinetsnota van 31 oktober 2008 (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI D).

waarde voor waardering van de feiten is dat van een bepaalde uitleg van het wettelijk voorschrift kan worden uitgegaan.

Nu dit onderzoek de verhouding tussen de hoogste rechterlijke instanties betreft, beperk ik mij tot de jurisprudentie van de Hoge Raad enerzijds en de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven anderzijds.

4.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften?

4.2.1 Inleidende opmerkingen

In hoofdstuk 2 en 3 stond ik al stil bij de (on)mogelijkheden van de bestuursrechter zich in abstracto uit te laten over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Ik gaf daarbij aan wat naar mijn mening moet worden verstaan onder onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. De slotsom was dat de bestuursrechter zich weliswaar kan uitlaten over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften en zich daarover zal moeten uitlaten, indien hij van oordeel is dat het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, dan wel de verbindendheid daarvan bij wege van exceptief verweer aan de orde wordt gesteld. Dit zal echter steeds moeten geschieden in het kader van een besluit dat is genomen ter uitvoering van of op basis van het desbetreffende algemeen verbindende voorschrift.

Zoals eerder opgemerkt staat artikel 8:3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht er aan in de weg dat tegen het algemeen verbindend voorschrift zelf beroep bij de bestuursrechter openstaat.[12] Het geldende bestuursprocesrecht kent ook niet de mogelijkheid dat de bestuursrechter een verklaring voor recht geeft over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Een oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift zal dan ook steeds effect moeten sorteren over de band van een besluit: indien de bestuursrechter van oordeel is dat het algemeen verbindend voorschrift waarop het beroepen besluit is gebaseerd (of ter uitvoering waarvan dat besluit is genomen) onverbindend is, bijvoorbeeld omdat het in strijd is met een hogere regeling, dan zal dat ertoe leiden dat hij dat besluit vernietigt.

Voor de strafrechter geldt hetzelfde. Hoewel de wet het ook hem niet uitdrukkelijk verbiedt zich in algemene zin over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift uit te laten, volgt dit wel uit de door de grondwetgever aan hem opgedragen taak: het berechten van gepleegde strafbare feiten (artikel 113, eerste lid, van de Grondwet). In lijn hiermee

12 Zie hierover nader: Schuurmans & Voermans, p. 809-815, en de daar vermelde literatuur. Zie ook: Schuurmans 2013, p. 1315.

heeft de wetgever ook hem niet de bevoegdheid toegekend verklaringen voor recht af te geven. Ook de strafrechter ziet – mede in het licht van artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht – toch ruimte om zich uit te laten over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, namelijk indien de rechtmatigheid van de bevoegdheidsuitoefening direct of indirect een bestanddeel is van de delictsomschrijving. Zo is een vereiste voor veroordeling wegens het niet naleven van een ambtelijk bevel dat het bevel wordt gedaan krachtens wettelijk voorschrift.[13] Voor vervolging wegens het handelen zonder of in strijd met aan een vergunning verbonden voorschriften, is vereist dat een vergunning noodzakelijk is, dan wel dat de desbetreffende voorschriften aan de vergunning mochten worden verbonden.

4.2.2 Verhouding strafrechter – bestuursrechter

4.2.2.1 Inleidende opmerkingen

Ik ken geen jurisprudentie van één van de hoogste, met bestuursrechtspraak belaste instanties, waarin deze zich expliciet uitlaat over het al dan niet gebonden zijn van de bestuursrechter aan eerdere oordelen van de Hoge Raad, als hoogste strafrechter, over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift.[14] Niet ondenkbaar is dat deze instanties – zich beroepend op het bestuursrechtelijk primaat – zodanige binding zonder meer uitsluiten.[15] Evenzeer is echter denkbaar dat de bestuursrechtelijke procedure doorgaans zal zijn afgerond voordat de Hoge Raad een punt achter de strafrechtelijke procedure (heeft ge)zet. Dat zou passen bij mijn constatering dat er wel veel jurisprudentie van de Hoge Raad bestaat waarin deze zich uitlaat over de vraag of en hoe de strafrechter gebonden is aan een oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift.

---

13 Ingevolge artikel 184, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht wordt – voor zover thans van belang – hij die opzettelijk niet voldoet aan een bevel of vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar met de uitoefening van enig toezicht belast of door een ambtenaar belast met of bevoegd verklaard tot het opsporen of onderzoeken van strafbare feiten gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie. Onder 'krachtens wettelijk voorschrift gegeven bevel' moet volgens vaste jurisprudentie (onder andere HR 20 februari 2007, *NJ* 2007/329) worden verstaan dat het wettelijk voorschrift verbindend is en dat het bevel rechtmatig is gegeven.

14 Zie ook: Schutgens 2009, p. 234.

15 Zie in dit verband ook het vorige hoofdstuk, wat betreft de verhouding tussen de bestuurs- en civiele rechter ten aanzien van de uitleg van wettelijke voorschriften die bestuursrechtelijk van aard zijn.

4.2.2.2 Varkensmester-arrest: de strafrechter volgt de hoogste bestuursrechter

Een voorbeeld daarvan is het arrest van 26 november 2002.[16] In deze zaak werd een varkenshouder vervolgd wegens overtreding van een voorschrift gesteld bij of krachtens artikel 17, eerste lid, van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren. Hij had op 6 december 1997 op zijn varkenshouderij een drachtige zeug gehouden, hoewel de varkenshouderij was gelegen in een gebied waarin dat ingevolge de Regeling fokverbod Varkens II 1997 niet was toegestaan (en hij kon niet aannemelijk maken dat de drachtigheid was ontstaan vóór de datum van inwerkingtreding van de Regeling).

Nu had de Regeling fokverbod Varkens II 1997 inmiddels geleid tot een aantal procedures als gevolg van de weigering van de staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij om ontheffing van het fokverbod te verlenen, dan wel een schadevergoeding toe te kennen. In een reeks uitspraken uit de tweede helft van 2001 had de ter zake bevoegde bestuursrechter, het College van Beroep voor het bedrijfsleven, overwogen dat ten tijde van belang geen algemeen verbindend voorschrift gold waarvan ontheffing kon worden verleend. Daaraan lag ten grondslag dat de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren geen grondslag bood voor het vaststellen van de Regeling fokverbod Varkens II 1997. De slotsom was dan ook dat op het verzoek om ontheffing ten onrechte een inhoudelijk besluit was genomen (en dit besluit in bezwaar ten onrechte was gehandhaafd), aangezien de betrokken varkenshouder geacht moet worden geen belang te hebben bij een beslissing op een verzoek om ontheffing van een verbod dat niet geldt, omdat het is neergelegd in een regeling waaraan hij niet gebonden was.[17]

In cassatie nam de varkenshouder het standpunt in dat – gelet op de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven – het bewezenverklaarde geen strafbaar feit opleverde, zodat hij ontslagen had moeten worden van alle rechtsvervolging. Mede naar aanleiding van dit middel wierp de Advocaat-Generaal in zijn conclusie de vraag op of de omstandigheid dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven de regeling onverbindend heeft geacht tot gevolg moet hebben dat de Hoge Raad zich (in beginsel) aan dat oordeel gebonden acht, waarbij hij fijntjes opmerkte dat 'van formele binding […] vanzelfsprekend geen sprake [is, OvL]'. Deze vraag werd door hem ontkennend beantwoord en hij concludeerde dat – anders dan het College van Beroep voor het bedrijfsleven had overwogen – de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren wel als grondslag voor de Regeling fokverbod Varkens II 1997 kon dienen. De Hoge Raad volgde de Advocaat-Generaal echter niet en overwoog:

---

16 HR 26 november 2002, *NJ* 2003/81. Zie voor een recenter voorbeeld: HR 22 september 2009, *NJ* 2010/142, m.nt. P.A.M. Mevis.

17 Onder andere: CBb 3 augustus 2001, *AB* 2001/387, m.nt. J.H. van der Veen, CBb 3 augustus 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB5295, CBb 3 augustus 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB5288, en CBb 19 september 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AD3785.

> 'Een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en bestuursrechter brengt, mede met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, mee dat in het geval de daartoe bij uitstek aangewezen hoogste bestuursrechter in een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang onherroepelijk de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken, de strafrechter – behoudens bijzondere omstandigheden – in beginsel van dat oordeel van deze bestuursrechter dient uit te gaan en zich niet opnieuw zelfstandig een oordeel over de onverbindendheid van het desbetreffende voorschrift vormt.'

De opmerkzame lezer ziet ongetwijfeld de gelijkenis met het in het vorige hoofdstuk besproken arrest Heesch-Van de Akker.[18] De Hoge Raad gaat ook als strafrechter derhalve uit van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter, althans waar het de *on*verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften betreft.[19]

Aangezien de onverbindendheid van de Regeling fokverbod Varkens II 1997 door het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet ook is vastgesteld in een door de varkenshouder in kwestie aanhangig gemaakte beroepsprocedure en hij derhalve een derde was, betekent dit dat de Hoge Raad aan een door de 'aangewezen hoogste bestuursrechter' uitgesproken oordeel dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is zogenoemde werking *erga omnes* toekent. Dat wil zeggen, dat deze uitspraak in zoverre niet – zoals gebruikelijk – uitsluitend bindende kracht heeft tussen de bij de procedure betrokken partijen (*inter partes*), maar ten opzichte van eenieder, althans eenieder die ter zake van overtreding van het voorschrift strafrechtelijk wordt vervolgd. Dat is inherent aan het soort oordeel: indien een algemeen verbindend voorschrift wegens strijd met een hogere regeling, waartoe ik ook het ontbreken van de bevoegdheid tot vaststelling ervan reken, als zijnde onverbindend is geoordeeld, wordt dat niet anders, indien de partijconstellatie verandert.[20] Het behoeft mijns inziens dan ook geen toelichting dat het onaanvaardbaar is iemand strafrechtelijk te veroordelen voor overtreding van een voorschrift waarvan de 'bij uitstek aangewezen' hoogste bestuursrechter heeft vastgesteld dat het onverbindend is, zij het in een op een ander betrekking hebbende procedure.

4.2.2.3 Uitzondering?

De hiervoor geciteerde overweging heeft de Hoge Raad nadien meermalen herhaald, zij het in wisselende bewoordingen.[21] De gemaakte voorbehouden (in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden) moeten daarbij mijns inziens niet zo worden verstaan dat de Hoge Raad met het opnemen ervan

18 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723, m.nt. M. Scheltema.
19 Zie ook: Sillen 2010, p. 118-121.
20 Zie ook: CRvB 15 november 2005, *Gst*. 2006/105, m.nt. J.J.J. Sillen.
21 Zie bijvoorbeeld: HR 24 september 2002, *NJ* 2003/80, m.nt. Y. Buruma, HR 11 oktober 2005, *NJ* 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis, en HR 22 december 2009, *JB* 2010/41, m.nt. R.J.B. Schutgens.

heeft beoogd een principiële uitzondering aan te nemen op de hoofdregel dat de strafrechter gebonden is aan het oordeel van de hoogste bestuursrechter over de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. De Hoge Raad lijkt eerder een noodrem te hebben willen bieden die de strafrechter in staat te stelt in een zeer uitzonderlijk geval ten voordele van de rechtzoekende tot een van de bestuursrechter afwijkend oordeel te komen. Dat de uitzondering geen toepassing heeft gevonden, vormt hiervoor een bevestiging.

In zijn noot onder het arrest van 24 september 2002 oppert Buruma nog dat de bijzondere omstandigheden waarin de strafrechter wel van het oordeel van de bestuursrechter kan afwijken zich vooral zullen voordoen, indien strafrechtelijke verbindendverklaring van het voorschrift voor de verdachte gunstig uitpakt, waaraan hij overigens vooraf laat gaan dat deze conclusie niet dwingend uit het arrest voortvloeit. Eigenheden van de strafrechtelijke procedure kunnen naar mijn mening echter niet als bijzondere omstandigheden worden aangemerkt, aangezien moet worden aangenomen dat de Hoge Raad dit al bij het formuleren van de hoofdregel heeft betrokken. Met Schutgens en Sillen ben ik van mening dat, indien het oordeel van de bestuursrechter over de onverbindendheid van het aan de strafvervolging ten grondslag liggende algemeen verbindende voorschrift uit een oogpunt van goede strafvordering onwenselijke gevolgen heeft, daarvoor een oplossing moet worden gevonden in het strafrechtelijke of strafvorderlijke stelsel en niet in een herbeoordeling van de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift door de strafrechter. Een verdachte die heeft vertrouwd op de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en zijn handelen daarnaar heeft gericht, kan zich ook mijns inziens beroepen op rechtsdwaling of de schulduitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld.[22]

4.2.2.4 Waarom neemt de Hoge Raad gebondenheid aan?

Hoewel de Hoge Raad steeds overweegt dat de gebondenheid van de strafrechter aan oordelen van de bestuursrechter *mede* is gegrond op de wens om tegenstrijdige uitspraken te voorkomen, kan ik mij – gelet ook op de beperking dat het moet gaan om oordelen van de hoogste bestuursrechter – niet aan de indruk onttrekken dat dat bij oordelen over de onverbindendheid van algemeen verbindende voorschriften de enige reden is. Omdat bij de bestuursrechter geen beroep openstaat tegen besluiten houdende de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften, kan men zich immers met recht afvragen of de bestuursrechter wel de meest gerede rechter is. Dat de Hoge Raad zich in zijn hoedanigheid van strafrechter terughoudend opstelt en het primaat aan de bestuursrechter laat, zou hierdoor verklaard kunnen worden, dat de strafrechter – zoals hiervoor al aan de orde kwam – hier

22 Schutgens 2009, p. 233-234, en Sillen 2010, p. 120-121. Zie ook: Sillen 2009, p. 367-368.

doorgaans optreedt als het sluitstuk van het bestuursrechtelijke handhavingstraject.

Indien de Hoge Raad voor de gebondenheid dogmatische redenen zou hebben, dan ligt de beperking tot oordelen van de hoogste bestuursrechter minder voor de hand. Ook een oordeel van een lagere rechter dat een bepaald algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, omdat het bijvoorbeeld in strijd is met een hogere regeling, bindt immers de uitvoerende macht totdat het door een hogere rechter is vernietigd. Het lijkt mij onjuist dat een bestuursorgaan of het Openbaar Ministerie voortgaat met belastende besluitvorming/strafvervolging, terwijl het weet (of had moeten weten) dat een rechter aan het onderliggende algemeen verbindende voorschrift verbindende kracht heeft ontzegd, daarmee de uitspraak negerend.[23] Indien een algemeen verbindend voorschrift door een eerstelijnsrechter onverbindend wordt geacht, ligt het in de rede dat het bestuursorgaan hoger beroep instelt (en in dat kader om schorsing van de werking van de uitspraak verzoekt), dan wel de regeling aanpast of intrekt.[24] Het vorenstaande geldt evenwel niet zonder meer voor andere rechters/rechterlijke instanties. Indien dit anders zou zijn, dan zou dit ertoe leiden dat tussen eerstelijnsrechters uit dezelfde kolom, dan wel de bestuurs- en strafrechter feitelijk een hiërarchische relatie ontstaat. Daarin heeft de (grond)wetgever niet voorzien en een dergelijke relatie zou afbreuk doen aan de doelmatigheidsgedachte.

Aannemende dat de Hoge Raad voor de gebondenheid van de strafrechter aan oordelen van de bestuursrechter praktische redenen (naast het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken kan in dit verband ook de in de verhouding tussen de civiele en de bestuursrechter al besproken speciali-

23 Zie hierover ook, zij het in het kader van de betekenis voor het bestuursorgaan van een onverbindendverklaring door de civiele rechter: Schutgens 2009, p. 78-81 en 228-230.

24 Zie ook: r.o. 3.5 van het hiervoor besproken arrest van de HR van 18 februari 2005, *NJ* 2005/283, m.nt. M.R. Mok. Ook de gemeente Nijmegen heeft in de zaak die heeft geleid tot HR 11 oktober 2005, *NJ* 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis, gekozen voor aanpassing van de regeling. In die zaak was in cassatie uitdrukkelijk betoogd dat: 'bij de door Uw Raad aangehaalde "behoorlijke taakverdeling tussen strafrechter en bestuursrechter" niet doorslaggevend [kan, OvL] worden geacht dat niet de Raad van State, doch "slechts" een lagere bestuursrechter onherroepelijk de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken. In dat geval zou immers de strafrechter (wederom) alle vrijheid krijgen om met bestuursrechtelijke uitspraken onverenigbare beslissingen te nemen, hetgeen slechts tot onbegrip in de samenleving kan leiden. Ook in gevallen waarin partijen berusten in het rechterlijk oordeel, inhoudende dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, dient de strafrechter zich in beginsel aan dat rechterlijk oordeel te conformeren. Zo ook in een zaak als onderhavige, waarin door de proceshouding van de gemeente (niet appelleren, maar de verordening in lijn brengen met de rechterlijke uitspraak) de bestuursrechtelijke vaststelling van onverbindendheid welhaast in confesso lijkt.' De Hoge Raad toonde zich ongevoelig voor deze hartenkreet. Na aanhaling van de hiervoor geciteerde overweging uit het arrest van 24 september 2002 overwoog hij: 'Een dergelijk geval doet zich hier niet voor, nu de in verweer en middel bedoelde uitspraken niet zodanige beslissingen van de hoogste bestuursrechter betreffen. Het Hof behoefde daarom niet van de in die uitspraken vervatte oordelen omtrent de onverbindendheid van het overtreden voorschrift uit te gaan.'

satiegedachte worden genoemd) heeft, is het begrijpelijk dat de Hoge Raad deze gebondenheid beperkt tot oordelen van de hoogste bestuursrechter. Een andere benadering zou uitermate onpraktisch zijn, aangezien dit ertoe zou leiden dat de strafrechter niet alleen gehouden is rekening te houden met uitspraken van de verschillende rechtbanken, maar met uitspraken van alle eerstelijnsbestuursrechters, ook in het niet ondenkbare geval dat binnen de rechtbanken of tussen rechtbanken geen overeenstemming over het juiste oordeel bestaat.

Hoogste bestuursrechter is in dit verband overigens een *organieke term*: het gaat de Hoge Raad om de hiërarchisch hoogste bestuursrechter en niet om de rechter die in een concreet geval in laatste instantie heeft geoordeeld, omdat geen hoger beroep is ingesteld[25] of mogelijk is,[26] of wiens oordelen weliswaar niet voor hoger beroep vatbaar zijn, maar naar hun aard voorlopig, zoals uitspraken van de voorzieningenrechter. De Hoge Raad acht de strafrechter kortom uitsluitend gebonden aan uitspraken van een bestuursrechter, waarin de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift hoogst rechterlijk wordt vastgesteld, derhalve aan uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en aan arresten van de Hoge Raad, indien deze zelf optreedt als hoogste bestuursrechter.

4.2.2.5 Zonder oordeel van de hoogste bestuursrechter zoekt de strafrechter zijn eigen weg

Indien de hoogste bestuursrechter zich niet over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgelaten, dient de strafrechter zich zelfstandig en ambtshalve een oordeel over de verbindendheid te vormen, ook indien de verdachte – al dan niet bewust – heeft nagelaten de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg te bewandelen. Waar het niet aanwenden van openstaande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen er in een civiele procedure – doorgaans met fatale gevolgen voor de succeskansen – toe leidt dat de rechter de rechtzoekende de formele rechtskracht van het besluit tegenwerpt, is dat in de strafrechtelijke procedure niet het geval. De standaardoverweging van de Hoge Raad luidt als volgt:

> 'Bij een strafrechtelijke vervolging ter zake van artikel 184 Sr dient de rechter […] te onderzoeken of het in de tenlastelegging genoemde wettelijk voorschrift verbindend is en of het bevel rechtmatig is gegeven alsmede, indien ter zake verweer is gevoerd van dat onderzoek te doen blijken en gemotiveerd op dat verweer te beslissen. Het gaat immers om

25 Zie: HR 11 oktober 2005, *NJ* 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis.

26 Indien de bestuursrechter met toepassing van artikel 8:54 van de Awb op het beroep beslist, staat tegen deze uitspraak ingevolge artikel 8:104, tweede lid, van de Awb geen hoger beroep open. Tot de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht kenden de Wet op de Raad van State, de Beroepswet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie vergelijkbare regelingen.

bestanddelen van het in artikel 184 Sr opgenomen misdrijf, terwijl daarop betrekking hebbende verweren bij een tenlastelegging als hier aan de orde is, zich weliswaar tegen de tenlastelegging richten en strekken tot vrijspraak, doch niet van louter feitelijke aard zijn maar een of meer rechtsvragen aan de orde stellen. Het voorgaande geldt ook indien tegen het desbetreffende bevel een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open staat of heeft opengestaan en de verdachte van deze rechtsgang geen gebruik heeft gemaakt door een beroep op de bestuursrechter te doen. Voor een veroordeling is immers vereist dat komt vast te staan dat van een rechtmatig bevel sprake is. Daarom kan niet worden aanvaard dat, bij gebreke van het benutten door de verdachte van de bestuursrechtelijke rechtsgang, een verweer als hiervoor bedoeld kan worden verworpen op de grond dat, nu geen gebruik is gemaakt van de bestuursrechtelijke rechtsgang, ervan moet worden uitgegaan dat het bevel zowel wat de wijze van totstandkomen als wat zijn inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende voorschriften en algemene rechtsbeginselen.'[27]

Het vorenstaande geldt evenzeer, indien de vraag naar de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift weliswaar ter beantwoording aan de hoogste bestuursrechter is voorgelegd, maar deze nog geen uitspraak heeft gedaan.[28] Het in rechte onaantastbaar worden van een besluit als gevolg van het niet gebruiken van een openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang, en daarmee van het daarin besloten liggende oordeel over de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift op grond waarvan het besluit is genomen, in het vorige hoofdstuk aangeduid als de leer van de formele rechtskracht, werpt de strafrechter een verdachte derhalve niet tegen.[29] Dat was overigens niet altijd het geval. Zo wijst Sillen op een arrest van de Hoge Raad van 23 november 1965 (*NJ* 1966, 331), waarin een rechtzoekende werd tegengeworpen dat hij geen gebruik had gemaakt van een voor hem openstaande en met voldoende(!) waarborgen omklede administratieve rechtsgang bij Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland.[30]

4.2.2.6 Bindt een verbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter de strafrechter ook?

Ik zie niet in waarom de redenen die voor de Hoge Raad aanleiding waren *erga-omnes*gebondenheid van de strafrechter aan een uitspraak van de hoogste bestuursrechter aan te nemen, derhalve ook in gevallen waarin de verdachte geen partij was in de bestuursrechtelijke procedure, niet evenzeer gelden in het geval dat de hoogste bestuursrechter een algemeen verbindend

27 Onder andere: HR 24 september 2002, *NJ* 2003/80, m.nt. Y. Buruma.

28 HR 27 maart 2007, *NJ* 2007/193.

29 Zie ook: Buruma & Daalder, die het standpunt innemen dat de strafrechter de leer van de formele rechtskracht (in de door mij bedoelde betekenis) aan een verdachte kan tegenwerpen (en derhalve tot een veroordeling kan komen wegens handelen in strijd met een na dat handelen door de bestuursrechter vernietigd besluit). In zijn noot bij HR 24 september 2002, *NJ* 2003/80, neemt Buruma overigens een genuanceerder standpunt in.

30 Sillen 2009, p. 363.

voorschrift uitdrukkelijk wél verbindend heeft geacht.[31] Anders dan Schutgens in zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 2007[32] lijkt te betogen, kan de reden daarvoor mijns inziens niet zijn dat een andere verdachte in hoger beroep wellicht gronden aanvoert op grond waarvan een eerder door de hoogste bestuursrechter als verbindend aangemerkt algemeen verbindend voorschrift alsnog als onverbindend moet worden aangemerkt.

Zoals al eerder aan de orde kwam, dient de bestuursrechter de vraag naar de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften over de band van de aanvulling van de rechtsgronden (artikel 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht) ambtshalve te beantwoorden. Een ambtshalve oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift impliceert dat de rechter alle hogere regelingen daarbij in aanmerking heeft genomen en, wat betreft niet van de wetgever in formele zin afkomstige algemeen verbindende voorschriften, evenzeer heeft beoordeeld of het desbetreffende voorschrift wellicht in strijd is met enig algemeen rechtsbeginsel. Aangenomen moet worden dat de bestuursrechter alle denkbare gronden die afbreuk zouden kunnen doen aan de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift in de beoordeling heeft betrokken.[33] Zo de bestuursrechter (nog) fuiken of trechters toepast, dan zien deze niet op door hem ambtshalve te beoordelen of te toetsen aspecten; daarvoor is slechts een ontvankelijk (hoger) beroep vereist.[34]

Uiteraard is dit een fictie. Indien de bestuursrechter – al dan niet geïnspireerd door nieuw aangevoerde beroepsgronden – tot de slotsom komt dat hij bij zijn eerdere oordeel iets gemist heeft, dan wel concludeert dat bij nadere beschouwing mogelijk een en ander valt af te dingen op zijn eerdere oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, zal hij dit moeten afwegen tegen de inbreuk op de rechtszekerheid die omgaan maakt. Anders dan Sillen en Schutgens acht ik het dan ook onjuist als de strafrechter zich – al dan niet met een beroep op het eigen karakter van het strafrecht – de bevoegdheid zou aanmeten zich opnieuw over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift uit te laten, indien de (on)verbindendheid daarvan reeds door de aangewezen hoogste bestuursrechter uitdrukkelijk is beoordeeld.

Mij is geen jurisprudentie van de Hoge Raad bekend, waarin hij zich expliciet uitspreekt over de vraag of de strafrechter *erga omnes* gebonden is aan een uitspraak van een hoogste bestuursrechter waarin deze een algemeen verbindend voorschrift expliciet als *ver*bindend aanmerkt. Het eerder besproken Varkensmester-arrest betreft de vraag naar de gebondenheid aan

31 Ook Van Kreveld lijkt zich – onder verwijzing naar HR 17 december 2004, *NJ* 2005/152, m.nt. T. Koopmans – op dat standpunt te stellen.

32 HR 27 maart 2007, *JB* 2007/83, m.nt. R.J.B. Schutgens.

33 Anders (zij het in de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter): Schutgens 2009, p. 226-227.

34 Zie over ambtshalve beoordeling/toetsing nader: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 636-648. Zie over fuiken en trechters nader: Schlössels & Zijlstra, p. 1129-1135.

een uitspraak van een hoogste bestuursrechter over de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. De eerder geciteerde overweging van de Hoge Raad wijst evenwel in de richting dat hij als strafrechter evenmin als civiele rechter *erga-omnes*gebondenheid aanneemt, indien de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift verbindend acht.[35] Dit laat uiteraard onverlet dat de strafrechter op dezelfde gronden als de bestuursrechter – of wellicht zelfs met verwijzing naar de uitspraak van de bestuursrechter – tot dezelfde slotsom kan komen. Dit zou kunnen worden aangeduid als *de-facto*gebondenheid.

Indien de bestuursrechter het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaart omdat niet is voldaan aan de formaliteiten die de wet aan het in behandeling nemen ervan stelt (bijvoorbeeld als het hoger beroep niet binnen de gestelde termijn is ingediend of geen griffierecht is betaald) of als – in vreemdelingenzaken – het hoger beroep geen grieven bevat, kan niet worden gesproken van een oordeel van de hoogste bestuursrechter over de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift.[36] Ontvankelijkheidsvragen gaan immers – evenals vragen over de rechterlijke bevoegdheid – vooraf aan toetsing van een besluit. Zoals ik eerder opmerkte, kan de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift over de band van het desbetreffende besluit worden beoordeeld. Dat is dan ook geen reden een uitzonderlijke situatie aan te nemen, als door de Hoge Raad bedoeld.

4.2.2.7 Bindt een verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter de strafrechter dan helemaal niet?

Dat de Hoge Raad geen *erga-omnes*gebondenheid van de strafrechter aan een verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter aanneemt, laat onverlet dat een oordeel van de bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift verbindend is wel *inter-partes*werking heeft en de strafrechter wél bindt, indien een verdachte, die tevergeefs heeft getracht een besluit vernietigd te krijgen, vervolgens wordt vervolgd wegens – bijvoorbeeld – het handelen in strijd met het door de bestuursrechter niet onverbindend geachte algemeen verbindend voorschrift. Tenzij de exceptie van onverbindendheid bij de bestuursrechter wordt opgeworpen, zal hij in de uitspraak doorgaans geen overwegingen wijden aan de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift, indien de slotsom is dat het verbindend is.[37] Dit blijkt uit het hiervoor aangehaalde arrest van 24 september 2002. De Hoge Raad overwoog voor het geval dat een verdachte de bestuursrechtelijke rechtsgang heeft gevolgd:

---

35 Zoals in het vorige hoofdstuk bleek, volgt uit HR 18 februari 2005, *NJ* 2005/283, m.nt. M.R. Mok, dat de Hoge Raad in een dergelijk geval in de verhouding tussen de civiele rechter en bestuursrechter ten opzichte van een derde zodanige binding niet aanneemt.

36 Zie ook: Sillen 2009, p. 366-367.

37 Aldus ook: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 644.

> 'Is het desbetreffende bevel onherroepelijk door de bestuursrechter vernietigd, dan dient de strafrechter van die beslissing van de bestuursrechter uit te gaan. Is het desbetreffende bevel door de bestuursrechter bij onherroepelijke uitspraak in stand gelaten, dan staat zulks er in beginsel aan in de weg dat de strafrechter het verweer dat het wettelijk voorschrift niet verbindend is of het bevel anderszins onrechtmatig is, zelfstandig onderzoekt en daarop beslist. Onder bijzondere omstandigheden kan aanleiding bestaan hierop een uitzondering te maken.'

In deze overweging herkennen we de benaderingswijze die de Hoge Raad als civiele rechter hanteert, indien een rechtzoekende gebruik heeft gemaakt van een voor hem openstaande rechtsgang, in het vorige hoofdstuk aangeduid als de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter.[38] De Hoge Raad maakt geen verschil tussen de redenen van de bestuursrechtelijke vernietiging: een vernietiging op formele gronden, bijvoorbeeld omdat het bestuursorgaan ten onrechte van horen heeft afgezien, bindt de strafrechter derhalve evenzeer als een vernietiging op materiële gronden.

Bij dit laatste kan worden gedacht aan een onjuiste toepassing van het wettelijk voorschrift waaraan de rechtzoekende een aanspraak stelt te ontlenen. Indien het besluit in de bestuursrechtelijke procedure in stand is gebleven omdat de bestuursrechter het beroep niet-ontvankelijk heeft verklaard wegens – bijvoorbeeld – het niet betalen van het griffierecht, is het besluit voor de strafrechter behoudens bijzondere omstandigheden evenzeer een gegeven. Niet valt in te zien waarom de rechtzoekende die bestuursrechtelijk zijn billen brandde niet zelf strafrechtelijk op de blaren zou mogen zitten.[39] Dit is wezenlijk anders dan de situatie dat een exceptief verweer onbeoordeeld is gebleven, omdat de rechtzoekende in die zaak niet-ontvankelijk is verklaard en dit er niet toe kan leiden dat de verbindendheid van het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift *erga omnes* vaststaat.

Waar de strafrechter anders dan de civiele rechter een zelfstandige opdracht tot waarheidsvinding heeft, zou betoogd kunnen worden dat een oordeel van de bestuursrechter de strafrechter slechts bindt, voor zover bij de bestuursrechter dezelfde gronden zijn aangevoerd, en de verdachte de strafrechtelijke procedure derhalve ziet als een – zij dit keer het onvrijwillige – herkansing van de bestuursrechtelijke procedure. Rogier merkt in dit verband in zijn noot onder het arrest van het gerechtshof Den Haag van 21 maart 2006 op dat de bestuursrechter – behoudens ambtshalve te beoordelen punten – gebonden is aan de omvang van het geding, zoals partijen dat aan hem voorleggen. Het is daarom denkbaar dat in de strafrechtelijke procedure verweren worden gevoerd, waarover de bestuursrechter zich niet heeft kunnen uitlaten, omdat partijen daarover geen beroepsgronden hadden aangevoerd.[40] Dat is juist, maar dat is mijns inziens geen vrijbrief voor de strafrechter om tot een hertoetsing van het besluit over te gaan, althans niet

38 Zie ook: HR 22 september 2009, *NJ* 2010/142, m.nt. P.A.M. Mevis.
39 Zie in deze zin ook: A-G Jörg bij HR 22 februari 2011, *NJ* 2011/108.
40 Hof Den Haag 21 maart 2006, *Gst.* 2006, 102. Zie ook: Rogier 2011.

ten gunste van degenen die tevergeefs aan de bestuursrechtelijke procedure hebben deelgenomen, of daaraan hadden kunnen deelnemen, maar ervoor hebben gekozen dat niet te doen. Hen kan immers worden tegengeworpen dat zij het punt eerder naar voren hadden kunnen en dus moeten brengen.

Een bijzondere omstandigheid als door de Hoge Raad benoemd, kan mijns inziens worden aangenomen, indien de grondslag van het verweer pas is ontstaan ná afronding van de bestuursrechtelijke procedure en derhalve niet al daar had kunnen worden gevoerd. In zijn noot onder het arrest van 22 september 2009 oppert ook Mevis dat de Hoge Raad mogelijk het oog heeft op de situatie waarin, nadat de bestuursrechter uitspraak heeft gedaan, nieuwe feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen die de bestuursrechter niet in zijn oordeel heeft meegenomen.[41]

Ook zou kunnen worden gedacht aan de situatie waarin het oordeel van de bestuursrechter gelet op recentere jurisprudentie van het EHRM of het Hof van Justitie evident onjuist is. Steun hiervoor kan worden gevonden in de jurisprudentie van de Hoge Raad over (de herziening van) veroordelingen van ongewenstverklaarde unieburgers wegens handelen in strijd met artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht en waarin de desbetreffende vreemdeling betoogt dat (handhaving van) de ongewenstverklaring in strijd is met rechtstreeks werkende bepalingen van unierecht. Indien dat verweer doel treft, is de ongewenstverklaring – bij nadere beschouwing – niet op grond van een wettelijk voorschrift gegeven. Daarvoor is immers een rechtmatige toepassing van het wettelijk voorschrift, in dit geval artikel 67 van de Vreemdelingenwet 2000 en de bij of krachtens deze bepaling vastgestelde uitvoeringsregels, vereist. In het arrest van 13 juli 2010 overwoog de Hoge Raad:

> 'In het zich hier niet voordoende geval dat de verdachte de bestuursrechtelijke rechtsgang heeft gevolgd, geldt in verband met een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter en met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken in een situatie als de onderhavige het volgende. Is de desbetreffende beschikking door de bestuursrechter bij onherroepelijke uitspraak in stand gelaten, dan staat zulks er niet aan in de weg dat de strafrechter het verweer dat de ongewenstverklaring in strijd is met het Europees gemeenschapsrecht onderzoekt en daarop beslist indien die ongewenstverklaring evident in strijd is met dat recht.'[42]

Deze benadering is opvallend. De vraag aan welk openbare-ordecriterium getoetst moet worden bij de beoordeling of de strafrechtelijke antecedenten van de desbetreffende vreemdeling van voldoende gewicht zijn om ongewenstverklaring te rechtvaardigen, kan de vreemdeling immers ten volle aan de orde stellen in het kader van de bestuursrechtelijke procedure tegen de ongewenstverklaring, dan wel in een procedure om deze op te heffen. Deze benadering bevordert wat de Hoge Raad eigenlijk had willen voorko-

41 HR 22 september 2009, *NJ* 2010/142.
42 HR 13 juli 2010, *AB* 2010/286, m.nt. R. Stijnen, en *NJ* 2010/57, m.nt. A.H. Klip.

men, namelijk tegenstrijdige uitspraken. De uitspraak van de strafrechter heeft immers geen, althans geen directe, betekenis voor de rechtmatigheid van de ongewenstverklaring en noopt de voor vreemdelingenzaken verantwoordelijke bewindspersoon niet tot opheffing daarvan. Het bestuursrecht voorziet voor een vreemdeling ook in een mogelijkheid een onterechte ongewenstverklaring te redresseren, namelijk door krachtens artikel 68 van de Vreemdelingenwet 2000 om opheffing van de ongewenstverklaring te verzoeken.[43] In elk geval voor een eerste verzoek om opheffing is niet vereist dat sprake is van feitelijke of rechtelijke nova.[44] Tegen een afwijzing van het verzoek staat voor de vreemdeling bezwaar, beroep en hoger beroep open. De strafrechter zou de strafprocedure kunnen aanhouden totdat het besluit op het opheffingsverzoek in rechte onaantastbaar is geworden. Het streven te komen tot een behoorlijke taakverdeling tussen strafrechter en bestuursrechter en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken tussen beide rechters zou er mijns inziens meer mee gediend zijn (geweest) als de Hoge Raad de beoordeling of een ongewenstverklaring al dan niet in strijd is met het unierecht, had gelaten bij de rechter die daartoe specifiek door de wetgever is aangewezen en bij uitstek over deskundigheid op dat gebied beschikt, namelijk de bestuursrechter.

Ik vraag mij af of de hoogste bestuursrechter in het kader van een verzoek om opheffing van de ongewenstverklaring tot hetzelfde oordeel zou zijn gekomen als de Hoge Raad in het arrest van 13 juli 2010, namelijk dat – gegeven de criminele antecedenten van de vreemdeling – de ongewenstverklaring niet in evidente strijd is met het unierecht. Indien in aanmerking wordt genomen dat de laatste veroordeling van die vreemdeling dateerde van 16 april 1996 is het – anders dan de Hoge Raad overweegt – maar de vraag of de vreemdeling op 3 december 2008 (datum arrest gerechtshof), dan wel 13 juli 2010 nog een 'actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving' vormde, zoals artikel 27, tweede lid, van Richtlijn 2004/38/EG vereist.[45] Onder meer gelet op de laatste volzin van deze bepaling, dient deze beoordeling immers

43 Zie voor een voorbeeld waarin de ongewenstverklaring van een vreemdeling werd opgeheven in verband met het toepasselijk worden van het unierechtelijke openbare-ordecriterium: ABRvS 16 november 2011, *JV* 2012/22. De vreemdeling werd vervolgd wegens overtreding van artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht. Bij arrest van 10 april 2012 heeft de Hoge Raad de vreemdeling onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak daarvan vrijgesproken.

44 Onder meer: ABRvS 6 juni 2012 in zaak nr. 201111282/1/V4, en ABRvS 31 maart 2009 in zaak nr. 200808701/1/V2 voor een voorbeeld waarop het *ne-bis*beoordelingskader wél van toepassing is.

45 Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (PbEG L 158).

te geschieden aan de hand van de individuele omstandigheden van het geval, waarbij ook rekening moet worden gehouden met het gedrag van de vreemdeling sindsdien (inclusief de tijd in detentie) en de persoonlijke ontwikkeling die hij heeft doorgemaakt. Met Advocaat-Generaal Knigge in zijn conclusie ben ik van mening dat de enkele verwijzing in het besluit tot ongewenstverklaring naar de inhoud van het strafblad daarvoor onvoldoende is en dat een nadere motivering vereist is, die in dit geval ontbrak.[46]

Wat betreft het door de Hoge Raad gemaakte voorbehoud merkt Rogier in zijn noot onder het arrest van het gerechtshof Den Haag van 21 maart 2006 over de strafrechtelijke handhaving van een gebiedsontzegging in dit verband terecht op dat – behoudens ambtshalve te beoordelen aspecten – de bestuursrechter is gebonden aan de omvang van het geding, zoals partijen dat aan hem voorleggen.[47] Hij verbindt daaraan de conclusie dat het de strafrechter vrijstaat in de bestuursrechtelijke procedure(s) niet naar voren gebrachte verweren zelfstandig te onderzoeken, of daartoe wellicht zelfs gehouden is. Ik begrijp dit aldus, dat Rogier van mening is dat, indien één van deze verweren naar het oordeel van de strafrechter doel treft, hij niet langer gebonden is aan het verbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter. De vraag naar de verbindendheid van een algemeen voorschrift waarop het besluit is gebaseerd, is evenwel juist een – over de band van de aanvulling van de rechtsgronden – ambtshalve te beoordelen aspect, zoals ik eerder opmerkte. In het door Rogier gemaakte voorbehoud kan de strafrechter volgens mij dan ook geen vrijbrief vinden om van het oordeel van de bestuursrechter af te wijken, ook niet als dat in een concreet geval beter uitkomt. De aard van een onverbindendheidsoordeel noopt tot strikte toepassing daarvan. Dit ligt, zoals hierna zal worden uitgewerkt, anders bij de vraag of de strafrechter gebonden is aan een oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van het – op dat algemeen verbindend voorschrift gebaseerde – besluit.

In het vorige hoofdstuk kwam aan de orde dat de Hoge Raad als civiele rechter de formele rechtskracht van een besluit niet tegenwerpt aan een rechtzoekende die geen toegang had tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, omdat hij geen (processueel)belanghebbende is. Ik plaatste daarbij de kanttekening dat evenzeer denkbaar is dat, indien de wetgever een rechtzoekende de toegang tot de bestuursrechtelijke procedure heeft onthouden, ook eventuele aanpalende procedures voor hem niet toegankelijk zouden moeten zijn. De Hoge Raad hanteert als strafrechter dezelfde lijn. Ik zie echter geen grond mijn kanttekening ook hier te plaatsen. Anders dan bij een procedure voor de civiele rechter kiest de rechtzoekende er doorgaans immers niet voor strafrechtelijk te worden vervolgd. Ik ken geen voorbeelden waarin iemand wél strafrechtelijk wordt vervolgd

46 ECLI:NL:PHR:2010:BL2854.
47 Hof Den Haag 21 maart 2006, *Gst.* 2006, 102.

wegens handelen in strijd met of zonder – bijvoorbeeld – een vergunning, maar bestuursrechtelijk geen (processueel) belanghebbende is.

4.2.2.8 Stelt de Hoge Raad terecht een oordeel van de hoogste bestuursrechter als vereiste?

Dat een uitspraak van de hoogste bestuursrechter vereist is, lijkt onbevredigend voor de strafrechtelijk vervolgde persoon die van de eerstelijnsrechter te horen heeft gekregen dat het aan het door hem bestreden besluit ten grondslag liggende algemeen verbindend voorschrift onverbindend is en dit besluit hierom vernietigd moet worden. Loopt deze persoon het risico om ondanks het oordeel van de eerstelijnsbestuursrechter strafrechtelijk veroordeeld te worden, bijvoorbeeld voor het niet naleven van een ambtelijk bevel of het handelen zonder (of in strijd met een verleende) vergunning? Uit de hiervoor aangehaalde passage uit het arrest van 24 september 2002 kan worden afgeleid dat dat wel meevalt. Dit betreft alleen degene op wiens beroep de eerstelijnsbestuursrechter uitspraak deed. De rechtzoekende die erop vertrouwde dat het oordeel van de eerstelijnsrechter door bevestiging van de uitspraak door één van de hoogste bestuursrechterlijke instanties *erga-omnes*werking zou verkrijgen en daarom naliet ook zelf tegen het besluit in rechte op te komen, blijft op de strafrechtelijke blaren zitten als de door hem verwachte uitspraak van de hoogste bestuursrechter uitblijft.[48]

Dat onherroepelijk geen organieke betekenis heeft, maar betrekking heeft op de status van de uitspraak, kan worden afgeleid uit een arrest van 27 maart 2007. Ook in dit arrest was de vraag aan de orde of en, zo ja, in hoeverre de strafrechter gebonden was aan de uitkomst van een bestuursrechtelijke procedure. De Hoge Raad overweegt dat de strafrechter zich ook een zelfstandig oordeel moet vormen over de vraag of het in de tenlastelegging genoemde wettelijk voorschrift verbindend is en of het bevel rechtmatig is gegeven, indien van de bestuursrechtelijke rechtsgang gebruik is gemaakt, maar nog geen sprake is van een onherroepelijke uitspraak van de (hoogste) bestuursrechter.[49] Evenals Schutgens in zijn noot onder dit arrest, lees ik deze overweging door het tussen haakjes plaatsen van hoogste aldus, dat voor gebondenheid van de strafrechter aan een oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift een oordeel van een hoogste bestuursrechter vereist is, maar dat voor gebondenheid aan een oordeel over de rechtmatigheid van *het besluit*, slechts vereist is dat de desbetreffende uitspraak onherroepelijk is. Met andere woorden: dat tegen de uitspraak van de bestuursrechter geen hoger beroep openstaat[50] of, indien dat wel het geval is, de hogerberoepstermijn ongebruikt is verstreken. Dat ligt zeker bij

48 Zie ook: Stijnen, p. 536-540.

49 HR 27 maart 2007, *JB* 2007/83, m.nt. R.J.B. Schutgens.

50 Bijvoorbeeld omdat krachtens artikel 8:54 van de Awb is gedaan, dan wel een bijzondere wet de mogelijkheid van hoger beroep uitsluit.

een vernietiging van het besluit voor de hand: de vernietiging van het besluit door de bestuursrechter heeft terugwerkende kracht, zodat in retrospectief van een handelen in strijd met het besluit geen sprake meer kan zijn. Het is daarbij mijns inziens zonder betekenis of de vernietiging is ingegeven door formele of materiële gronden: vernietigd is vernietigd.[51]

4.2.2.9 Wel een oordeel van de bestuursrechter, maar nog geen onherroepelijk oordeel

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat een niet-onherroepelijke uitspraak van een bestuursrechter over een besluit de strafrechter niet bindt en dat de strafrechter zich in dat geval een zelfstandig oordeel moet vormen over de rechtmatigheid van dat besluit. Daarbij zal hij aansluiting moeten zoeken bij de wijze waarop de bestuursrechter zich van deze taak kwijt, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 20 februari 2007.[52] Zoals Michiels in zijn noot onder dit arrest terecht opmerkt, is de toetsing door de strafrechter derhalve niet beperkt tot formaliteiten. Het betreft een toetsing van de wijze waarop het bestuursorgaan gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid, vergelijkbaar met de toetsing die door de bestuursrechter wordt verricht en waarbij derhalve ook de strafrechter een aan het bestuursorgaan toekomende beleids- en beoordelingsvrijheid dient te respecteren. De toetsing door de strafrechter zal dan ook geen objectieve rechtmatigheidstoetsing inhouden, zoals in het pre-Awb-tijdperk gebruikelijk was in het bestuursrecht.

Ik voel dan ook wel voor de door Rogier in zijn noot onder het arrest van het gerechtshof Den Haag van 21 maart 2006 geformuleerde maatstaf dat de strafrechter zich – evenals de bestuursrechter – bij een ambtshalve beoordeling van het besluit dient te beperken tot bepalingen van openbare orde, zoals de vraag of voor de bestuurlijke bevoegdheid een wettelijke grondslag aanwezig was, en dat hij zich dient te onthouden van een ambtshalve oordeel over de wijze waarop van die bestuurlijke bevoegdheid gebruik is gemaakt. De strafrechter dient derhalve niet te toetsen aan beginselen als motivering, proportionaliteit en subsidiariteit, wanneer die in de strafprocedure niet als verweer zijn opgeworpen.[53]

Op de benaderingswijze van de Hoge Raad dat er een onherroepelijke uitspraak moet zijn, valt overigens wel iets af te dingen. Ingevolge artikel 6:16 gelezen in samenhang met artikel 6:24 van de Algemene wet bestuursrecht,

---

51 Zie ook HR 6 februari 2001, *NJ* 2001/669, m.nt. T.M. Schalken, HR 17 juni 2003, *AB* 2005/83, m.nt. P.J.J. van Buuren bij HR 17 december 2004, *AB* 2005/82, en Doorenbos. In zijn noot bij HR 24 september 2002, *NJ* 2003/80, merkt Buruma op dat weliswaar niet is uitgesloten dat na een vernietiging van een besluit op formele gronden nog tot vervolging wordt overgegaan, bijvoorbeeld voor het handelen zónder in plaats van in strijd met een vergunning, maar dat dan wel enkele strafrechtelijke hindernissen moeten overwonnen, zoals het *una via-/ne bis in-idem*beginsel.

52 HR 20 februari 2007, *NJ* 2007/379, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

53 Hof Den Haag 21 maart 2006, *Gst.* 2006, 102.

heeft het instellen van hoger beroep geen schorsende werking, tenzij bij of krachtens wettelijk voorschrift anders is bepaald, dan wel de hogerberoepsrechter bij wijze van voorlopige voorziening de werking van de uitspraak van de eerstelijnsrechter heeft geschorst. Een vernietiging van een besluit door de eerstelijnsrechter heeft derhalve als hoofdregel tot gevolg dat het besluit geacht wordt nimmer te hebben bestaan, zij het dat het besluit door een uitspraak van de hogerberoepsrechter met terugwerkende kracht kan herleven. In de tussenliggende periode bestaat het besluit niet (meer), zodat ik niet goed inzie hoe iemand strafrechtelijk kan worden veroordeeld wegens handelen in strijd met dat besluit.[54] Als zich ergens een noodzaak tot het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken doet gevoelen, is het in dit geval. Het zou mijns inziens dan ook voor de hand liggen dat de strafrechter in een dergelijk geval de behandeling van de strafzaak aanhoudt totdat de hoogste bestuursrechter uitspraak heeft gedaan dan wel, indien dat niet mogelijk is omdat het zou leiden tot een overschrijding van de redelijke termijn, uitgaat van de vernietiging van het besluit door de bestuursrechter. *In dubio pro reo!*[55] Het zou natuurlijk beter zijn als het Openbaar Ministerie de vraag of het tot vervolging moet overgaan laat afhangen van de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure.[56] Dit laatste is in elk geval niet in strijd met de letter van de jurisprudentie van de Hoge Raad: deze vergt van de strafrechter immers slechts dát hij zich een zelfstandig oordeel vormt over het besluit (en zich derhalve niet mag beroepen op de formele rechtskracht ervan), maar dat staat er niet aan de in weg dat hij het oordeel van de eerstelijnsbestuursrechter zonder meer overneemt. Ik sluit dan niet uit dat de spreekwoordelijke soep ook in dit geval niet zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend en een burger niet strafrechtelijk zal worden veroordeeld voor het handelen in strijd met een besluit dat weliswaar door de bestuursrechter is vernietigd, maar die vernietiging nog niet onherroepelijk is geworden.

---

54 In zijn noot bij HR 17 september 2004, *AB* 2005/82, citeert Van Buuren in dit verband A-G Wortel in zijn conclusie bij HR 17 juni 2003, waar hij opmerkt: 'In het strafrecht vergt het legaliteitsvereiste evenwel dat er niet alleen op het moment van begaan van het feit, maar ook ten tijde van de berechting daarvan een wettelijke grondslag is om het feit strafbaar te noemen. Dat brengt in het ordeningsstrafrecht mee dat strafrechtelijk ingrijpen niet langer mogelijk is indien in de keten van (algemeen verbindende en op het individuele geval toegesneden) voorschriften die tezamen de gedraging als een strafbare definiëren een schakel blijkt te zijn weggevallen'.

55 Doorenbos heeft in dit verband wel gepleit voor een aanpassing van artikel 14, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, in die zin dat de daarin opgenomen mogelijkheid van schorsing van de vervolging ook ziet op geschilpunten van bestuursrechtelijke aard (eindnoot 48).

56 Dezelfde benaderingswijze derhalve als door de Hoge Raad voorgeschreven bij strafrechtelijke vervolging van vreemdelingen die stellen vluchteling te zijn en waarbij het Openbaar Ministerie op straffe van niet-ontvankelijkheid de statusdeterminatie in de bestuursrechtelijke keten moet afwachten. Zie onder meer HR 8 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO2915. Zie ook: HR 28 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4310.

Iets complexer ligt het, indien de eerstelijnsbestuursrechter het besluit niet heeft vernietigd, maar in stand heeft gelaten. Zoals hiervoor is opgemerkt, geldt ook dan dat de strafrechter in het concrete geval aan dat oordeel gebonden is. Dat kan problematisch zijn als door de hoogste bestuursrechter nadien in een andere procedure is vastgesteld dat een algemeen verbindend voorschrift waarop het besluit gebaseerd is verbindende kracht mist. Indien de strafrechter toch aan het eerdere oordeel van de eerstelijnsbestuursrechter gebonden zou zijn, zou hij de betrokken burger moeten veroordelen, hoewel de onverbindendheid van het onderliggende algemeen verbindend voorschrift inmiddels *erga omnes* vaststaat. Dat kan niet worden aanvaard. De strafrechter dient in dat geval in overeenstemming met de hoofdregel te handelen en – hoewel het besluit in het voorliggende geval in rechte onaantastbaar is geworden – uitgaan van de onverbindendheid van het onderliggende algemeen verbindend voorschrift. Met Schutgens in voormelde noot onder het arrest van 27 maart 2007 ben ik van mening dat het latere oordeel van de hoogste bestuursrechter toepassing van het door de Hoge Raad gemaakte voorbehoud rechtvaardigt.[57]

4.2.3 Tussenconclusies

In deze paragraaf hebben we gezien dat de strafrechter, bij de beoordeling of hij zich gebonden acht aan een – eerder – oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, twee situaties moet onderscheiden. Indien de bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift als *on*verbindend heeft aangemerkt, acht de Hoge Raad de strafrechter daaraan *erga omnes* gebonden en is een strafrechtelijke veroordeling voor het handelen in strijd met het door de bestuursrechter onverbindend geachte algemeen verbindend voorschrift niet meer mogelijk. Als aanvullend vereiste geldt dat het onverbindendheidsoordeel moet zijn uitgesproken door één van de hoogste bestuursrechterlijke instanties, waarbij 'hoogste' een organieke betekenis heeft.

Een door een eerstelijnsbestuursrechter uitgesproken onverbindendheidsoordeel bindt de strafrechter niet *erga omnes*, ook niet, indien dat oordeel onherroepelijk is doordat daartegen geen hoger beroep openstaat, bijvoorbeeld omdat de uitspraak met toepassing van artikel 8:54 van de Algemene wet bestuursrecht is gedaan, dan wel omdat wel hoger beroep openstaat, maar daarvan geen gebruik is gemaakt. De strafrechter is in dat geval wel gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van het besluit dat op het onverbindend geachte algemeen verbindend voorschrift is gebaseerd. Aan een oordeel van een lagere bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift komt over de band van

57 Zie over de gevolgen die de strafrechter aan een vernietiging van een besluit of ongegrondverklaring van een besluit door de (hoogste) bestuursrechter moet verbinden: Sillen 2009.

het besluit derhalve wel *inter partes* werking toe. Daarvoor geldt als aanvullend vereiste slechts dat de uitspraak van de bestuursrechter onherroepelijk is.

Mijns inziens bestaat geen grond een onderscheid te maken tussen het geval waarin de hoogste bestuursrechter een algemeen verbindend voorschrift als onverbindend heeft aangemerkt, dan wel juist – impliciet of expliciet – de verbindendheid ervan heeft vastgesteld, al dan niet in een afwijkende partijconstellatie. Hoezeer wellicht ook een fictie, de bestuursrechter moet worden geacht alle redenen voor (on)verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift in de beoordeling te hebben betrokken. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 2 kan onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift niet op één lijn worden gesteld met het in het concrete geval buiten toepassing laten ervan. Onverbindendheid kan *in abstracto* worden vastgesteld, terwijl aan het buiten toepassing laten in het concrete geval de specifieke omstandigheden van dat geval bepalend zijn.

De Hoge Raad acht de strafrechter evenwel niet *erga omnes* gebonden aan een oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *ver*bindend is. De strafrechter zal zich in een voorkomend geval zelf een oordeel moeten vormen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Daarbij is het uiteraard denkbaar dat hij tot hetzelfde oordeel komt als eerder de bestuursrechter. In het bijzonder wanneer voor de strafrechter geen andere argumenten worden aangevoerd dan eerder bij de bestuursrechter, lijkt mij dat zelfs aangewezen. In dat geval zou gesproken kunnen worden over *de-facto*gebondenheid.

Indien een rechtzoekende evenwel tevergeefs de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg heeft bewandeld en vervolgens strafrechtelijk wordt vervolgd, acht de Hoge Raad de strafrechter op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter wél aan een onherroepelijk oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van het besluit gebonden.

Indien de strafrechter wordt geconfronteerd met een nog niet onherroepelijk oordeel van de bestuursrechter is hij daaraan op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad weliswaar niet gebonden, maar zou hij van de juistheid van de uitspraak van de eerstelijnsbestuursrechter moeten uitgaan totdat deze door de hogerberoepsrechter is vernietigd, dan wel de hogerberoepstermijn ongebruikt is verstreken. Van het Openbaar Ministerie, maar ook van de strafrechter zou mogen worden verwacht dat hij de strafrechtelijke procedure aanhoudt, totdat de uitspraak van de bestuursrechter onherroepelijk is.

In de hiervoor bedoelde gevallen waarin de Hoge Raad gebondenheid van de strafrechter heeft aangenomen, was steeds sprake van een oordeel van de bestuursrechter en derhalve van toepassing van de in het vorige hoofdstuk genoemde *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter*. Het niet benutten van een openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang, waardoor een in een besluit vervatte bestuurlijke rechtsvaststelling in rechte onaantastbaar wordt, werpt de Hoge Raad een verdachte in een strafrechtelijke procedure niet tegen. De *leer van de formele rechtskracht* vindt in de verhouding straf- en bestuursrechter derhalve geen toepassing.

Hoe moeten eerstelijnsrechters nu handelen in de gevallen waarin de straf- en bestuursrechter zich ervan bewust zijn dat zij rechtsmacht delen. Moet indachtig het spreekwoord wie het eerst komt, het eerst maalt worden aangenomen dat de rechter (strafrechter of bestuursrechter) die het eerst de vraag naar de rechtmatigheid van de onderliggende bestuurshandeling beantwoordt de ander bindt of moet de strafrechter met de berechting van een verdachte wachten op het oordeel van zijn bestuursrechtelijke collega, indien hij weet dat tegen de bestuurshandeling beroep is ingesteld?[58] Een laatste optie is dat beiden geheel onafhankelijk en zonder oog te hebben voor elkaars uitspraken kunnen handelen en hopen dat de hogerberoepsinstanties eventuele plooien weer glad weten te strijken, met als complicerende factor dat de hogerberoepsinstanties voor de straf- en bestuursrechtelijke keten niet dezelfde zijn. De laatste optie is de enige, indien de strafrechter en bestuursrechter zich er niet van bewust zijn dat sprake is van gedeelde rechtsmacht.

Indien degene die beroep bij de bestuursrechter heeft ingesteld dezelfde is als degene die strafrechtelijk wordt vervolgd, lijkt het mij het meest voor de hand te liggen de oplossing te zoeken op het organisatorische vlak door ervoor te zorgen dat de bestuursrechter – zo nodig met voorrang – uitspraak doet op het beroep voordat de strafzaak wordt behandeld. Los van de vraag of de strafrechter zonder meer aan het oordeel van de bestuursrechter gebonden is, waarop ik hierna zal ingaan, wordt daarmee in elk geval voorkomen dat bij de burger de indruk ontstaat dat beide rechters volkomen geïsoleerd opereren. Ook kan niet worden uitgesloten dat de gemiddelde burger geen onderscheid weet te maken tussen de rechter uit de sector strafrecht en die uit de sector bestuursrecht en beiden vereenzelvigt met 'de rechtbank'. Als de strafrechter vervolgens van oordeel is dat hij – gelet op het bijzondere karakter van het strafrecht – tot een ander oordeel moet komen dan zijn bestuursrechtelijke collega, mag van hem vervolgens op zijn minst worden verwacht dat hij motiveert waarom hij van dat oordeel afwijkt. In hoger beroep is de pragmatische oplossing niet mogelijk: tegen het oordeel van de strafrechter moet hoger beroep worden ingesteld bij het gerechtshof (gevolgd door beroep in cassatie op de Hoge Raad), terwijl voor het bestuursrechtelijke traject sprake is van verschillende hoogste instanties.

4.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?

4.3.1 Inleidende opmerkingen

Zoals ik hiervoor opmerkte, treedt de strafrechter steeds vaker op als het sluitstuk van een bestuurlijk handhavingstraject. Waar handelen zonder vergunning of het overtreden van aan een vergunning verbonden voorschriften

58 Zie hierover: Corstens 1998, p. 302.

onder omstandigheden strafbaar is gesteld, ontkomt hij ook niet aan uitleg van wettelijke voorschriften die naar hun aard bestuursrechtelijk van aard zijn, aangezien deze deel uitmaken van de delictsomschrijving.[59] Onder wettelijke voorschriften kunnen in dit verband niet alleen algemeen verbindende voorschriften worden begrepen; strafbaar is immers niet alleen het handelen zonder de door de wet in formele zin vereiste vergunning, maar evenzeer het handelen in strijd met aan een verleende vergunning verbonden voorschriften.[60]

4.3.2 Geen taak voor de Hoge Raad bij uitleg van vergunningvoorschriften

Bij het onderzoek naar gebondenheid van de strafrechter aan uitspraken van de bestuursrechter (en vice versa) over de uitleg van voorschriften, moet een onderscheid worden gemaakt tussen voorschriften, neergelegd in algemeen verbindende voorschriften en vergunningvoorschriften, ook wel aangeduid als *Gesetzgebung für den Einzelfall*.[61] Mede door het gebruik van standaardvoorschriften en/of de noodzaak in vergunningvoorschriften algemene begrippen op te nemen, kan de wijze waarop de voorschriften (moeten) worden uitgelegd een de individuele vergunning overstijgende betekenis hebben. De Hoge Raad ziet om cassatie-technische redenen bij de uitleg van vergunningvoorschriften evenwel geen inhoudelijke taak voor zichzelf weggelegd, zoals onder meer al bleek uit het arrest van 23 mei 1995.[62]

De zaak betreft de uitleg van voorschriften verbonden aan een op grond van de Afvalstoffenwet verleende vergunning tot het bewaren en verwerken van autowrakken. Op een zeker moment constateert het bevoegd gezag dat vergunninghouder in strijd met aan deze vergunning verbonden voorschriften handelt. Dit leidt er uiteindelijk toe dat het bevoegd gezag besluit om tot handhaving over te gaan en vergunninghouder daarnaast strafrechtelijk te vervolgen. Nadat het gerechtshof bij arrest van 15 maart 1994 in de strafzaak op voor vergunninghouder ongunstige wijze heeft beslist, doet de Afdeling bestuursrechtspraak op 11 november 1994 uitspraak op het door vergunninghouder tegen het handhavingsbesluit ingestelde beroep. Vergunninghouder stelt tegen het arrest van het gerechtshof beroep in cassatie in en verwijst in de middelen onder andere naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, omdat:

> 'deze administratief rechtelijke uitspraak […] van groot belang [is, OvL] voor deze strafzaak omdat er een heldere interpretatie wordt gegeven van een aantal voorschriften die ook in de strafzaak in het geding zijn. Van belang is daarbij ook dat de uitspraak van de administratieve rechter betrekkelijk bindend is voor de strafrechter.'

59 Zie hierover: Corstens 1998, p. 301-302, en Hendriks, p. 55-78.
60 Zie de conclusie van de A-G voor HR 27 juni 1995, *NJ* 1995/722. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 197-198..
62 HR 23 mei 1995, *NJ* 1995/695, m.nt. M. Scheltema.

Een – op het eerste gezicht wellicht – complicerende factor zou kunnen zijn dat de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak dateert van ná het arrest van het gerechtshof, zodat het gerechtshof daarmee bij het wijzen van het arrest hoe dan ook geen rekening had kunnen houden. Een uitleg door een rechter van een wettelijk voorschrift wordt evenwel geacht terugwerkende kracht te hebben tot de datum van inwerkingtreding daarvan.[63] Vergunninghouder lijkt zich derhalve op het standpunt te stellen dat het gerechtshof het in retrospectief niet bij het juiste eind had. De Hoge Raad wil er niet van weten en overweegt:

> 'Het middel berust op de stelling dat de bewezenverklaring niet naar eis der wet met redenen is omkleed, omdat het Hof de in de bewezenverklaring bedoelde voorschriften niet op een andere wijze had mogen uitleggen, zoals het heeft gedaan, dan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft gedaan in haar op 11 november 1994, en derhalve na de bestreden uitspraak, gedane uitspraak.
>
> Deze stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard. De uitleg van de in het middel bedoelde vergunningvoorschriften is van feitelijke aard en dient te geschieden naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting. Het stond het Hof vrij om tot zijn uitleg van de meerbedoelde vergunningvoorschriften te komen, ook al zou deze afwijken van een later door de Afdeling bestuursrechtspraak gegeven uitleg.'

Na de constatering dat de door het gerechtshof gegeven uitleg van de vergunningvoorschriften niet onbegrijpelijk is, is daarmee voor de Hoge Raad de kous af. Het oordeel van de Hoge Raad over het feitelijke karakter van vergunningvoorschriften is overigens niet uniek: een op 12 mei 2009 gewezen arrest bevat een overweging van dezelfde strekking.[64] Dat de uitleg van vergunningvoorschriften naar het oordeel van de Hoge Raad van feitelijke aard is, is niet zonder kritiek gebleven. Hendriks merkt op dat:

> 'de materiële norm van het verbod vergunningvoorschriften te overtreden in een concrete situatie in feite wordt bepaald door de inhoud van het vergunningvoorschrift. Die inhoud bepaalt uiteindelijk wat de vergunninghouder wel of niet mag of moet, waarmee de uitleg van het desbetreffende vergunningvoorschrift derhalve direct van belang is voor de vaststelling van het onderscheid tussen verboden en niet-verboden gedrag. Om die reden kan naar ons oordeel niet goed worden volgehouden dat de uitleg van vergunningvoorschriften, zeker niet indien er een beroep op wordt gedaan dat de formulering van het voorschrift in strijd is met artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van strafrecht, een feitelijke kwestie is.'[65]

---

63 Zie onder meer: Van Kreveld, paragraaf 5. Rechterlijke interpretatie van een wettelijk voorschrift is als zodanig geen recht (in de zin van artikel 99 (thans: 79)) van de Wet op de rechterlijke organisatie); zie de conclusie van de A-G voor HR 28 mei 1982, *NJ* 1984/34.

64 ECLI:NL:HR:2009: BH0185; zie ook HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4900. Een verrassing kan dit arrest niet zijn: dat uitleg van een vergunningvoorschrift van feitelijke aard is, overwoog de Hoge Raad al eerder: HR 19 februari 1985, *MenR* 1985, nr. 80.

65 Hendriks, p. 78.

Ik vraag mij af of hij met de typering van 'als van feitelijke aard' als een 'feitelijke kwestie' de Hoge Raad en cassatierechtspraak recht doet. Duidelijk moge zijn dat de uitleg van een vergunningvoorschrift niet op één lijn kan worden gesteld met de vaststelling van feiten, waarover ik hierna nog te spreken kom. De Hoge Raad neemt in het arrest als welhaast vanzelfsprekend aan dat de uitleg van een vergunningvoorschrift van feitelijke aard is en motiveert dit niet nader. De gedachte ligt evenwel voor de hand dat hij hiermee bedoelt te zeggen dat een vergunningvoorschrift geen recht is in de zin van – thans – artikel 79, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet op de rechterlijke organisatie. De conclusie van de Advocaat-Generaal bij het arrest, in het bijzonder diens verwijzing naar voorbeelden uit de oude doos, die de uitleg van het toenmalige artikel 99 van de Wet op de rechterlijke organisatie betreffen, ondersteunt dit vermoeden.[66]

Wat hiervan ook zij, het gevolg van deze jurisprudentie is dat de vraag of de Hoge Raad zich gebonden acht aan uitspraken van een hoogste bestuursrechter over de uitleg van een vergunningvoorschrift op deze plaats geen nadere bespreking behoeft. Nu in dit proefschrift de verhouding tussen organiek hoogste rechterlijke instanties centraal staat, zal ik ook niet nader ingaan op de vraag of en, zo ja, in welke mate, gerechtshoven gebondenheid aannemen aan eerdere interpretaties van vergunningvoorschriften door de hoogste bestuursrechterlijke instanties. Ik merk nog wel op dat op basis van het arrest van 23 mei 1995 duidelijk is dat de Hoge Raad geen gebondenheid van de feitenrechter aanneemt aan uitspraken van de bestuursrechter over de uitleg van vergunningvoorschriften. Dat kan tot voor de burger minder goed begrijpelijke uitkomsten leiden, indien naar aanleiding van zijn handelen het bestuursorgaan besluit tot handhavend optreden en het Openbaar Ministerie tot strafvervolging, waarna de bestuursrechter op basis van uitleg x tot de slotsom komt dat sprake is van een overtreding van de vergunningvoorschriften en de strafrechter op basis van uitleg y dat daarvan geen sprake is. Scheltema merkt in zijn noot onder het arrest op dat juridisch gezien een verschil in uitkomst tussen de bestuurs- en strafrechtelijke procedure goed te verklaren valt, aangezien het procedures voor verschillende rechters betreffen en de partijen ook niet identiek zijn (het bevoegde bestuursorgaan bij de bestuursrechtelijke procedure en het Openbaar Ministerie bij de strafrechtelijke). Daarmee gaat hij evenwel voorbij aan de vraag of deze omstandigheden zodanig verschil ook – zonder meer – kunnen rechtvaardigen.

---

66 De A-G verwijst naar HR 1 maart 1918, *NJ* 1918, p. 440, HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, p. 647, HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, p. 650. In het arrest van 1 maart 1918 overweegt de Hoge Raad in verband met de uitleg van het oude artikel 99 van de Wet op de rechterlijke organisatie: 'dat in verband met den aard der taak aan den Hoogen Raad bij voormelde wetsbepalingen bij de rechtspraak toegedacht onder "Wet" in den zin dier bepalingen, alleen kunnen worden begrepen naar buiten werkende algemeene regelingen van het openbaar gezag, derhalve regelingen gericht tot een ieder, doch niet regelingen of beschikkingen ten aanzien van bepaald aangewezen personen'.

4.3.3 Leer van de meest gerede rechter revisited

4.3.3.1 Inleidende opmerkingen

Hiervoor kwam ik tot de slotsom dat aan een rechterlijk oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift inherent is dat dat oordeel effect sorteert buiten de procedure waarin het is uitgesproken; ondenkbaar is immers dat een algemeen verbindend voorschrift in de ene procedure wel verbindend is en in de andere niet. Hetzelfde geldt voor de rechtmatigheid van besluiten. Als het uitgangpunt is dat tegenstrijdige rechterlijke uitspraken moeten worden voorkomen, gaat het er vervolgens om welke rechterlijke instantie het primaat heeft, dan wel als meest gerede rechter moet worden beschouwd. Mede door de keuze van de wetgever om tegen besluiten beroep open te stellen bij de bestuursrechter, in welk kader tevens – zij het bij wijze van exceptieve toetsing – de verbindendheid van aan het besluit ten grondslag liggende algemeen verbindende voorschriften aan de orde kan komen, is deze vraag in de verhouding tussen de bestuurs- en strafrechter relatief eenvoudig te beantwoorden. Dat heeft de Hoge Raad ten gunste van de bestuursrechter ook gedaan.

Ook voor de uitleg van wettelijke voorschriften die naar hun aard eenduidig op het terrein van de bestuursrechter of strafrechter liggen, biedt deze specialisatiegedachte, die – in elk geval mede – ten grondslag ligt aan voormelde keuze van de Hoge Raad, een oplossing. Indien bijvoorbeeld in een wettelijk voorschrift dat eenduidig bestuursrechtelijk van aard is wordt verwezen naar begrippen uit het strafrecht, ligt het voor de hand dat de bestuursrechter aansluiting zoekt bij de uitleg die de strafrechter aan dat begrip geeft.[67] Dat blijkt in de praktijk ook het geval. Indien evenwel nog geen hoogst rechterlijke uitleg voorhanden is van de rechterlijke instantie dat het interpretatieprimaat heeft, zullen andere rechterlijke instanties er niet aan ontkomen zelf een uitleg te geven, zoals Scheltema in zijn noot onder het in paragraaf 4.3.2 genoemde arrest van 23 mei 1995 terecht opmerkt. Het ligt in dat geval mijns inziens in de rede dat geanticipeerd wordt op de uitleg door de meest gerede rechter die – gelet op diens jurisprudentie in gelijksoortige zaken – in de lijn der verwachting ligt.

De specialisatiegedachte noopt echter slechts tot volgzaamheid, indien duidelijk is tot wiens rechtsterrein het te interpreteren voorschrift behoort. Zoals hiervoor al besproken, kan dat tot afbakeningsproblemen aanleiding geven, indien dat niet het geval is. In de verhouding tussen de strafrechter en bestuursrechter zullen dergelijke problemen zich niet snel voordoen, aangezien tussen beiden een op zichzelf eenduidige taakverdeling bestaat. Zo er al sprake is van afbakeningsvragen, ligt de oorzaak ervan eerder in het door

67 In die zin ook: N.S.J. Koeman bij HR 25 september 2001, *NJ* 2002/229. Zie ook: Rogier 2003.

de strafrechter beleden bijzondere karakter van het strafrecht dan in verschil van inzicht over de vraag tot wiens rechtsterrein het te handhaven voorschrift in wezen behoort.

4.3.3.2 Bestuursrechter – strafrechter

Voorbeelden waarin de bestuursrechter genoodzaakt is tot uitleg van strafrechtelijke bepalingen over te gaan zijn relatief zeldzaam. Dit verklaart wellicht waarom de hoogste bestuursrechters tot nu toe geen aanleiding hebben gezien zich dogmatisch uit te laten over het al dan niet bestaan van binding van de bestuursrechter aan een door de strafrechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift. Omdat de wetgever voor de vormgeving van de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht inspiratie heeft gezocht én gevonden in het strafrechtelijk instrumentarium zal het, nu deze tranche op 1 juli 2009 in werking is getreden, vaker voorkomen dat de bestuursrechter geroepen wordt zich in het kader van een op het eerste gezicht zuiver bestuursrechtelijke procedure uit te laten over begrippen die een strafrechtelijke oorsprong hebben.[68] De tijd zal leren of dat voor de hoogste bestuursrechterlijke instanties aanleiding vormt zich over deze vraag in meer dogmatische zin uit te laten.

Zoals Albers opmerkt, lijkt de Hoge Raad zichzelf te zien als meest gerede rechter om na de inwerkingtreding van de Vierde Tranche de rechtseenheid tussen het strafrecht en het bestuursrechtelijk sanctierecht te bewaren.[69] Een duidelijk voorbeeld daarvan biedt het arrest van 1 februari 2011, waarin de Hoge Raad aanleiding ziet zijn jurisprudentie over 'hetzelfde feit' te verduidelijken, met daarbij de kanttekening dat geen inhoudelijke verandering wordt beoogd. In de aan de beoordeling van het middel voorafgaande beschouwingen gaat de Hoge Raad uitdrukkelijk in op de verhouding tussen strafrechtelijke bepalingen (artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht en artikel 313 van het Wetboek van Strafvordering) en bestuursrechtelijke

68 Zie ook: Corstens 2005. Zie ook de vordering van A-G Knigge tot cassatie in het belang der wet van 8 maart 2011 (ECLI:NL:PHR:2011:PB6878), waaraan hij mede het belang van uniforme uitleg van artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht voor het straf- en het bestuursrecht ten grondslag legt, in het licht van de jurisprudentie van het EHRM. In de vordering gaat hij tevens in op de keuze van de wetgever voor bestuursrechtelijke in plaats van strafrechtelijke handhaving en de vormgeving daarvan in de Vierde Tranche. Bij arrest van 12 juli 2011, *JB* 2011/207, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, heeft de Hoge Raad het cassatieberoep verworpen. Zie ook: Michiels & De Waard, p. 121. Zie voor een overzicht van de strafrechtelijke leerstukken waarvan de werking zich in het bestuursrechtelijk sanctierecht zal doen gevoelen: Bröring, p. 60-70.

69 In de noot bij HR 12 juli 2011, *JB* 2011/207, waarin zij ook een paar voorbeelden geeft van een onjuiste toepassing van de jurisprudentie van de Hoge Raad door de bestuursrechter. Zie over het arrest ook: Hartmann & Sackers, Heinrich & Veldhuis 2011, en, terloops met een kritische kanttekening wat betreft het streven naar rechtseenheid van de Hoge Raad, zij het gebaseerd op een onjuiste lezing van het arrest: De Moor-van Vugt 2013, p. 91-92.

tegenhangers (artikel 5:43 en 5:44 van de Algemene wet bestuursrecht) en de bedoeling van de wetgever, te weten dat bij de uitleg van laatstgenoemde bepalingen aansluiting wordt gezocht bij de al bestaande strafrechtelijke jurisprudentie.[70] Dat de straf- en bestuursrechtelijke bewoordingen niet identiek zijn, lijkt voor de Hoge Raad voor de uitleg van de bepalingen geen betekenis te hebben. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft zich inmiddels aangesloten bij het arrest van de Hoge Raad.[71]

Een voorbeeld waarin de bestuursrechter zich moest uitlaten over strafrechtelijke begrippen is een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 30 september 2005, waarin aan de orde is aan welke vereisten de verklaring, bedoeld in artikel 451a van het Wetboek van Strafvordering, moet voldoen.[72] Voormeld artikel biedt een gedetineerde de mogelijkheid een rechtsmiddel aan te wenden door het doen toekomen van een daartoe strekkende verklaring aan 'het hoofd van het gesticht'. Aanleiding daarvoor was artikel 70, tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000, zoals dat toen luidde, dat bepaalde dat een vreemdeling die zijn vrijheid is ontnomen een rechtsmiddel ook kan aanwenden door middel van voormelde schriftelijke verklaring. De Afdeling bestuursrechtspraak neemt onder verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad de door de Hoge Raad gegeven uitleg over. De zaak is interessant, omdat de Afdeling in deze uitleg tevens aanleiding ziet het vereiste dat – op straffe van niet-ontvankelijkverklaring – reeds bij het instellen van het hoger beroep moet zijn voldaan aan de vereisten die artikel 6:5 van de Algemene wet bestuursrecht en artikel 85 van de Vreemdelingenwet 2000 niet te stellen.[73]

Een ander voorbeeld biedt de beantwoording van de vraag door de Centrale Raad van Beroep of iemand in het kader van het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie in verband met het ten onrechte hebben ontvangen van een bijstandsuitkering tijdens zijn verhoor (of is het: gehoor?) recht heeft op aanwezigheid van een advocaat. In de zaak die tot het antwoord

70 HR 1 februari 2011, *AB* 2011/225. O.J.D.M.L. Jansen spreekt in de noot bij het arrest over de Hoge Raad als 'gids voor dat deel van het bestraffende bestuursrecht […] waar het niet de hoogste bevoegde rechter is'. Het arrest is ook gepubliceerd in *JB* 2011/56, m.nt. D. van Tilborg.

71 CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9888.

72 ABRvS 30 september 2005, *JV* 2005/441. Het heeft de vreemdeling overigens niet gebaat. Nadat de Afdeling bestuursrechtspraak hem een termijn had gesteld om grieven tegen de uitspraak van de rechtbank te formuleren, is het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard omdat het aangevoerde de 'grievendrempel' van artikel 85, tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000 niet haalde. Een ander, zij het minder duidelijk, voorbeeld geeft ABRvS 17 maart 2010, *JB* 2010/112, m.nt. J.J.J. Sillen. Minder duidelijk, omdat de Afdeling in deze uitspraak enkel een door de strafrechter uitgesproken veroordeling wegens bigamie, althans de kwalificatie van de feiten die tot die veroordeling hebben geleid, overneemt. Inherent daaraan is uiteraard dat door de strafrechter en bestuursrechter aan de terminologie dezelfde betekenis hechten. Op deze uitspraak kom ik terug in de paragraaf die de vaststelling van feiten betreft.

73 Zie ook: ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2561.

van de Centrale Raad van Beroep leidde, had appellant onder verwijzing naar jurisprudentie van het EHRM betoogd dat hij niet aan eerder door hem afgelegde verklaringen kon worden gehouden, omdat hij zich op dat moment nog niet had (kunnen) laten bijstaan door een raadsman.[74] De Centrale Raad van Beroep beantwoordt 'onder verwijzing naar en aansluitend bij jurisprudentie van de Hoge Raad' de vraag ontkennend.[75] Enige theoretische onderbouwing voor dat oordeel ontbreekt echter.

Ook waar het weliswaar niet direct de uitleg van wettelijke voorschriften betreft, maar wel de wijze waarop invulling moet worden gegeven aan door de Hoge Raad ontwikkelde strafrechtelijke leerstukken, plegen de hoogste bestuursrechters zich doorgaans zonder veel – dogmatische – omhaal van woorden aan te sluiten bij de Hoge Raad.[76] Een voorbeeld vormt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 12 mei 2010.[77] Aan deze zaak lag een boete ten grondslag die wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen door de bewindspersoon van Sociale Zaken en Werkgelegenheid was opgelegd aan het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. De aanleiding daarvoor was het laten verrichten van werkzaamheden door een persoon met de Ghanese nationaliteit zonder dat daarvoor een tewerkstellingsvergunning was afgegeven. De Staat der Nederlanden en het Ministerie van Verkeer en Waterstaat betoogden onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 25 januari 1994[78] dat het leerstuk van strafrechtelijke immuniteit naar analogie moet worden toegepast bij bestuurlijke boetes. Na eerst onder verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad te hebben vastgesteld dat het leerstuk van strafrechtelijke immuniteit betrekking heeft op strafrechtelijke sancties, waarbij de Staat een uitzonderlijke positie inneemt, stelt de Afdeling vervolgens vast dat de Wet arbeid vreemdelingen noch de geschiedenis van de totstandkoming daarvan enig aanknopingspunt biedt om aan te nemen dat de wetgever ook bij toepassing van deze wet heeft beoogd de Staat in een uitzonderingspositie te plaatsen. Daarin zou wellicht een opstapje kunnen worden gezien voor een geheel eigen uitleg van de Afdeling bestuursrechtspraak van het leerstuk van de strafrechtelijke immuniteit waar het bestuurlijke boetes betreft (ofwel de aanzet voor de ontwikkeling van een geheel eigen leerstuk). Niets is echter minder waar: onder verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad over de toepasselijkheid van de Wet Mulder op publiekrechtelijke organen, komt de Afdeling bestuursrechtspraak tot de slotsom dat de Staat aan

74 EHRM 27 november 2008 (Salduz/Turkije), *AB* 2010/82, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, en EHRM 11 december 2008 (Panovits/Cyprus), *NJ* 2009/215, m.nt. J.M. Reijntjes.

75 CRvB 7 september 2009, *AB* 2010/46, m.nt. H.E. Bröring.

76 Zie echter ook: Rogier 2003.

77 ABRvS 12 mei 2010, *RV* 2010/50, m.nt. T. de Lange.

78 HR 25 januari 1994, *NJ* 1994/598.

het leerstuk van de strafrechtelijke immuniteit geen bescherming kan ontlenen tegen de oplegging van bestuurlijke boetes.[79]

4.3.3.3 Strafrechter – bestuursrechter

Zoals gezegd is het relatief zeldzaam dat in regelgeving op het bestuursrechtelijk vlak expliciet wordt verwezen naar (begrippen uit) het strafrecht. Door de keuze van de wetgever de strafrechter steeds meer te maken tot de wrekende rechter bij handhaving van bestuursrechtelijke normen, wordt de strafrechter echter regelmatig in strafrechtelijke context geconfronteerd met begrippen die hun oorsprong in het bestuursrecht vinden.

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat het in de periode dat de bestuursrechtelijke rechtsgang nog niet tot volle wasdom was gekomen en – wellicht – ook nog niet door eenieder als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang werd gezien, regelmatig voorkwam dat de uitleg die de strafrechter aan een bestuursrechtelijk begrip gaf, afweek van de betekenis die dat begrip in het bestuursrecht had.[80] Inmiddels pleegt de Hoge Raad zich ook als strafrechter, in elk geval waar het kernbegrippen betreft, aan te sluiten bij de wijze waarop bestuursrechtelijke begrippen door hoogste bestuursrechterlijke instanties worden geïnterpreteerd.[81]

Dat lijkt mij terecht. Het zou immers onjuist zijn, indien de strafrechter zich met een beroep op de autonome positie van het strafrecht de bevoegdheid voorbehoudt steeds tot een geheel zelfstandige uitleg van naar hun aard bestuursrechtelijke begrippen over te gaan.[82] Strafrechtspleging is in deze gevallen immers niet een zelfstandig doel, maar mét de bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten een middel om bestuursrechtelijke normen te effectueren. Beide instrumenten dienen hetzelfde doel, hetgeen uniformiteit ten aanzien van uitleg van de toepasselijke voorschriften vereist. De strafbepaling bevat doorgaans ook geen zelfstandige norm die de strafrechter onafhankelijk van zijn bestuursrechtelijke collega kan invullen, maar stelt

79 Helemaal zuiver is de laatste stap niet, voor zover het binding van de bestuursrechter aan de strafrechter betreft, aangezien de Hoge Raad in het arrest van 3 maart 1998, *VR* 1998/130, niet als strafrechter, maar als bestuursrechter optrad. Tegen beschikkingen van de kantonrechter genomen krachtens de Wet Mulder stond toentertijd namelijk nog beroep in cassatie open.

80 Zie voor een illustratief overzicht: Hendriks, p. 57-78.

81 Zie voor het begrip 'inrichting': HR 25 september 2001, *NJ* 2002/229, m.nt. N.S.J. Koeman, met uitdrukkelijke verwijzing naar ABRvS 11 juli 2000, *AB* 2000/334. Voor het begrip 'zonder een daartoe verleende vergunning': HR 9 april 2002, *NJ* 2002/535, m.nt. Y. Buruma, waarin de Hoge Raad aanleiding zag ten overvloede te overwegen dat het bezit van een gedoogbeschikking niet op één lijn kan worden gesteld met het bezit van een vergunning krachtens de Wet milieubeheer, daarmee materieel aansluitend bij de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.

82 Zoals onder andere wel wordt bepleit door Hendriks, p. 58-60.

het handelen in strijd met bestuursrechtelijke voorschriften strafbaar.[83] De opmerking dat de autonome positie onverlet laat dat de strafrechter vaak tot dezelfde conclusie zal komen, bijvoorbeeld omdat hij dezelfde interpretatiemethoden hanteert, kan ik in dit verband ook niet goed plaatsen. Daarmee lijkt men enerzijds het belang van uniforme uitleg te onderschrijven, maar anderzijds een middel te willen creëren om in voorkomende gevallen de handen vrij te houden, indien de uitkomst uit strafrechtelijk oogpunt als onaanvaardbaar wordt gezien, bijvoorbeeld in die gevallen waarin het volgen van de bestuursrechter zou leiden tot strijd met artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht, dan wel het *lex-certa*beginsel. Nog daargelaten of de hieraan ten grondslag liggende beginselen niet evenzeer gelden in het (punitief) bestuursrecht.

Overigens biedt in het bijzonder het niet-punitief bestuursrecht mogelijkheden om tijdens het spel de regels met terugwerkende kracht te veranderen of schendingen van vormvoorschriften en bevoegdheidsgebreken te passeren, waar dat uit strafrechtelijk oogpunt problematisch kan zijn. Hetzelfde geldt voor het gegeven dat een bestuursrechtelijke uitleg van een wettelijk voorschrift geacht wordt terugwerkende kracht te hebben tot het van kracht worden van dat voorschrift, ook indien de rechter terugkomt van een eerder door hem voorgestane uitleg of het voorschrift rechtsvormend en niet taalkundig interpreteert.[84] Daarmee kan door een uitspraak van de bestuursrechter een handeling strafbaar worden, die het eerder, bijvoorbeeld op het moment dat de handeling waarvoor de verdachte wordt vervolgd niet was. Dit noopt de strafrechter er mijns inziens evenwel niet toe uit te gaan van een andere uitleg dan door de bestuursrechter voorgestaan. Zoals ik hiervoor ook opmerkte ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften,

---

83 Zie in dit verband: HR 22 februari 2011, *NJ* 2011/108, waarin de Hoge Raad, na te hebben geconstateerd dat tegen een beslissing van het hoofd van de school of de leerplichtambtenaar een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat overweegt dat 'de beoordeling of sprake is van in artikel 11, aanhef en onder g, van de Leerplichtwet 1969 bedoelde "andere gewichtige omstandigheden" mitsdien niet ter zelfstandige beoordeling van de strafrechter staat. De strafrechter behoeft slechts te onderzoeken of de leerplichtambtenaar verlof heeft verleend.' De jurisprudentie over de Leerplichtwet 1969 biedt ook een mooi voorbeeld van het spiegelbeeldige geval. Artikel 5, aanhef en onder b, van deze wet voorziet namelijk in de mogelijkheid dat ouders het College van burgemeester en wethouders kennisgeven van het bestaan van bezwaren op religieuze of levensbeschouwelijke grondslag tegen alle scholen binnen redelijke afstand van hun woning waarop hun kinderen geplaatst zouden kunnen worden. Mits de kennisgeving voldoet aan de eisen die de wet stelt, zijn de ouders vrijgesteld van de verplichting er zorg voor te dragen dat hun kinderen een school bezoeken. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is het College van burgemeester en wethouders evenwel niet bevoegd naar aanleiding van de kennisgeving enig inhoudelijk besluit te nemen en kan de vraag of wordt voldaan aan de vereisten die de Leerplichtwet 1969 stelt uitsluitend worden beoordeeld in het kader van een strafrechtelijke procedure wegens overtreding van de Leerplichtwet 1969. Zie onder meer: ABRvS 12 september 2001, *AB* 2002/78, m.nt. B.P. Vermeulen.

84 Zie bijvoorbeeld: Van Kreveld, paragraaf 5.

kan de strafrechter in dat geval in het specifiek strafrechtelijke gereedschap (bijvoorbeeld door het aannemen van rechtsdwaling of afwezigheid van alle schuld) een middel vinden een uit strafrechtelijk oogpunt onaanvaardbare uitkomst te voorkomen. Een beroep op de autonome positie van het strafrecht is dan daarvoor onnodig.

4.3.4 Tussenconclusies

Hoewel gestandaardiseerde vergunningvoorschriften een steeds grotere rol spelen bij vergunningverlening en het herhaalde gebruik van deze voorschriften daaraan een zekere algemene verbindendheid geeft, ziet de Hoge Raad bij de uitleg van dergelijke voorschriften om cassatie-technische redenen geen taak voor zichzelf weggelegd. Wat betreft de uitleg van wettelijke voorschriften, volgt uit de jurisprudentie dat zowel de straf- als de bestuursrechter uitgaat van de leer van de meest gerede rechter, op grond waarvan het interpretatieprimaat ligt bij de hoogste rechterlijke instantie tot wier rechtsfamilie het wettelijk voorschrift behoort, dan wel waarmee het de meeste aanknopingspunten heeft.

4.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

4.4.1 Inleidende opmerkingen

Bij de bespreking van de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter merkte ik in paragraaf 3.4 op dat er op het eerste gezicht geen misverstand over lijkt te kunnen bestaan wat onder feiten en daarmee ook onder de vaststelling daarvan moet worden verstaan. Indien tussen feitenvaststellingen verschillen bestaan, ontneemt dit daaraan niet het feitelijk karakter, maar geeft dat veeleer blijk van foute metingen. De afmetingen van een garage worden niet anders als deze in een straf- of bestuursrechtelijke procedure worden gemeten. Anders dan de civiele rechter, wiens lijdelijke positie hem ertoe kan nopen feiten die tussen partijen niet in geschil zijn, dan wel die de ene partij heeft gesteld en door de andere niet of niet genoegzaam zijn weersproken, voor waar aan te nemen, is bij de straf- en bestuursrechter van zodanige lijdelijkheid geen sprake.

Evenzeer kwam aan de orde dat iets wat zich op het eerste gezicht als feit presenteert, niet steeds een feit is. Ter illustratie daarvan verwees ik naar de discussie die sinds jaar en dag in het vreemdelingenrecht woedt over de vraag of het relaas van een vreemdeling over het waarom en de wijze waarop hij uit zijn land van herkomst is vertrokken (en soms zelfs de verklaringen van de vreemdeling over zijn identiteit en nationaliteit) al dan niet van feitelijke aard is.

Bij de beantwoording van de vraag of de strafrechter gebondenheid aanneemt aan een eerdere feitenvaststelling door de bestuursrechter (en vice versa) moet een onderscheid worden gemaakt tussen de zuivere vaststelling

van de feiten en de waardering van de vastgestelde feiten. Evenzeer is van belang of het eerdere rechterlijke oordeel belastend is of niet.

4.4.2 Strafrechter – bestuursrechter: geen gebondenheid

De jurisprudentie van de Hoge Raad over de vraag of de strafrechter gebonden is aan een eerdere vaststelling (of waardering) van de feiten door de bestuursrechter is duidelijk: de Hoge Raad neemt geen enkele vorm van binding aan. Daarbij is het – anders dan bij oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften – zonder belang of de eerdere uitspraak afkomstig is van een eerstelijnsbestuursrechter of van één van de hoogste bestuursrechters. Evenmin is van belang of het eerdere oordeel van de bestuursrechter voor betrokkene begunstigend of belastend is. In een arrest van 11 mei 2004 overwoog de Hoge Raad:

> 'In een dergelijk geval, waarin het slechts gaat om de waardering van feiten, is de strafrechter bij zijn oordeel over het tenlastegelegde feit niet gebonden aan een eerdere uitspraak van de bestuursrechter over de feiten. De strafrechter dient zich naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting daarover een zelfstandig oordeel te vormen. Het oordeel van het Hof dat het de strafrechter vrijstaat om tot een eigen waardering van het bewijs te komen, ook als deze afwijkt van de eerder door genoemde bestuursrechter gegeven waardering, is dan ook juist.'[85]

Het arrest betrof een geval van bijstandsfraude, waarbij het frauduleuze erin was gelegen dat de verdachte had opgegeven dat zij in een bepaalde periode in Veenendaal woonde, terwijl dat niet het geval was. In het aan de strafrechtelijke procedure voorafgaande bestuursrechtelijke traject, waarin het besluit tot de intrekking van de bijstandsuitkering in geding was, had de bestuursrechter vastgesteld dat betrokkene tussen 1 april en 1 juni 1998 haar hoofdverblijf buiten de gemeente Veenendaal had, maar ook dat het bestuursorgaan niet aannemelijk had gemaakt dat dat ook het geval was in de periode daarvoor. De strafrechter achtte evenwel bewezen dat verdachte juist in die periode meermalen in strijd met de waarheid schriftelijk had verklaard dat zij niet meer woonachtig was in Veenendaal. Als gevolg hiervan konden de ten onrechte ontvangen bijstandsgelden niet – bestuursrechtelijk – worden teruggevorderd, maar betrokkene werd wél strafrechtelijk wegens bijstandsfraude veroordeeld.

Een uitspraak van de (hoogste) bestuursrechter is ook geen grond voor herziening van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling.[86] De Hoge

85 HR 11 mei 2004, *NJ* 2004/606, m.nt. Y. Buruma.

86 Zie bijvoorbeeld: HR 4 september 2007, *NJ* 2008/170, m.nt. P.A.M. Mevis onder *NJ* 2008/173, en HR 15 maart 2011, *JB* 2011/114, m.nt. J.J.J. Sillen.

Raad maakt geen onderscheid tussen gevallen waarin hij zelf hoogste bestuurs- en strafrechter is en die waarin dat niet zo is.[87]

De benaderingswijze van de Hoge Raad heeft tot weinig kritiek aanleiding gegeven.[88] Anders dan bij de andere hiervoor besproken categorieën, kan ook niet zonder meer worden staande gehouden dat de strafrechter óf de bestuursrechter als bij uitstek aangewezen rechterlijke instantie moet worden aangemerkt als het om de vaststelling en waardering van feiten gaat. Evenmin bestaat voor de strafrechter uit oogpunt van rechtseenheid grond het primaat aan de bestuursrechter te gunnen. Dat de betrokken burger niet zal begrijpen hoe het mogelijk is dat de ene rechter tot de slotsom komt dat zijn uitkering niet mocht worden ingetrokken en de andere hem toch voor bijstandsfraude veroordeelt, maakt nog niet dat daarmee de rechtseenheid in het geding is. Dat het voor een gemiddelde burger gevoelsmatig niet uitmaakt bij welke rechter hij moet voorkomen, draagt echter aan het begrip voor het verschil in uitkomst tussen de bestuurs- en strafrechtelijke procedure niet bij. Het gaat mij echter te ver om voor de door de Hoge Raad gekozen benaderingswijze steun te zoeken in de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid, zoals Buruma doet in zijn noot onder het arrest. Dat gaat er aan voorbij dat het strafrecht in gevallen als dit louter een het bestuursrecht ondersteunende of versterkende functie heeft.

Hoewel beide handhavingsmechanismen dezelfde belangen beschermen, kennen zij andere uitgangspunten en (processuele) waarborgen, onder andere wat betreft de bewijsgaring. Evenmin kan eraan worden voorbijgezien dat de sancties die de strafrechter kan opleggen over het algemeen ingrijpender zijn dan die van de bestuursrechter. In dit licht bezien, is het goed te begrijpen dat de strafrechter niet wil uitgaan van een 'bewezenverklaring' door de bestuursrechter. Als de bestuursrechter evenwel van oordeel is dat het voor uitvoering van het publiekrechtelijke voorschrift aangewezen bestuursorgaan niet aannemelijk heeft gemaakt dat de bestuursrechtelijke norm is overtreden, zie ik niet in waarom de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de strafrechter in het gedrang komt als hij zich daarbij aansluit.

---

87 HR 11 mei 2010, *NJ* 2010/285. A-G Vellinga merkt in zijn conclusie bij het arrest op dat, indien uiteindelijk zou blijken dat de hoogste belastingrechter een van de strafrechter afwijkend oordeel zou geven over de vraag of de verdachte een te laag belastbaar bedrag heeft opgegeven dat feit binnen de grenzen van de door hem aangehaalde rechtspraak onder omstandigheden een nieuw feit vormt als bedoeld in artikel 457, eerste lid, onder 20, van het Wetboek van strafvordering. Hij heeft daarbij overigens primair het oog op het geval waarin de bestuursrechter een van de strafrechter afwijkend rechtsoordeel heeft gegeven. Saillant detail is dat de Hoge Raad in belastingzaken zowel de hoogste strafrechter, als bestuursrechter is. Zie hierover ook: Feteris 2009, p. 160-166.

88 Zie bijvoorbeeld: de door de A-G in zijn conclusie voor HR 11 mei 2004, *NJ* 2004/606, m.nt. Y. Buruma, genoemde literatuur.

De keuze van de Hoge Raad geen enkele gebondenheid van de strafrechter aan de bestuursrechter aan te nemen, heeft onverwachte consequenties voor bestuursrechtelijke procedures, in het geval een gedraging zowel heeft geleid tot strafrechtelijke vervolging, als bestuursrechtelijke handhaving. Zo verklaarde het College van Beroep voor het bedrijfsleven het beroep van een rechtzoekende, tegen wie handhavend werd opgetreden wegens het bedrijfsmatig verrichten van taxi-activiteiten zonder te beschikken over een vergunning, niet-ontvankelijk nadat het bestuursorgaan het dwangsombesluit introk. Het antwoord op de vraag of het bestuursorgaan al dan niet terecht een overtreding had geconstateerd, wat volgens de rechtzoekende relevant zou kunnen zijn voor de strafrechtelijke procedure, leverde geen procesbelang op. Het College overwoog:

> '… dat de strafrechter zelfstandig oordeelt en daarbij niet is gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter. Appellant kan met zijn beroep dan ook niet bereiken wat hij daarmee beoogt.'[89]

De Afdeling bestuursrechtspraak nam eerder nog wel aan dat een rechtzoekende aan een parallelle strafrechtelijke procedure procesbelang kan ontlenen voor de bestuursrechtelijke procedure. Uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure zou immers kunnen zijn dat de door de rechtzoekende gewraakte ongeldigverklaring van zijn rijbewijs onrechtmatig is. Dit oordeel zou een rol zou kunnen spelen in de strafrechtelijke procedure waarin de ongeldigverklaring van het rijbewijs eveneens aan de orde is.[90] Het is de vraag in hoeverre het College van Beroep voor het bedrijfsleven met de uitspraak van 19 januari 2012 een nieuwe weg is ingeslagen. In een uitspraak van 7 juni 2012 overwoog het namelijk onder verwijzing naar voormelde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak dat:

> '[…] het College […] niet het standpunt van appellanten [deelt, OvL] dat in de mogelijkheid dat de fondsen van ArcelorMittal vergoeding van door hen geleden schade zullen vorderen, geen procesbelang kan zijn gelegen. Aannemelijk is dat een gelijk van Trafalgar in haar geschil met de AFM ook in een civielrechtelijke procedure geëntameerd door de fondsen van belang kan zijn. Dat een civiele rechter bij de beoordeling van een vordering van de fondsen in het onderhavige geval niet gebonden zal zijn aan het oordeel van de bestuursrechter in deze procedure maakt dit niet anders. De gebondenheid van de andere rechter aan het oordeel van de bestuursrechter is geen voorwaarde voor het procesbelang in de bestuursrechtelijke procedure.'

89 CBb 19 januari 2012, *AB* 2012/159, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

90 ABRvS 13 februari 2008, *JB* 2008/72. Deze overweging leidde tot vernietiging van de aangevallen uitspraak, omdat de rechtbank daarin geen belang had aangenomen. Devolutief overwoog de Afdeling dat het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen in de vrijspraak van de rechtzoekende van het rijden onder invloed, dat ten grondslag lag aan de ongeldigverklaring van het rijbewijs, geen grond had hoeven zien terug te komen van die ongeldigverklaring, gezien de vaste jurisprudentie van de Afdeling dat een strafrechtelijke procedure losstaat van een bestuursrechtelijke maatregel.

De uitspraak betreft de betekenis van een uitspraak van de bestuursrechter voor de civiele rechter. Door de verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is de aanname gerechtvaardigd dat de daarin neergelegde benadering ook geldt voor de verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter. De benadering waarin het bestaan van procesbelang wordt aangenomen, ligt mijns inziens overigens het meest voor de hand. Ook als een uitspraak van de bestuursrechter voor de strafrechter geen doorslaggevende betekenis heeft, ligt het immers niet voor de hand dat de uitspraak zelfs niet kwalificeert als in aanmerking te nemen argument. Een logisch gevolg van de door de Hoge Raad gevolgde handelwijze is dat – tenzij de bestuursrechter is uitgegaan van feiten en omstandigheden die tijde van de strafrechtelijke procedure niet bekend waren – een voor de burger ontlastende uitspraak van de (hoogste) bestuursrechter geen grond kan zijn voor herziening van een eerdere veroordeling.[91]

Het behoeft geen toelichting dat, indien de strafrechter bij de vaststelling van de feiten al niet uitgaat van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter, hij aan de leer van de formele rechtskracht, op grond waarvan de in het besluit vervatte feitenvaststelling in rechte onaantastbaar wordt omdat een belanghebbende de hem ten dienste staande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen niet benut, evenmin betekenis toekent.[92]

4.4.3 Bestuursrechter – strafrechter

4.4.3.1 Centrale Raad van Beroep: geen gebondenheid

Een vergelijkbare benaderingswijze treffen we voor de spiegelbeeldige situatie aan in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. In een uitspraak van 31 december 2007 overweegt de Centrale Raad van Beroep, na te hebben vastgesteld dat betrokkenen de op hun rustende inlichtingenverplichting bedoeld in artikel 65, eerste lid, van de Algemene bijstandswet hadden geschonden, dat:

> 'De omstandigheid dat de strafrechter appellanten ter zake de schending van de inlichtingenverplichting over de periode 30 juni 1998 tot 1 december 1999 heeft vrijgesproken, doet naar vaste rechtspraak van de Raad aan het voorgaande geen afbreuk. De bestuursrechter is immers in de vaststelling van en oordeel over het hem voorgelegde geschil in het algemeen niet gebonden aan hetgeen in een strafrechtelijk geding door de desbetreffende rechter is geoordeeld, te minder nu in een strafrechtelijke procedure een andere rechtsvraag voorligt en ander procesrecht van toepassing is.'[93]

91 Vergelijk: HR 4 september 2007, *NJ* 2008/170, en HR 8 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BC8786.
92 Zie ook: HR 22 september 2009, *NJ* 2010/142, m.nt. P.A.M. Mevis.
93 CRvB 31 december 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BC2073. Zie ook de noot van K.J. Kraan onder vzr. CRvB 3 november 2009, *MRT* 2011, p. 361-362. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties ook de noot van Jansen onder CBb 19 januari 2012, *AB* 2012/159.

In een uitspraak van 10 oktober 2006 sprak de Centrale Raad van Beroep zich nog duidelijker uit over de verhouding tussen de bestuurs- en strafrechter. In de zaak die tot deze uitspraak had geleid was de bijstandsuitkering van betrokkene ingetrokken en waren de uitbetaalde bedragen teruggevorderd, omdat betrokkene inkomsten uit hennepteelt had verzwegen. In de bestuursrechtelijke procedure voerde betrokkene aan dat de bestuursrechter zich geen oordeel mag vormen over de aan het besluit ten grondslag liggende strafbare feiten, nu de strafrechter zich daarover nog niet had uitgelaten. De Centrale Raad van Beroep overweegt:

> 'Anders dan appellant meent is hier […] geen sprake van een beoordeling van strafbare feiten door de bestuursrechter. De Raad wijst er op dat de bestuursrechter zich over een geheel andere rechtsvraag een oordeel dient te vormen dan de strafrechter. Daarbij gaat de bestuursrechter uit van een eigen vaststelling en waardering van de betreffende feiten en omstandigheden. Derhalve valt niet in te zien dat de bestuursrechter zich vooralsnog zou dienen te onthouden van een oordeel. Ook de strafrechter gaat uit van een eigen vaststelling waartoe behoort een waardering van de wettige bewijsmiddelen.'[94]

Deze overweging wekt de indruk dat in de laatste volzin tussen 'gaat' en 'uit' het woordje 'immers' is weggevallen. Als mijn indruk juist is, dan zou het ontbreken van wederkerigheid aan de zijde van de strafrechter mede een verklaring kunnen zijn voor de door de Centrale Raad van Beroep gekozen benaderingswijze. De hiervoor aangehaalde overwegingen van de Centrale Raad van Beroep zijn weliswaar in algemene zin gesteld, maar betreffen beide gevallen waarin de strafrechter betrokkenen had vrijgesproken.[95] Gegeven het feit dat de strafrechter doorgaans strengere eisen aan de bewijsvoering stelt dan de bestuursrechter, ligt het ook voor de hand dat de bestuursrechter aan een vrijspraak door de strafrechter niet zonder meer de slotsom verbindt dat betrokkene ook bestuursrechtelijk niets te verwijten valt.[96]

De jurisprudentie biedt ook enkele aanknopingspunten waaruit kan worden afgeleid dat de Centrale Raad van Beroep in een veroordeling door de strafrechter niet zonder meer grond ziet aan te nemen dat betrokkene

94 CRvB 10 oktober 2006, *JB* 2007/15. Zie ook: CRvB 5 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2644, en CRvB 19 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2769.

95 Zie ook: CRvB 18 april 2013, *AB* 2014/101, m.nt. B. van der Vorm. Uit CRvB 21 november 2013, *AB* 2014/102, m.nt. B. van der Vorm, blijkt dat voor de ambtenarenrechter evenmin van belang is dat het Openbaar Ministerie in het geheel geen grond voor strafvervolging zag.

96 Zie over de eisen waaraan bewijsgaring in het bestuursrecht moet voldoen bijvoorbeeld: CRvB 6 april 2006, *TAR* 2006/166, en ABRvS 3 oktober 1997, *JB* 1997/283, m.nt. M. de Werd. Zie ook: Michiels & De Waard, p. 111-114.

bestuursrechtelijk eveneens laakbaar heeft gehandeld.[97] Ortlep merkt in zijn noot onder een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak op dat de Centrale Raad van Beroep in het verleden weliswaar nog een onderscheid maakte tussen vrijspraken en veroordelingen wat betreft de waarde die in een bestuursrechtelijke procedure aan een uitspraak van de strafrechter wordt gehecht, maar dat dat onderscheid in de recente jurisprudentie niet meer terugkomt.[98]

Het zal dan ook geen verbazing wekken dat een latere vrijspraak door de strafrechter geen grond is voor herziening van een bestuursrechtelijke uitspraak of een nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid, als bedoeld in artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht.[99] Dit laat uiteraard onverlet dat die vrijspraak kan zijn gebaseerd op feiten of omstandigheden die als zodanig wel als nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden, als vorenbedoeld, kunnen worden aangemerkt en waarvan de uitspraak van de strafrechter het in de jurisprudentie geëiste objectieve bewijs levert.

4.4.3.2 Hoge Raad

De Hoge Raad volgt als belastingrechter eenzelfde benaderingswijze als de Centrale Raad van Beroep. In het standaardarrest van 10 maart 1999 wordt overwogen:

> 'Aan de uitkomst van de behandeling van een strafzaak ter zake van eenzelfde feitencomplex als waarover de rechter in belastingzaken dient te beslissen, kan de rechter weliswaar bewijs ontlenen, doch hij is daaraan niet gebonden en dient zich – ook als hem dezelfde bewijsmiddelen ter beschikking staan – zelfstandig een oordeel te vormen omtrent de hem voorgelegde feiten.'[100]

97 Zie bijvoorbeeld: CRvB 24 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK4530. Opvallend daarbij is dat de Centrale Raad van Beroep het oordeel baseert op het buiten beschouwing laten van een verklaring die de strafrechter eerder wel als bewijsmiddel had geaccepteerd. Dit is anders in het militair ambtenarenrecht, aangezien de Militaire Ambtenarenwet 1931 uitdrukkelijk bepaalde dat een onherroepelijke veroordeling door de militaire straf- of tuchtrechter geldt als bewijs van dat feit (vgl.: CRvB 13 juli 2006, *TAR* 2006/159, m.nt. G.L. Coolen). Zie ook: CRvB 27 juni 2013, *AB* 2013/351, m.nt. M.B. de Witte-van den Haak, waaruit volgt dat een strafrechtelijke bewezenverklaring (zonder oplegging van straf wegens noodweer of noodweerexces) niet maatgevend is voor de feitenvaststelling door de ambtenarenrechter. Zie voor een beschrijving van de jurisprudentie van de CRvB ook: Verbeek 2012, p. 33-34.

98 ABRvS 23 mei 2012, *AB* 2012/354, m.nt. R. Ortlep. De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak betreft de betekenis van een strafrechtelijke veroordeling in een zaak over de verlening van het Nederlanderschap.

99 Onder meer: CRvB 1 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ6780, CRvB 3 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL3961, en CRvB 3 februari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV0768.

100 HR 10 maart 1999, *BNB* 1999/209, m.nt. P.J. Wattel.

Dit geldt zowel voor een veroordeling door de strafrechter als voor een vrijspraak. Een eerder arrest van de strafkamer is geen grond voor herziening van een in rechte onaantastbaar arrest van de belastingkamer. De reden daarvoor is dat een dergelijk arrest de belastingkamer 'al ambtshalve bekend was bij de vaststelling van het arrest waarop het verzoek betrekking heeft'.[101]

4.4.3.3 Afdeling bestuursrechtspraak: gedifferentieerde gebondenheid

De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert, indien het een vrijspraak betreft, wat betreft de betekenis die de bestuursrechter aan een uitspraak van de strafrechter moet hechten, dezelfde benadering als de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad als belastingrechter. Ter motivering daarvan verwijst ook zij doorgaans naar de omstandigheid dat in het strafrecht andere en strengere bewijsregels gelden dan in het bestuursrecht.[102] Daarbij lijkt overigens geen onderscheid te worden gemaakt tussen punitief en niet-punitief bestuursrecht.[103] Zoals ik in hoofdstuk 1 al opmerkte hoeft, als de strafrechter een strafbaar feit niet bewezen acht, omdat de bewijsmiddelen niet op rechtmatige wijze zijn verkregen, dan wel daaruit onvoldoende duidelijk blijkt dat het strafbare feit toerekenbaar door betrokkene is gepleegd, dat aan het treffen van bestuursrechtelijke maatregelen jegens betrokkene, zoals intrekking van de uitkering, terugvordering van teveel ontvangen bedragen[104] of intrekking van een vergunning,[105] niet in de weg te staan.[106] Zoals Verbeek opmerkt, is dat goed verklaarbaar indien in aanmerking wordt genomen dat, behoudens een zuivere vrijspraak, de strafrechter nu eenmaal niet geoordeeld heeft dat betrokkene de hem verweten gedraging niet heeft verricht, maar dat het Openbaar Ministerie er niet in is geslaagd dat wettig en overtuigend te bewijzen.[107]

Een latere vrijspraak door de strafrechter op feitelijke gronden is ook voor de Afdeling bestuursrechtspraak geen grond voor herziening noch een nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid als bedoeld in de zogenoemde *ne-bis*jurisprudentie.[108] De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt, anders dan

---

101 HR 9 mei 2001, *BNB* 2002/124, m.nt. Ch.J. Langereis. Zie ook: Pieterse & Schreinemachers, p. 22.

102 Zie ook: Verbeek 2012, p. 34-35.

103 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 19 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7109.

104 ABRvS 22 februari 2000, *AB* 2001/211, ABRvS 16 januari 2002 in zaak nr. 200103241/1 en ABRvS 13 maart 2002 in zaak nr. 200102040/1 (beide niet gepubliceerd).

105 ABRvS 3 oktober 1997, *JB* 1997/283, m.nt. M. de Werd.

106 Zie over de toelaatbaarheid van strafrechtelijk onregelmatig verkregen bewijs in bestuursrechtelijke procedures uitgebreid: Embregts, p. 269-295, en Albers, p. 91-94.

107 Verbeek 2012, p. 41-43.

108 Volgens vaste jurisprudentie is het *ne-bis*beoordelingskader ook van toepassing indien het beroep betrekking heeft op de weigering van het bestuursorgaan terug te komen van een in rechte onaantastbaar besluit (onder meer: ABRvS 4 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5088). Zie bijvoorbeeld: ABRvS 6 december 2006 in zaak nr. 200604373/1, ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1073. Ik kom hier in het volgende hoofdstuk uitgebreid op terug.

de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep, echter wel, en soms zelfs doorslaggevende, betekenis te hechten aan een veroordeling door de strafrechter.[109] Zo overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak, in een zaak waarin de vraag aan de orde was of aan de betrokken burger terecht een verklaring omtrent het gedrag was geweigerd, in verband met een nog niet onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling dat:

> 'Voor zover [appellant] heeft gesteld dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft overwogen dat niet ter zake doet dat hij hoger beroep heeft ingesteld tegen de op 22 juni 2009 uitgesproken strafrechtelijke veroordeling, [heeft, OvL] de minister er terecht op gewezen dat hij bevoegd is een openstaande zaak of een zaak waarvoor de betrokkene in eerste aanleg is veroordeeld ten grondslag te leggen aan zijn besluit een verklaring omtrent het gedrag te weigeren. Zolang de uitspraak van de rechtbank in de strafrechtelijke zaak niet is vernietigd, heeft uit een oogpunt van taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter in de onderhavige bestuursrechtelijke procedure de strafrechtelijke veroordeling als uitgangspunt te gelden'.[110]

In een uitspraak van 17 maart 2010 sluit de Afdeling bestuursrechtspraak bijna letterlijk aan bij de door de Hoge Raad gehanteerde overwegingen om de verhouding tussen de straf- en bestuursrechter wat betreft de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften weer te geven. De zaak betreft de intrekking van het Nederlanderschap omdat betrokkene een valse verklaring heeft gegeven dan wel enig voor verkrijging van het Nederlanderschap relevant feit heeft verzwegen. Het gaat daarbij om de vraag of betrokkene eerder is gehuwd (en zich na zijn huwelijk met een Nederlandse derhalve schuldig maakt aan bigamie).[111] Na te hebben vastgesteld dat betrokkene onherroepelijk door de strafrechter is veroordeeld wegens bigamie overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak:

> 'Met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, geldt dat de bestuursrechter in beginsel van een dergelijke onherroepelijke veroordelende uitspraak van de strafrechter dient uit te gaan. Hetgeen […] ter zitting bij de Afdeling is aangevoerd, geeft geen blijk van omstandigheden die nopen tot het maken van een uitzondering op dit beginsel, zodat ervan dient te worden uitgegaan dat [betrokkene, OvL] ten tijde van de voltrekking van zijn huwelijk met [echtgenote 2] en de verlening van het Nederlanderschap reeds gehuwd was met [echtgenote 1]. De rechtbank heeft derhalve ten onrechte overwogen dat de minister zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de naturalisatie van [betrokkene] berust op een door hem gegeven valse verklaring of bedrog, dan wel op het verzwijgen van enig voor de verkrijging of verlening relevant feit.'[112]

109 CBb 3 januari 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BC2482, en CBb 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:226.

110 ABRvS 14 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1022.

111 Bigamie is strafbaar gesteld in artikel 237 van het Wetboek van Strafrecht.

112 ABRvS 17 maart 2010, *JB* 2010/112, m.nt. J.J.J. Sillen.

In dit geval lag het aansluiten door de Afdeling bestuursrechtspraak bij de veroordeling door de strafrechter voor de hand: aan de intrekking van het Nederlanderschap lag ten grondslag dat betrokkene had verzwegen dat hij al gehuwd was op het moment dat hij met zijn Nederlandse partner huwde. Het te beslechten geschil betrof de vraag of het eerdere huwelijk ten tijde van het volgende huwelijk al bestond, of reeds was ontbonden, zoals betrokkene stelde. Om tot een veroordeling wegens bigamie te komen, moest de strafrechter dezelfde vraag beantwoorden. Vanuit zowel de doelmatigheids-, als de efficiëntiegedachte (er lag al een uitspraak van de strafrechter waarin dezelfde vraag was beantwoord), alsmede de specialisatiegedachte (bigamie is een naar haar aard strafrechtelijk begrip) ligt het in de rede dat de bestuursrechter het primaat gunt aan de strafrechter en diens werk niet overdoet. Als betrokkene zich niet met de uitspraak van de strafrechter kan verenigen, zal hij zijn heil moeten zoeken in de mogelijkheden die het straf(proces)recht biedt. De uitspraak is ook in lijn met de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak een veroordeling door de strafrechter te respecteren (of wellicht zelfs: over te nemen). Het lijkt mij juist dat de Afdeling bestuursrechtspraak in voormelde uitspraak – en in lijn met de jurisprudentie – alleen binding aanneemt aan een (onherroepelijke) veroordeling en niet ook aan een vrijspraak. Zoals ik hiervoor opmerkte, kunnen de strengere eisen die het strafrecht aan het te leveren bewijs stelt ertoe leiden dat een verdachte moet worden vrijgesproken hoewel duidelijk is geworden dat hij de hem verweten gedraging wel heeft verricht, terwijl het bewijs in de bestuursrechtelijke procedure wel gebruikt kan worden.[113] Uit een oogpunt van het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, het begrip bij de rechtzoekende en efficiëntie van aanwending van schaarse rechterlijke capaciteit zou een andere keuze, waarbij de bestuursrechter in dit soort gevallen evenzeer uitgaat van een onherroepelijke vrijspraak door de strafrechter, eveneens mogelijk en goed verdedigbaar zijn geweest. Gelet echter op het verschillende karakter van enerzijds het strafrecht, waarin de bewijsregels strekken ter bescherming van de belangen van de verdachte tegen de overheid, en anderzijds het bestuursrecht, waarin het algemeen belang steeds een rol speelt, lijkt mij het maken van het onderscheid in dit geval gerechtvaardigd.

113 Zie ook: ABRvS 27 juni 2005, *JV* 2005/375, m.nt. B.P. Vermeulen, waarin de vraag aan de orde was welke bestuursrechtelijke betekenis toekomt aan een verklaring van het Openbaar Ministerie dat een vreemdeling, aan wie wegens toepasselijkheid van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag een verblijfsvergunning is onthouden, niet zal worden vervolgd voor mensenrechtenschendingen. Artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag bepaalt dat iemand ten aanzien van wie ernstige redenen zijn te veronderstellen dat hij een misdrijf tegen de vrede, een oorlogsmisdrijf of een misdrijf tegen de mensheid heeft begaan, aan dit verdrag geen aanspraak op bescherming kan ontlenen. Zie over de verschillen tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke aspecten van de tegenwerping van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag ook: Van der Vugt & Zadelhoff.

Opvallend is dat de Afdeling bestuursrechtspraak overweegt dat de bestuursrechter van een *onherroepelijke* uitspraak van de strafrechter dient uit te gaan, terwijl – zoals ook Sillen terecht constateert – op het moment dat de bij de Afdeling bestuursrechtspraak aangevallen uitspraak werd gedaan (16 juni 2009), in het voorliggende geval van een onherroepelijke uitspraak van de strafrechter nog geen sprake was. Het beroep in cassatie werd door de Hoge Raad pas bij arrest van 1 december 2009 verworpen. Dit is temeer opvallend, omdat de Afdeling bestuursrechtspraak, rechtsprekende in hoger beroep, de aangevallen uitspraak als onderwerp van geding aanwijst en in beginsel geen rekening houdt met feiten en omstandigheden die na die uitspraak zijn opgekomen, en waarvan de rechter in eerste aanleg dus ook geen kennis heeft kunnen hebben. Nu doet de Afdeling bestuursrechtspraak, doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, het beroep devolutief af, in welk kader zij ook rekening kan houden met feiten en omstandigheden die zijn opgekomen na de aangevallen uitspraak. In dit geval is echter zowel de vernietiging van de aangevallen uitspraak, als de devolutieve ongegrondverklaring van het beroep gegrond op het arrest van de Hoge Raad. Ook mij is niet geheel duidelijk op grond waarvan de Afdeling bestuursrechtspraak in het arrest van de Hoge Raad aanleiding ziet de aangevallen uitspraak te vernietigen. Wat hiervan ook zij: nu, zoals ik hiervoor opmerkte, vrijspraken door de strafrechter geen novum opleveren, lijkt het mij juist om alleen binding aan een onherroepelijke uitspraak van de strafrechter aan te nemen. Niet is derhalve vereist dat het een uitspraak van de organiek hoogste strafrechter is.

De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert een vergelijkbare redenering in zaken betreffende de ongewenstverklaring van vreemdelingen die vanwege hun strafrechtelijke antecedenten een gevaar vormen voor de openbare orde. Afhankelijk van het antwoord op de vraag of een vreemdeling al dan niet rechtmatig in Nederland verblijft, biedt artikel 67, eerste lid, aanhef en onder a, b of c, van de Vreemdelingenwet 2000 de bevoegdheid tot ongewenstverklaring over te gaan, indien die vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde. Een vereiste voor ongewenstverklaring is dat de vreemdeling wegens een misdrijf is veroordeeld tot een gevangenisstraf van een bepaalde duur, waarbij de vereiste duur afhankelijk is van de duur van zijn verblijf in Nederland (de zogenoemde glijdende schaal, neergelegd in artikel 3.86 van het Vreemdelingenbesluit 2000). Klachten van vreemdelingen dat – gelet op hun specifieke omstandigheden – geen of een minder zware veroordeling passend zou zijn geweest, zodat zich in het kader van de ongewenstverklaring bijzondere omstandigheden voordoen als bedoeld in artikel 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht, sneven steevast met de

overweging dat deze omstandigheden door de strafrechter zijn of moeten worden geacht te zijn betrokken bij zijn oordeelsvorming.[114]

Een vreemdeling die ongewenst is verklaard, maar – om wat voor reden dan ook – niet uit Nederland vertrekt, maakt zich daarmee schuldig aan overtreding van artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht.[115] Dat een vreemdeling – naar hij stelt – door overmacht niet uit Nederland kan vertrekken, bijvoorbeeld omdat hij bij terugkeer naar zijn land van herkomst te vrezen heeft voor een met artikel 3 van het EVRM strijdige behandeling en ook niet naar een ander land kan, en daardoor noodgedwongen artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht overtreedt, staat overigens niet aan ongewenstverklaring in de weg. Het is aan de straf- en niet de bestuursrechter de vraag te beantwoorden hoe de strafrechtelijke consequenties van de ongewenstverklaring zich verhouden tot de omstandigheid dat de vreemdeling niet kan of zal worden uitgezet.[116] Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten hier nader in te gaan op het onderscheid dat na het verstrijken van de implementatietermijn van de zogenoemde Terugkeerrichtlijn wordt gemaakt tussen – zware – inreisverboden (artikel 66a, zevende lid, van de

114 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 11 maart 2010, *JV* 2010/161. Een uitspraak van een buitenlandse strafrechter wordt in beginsel op dezelfde wijze bejegend, zij het dat daarvoor als aanvullend vereiste geldt dat de gedraging ook naar Nederlands recht een misdrijf is en de strafmaat vergelijkbaar moet zijn met die in Nederland (zie bijvoorbeeld: ABRvS 22 juli 2010, *RV* 2010, 60, m.nt. M. Wijngaarden). Voor de Afdeling is zonder betekenis of de uitspraak van de strafrechter onherroepelijk is. Indien een ongewenstverklaring is gebaseerd op een niet-onherroepelijke uitspraak van de strafrechter die nadien wordt vernietigd, kan de vreemdeling met verwijzing naar de uitspraak van de hogere strafrechter om opheffing van de ongewenstverklaring vragen. Daarvoor geldt niet als eis dat de vreemdeling aan het verzoek nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden ten grondslag legt (zie: ABRvS 28 juni 2004 in zaak nr. 200401892/1, niet gepubliceerd). Zie voor een voorbeeld waarin een vrijspraak van de strafrechter ertoe leidt dat de ongewenstverklaring niet kan worden gehandhaafd: ABRvS 2 mei 2011, *RV* 2011, 65, m.nt. P. Boeles. Uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 juni 2014, *JV* 2014/268, blijkt overigens dat de staatssecretaris ter motivering van de duur van het inreisverbod (bijvoorbeeld 10 jaar of minder) niet kan volstaan met een verwijzing naar de veroordeling door de strafrechter, maar een zelfstandige beoordeling dient te verrichten.

115 Zie hierover nader: Laagland, Van der Leun, Van der Meij & Leerkes.

116 Zie onder meer: ABRvS 5 februari 2010 in zaak nr. 200903826/1/V3. Zie voor een voorbeeld van de wijze waarop de strafrechter daarmee omgaat: HR 28 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9611, HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8848 en HR 1 december 2009, *NJ* 2010/101, m.nt. N. Keijzer. Het laatste arrest is in zoverre uitzonderlijk dat het een vreemdeling betrof ten aanzien van wie in de bestuursrechtelijke procedure reeds was vastgesteld dat artikel 3 van het EVRM zich duurzaam tegen zijn uitzetting naar zijn land van herkomst verzet, welke vaststelling de strafrechter één-op-één overneemt. Het beroep van de vreemdeling op overmacht strandt in hoogste feitelijke instantie, omdat de vreemdeling zich onvoldoende had ingespannen toegang tot een ander land te verkrijgen. De Hoge Raad casseert, omdat het gerechtshof onvoldoende heeft geconcretiseerd wat van de vreemdeling in dit verband verwacht mag worden.

Vreemdelingenwet 2000) enerzijds en ongewenstverklaringen anderzijds.[117] Ik volsta met de opmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak deze benaderingswijze inmiddels heeft voortgezet voor de gevolgen van strafbaarstelling van overtreding van een inreisverbod.[118]

Opvallend in de door de Afdeling bestuursrechtspraak gekozen benadering is dat zij zich zonder meer gebonden acht aan uitspraken van de strafrechter en voor zichzelf geen enkele aanvullende taak ziet weggelegd. Anders dan in de hiervoor besproken jurisprudentie van de Hoge Raad over de gebondenheid van de strafrechter aan uitspraken van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, is van voorbehouden (in beginsel of behoudens bijzondere omstandigheden) bij de ongewenstverklaringsjurisprudentie geen sprake. Uit een oogpunt van een goede taakverdeling tussen de straf- en bestuursrechter en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken is dit wellicht toe te juichen, maar het kan ook problemen geven, in het uiterste geval zelfs een hiaat in de rechtsbescherming. Het volgende voorbeeld ter verduidelijking.

Het komt regelmatig voor dat een vreemdeling door de strafrechter wordt veroordeeld wegens het enkele in bezit hebben van een vals reis- of identiteitsdocument. Het was in elk geval tot voor kort niet ongebruikelijk dat een vreemdeling vervolgens op basis van die veroordeling ongewenst werd verklaard. De strafrechter is weliswaar bevoegd de mogelijke verblijfsrechtelijke gevolgen van een veroordeling ten gunste van de vreemdeling bij de bepaling van de strafmaat te betrekken, maar is daartoe niet verplicht. Uiteraard moet de strafrechter op een dergelijk verweer wel gemotiveerd ingaan.[119] Problematisch is dat de Hoge Raad in een arrest van 13 oktober 2009 heeft geoordeeld dat het vervolgen van vluchtelingen wegens het in het bezit hebben van valse reis- of identiteitsdocumenten in strijd is met artikel 31, eerste lid, van het Vluchtelingenverdrag, althans als nog geen statusdeterminatie heeft plaatsgehad.[120] Een arrest van de Hoge Raad is – ook als het ertoe leidt dat toepassing van een wettelijk voorschrift in een concreet geval achterwege dient te blijven – echter geen grond voor herziening van een uitspraak van de bestuursrechter.

117 Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (PB 2008 L 348).

118 ABRvS 22 mei 2013, *AB* 2013/350, m.nt. T. de Lange.

119 Zie hierover nader: Verschaeren & Peeters.

120 HR 13 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI1325. Zie ook: HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2009:BW9266. Op 28 mei 2013 heeft de Hoge Raad deze lijn verduidelijkt en uitgewerkt: ECLI:NL:HR:2013:BX4493, ECLI:NL:HR:2013:BY4247, ECLI:NL:HR:2009:BY4310, en ECLI:NL:HR:2009:BY8956. Zie ook: HR 3 juni 2014, ELCI:NL:HR:2014:477. Zie hierover ook: De Jonge van Ellemeet, p. 89-91.

Het zou mijns inziens echter onaanvaardbaar zijn, indien de Afdeling bestuursrechtspraak ook in dit soort gevallen zou vasthouden aan haar hiervoor uiteengezette benaderingswijze, waarbij de uitspraak van de strafrechter – in dit geval de eerdere veroordeling van de desbetreffende vreemdeling – leidend is voor de ongewenstverklaring. Dit zou er immers toe leiden dat een vreemdeling ongewenst mag worden verklaard, hoewel uit latere jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de veroordeling door de strafrechter die de basis voor de ongewenstverklaring vormt, onmiskenbaar in strijd is met het internationale recht. Uit een oogpunt van verdeling van rechtsmacht zou het uiteraard de voorkeur verdienen, indien de vreemdeling zich tot de Hoge Raad wendt om zijn veroordeling te laten herzien. Nog daargelaten of een wijziging in de jurisprudentie, zoals in dit geval aan de orde, grond voor herziening kan zijn, levert deze route geen positieve bijdrage aan een efficiënte verdeling van rechtsmacht. Gegeven de jurisprudentie van de Hoge Raad moet voor de bestuursrechter immers duidelijk zijn dat de vreemdeling thans niet meer veroordeeld zou zijn. In dit soort gevallen blijkt de waarde van het maken van een algemeen voorbehoud, zoals de Hoge Raad deed in het hiervoor in paragraaf 4.2.2.5 vermelde arrest van 24 september 2002. Dat biedt een mogelijkheid om in een voorkomend geval tot de juiste oplossing te komen zonder om te hoeven gaan of de jurisprudentie te hoeven nuanceren. Bezien zal moeten worden hoe de Afdeling zich hieruit redt.

Een spiegelbeeldige situatie treffen we aan in de jurisprudentie van de Afdeling over het inreisverbod. Ingevolge artikel 108, zesde lid, van de Vreemdelingenwet 2000 wordt met hechtenis van zes maanden of een geldboete van de tweede categorie bestraft de vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd. Onder verwijzing naar verschillende arresten van het Hof van Justitie is wel betoogd dat de omstandigheid dat overtreding van een inreisverbod met gevangenisstraf wordt bedreigd in strijd is met het unierecht en dat onder die omstandigheden aan een vreemdeling dus geen inreisverbod mag worden opgelegd. In een uitspraak van 22 mei 2013 overwoog de Afdeling:

> 'Eerst wanneer de strafrechter aan een vreemdeling aan wie een inreisverbod is uitgevaardigd wegens overtreding ervan een vrijheidsstraf oplegt, bestaat […] aanleiding om te toetsen of de Terugkeerrichtlijn zich daartegen verzet. Gelet hierop is het aan de strafrechter om in een concreet geval te oordelen over de verenigbaarheid van de strafbaarstelling van de overtreding van een inreisverbod met de Terugkeerrichtlijn. Aldus wordt aangesloten bij de jurisprudentie van de Afdeling inzake de ongewenstverklaring (zie de uitspraak van de Afdeling van 7 augustus 2006 in zaak nr. 200602402/1), waaruit blijkt dat de vraag hoe de strafrechtelijke gevolgen van een ongewenstverklaring zich verhouden tot de omstandigheid dat een vreemdeling niet naar het land van zijn herkomst uitgezet zal worden, door het OM en de strafrechter dient te worden beantwoord.'[121]

121 ABRvS 22 mei 2013, *AB* 2013/350, m.nt. T. de Lange.

Met andere woorden: of het unierecht zich al dan niet verzet tegen (het opleggen van) een inreisverbod, op overtreding waarvan gevangenisstraf staat, dient niet te worden beoordeeld door de bestuursrechter, maar door de strafrechter.

4.4.3.4 College van Beroep voor het bedrijfsleven

Wat betreft de betekenis die aan een vrijspraak door de strafrechter wordt gehecht, lijkt het College van Beroep voor het bedrijfsleven op dezelfde lijn te zitten als zowel de Centrale Raad van Beroep, de Hoge Raad, als de Afdeling bestuursrechtspraak. Een vrijspraak door de strafrechter bindt de bestuursrechter niet. In een uitspraak van 8 februari 2013 overwoog het College:

> 'Een vrijspraak betekent alleen dat de strafrechter het tenlastegelegde niet wettig en overtuigend bewezen acht. De bestuursrechter is bij de vaststelling van en het oordeel over het hem voorgelegde geschil in het algemeen niet gebonden aan het oordeel van de strafrechter, te minder nu in de strafrechtelijke procedure een andere rechtsvraag voorlag en een ander procesrecht van toepassing was.'[122]

Dit laat uiteraard onverlet dat de bestuursrechter op basis van dezelfde feiten tot hetzelfde oordeel komt als de strafrechter of zelfs dat oordeel overneemt.[123]

Uit de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven kan niet eenduidig worden afgeleid welke betekenis het hecht aan een (onherroepelijke) veroordeling door de strafrechter. Er is een enkele uitspraak waaruit wellicht zou kunnen worden afgeleid dat het evenals de Afdeling bestuursrechtspraak een gedifferentieerde benadering voorstaat. Een uitspraak is evenwel niet voldoende om een lijn met een vaste richting te trekken, te minder indien de motivering van de uitspraak niet bijzonder uitgesproken is en de uitspraak van de strafrechter enkel lijkt te dienen als bevestiging van de verklaring van de rechtzoekende.[124]

4.4.4 Algemene regel?

Bestuursrechter – strafrechter

Aan het voorgaande, bezien in het licht van de bestaande jurisprudentie, kan de regel worden ontleend dat in elk geval wat betreft de Afdeling bestuursrechtspraak een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in de

122 CBb 8 februari 2013, *JBO* 2013/57, m.nt. D. van der Meijden. Zie bijvoorbeeld ook: CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX0316. Zie ook: CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:BX0316, waaruit volgt dat een vrijspraak niet in de weg staat aan het opleggen van een bestuurlijke (herstel)sanctie.

123 Zie bijvoorbeeld: CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ1723.

124 CBb 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:226.

bestuursrechtelijke procedure dwingend bewijs oplevert van het gepleegde strafbare feit. Zoals Sillen in zijn noot bij deze uitspraak terecht opmerkt, lijkt dit op de regeling die in artikel 161 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering is neergelegd. Op grond daarvan levert een onherroepelijk vonnis van de strafrechter, waarbij hij bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, dwingend bewijs van dat feit op. Anders dan in het burgerlijk procesrecht is in het bestuursrecht niet in de wettelijke mogelijkheid voorzien tegenbewijs te leveren. De Afdeling bestuursrechtspraak maakt weliswaar geregeld dezelfde voorbehouden als de Hoge Raad ('in beginsel' en 'omstandigheden die nopen tot het maken van een uitzondering'), maar voor zover ik kan overzien, heeft zij deze uitzonderingen tot nu toe nooit uitgewerkt. Ik kan mij dan ook niet aan de indruk onttrekken dat de gemaakte voorbehouden slechts een middel vormen om onaanvaardbare uitkomsten te voorkomen.

Nog daargelaten dat de wetgever geen aanleiding heeft gezien voor de verhouding tussen de straf- en bestuursrechter over de gehele linie een met artikel 161 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering vergelijkbare regeling te treffen, zie ik ook geen reden waarom de bestuursrechter niet zou mogen uitgaan van de juistheid van de uitspraak van de strafrechter, ook niet indien een rechtzoekende tegenbewijs levert.[125] Gegeven dat in het bestuursrecht, anders dan in het civiele recht, de rechtsvaststelling in eerste instantie door het bestuursorgaan geschiedt en niet door de rechter, zou dit er immers toe leiden dat de juistheid van een (straf)rechterlijke uitspraak op bestuurlijk niveau wordt herbeoordeeld aan de hand van door een rechtzoekende aangevoerde feiten en omstandigheden. Het behoeft geen toelichting dat dit uit oogpunt van scheiding der machten een ongewenste situatie is, ook indien in aanmerking wordt genomen dat de bestuursrechter de feitenvaststelling door het bestuursorgaan zonder terughoudendheid toetst. Indien een rechtzoekende meent dat de uitspraak van de strafrechter, die het bestuursorgaan en de bestuursrechter als gegeven beschouwen, onjuist is en hij zich daarbij niet wil neerleggen, dient hij gebruik te maken van de middelen die het straf(proces)recht biedt. Dit laat uiteraard onverlet dat de bestuursrechter tot de slotsom kan komen dat het besluit, bijvoorbeeld de intrekking van het verleningsbesluit en terugvordering van teveel ontvangen uitkeringsbedragen, de toets in rechte niet kan doorstaan.

Het zou mijn voorkeur hebben als de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarbij een onherroepelijke veroordeling door de strafrechter dwingend bewijs oplevert van het gepleegde strafbare feit, ook door de Hoge Raad als bestuursrechter, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep zou worden gehanteerd. Voor de Centrale Raad van Beroep zou dat relatief eenvoudig zijn. Indien de strafrechter wettig en overtuigend bewezen acht dat een persoon een

125 In dezelfde zin: Verbeek 2012, p. 38-41, zij het dat hij – als ik het goed zie – de burger wel de mogelijkheid tot tegenbewijs zou willen bieden.

bepaalde gedraging heeft verricht, dan zou dat – gegeven de hoge eisen die de strafrechter aan bewijsvergaring stelt – voor de bestuursrechter voldoende moeten zijn er eveneens van uit te gaan dat die gedraging is verricht.[126] Een benadering derhalve die de Centrale Raad van Beroep – zij het daartoe gedwongen door de wetgever – hanteert in militaire ambtenarenzaken.[127] In een wat verder verleden heeft de Centrale Raad van Beroep deze benaderingswijze overigens in niet militaire ambtenarenzaken ook gehanteerd.[128] Voor vrijspraken kan de huidige jurisprudentie worden gehandhaafd. Het *una-via-beginsel*, voor de bestuurlijke boete neergelegd in artikel 5:44 van de Algemene wet bestuursrecht, waarborgt dat aan een verdachte die is vrijgesproken door de strafrechter voor hetzelfde feit geen bestuurlijke bestraffende sanctie wordt opgelegd, en omgekeerd. Aan het opleggen van een herstelsanctie staat dit uit de aard der zaak niet in de weg.[129]

Strafrechter – bestuursrechter

Voor de Hoge Raad als strafrechter zou dit tot de spiegelbeeldige situatie moeten leiden. Aangezien de bestuursrechter lagere eisen stelt aan de bruikbaarheid van het bewijsmateriaal, kan een uitspraak van de bestuursrechter waarin hij een handhavingsbesluit in stand laat, voor de strafrechter geen grond zijn om aan te nemen dat wettig en overtuigend is bewezen dat betrokkene de gedragingen waarvoor hij wordt vervolgd, heeft gepleegd. Juist omdat de bestuursrechter lagere eisen aan het bewijs stelt, zie ik niet in waarom een oordeel van de bestuursrechter dat betrokkene de gedragingen waarop de toepassing van de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen is gebaseerd, niet heeft verricht (dan wel dat het bewijs waaruit dat zou blijken buiten beschouwing moet worden gelaten) voor de strafrechter geen grond zou moeten zijn tot vrijspraak over te gaan, of in elk geval een veroordeling achterwege te laten. Daarbij doel ik uiteraard wel op de gevallen waarin de toepassing van de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen en de strafvervolging op hetzelfde feitencomplex zijn gebaseerd. Deze benaderingswijze heeft als bijkomend voordeel dat de voor de gemiddelde burger onbegrijpelijke situatie (zie het hiervoor besproken voorbeeld over bijstandsfraude) wordt voorkomen. Zoals ik hiervoor opmerkte, neemt de Hoge Raad thans geen enkele gebondenheid aan van de strafrechter aan de (toetsing van de) feitenvaststelling door de bestuursrechter.

126 Bijkomend voordeel is dat ook bestuursorganen van de veroordeling kunnen uitgaan bij de besluitvorming of bij de beantwoording van de vraag of al dan niet aanleiding bestaat tot het treffen van bestuursrechtelijke maatregelen en zich na een veroordeling door de strafrechter niet de vraag hoeven stellen of ook zij wel overtuigd zijn dat betrokkene de gedraging heeft verricht (zie bijvoorbeeld: CRvB 13 maart 2007, *JB* 2007/108).

127 Zie bijvoorbeeld: CRvB 13 juli 2006, *TAR* 2006, 159, m.nt. G.L. Coolen.

128 Zie: R. Ortlep bij ABRvS 23 mei 2012, *AB* 2013/354.

129 Zie over het (belang van het maken van) onderscheid tussen bestuurlijke bestraffende sancties en herstelsancties: Albers 2014, p. 22-65.

4.4.5 Tussenconclusies

Wat betreft de vraag of tussen de straf- en bestuursrechter gebondenheid wordt aangenomen aan een eerdere feitenvaststelling bestaat blijkens de jurisprudentie een duidelijk verschil in benadering tussen de Hoge Raad (als strafrechter) en de Centrale Raad van Beroep enerzijds en de Afdeling bestuursrechtspraak anderzijds. Eerstgenoemden nemen over en weer geen enkele vorm van gebondenheid aan. De Afdeling bestuursrechtspraak maakt een onderscheid tussen voor de rechtzoekende begunstigende en belastende vaststellingen. Zij acht zich gebonden aan veroordeling door de strafrechter en de daaraan ten grondslag liggende vaststelling van de feiten, maar niet aan een vrijspraak. De reden om geen gebondenheid aan te nemen is voor alle instanties de eigen aard van de respectieve procedure en de eisen die deze stelt aan het te leveren bewijs. De benaderingswijze van het College van Beroep voor het bedrijfsleven sluit grotendeels aan bij die van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep.

Mijns inziens zou de rechtseenheid gebaat zijn bij de volgende, op de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak gebaseerde, uitgangspunten. In geval van een onherroepelijke veroordeling door de strafrechter gaat de bestuursrechter ervan uit dat betrokkene de verweten gedraging heeft verricht. Een vrijspraak bindt de bestuursrechter echter niet, nu het bestuursrecht aan het bewijs en de wijze waarop het verkregen is minder eisen stelt. Is sprake van een onherroepelijk oordeel van de bestuursrechter dat niet aannemelijk is dat betrokkene de gedraging heeft verricht, dan wel dat het bewijsmateriaal waaruit blijkt dat hij deze wel heeft verricht niet kan worden gebruikt, dan gaat de strafrechter daarvan eveneens uit. Een ongegrondverklaring door de bestuursrechter van een beroep bindt de strafrechter niet. In geen van deze gevallen, hoeft de rechtzoekende gelegenheid te worden geboden tegenbewijs van de vaststelling door de bestuursrechter of strafrechter te leveren.

4.5 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk stond de verhouding tussen de straf- en de bestuursrechter centraal. De strafrechter hanteert blijkens de jurisprudentie het uitgangspunt dat hij slechts binding aanvaardt op grond van de *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter*. Indien een openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang niet is gevolgd, werpt de strafrechter een verdachte de *leer van de formele rechtskracht* niet tegen, maar gaat hij over tot een zelfstandige beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit.

Wat betreft de gebondenheid aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift neemt de Hoge Raad slechts gebondenheid van de strafrechter aan, en wel *erga omnes*, aan een oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *on*verbindend is. Van zodanig oordeel van een eerstelijnsbestuurs-

rechter gaat voor de strafrechter geen *erga-omnes*binding uit, maar het heeft *inter partes* wel betekenis over de band van het oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van een besluit. Op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter is de strafrechter aan dat oordeel gebonden, mits het onherroepelijk is. De Hoge Raad aanvaardt slechts zeer beperkte uitzonderingsmogelijkheden, in het bijzonder bij evidente strijd met het EVRM of unierecht. Jurisprudentie waarin één van de hoogste bestuursrechters uitdrukkelijk ingaat op de vraag of de bestuursrechter gebonden is aan een oordeel van de (hoogste) strafrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift ben ik niet tegengekomen.

Bij de vraag of binding wordt aangenomen aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift bleek de *leer van de meest gerede rechter* goede dienst te doen. Zowel de strafrechter, als de bestuursrechter pleegt zich blijkens de jurisprudentie aan te sluiten bij de uitleg, gegeven door de instantie tot wier rechtsgebied het voorschrift behoort, dan wel waarmee het het meest verband houdt.

Speelde bij beantwoording van de eerste twee vragen een doelmatige taakverdeling en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken tussen de straf- en de bestuursrechter een belangrijke rol, bij beantwoording van de derde vraag lijken deze belangen in de jurisprudentie geen rol te spelen. Zowel de Hoge Raad als strafrechter, als de Centrale Raad van Beroep, als het College van Beroep voor het bedrijfsleven acht zich niet gebonden aan een eerdere feitenvaststelling door de andere instantie. De belangrijkste reden daarvoor lijkt te zijn dat het bestuursrecht en het strafrecht verschillende eisen aan het bewijs stellen, in het bijzonder aan de wijze waarop feiten worden vergaard. De Afdeling bestuursrechtspraak volgt een genuanceerdere benadering. Zij acht zich gebonden aan een bewezenverklaring, dan wel veroordeling door de strafrechter, maar niet aan een vrijspraak. Opvallend is dat ook voor de Afdeling bestuursrechtspraak de reden voor de gekozen benadering is gelegen in de verschillende eisen die in de straf- en de bestuursrechtelijke procedure worden gesteld aan het bewijs.

Ik kwam tot de conclusie dat de door de Afdeling bestuursrechtspraak gehanteerde benaderingswijze voor eerdere oordelen over de vaststelling van feiten, over de gehele linie van het straf- en bestuursrecht zou moeten gelden. Wat betreft de strafrechter zou dit leiden tot de spiegelbeeldige situatie: de strafrechter acht zich gebonden aan een onherroepelijk oordeel van de bestuursrechter dat betrokkene de hem verweten gedragen niet heeft verricht, dan wel dat het bewijs niet kan worden gebruikt. Het tegenovergestelde oordeel van de bestuursrechter bindt de strafrechter evenwel niet.

5 Verhouding bestuursrechter – bestuursrechter

5.1 Algemeen

5.1.1 Inleidende opmerking

In voorgaande hoofdstukken ging ik in op de vraag of de civiele rechter en de strafrechter, enerzijds, en de bestuursrechter, anderzijds, zich over en weer – al dan niet kenbaar – gebonden achten aan elkaars uitspraken. Bij eerste beschouwing kan de vraag rijzen of de civiele, straf- en bestuursrechter wel iets gemeen hebben wat tot het aannemen van enige vorm van gebondenheid aanleiding zou kunnen geven. De formeel-wettelijke bevoegdheidsbepalingen lijken – de algemene rest-rechtsmacht van de civiele rechter daargelaten – immers uit te gaan van exclusieve bevoegdheden van de verschillende rechters op de verschillende rechtsgebieden. De vaak door de beoefenaars van het respectieve rechtsgebied bezongen eigen aard benadrukt verder eerder de verschillen tussen de rechtsgebieden dan dat deze tot het aannemen van enige noodzaak tot uniformiteit aanleiding geeft. Zoals in de voorgaande hoofdstukken al bleek, is het idee van het bestaan van gescheiden rechtsgebieden, waarbij ieder vanuit zijn eigen appelboom recht kan spreken, evenwel schijn.[1]

5.1.2 Civiele rechter – bestuursrechter

De Hoge Raad ontleent aan artikel 112, eerste lid, van de Grondwet de algemene rechtsmacht van de civiele rechter om kennis te nemen van alle vorderingen, indien deze maar zijn gebaseerd op – gesteld – onrechtmatig handelen. Daarnaast heeft de Awb-wetgever voorzien in een beperkte toegang tot de bestuursrechter, onder meer door het stellen van het belanghebbendevereiste. Deze twee omstandigheden, enerzijds, en de jurisprudentie van de bestuursrechter(s) over financiële geschillen, anderzijds, hebben ertoe geleid dat de civiele rechter en de bestuursrechter op onderdelen rechtsmacht zijn gaan delen. Onder gedeelde rechtsmacht versta ik dat beiden bevoegd zijn of zich bevoegd achten ten aanzien van dezelfde (soort) geschillen, met dezelfde feitelijke grondslag, al dan niet in dezelfde partijconstellatie. Dit bergt niet alleen het risico in zich van op concreet zaakniveau met elkaar

1 Zoals een kantonrechter uit Terborg die, naar de mare gaat, de tot de ambtswoning behorende boomgaard verkoos boven de zittingszaal om recht te spreken en dat ook bij voorkeur deed tijdens de werkzaamheden in die boomgaard.

tegenstrijdige uitspraken, maar, zoals in hoofdstuk 3 bleek, komt het regelmatig voor dat dat risico zich realiseert. Zoals we hebben gezien, heeft zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter naar methodes gezocht om dit zoveel mogelijk te voorkomen. Centraal hierbij staat het beginsel van de formele rechtskracht, als verzamelterm van onder meer de leer van de formele rechtskracht en de leer van bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter. Evenzeer is duidelijk geworden dat het risico van tegenstrijdige uitspraken daarmee niet volledig kan worden weggenomen.

5.1.3 Strafrechter – bestuursrechter

Hoewel de ontwikkeling van het punitieve bestuursrecht of, zo men wil, het bestuursrechtelijke strafrecht de afgelopen jaren een hoge vlucht heeft genomen, laat dat onverlet dat het daarbij nog steeds bestuursrecht betreft. Voor zover bestuursrechtelijke maatregelen een bestraffend karakter hebben, zorgt het – al dan niet gecodificeerde – *ne bis in idem*- of *una-via*beginsel ervoor dat ten aanzien van hetzelfde feit van samenloop, dan wel van dubbele bestraffing geen sprake kan zijn.[2] Dit laat onverlet dat, zoals in het voorgaande hoofdstuk bleek, ook de strafrechter en de bestuursrechter in bepaalde gevallen van elkaar afhankelijk zijn. De redenen daarvoor zijn de wens van de wetgever bepaalde gedragingen zowel strafrechtelijk (punitief), als bestuursrechtelijk (reparatoir) te handhaven en de omstandigheid dat de strafrechter een uitspraak van de bestuursrechter van belang vindt om bewezen te achten dat in een concreet geval is voldaan aan de bestanddelen van de delictsomschrijving, dan wel omdat een oordeel van de strafrechter door de bestuursrechter onder omstandigheden als gegeven wordt beschouwd voor het bestuursrechtelijk traject.

5.1.4 Bestuursrechter – bestuursrechter

In dit hoofdstuk staat de verhouding tussen de ene en de andere bestuursrechter centraal. Deze verhouding is bijzonder, omdat de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties van oudsher exclusief bevoegd zijn op hun respectieve rechtsgebieden. Zowel de Beroepswet, als de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie bevat een limitatieve bijlage, waarin de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven voor de daar genoemde wetten en regelingen bij uitsluiting zijn aange-

2 Zie bijvoorbeeld artikel 5:44 van de Awb en – onder andere – HR 20 maart 2007, *AB* 2007/249, m.nt. A.B. Blomberg, CRvB 8 juli 2009, *AB* 2009/379, m.nt. H.E. Bröring, en ABRvS 4 mei 2010, *AB* 2010/160, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Zie voor een nadere beschrijving ook: Rogier 2006, en Heinrich & Veldhuis 2009. Opgemerkt zij dat een bestuursrechtelijke handhavingsmaatregel op de betrokken burger wellicht bestraffend (punitief) overkomt, maar in de jurisprudentie vaak als reparatoir wordt beschouwd.

wezen als bevoegde (hoger)beroepsrechter. De Hoge Raad is krachtens de Algemene wet inzake de rijksbelastingen bij uitsluiting bevoegd kennis te nemen van cassatieberoepen in belastingzaken.

De bevoegdheidsverdeling is sinds 1 januari 2013 neergelegd in de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak. Ook die regeling kent de verschillende instanties exclusieve rechtsmacht toe. De Afdeling bestuursrechtspraak was en is bevoegd ten aanzien van alle geschillen die niet tot de absolute bevoegdheid van de andere hoogste bestuursrechterlijke instanties behoren. Door de wetgever ooit bedoeld als hoogste algemene bestuursrechter, treedt zij daarmee *de facto* op als bestuursrechtelijke restrechter.

5.1.4.1 Geen gedeelde rechtsmacht?

Deze duidelijke en door de wetgever uitdrukkelijk als exclusief bedoelde bevoegdheidsverdeling zorgt ervoor dat, anders dan tussen de civiele rechter, de strafrechter en de bestuursrechter, in de verhouding tussen bestuursrechters onderling van gedeelde rechtsmacht geen sprake kan zijn. Eerder zette ik uiteen dat van gedeelde rechtsmacht sprake is, indien meerdere rechterlijke instanties bevoegd zijn of zich bevoegd achten ten aanzien van dezelfde (soort) geschillen, met dezelfde feitelijke grondslag, al dan niet in dezelfde partijconstellatie. De exclusieve bevoegheidsverdeling leidt ertoe dat het niet voorkomt dat verschillende, tot elkaar niet in enige hiërarchische verhouding staande bestuursrechters voor verschillende fases van een uit hetzelfde feitencomplex voortvloeiende procedure bevoegd zijn, zoals wel het geval kan zijn in de verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter. Zo al sprake is van jurisdictiegeschillen die tot gedeelde rechtsmacht aanleiding zouden kunnen geven, worden deze opgelost via informeel overleg.[3] Als dat – onverhoopt – niet lukt, voorziet artikel 77 van de Wet op de rechterlijke organisatie in het uiterste geval in een regeling op grond waarvan de Hoge Raad bevoegd is dergelijke geschillen te beslechten. Van deze weg is tot nu toe gebruikgemaakt in competentiegeschillen tussen de Afdeling bestuursrechtspraak als hoogste algemene bestuursrechter en lagere belastingrechters.[4]

Dat de absolute bevoegdheid van de gespecialiseerde hoogste bestuursrechterlijke instanties bepaald wordt aan de hand van de wettelijke regeling op grond waarvan een besluit is genomen en de Afdeling bestuursrechtspraak alleen voor de overige gevallen bevoegd is, brengt mee dat zich slechts bij uitzondering de situatie kan voordoen dat de verschillende instanties in elkaars vaarwater terecht komen. Anders dan bij de hiervoor

3 Zie voor (een beschrijving van) de verschillende overlegvormen: Benetreu & Van der Ham, p. 80-83, Treffers 2007, p. 241-243, Bekker & Van Kreveld, Van Ettekoven 2010, p. 283-284, Den Otter, p. 100, en de daar genoemde literatuur. Zie ook: De Poorter 2012.

4 Zie: HR 7 maart 2003, *BNB* 2003/148 en HR 12 december 2008, *BNB* 2009/32C, beide m.nt. W.J.N.M. Snoijink.

besproken relaties tussen de civiele rechter en de bestuursrechter, en de strafrechter en de bestuursrechter, waarvoor kan worden geput uit omvangrijke afstemmingsjurisprudentie, is jurisprudentie over afstemmingsvragen in de verhouding tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties beperkt. Mij is geen jurisprudentie bekend, waarin bijvoorbeeld één van deze instanties zich kenbaar voor de vraag gesteld ziet of zij zich al dan niet gebonden zou moeten achten aan een eerdere feitenvaststelling door één van de andere instanties. Dat in de verhouding tussen bestuursrechters geen gedeelde rechtsmacht bestaat, kan daarvoor als verklaring gelden. De vraag of binding bestaat aan een eerdere feitenvaststelling kan in deze paragraaf derhalve onbesproken blijven.

5.1.4.2 Kunnen zich verschillen voordoen?

Dat wil overigens niet zeggen dat tussen de verschillende bestuursrechterlijke instanties geen verschillen zouden bestaan over de wijze waarop zij op hun respectieve rechtsgebieden met feitenvaststelling en de daarmee samenhangende bewijslastverdeling tussen appellerende (rechts)personen en bestuursorganen omgaan. Dit zal deels aan de orde komen bij de bespreking van de vraag of hoogste bestuursrechterlijke instanties zich gebonden achten aan uitleg van wettelijke voorschriften door één van de zusterinstanties.[5]

Het ontbreken van gedeelde rechtsmacht is er mijns inziens mede debet aan dat ook jurisprudentie waarin een hoogste bestuursrechterlijke instantie zich voor de vraag gesteld heeft gezien of zij gebonden is aan een eerdere uitspraak van een zusterinstantie over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift schaars is. Dit geldt evenzeer voor jurisprudentie over gebondenheid aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift. In beide gevallen zal dit zich immers alleen kunnen voordoen bij de wettelijke regelingen die de hoogste bestuursrechterlijke instanties gemeen hebben. Hierbij denk ik in de eerste plaats aan de Algemene wet bestuursrecht (en de daarop gebaseerde lagere regelingen), dan wel tot 1 januari 2013 de voor het hoger beroep (of beroep in cassatie) geldende regelingen, voor zover deze inhoudelijk met elkaar overeenstemmen. Ook kan worden gedacht aan de Grondwet, supranationaal en internationaal recht. Voor de laatste categorieën zijn het EVRM en het unierecht het belangrijkst. De betekenis van het internationaal recht is voor de beantwoording van de bindingsvraag tussen de verschillende bestuursrechterlijke instanties overigens beperkt, aangezien unierecht over het algemeen sectoraal in de Nederlandse rechtsorde doorwerkt of geïmplementeerd wordt en daarmee doorgaans behoort tot de exclusieve bevoegdheid van één van de bestuursrechterlijke instanties. Een

5 De belangstellende lezer verwijs ik – zonder volledig te willen zijn – graag naar: Barkhuysen, Damen e.a., p. 21-35, Schuurmans 2005, en Verburg, en de daar vermelde literatuur.

duidelijke uitzondering hierop vormt het per 1 december 2009 in werking getreden Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat immers gelding heeft over de gehele breedte van het unierecht.

Doordat in de relatie tussen bestuursrechterlijke instanties geen sprake is van gedeelde rechtsmacht bestaat eventuele bindingsnoodzaak dan ook niet in het voorkómen van tegenstrijdige uitspraken in het concrete geval, maar veeleer in de wens tot uniformiteit van rechtspraak te komen door het ontstaan (of laten voortbestaan) van tegenstrijdige jurisprudentie tegen te gaan. Ook die jurisprudentie is beperkt. Daaraan zal het bestaan van voormelde vormen van overleg tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties ongetwijfeld hebben bijdragen. Als door middel van overleg uniformiteit kan worden bereikt, dan zal immers van afwijkende jurisprudentie geen sprake meer zijn.

5.1.5 Bindingsrelatie bestuursrechter – bestuursrechter

Zoals ik in hoofdstuk 2 besprak, is in horizontale relaties tussen rechterlijke instanties binding geen afdwingbaar gegeven, maar veeleer een behoren uit een oogpunt van rechtseenheid, rechtszekerheid en doelmatigheid. De mate van binding kan het gehele scala omvatten, variërend van het 'van dwingende betekenis zijn' als de meest verstrekkende vorm, via het 'in de beoordeling te betrekken als *persuasive argumen*t' tot het 'in aanmerking nemen', als lichtste vorm, behoudens 'geen betekenis'. Zoals hiervoor is aangegeven, kan niet worden aangenomen dat, ook indien een hiërarchische verhouding ontbreekt, een uitspraak van een rechterlijke instantie voor een andere instantie zelfs niet kwalificeert als in aanmerking te nemen argument, al is het maar uit collegiaal oogpunt.

In de vorige hoofstukken, waarin de verhoudingen tussen de civiele rechter en strafrechter enerzijds en de bestuursrechter anderzijds centraal stonden, bleek dat de Hoge Raad, als hoogste civiele rechter en strafrechter, in elk geval wat betreft de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften en uitleg van wettelijke voorschriften op onderdelen een mate van binding van de civiele rechter en strafrechter aan uitspraken van de bestuursrechter aanneemt die voor eerstgenoemden weinig tot geen ruimte biedt om van het oordeel van de bestuursrechter af te wijken. Eveneens bleek dat de bestuursrechter op onderdelen een vergelijkbare mate van binding aanneemt aan uitspraken van de civiele rechter en de strafrechter, zij het dat enige dogmatische onderbouwing daarvoor doorgaans ontbreekt. Op voormeld scala zou deze mate van binding kunnen worden gekwalificeerd als van dwingende betekenis.

In de verhouding tussen bestuursrechters onderling heeft binding door het ontbreken van gedeelde rechtsmacht een iets andere betekenis dan in de verhouding tussen de civiele rechter en strafrechter, enerzijds, en de bestuursrechter, anderzijds. Het gaat daarbij meer om een subjectieve wens om naar de rechtzoekende toe niet goed verklaarbare verschillen te voorko-

men.[6] Dit verklaart ook waarom in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties leerstellige uitspraken waarin de relatie met één van de zusterinstanties wordt gekarakteriseerd, ontbreken. Daardoor verschilt dit hoofdstuk ook van karakter ten opzichte van de overige hoofdstukken. Waar ik in de andere hoofdstukken aan de hand van jurisprudentie inzichtelijk tracht te maken op welke wijze hoogste rechterlijke instanties over en weer betekenis hechten aan elkaars (eerdere) uitspraken, dient de jurisprudentie in dit hoofdstuk alleen ter illustratie van bestaande verschillen en de wijze waarop de hoogste bestuursrechterlijke instanties deze verschillen trachten weg te werken. Daarvoor lijkt het mij niet nodig een volledig overzicht van de bestaande verschillen te geven.

Dit onderzoek betreft de bindingsrelaties *tussen* hoogste rechterlijke instanties en niet *binnen* hoogste rechterlijke instanties. Uiteenlopende jurisprudentie over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften en de uitleg van wettelijke voorschriften binnen dezelfde rechterlijke instantie is niet ondenkbaar. Zo daarvan sprake is, zullen interne afstemmingsmechanismen binnen de verschillende instanties eraan bijdragen dat dergelijke verschillen verdwijnen. Ik zal op deze verschillen verder niet afzonderlijk ingaan.

5.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?

5.2.1 Inleidende opmerkingen

De lezer die verwacht hierna één of wellicht meerdere voorbeelden te krijgen, van gevallen waarin de verschillende bestuursrechters onmiskenbaar van elkaar afwijkende oordelen hebben gegeven over de (on)verbindendheid van bepalingen uit bijvoorbeeld de Algemene wet bestuursrecht (of daarop gebaseerde lagere regelgeving zoals het Besluit proceskosten

6 Betoogd zou kunnen worden dat elk verschil kan worden verklaard door erop te wijzen dat – bijvoorbeeld – een belastingzaak nu eenmaal iets anders is dan een bouwzaak, ook als het de uitleg van bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht betreft. De Moor-van Vugt merkt op dat het gebrek aan rechtseenheid vooral een probleem is voor de eerstelijnsrechters en professionele rechtshulpverleners, omdat (diensten van) bestuursorganen doorgaans op bijzondere delen van het bestuursrecht opereren en daarom doorgaans met dezelfde appelrechter te maken hebben. Zie: De Moor-van Vugt 2010, p. 300-301. Wellicht kan een jurist ervan worden overtuigd dat het verschil in rechtsgebied een verschil in benadering rechtvaardigt; de rechtzoekende vermoedelijk niet. Met Zwart kan de kanttekening worden gemaakt of de gemiddelde rechtzoekende die, naar ik van hem begrijp, gemiddeld maar één keer in zijn leven met een rechter te maken krijgt, behoefte heeft aan eenheid van procesrecht. Hij spreekt in dit verband van een 'juristenhobby'.

bestuursrecht) en waarbij de ene instantie een bepaling onverbindend acht terwijl de andere(n) van onverkorte gelding daarvan uitgaan, moet ik teleurstellen: dergelijke uitspraken zijn mij niet bekend.[7] Dat wil niet zeggen dat de vraag of bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht wegens strijd met een verdragsbepaling onverbindend moeten worden geacht in de jurisprudentie niet aan de orde is geweest. Het komt bijvoorbeeld regelmatig voor dat een persoon die (hoger) beroep instelt en vervolgens geconfronteerd wordt met de prijs voor het instellen daarvan, stelt dat het eisen van griffierecht als zodanig, dan wel het bedrag dat de wetgever daarvoor heeft vastgesteld, de toegang tot de rechter blokkeert of onnodig bemoeilijkt en derhalve in strijd is met artikel 6 van het EVRM. Ik zal dit onderwerp als eerste bespreken.

5.2.2 Griffierecht

5.2.2.1 Inleidende opmerkingen

Ingevolge artikel 8:41, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht is de indiener van een beroepschrift voor de behandeling ervan griffierecht verschuldigd.[8] De wetgever hanteert voor de hoogte van de bedragen een normaal tarief, indien het beroep wordt ingesteld door natuurlijke personen, en een hoog tarief, indien het beroep wordt ingesteld door (privaatrechtelijke) rechtspersonen en bestuursorganen. Daarnaast heeft hij voorzien in een laag tarief voor beroepen van natuurlijke personen tegen bepaalde soorten besluiten (zie artikel 8:41, tweede lid, respectievelijk artikel 8:109, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht). Anders dan in het burgerlijk procesrecht tot 1 november 2010 het geval was, voorziet het bestuursrecht niet in de mogelijkheid (een deel van) het griffierecht in debet te stellen.[9] Evenmin voorziet het bestuursrecht in een wettelijke mogelijkheid van de verplich-

7 Zoals hiervoor uiteengezet, onderscheid ik onverbindendverklaring van een algemeen verbindend voorschrift (*in abstracto*) van het buiten toepassing laten daarvan in een concreet geval en behandel ik – in beginsel – alleen de eerste categorie.

8 Artikel 40 van de Wet op de Raad van State, artikel 22 van de Beroepswet, artikel 24 van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en artikel 29a van de Algemene wet inzake rijksbelastingen kenden tot 1 januari 2013 een vergelijkbare regeling voor het hoger beroep respectievelijk beroep in cassatie, zij het met hogere bedragen. Sinds de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht is de griffierechtregeling voor het hoger beroep neergelegd in de artikelen 8:108 en 8:109 van de Awb.

9 Zie de artikelen 17 tot en met 20 van de Wet tarieven in burgerlijke zaken. De Wet van 30 september 2010 tot invoering van een nieuw griffierechtenstelsel in burgerlijke zaken (Wet griffierechten burgerlijke zaken), Stb. 2010, 715, kent, anders dan bijvoorbeeld de Algemene wet bestuursrecht en de Wet op de Raad van State, wel een algemeen tarief voor onvermogenden (zie artikel 16 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken en de bij deze wet behorende bijlage).

ting tot het betalen van griffierecht te worden vrijgesteld.[10] Een in het recentere verleden in het belastingrecht wel bestaande mogelijkheid onder omstandigheden te komen tot vermindering van het verschuldigde bedrag, is – ondanks pleidooien de regeling zelfs uit te breiden naar het algemeen bestuursrecht – in het kader van de herziening van het fiscaal procesrecht gesneefd.[11] In zekere zin zou het een opnieuw uitbreiden zijn geweest. Onder de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen voorzag artikel 73, tweede lid, van de Wet op de Raad van State voor natuurlijke personen in de mogelijkheid om vrijstelling of vermindering van het verschuldigde griffierecht te vragen. Het ingevolge de wet verschuldigde griffierecht dient op straffe van niet-ontvankelijkheid vooraf, binnen een door de griffier gestelde termijn, te worden voldaan.

5.2.2.2 Griffierechtregeling in strijd met artikel 6 van het EVRM?

H.J. Simon heeft met uitgebreide verwijzing naar jurisprudentie van het EHRM uiteengezet dat het twijfelachtig is of de Nederlandse griffierechtregeling wel in overeenstemming is met het door artikel 6 van het EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter. Hij constateert terecht dat de eis dat griffierecht wordt betaald als zodanig niet in strijd is met artikel 6 van het EVRM, maar (voor)ziet problemen bij de wijze waarop het in Nederland geregeld is. In het bijzonder problematisch acht hij dat de wettelijke regelingen de mogelijkheid ontberen van vrijstelling van de verplichting tot betaling of vermindering van de hoogte van het verschuldigde griffierecht, dan wel van het verlenen van uitstel van betaling, indien individuele omstandigheden daartoe nopen.[12] Of, zoals het EHRM overweegt:

> '…such a blanket prohibition on granting court fee waivers as contained in that article raises of itself an issue under Article 6 § 1 of the Convention'.[13]

---

10 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 9 oktober 2007 in zaak nr. 200706061/2. De reden om in het bestuursrecht niet te voorzien in een mogelijkheid van vrijstelling of vermindering van het griffierecht is – zo blijkt uit de toelichting op de Tweede Nota van Wijziging – gelegen in het streven de uitvoeringslasten zo beperkt mogelijk te houden. In zekere zin ter compensatie was in eerste instantie voorzien in een uniform, relatief laag, griffierechtbedrag in eerste aanleg (zie: *PG Awb II*, p. 430).

11 Zie artikel 5 van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken en *Kamerstukken II* 1997/98, nr. 5, p. 20-25 (NV II).

12 Simon. Zie over de aanvaardbaarheid van het heffen van griffierecht in het licht van het EVRM ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1081-1084 en de daar genoemde jurisprudentie en literatuur, en T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik bij EHRM van 16 november 2010 (Perdigao/Portugal), *AB* 2011/221.

13 Onder meer: EHRM 9 oktober 2007 in zaak nr. 13229/04 (Clionov/Moldavië), EHRM 10 juni 2008 in zaak nr. 28790/03 (Istrate/Moldavië), en EHRM 4 november 2008 in zaak nr. 27888/04 (Tudor-Comert/Moldavië).

De hoogste Nederlandse bestuursrechters zijn – voor sommigen wellicht verrassend – eenstemmig en zien weinig problemen in de wettelijke regeling van het griffierecht als zodanig dan wel het ontbreken van een – geformaliseerde – mogelijkheid rekening te houden met de financiële (on)mogelijkheid van de appellerende persoon. Voor het onverbindend achten van de nationale griffierechtregelingen wegens strijd met artikel 6 van het EVRM, dan wel artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, zien zij dan ook geen grond. Het is echter niet ondenkbaar dat de toepassing van de griffierechtregeling in een concreet geval met deze bepalingen in strijd zou kunnen komen, zoals we hierna zullen zien.[14] In dat geval rijst de vraag of de regeling in het concrete geval niet buiten toepassing zou moeten blijven.

5.2.2.3 Vrijstelling griffierecht

Verzoeken om vrijstelling van de verplichting griffierecht te betalen, dan wel vermindering van het verschuldigde bedrag, werden lange tijd door de griffier, dan wel de Secretaris van de Raad van State afgewezen, omdat de wetgever nu eenmaal niet in die mogelijkheid heeft voorzien. Hoewel de wet evenmin voorziet in de mogelijkheid uitstel van betaling te verlenen, waren alle hoogste bestuursrechterlijke instanties bereid (enig) uitstel te verlenen, indien appellant daar tijdig (dat wil zeggen vóórdat de gestelde termijn is verstreken) en gemotiveerd om verzoekt.[15] Artikel 6 van het EVRM is weliswaar niet van toepassing op vreemdelingenzaken, maar de Afdeling bestuursrechtspraak hanteert voormelde jurisprudentielijn ook in die zaken.[16] Zij gaat er terecht zonder meer van uit dat de minimum waarborgen die artikel 6 van het EVRM biedt ook gelden in vreemdelingenzaken, hoewel deze buiten de reikwijdte van deze bepaling vallen. Dit geldt evenzeer voor de waarborgen die artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie biedt.[17] Dit heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat ook vreemdelingen recht hebben op een behandeling van hun zaak door een onafhankelijke rechter binnen een redelijke termijn. Grondslag daarvoor vindt de Afdeling bestuursrechtspraak in algemene rechtsbeginselen van

14 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 4 juli 2011, *RV* 2011, 66, m.nt. M. Reneman, en ABRvS 6 maart 2013, *AB* 2014/267, m.nt. R. Stijnen.

15 Zie bijvoorbeeld: HR 23 juni 2006, *BNB* 2006/294 (in niet-boetezaken), ABRvS 19 november 2007 in zaak nr. 200706061/3, ABRvS 1 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE2718, CRvB 21 januari 2010, *JB* 2010/73, en CRvB 1 april 2014, *USZ* 2014/163. De Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad in boete-zaken relateren het meer aan de hoogte van het bedrag aan griffierecht dat in die gevallen verschuldigd was, maar de conclusie komt overeen met die van de Afdeling bestuursrechtspraak (onder meer CRvB 16 januari 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:AZ7205, en de uitgebreide jurisprudentie vermeld onder aantekening 10a bij artikel 8:41 van de Awb in *T&C Awb*, Deventer: Kluwer 2013).

16 Onder meer: de uitspraak van 24 september 2008 in zaak nr. 200805132/1.

17 Zie: ABRvS 6 maart 2013, *AB* 2014/267, m.nt. R. Stijnen.

behoorlijke rechtspleging, die ook ten grondslag liggen aan artikel 6 van het EVRM.[18] Daarmee worden door de Afdeling bestuursrechtspraak de in artikel 6 van het EVRM besloten liggende algemene rechtsbeginselen van overeenkomstige toepassing geacht op procedures die volgens de tekst van deze bepaling en de jurisprudentie van het EHRM buiten de reikwijdte daarvan liggen. Daar is niets mis mee en betoogd zou zelfs kunnen worden dat het vanzelfsprekend is, dan wel zou moeten zijn, dat elke Nederlandse rechterlijke procedure in alle opzichten voldoet aan de eisen die artikel 6 van het EVRM stelt. Indien uitstel wordt verleend, wordt dit – uiteraard – niet in de uitspraak vermeld, indien het griffierecht binnen de aldus gestelde termijn wordt voldaan.

Dat de Awb-wetgever bewust niet heeft (willen) voorzien in een mogelijkheid tot vermindering of ontheffing van de verplichting tot het betalen van het griffierecht, laat onverlet dat alle hoogste bestuursrechterlijke instanties een mogelijkheid zien te beoordelen of niet-ontvankelijkverklaring van een beroep wegens het niet betalen van het griffierecht in een concreet geval in strijd zou zijn met artikel 6 van het EVRM.[19] Dit komt overeen met hetgeen de regering heeft opgemerkt bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot herziening van het fiscaal procesrecht:

> 'De regeling inzake het griffierecht in de Algemene wet bestuursrecht is niet in strijd met artikel 6 van het EVRM. Het moet niet uitgesloten worden geacht dat onverkorte toepassing van de regeling in een concreet geval strijd zou kunnen opleveren met het in artikel 6 van het EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter. Indien de rechter van oordeel is dat toepassing van de regeling in een concrete zaak dat recht belemmert, kan hij bepalen dat van de belanghebbende een zodanig recht wordt geheven dat de rechtsgang in die zaak is verzekerd. Het is aannemelijk dat de rechter bij de beslissing rekening houdt met de financiële mogelijkheden van de betrokken belanghebbende en nagaat of die omstandigheden de betaling van het ingevolge de Algemene wet bestuursrecht verschuldigde recht in de weg staat (vgl. HR 28 juni 1995, NJ 1995, 567 en HR 31 januari 1994, NJ 1995, 598)'.[20]

De Hoge Raad komt in laatstvermeld arrest tot het oordeel dat van strijd met artikel 6 van het EVRM inderdaad sprake is en oordeelt dat in plaats van *ƒ* 800,00, *ƒ* 150,00 moest worden voldaan.

Een voorbeeld waaruit blijkt dat de rechter inderdaad in staat is maatwerk te leveren, is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 4 juli 2011.[21] Het betreft een vreemdeling die Brits staatsburger is en die

---

18 De Hoge Raad heeft zich in zijn arrest van 10 juni 2011, *AB* 2011/184, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, wat betreft het – eveneens buiten de reikwijdte van artikel 6 van het EVRM vallende belastingrecht – bij deze benaderingswijze aangesloten. Daarbij verwijst de Hoge Raad, zij het over de band van de conclusie van de A-G, naar de jurisprudentie van de andere hoogste bestuursrechters.

19 Zie hierover bijvoorbeeld: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 404-405 en de door haar daar aangehaalde jurisprudentie en literatuur.

20 *Kamerstukken II* 1997/98, nr. 5, p. 20-25 (NV II), p. 20-21.

21 ABRvS 4 juli 2011, *JB* 2011/188, m.nt. A.J. Bok.

opkomt tegen zijn ongewenstverklaring. Hij voert aan dat de toenmalige minister voor Immigratie en Asiel deze ten onrechte had gebaseerd op het nationale openbare-ordecriterium in plaats van te beoordelen of hij een 'actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving' vormt, zoals vereist door artikel 27, tweede lid, van Richtlijn 2004/38/EG.[22] De vreemdeling had in beroep voorts betoogd dat hij moest worden vrijgesteld van de verplichting tot het betalen van griffierecht, omdat hij vanwege zijn detentie in de extra beveiligde inrichting te Vught zodanig beperkte inkomsten had dat sprake was van een onaanvaardbare beperking van zijn recht op toegang tot de rechter. In dat verband had hij een beroep gedaan op zowel artikel 6 van het EVRM, als artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

De rechtbank had het beroep van de vreemdeling niet-ontvankelijk verklaard en de grieven in hoger beroep betroffen uitsluitend de vraag of de rechtbank terecht had geweigerd de vreemdeling vrijstelling te verlenen. De Afdeling bestuursrechtspraak diende zich evenwel – eerst – ook uit te spreken over de vraag of de vreemdeling voor de behandeling van het hoger beroep griffierecht verschuldigd is. Zij overweegt als volgt:

> '2.2.1. De vreemdeling verblijft sinds 21 december 2007 in de extra beveiligde inrichting te Vught (hierna: de EBI). Het door de rechtbank aan de Afdeling gezonden procesdossier biedt geen aanknopingspunten aan te nemen dat de vreemdeling over eigen vermogen beschikt, dan wel over andere inkomsten dan die, die hij verwerft met het verrichten van arbeid in de EBI. Ingevolge artikel 2, tweede lid, van de Regeling arbeidsloon gedetineerden, bedraagt het uurloon maximaal € 0,76. De vreemdeling heeft ingevolge artikel 47, eerste lid, van de Penitentiaire beginselenwet weliswaar recht op deelname aan in de inrichting beschikbare arbeid, maar heeft geen aanspraak op een vast aantal werkuren per week.
>
> 2.2.2. Onder deze omstandigheden vormt de verplichting tot het betalen van een bedrag van € 227,00 aan griffierecht voor het in behandeling nemen van een hoger beroep een wezenlijke inbreuk op het onder andere door artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie gewaarborgde recht op toegang tot de rechter. Daarbij kan er niet aan worden voorbijgezien dat het bij het besluit op bezwaar gehandhaafde besluit van 9 juli 2009 een ambtshalve door de minister genomen, voor de vreemdeling belastend, besluit is. Dat de vreemdeling het griffierecht niet heeft voldaan, staat dan ook niet aan een inhoudelijke behandeling van het hoger beroep in de weg.
>
> 2.2.3. De door de rechtbank aan de Afdeling toegezonden stukken bieden geen aanknopingspunten voor de procedure in beroep, waarvoor een griffierecht bedrag van € 150,00 gold, tot een andere slotsom te komen. De rechtbank heeft een inhoudelijke beoordeling van het door de vreemdeling tegen het besluit van 18 mei 2010 ingestelde beroep dan ook ten onrechte achterwege gelaten.'

22 Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG.

De Afdeling bestuursrechtspraak wijst de zaak vervolgens naar de rechtbank terug om met inachtneming van haar uitspraak te worden behandeld en beslist, zonder heffing van griffierecht. Opmerking verdient nog dat uit de uitspraak niet blijkt of de Afdeling bestuursrechtspraak bij de beoordeling van de financiële positie van de vreemdeling ambtshalve onderzoek heeft gedaan naar de inkomens- en vermogenspositie van de vreemdeling. Voormelde overweging 2.2.3 wekt veeleer de indruk dat zij is uitgegaan van de door de vreemdeling gestelde en door het bestuursorgaan niet weersproken informatie.[23] In deze zaak deed de vreemdeling een uitdrukkelijk beroep op aanspraken die hij stelde te ontlenen aan het unierecht. Gevolg daarvan was dat buiten twijfel stond dat het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie *had entered into play*. Ingevolge artikel 51, eerste lid, van het handvest zijn de bepalingen daarvan immers uitsluitend tot de lidstaten gericht, voor zover zij het recht van de unie ten uitvoer brengen. Uit deze uitspraak kan derhalve niet zonder meer worden afgeleid hoe de Afdeling bestuursrechtspraak zou hebben geoordeeld, indien het handvest niet van toepassing was geweest.

Uit een latere uitspraak blijkt dat wel.[24] Ook deze zaak betrof een ongewenstverklaarde vreemdeling, maar anders dan in de uitspraak van 4 juli 2011 was in dit geval niet zonder meer duidelijk of de zaak onder de reikwijdte van het unierecht viel. De Afdeling overweegt dat:

> 'Met de heffing van het griffierecht in bestuursrechtelijke zaken heeft de wetgever onder meer beoogd dat rechtzoekenden aan de hand van de daaraan verbonden kosten een zorgvuldige afweging maken of het zin heeft een zaak aan de bestuursrechter voor te leggen (zie Kamerstukken II, 1984/85, nr. 3, blz. 6 en Kamerstukken II, 1991/92, 22 494, nr. 3, blz. 125). Daarbij is de wetgever ervan uitgegaan dat heffing van griffierecht niet tot gevolg mag hebben dat aan bepaalde groepen rechtzoekenden in feite de toegang tot de bestuursrechter wordt ontnomen (Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, blz. 125). Hieruit moet worden afgeleid dat de wetgever is uitgegaan van gevallen waarin de betrokkenen over de financiële middelen beschikken om het verschuldigde griffierecht te betalen, en dus in staat zijn de daaruit voortvloeiende last af te wegen tegen het nut van het voeren van een gerechtelijke procedure.'

De Afdeling bestuursrechtspraak constateert vervolgens dat de regeling in het bestuursrecht over heffing van griffierecht, inclusief de thans daarbij behorende bedragen, niet van dien aard is dat een rechtzoekende daarbij de toegang tot de rechter wordt ontnomen. Ofwel: de regeling is niet onverbindend. De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt verder:

---

23 Zie ook: Simon, p. 88-99. Hij stelt zich op het standpunt dat, indien een rechtzoekende aanvoert dat hij niet in staat is het griffierecht te voldoen, zonder nader onderzoek uitstel met zes tot acht weken verleend zou moeten worden. Intussen zou de rechter onderzoek moeten doen naar de inkomens- en vermogenspositie. Of verder uitstel of vrijstelling moet worden verleend, zou tijdens een zitting aan de orde moeten worden gesteld en de beslissing op het verzoek moet bij wege van *(tussen)beschikking* worden genomen en (afdoende) worden gemotiveerd.

24 ABRvS 6 maart 2013, *AB* 2014/267, m.nt. R. Stijnen.

> 'Dit laat echter onverlet dat zich gevallen kunnen voordoen waarin heffing van het ingevolge de wet verschuldigde bedrag aan griffierecht het voor de rechtzoekende onmogelijk, althans uiterst moeilijk maakt om gebruik te maken van een door de wet opengestelde rechtsgang. In een dergelijk geval kan de hiervoor […] bedoelde, door de wetgever beoogde, afweging naar haar aard niet plaatsvinden. Mede gelet op het belang dat in een rechtsstaat toekomt aan de toegang tot een onafhankelijke rechterlijke instantie, welk belang mede ten grondslag ligt aan artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, kan daarom in een dergelijk geval ook buiten de reikwijdte van de genoemde artikelen niet worden aanvaard dat een (hoger) beroep wegens het niet betalen van griffierecht niet-ontvankelijk wordt verklaard.'

Gegeven dat alle hoogste bestuursrechterlijke instanties sinds jaar en dag als uitgangspunt hanteerden dat de wet niet voorziet in een mogelijkheid van vrijstelling van de verplichting tot het betalen van griffierecht of zelfs maar voor vermindering, ligt de gedachte voor de hand dat voormelde overweging tot het oordeel zou leiden dat de griffierechtregeling in algemene zin weliswaar niet onverbindend is, maar in het concrete geval buiten toepassing moet worden gelaten, indien de rechtzoekende niet beschikt over voldoende financiële middelen om de door de wetgever beoogde afweging te maken. De Afdeling kiest evenwel voor een oplossing binnen het wettelijke systeem: indien een rechtzoekende over onvoldoende middelen beschikt om het verschuldigde griffierecht te voldoen, is hij niet in verzuim met het betalen daarvan en dient niet-ontvankelijkverklaring dus achterwege te blijven (artikel 8:41, zesde lid, van de Algemene wet bestuursrecht). Opvallend is dat deze mogelijkheid, die kennelijk reeds vanaf het inwerkingtreden van de Algemene wet bestuursrecht bestond, sindsdien nimmer is toegepast, ook niet in gevallen waarin een rechtzoekende wegens betalingsonmacht heeft verzocht om vrijstelling. De Hoge Raad heeft zich letterlijk bij de benaderingswijze van de Afdeling bestuursrechtspraak aangesloten.[25]

Uit het vorenstaande volgt – *in retrospectief* – dat, voor zover in de jurisprudentie wordt overwogen dat de wet niet voorziet in de mogelijkheid tot het verlenen van ontheffing of vermindering van het griffierecht, dat letterlijk moet worden genomen en geenszins uitsluit dat in een concreet geval daartoe feitelijk wel wordt besloten. Mits in het concrete geval op juiste wijze toegepast, lijken met een dergelijke verdragsconforme praktijk de scherpste kanten te zijn weggeslepen, ook indien de wetgever op enig moment mocht besluiten tot een aanzienlijke verhoging van de griffierechtbedragen.[26] De regeling over de betaling van het griffierecht is ook bij beantwoording van de vraag naar gebondenheid aan een eerdere uitleg van een algemeen verbindend voorschrift een inspiratiebron, zoals hierna zal blijken.

---

25 HR 28 maart 2014, *BNB* 2014/135, m.nt. J.C.K.W. Bartel. De lezenswaardige conclusie van A-G IJzerman is gepubliceerd onder ECLI:NL:PHR:2013:642.

26 Zie over de stel- en bewijslastverdeling bij gestelde betalingsonmacht bijvoorbeeld: Simon 2008, p. 286-287, en Schreuder-Vlasblom, p. 404-405.

5.2.3 Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind

5.2.3.1 Inleidende opmerkingen

De beoordeling of een verdragsbepaling eenieder verbindend is vertoont, zoals ik in hoofdstuk 2 al opmerkte, gelijkenis met beantwoording van de vraag of een algemeen verbindend voorschrift ook daadwerkelijk algemeen verbindend is.[27] Om deze paragraaf niet helemaal als een nachtkaars van eensgezindheid te laten uitdoven, ook daarvan een – in zekere zin willekeurig gekozen – voorbeeld. Het betreft artikel 3 van het IVRK. Het gaat mij er daarbij niet om of deze bepaling al dan niet eenieder verbindend is, maar om de vraag of sprake is van een uiteenlopende jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties.[28] Artikel 3, eerste lid, van het IVRK luidt als volgt:

> 'Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste afweging.'

Het tweede lid luidt:

> 'De Staten die partij zijn, verbinden zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen.'

Van Emmerik heeft in kaart gebracht dat artikel 3 van het IVRK wat betreft de hoogste bestuursrechterlijke instanties aan de orde kan komen in procedures bij de Afdeling bestuursrechtspraak (in vreemdelingenzaken) en de Centrale Raad van Beroep (in socialezekerheids- en bijstandszaken).[29] Voorts is tevens een jurisprudentieonderzoek verschenen over de toepassing van alle artikelen van het IVRK door Nederlandse rechters in de periode 1 januari 2002 tot 1 september 2011.[30] De jurisprudentie van beide hoogste bestuursrechters over deze bepaling is een van de weinige voorbeelden,

---

27 Zoals in hoofdstuk 2 opgemerkt, hanteer ik rechtstreekse werkend als synoniem voor eenieder verbindend.

28 Zie over het al dan niet eenieder verbindend zijn van bepalingen van het IVRK ook: Pulles, Reneman 2011 en Beltman en Zijlstra.

29 Van Emmerik 2005. Hij constateert overigens evenzeer dat artikel 3 van het IVRK een rol kan spelen in het personen-, familie- en jeugdrecht en het civiele recht. Hoewel een deel van – in het bijzonder – het jeugdrecht formeel tot het bestuursrecht behoort, staat dit dermate in een civielrechtelijke traditie dat ik de jurisprudentie van de Hoge Raad verder buiten beschouwing laat. Gelet op het zaakpakket van het College van Beroep voor het bedrijfsleven komt artikel 3 van het IVRK daar niet in beeld. Artikel 3 van het IVRK kan bij de Afdeling bestuursrechtspraak eveneens aan de orde komen in toeslagenzaken.

30 De Graaf, Limbeek, Bahadur & Van der Meij.

waarin verschillend wordt geoordeeld over de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen.

In de vorige hoofdstukken kwam bij beantwoording van de vraag of gebondenheid bestaat aan eerdere oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften al aan de orde dat de rechter deze vraag de rechtsgronden aanvullend ambtshalve dient te beantwoorden. Dit geldt evenzeer voor de vraag of een verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft. Deze vraag beoordelen alle hoogste bestuursrechterlijke instanties materieel aan de hand van de criteria die door de Hoge Raad zijn verwoord in onder meer het zogenoemde Spoorwegstaking- en Harmonisatiewet-arrest, zij het dat niet steeds dezelfde bewoordingen worden gehanteerd, of zelfs maar naar een van die arresten wordt verwezen.[31] In alle gevallen komt het erop neer dat wordt beoordeeld of de desbetreffende bepaling voldoende duidelijk en concreet is om zonder nadere in- of uitvoeringswetgeving in de nationale rechtsorde als zelfstandige rechtsnorm te functioneren.[32] Aan de bedoeling van de Verdragsluitende Staten komt bij de beoordeling of een bepaling eenieder verbindend is geen doorslaggevende betekenis meer toe; de tekst van de desbetreffende bepaling is doorslaggevend.[33] Dat laat onverlet dat als hulpmiddel bij de uitleg van de bepaling betekenis kan toekomen aan de bedoelingen van de Verdragsluitende Staten, neergelegd in de geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag dan wel de goedkeuringswetgeving.[34]

5.2.3.2 Afdeling bestuursrechtspraak

Niettegenstaande dat zij ambtshalve tot beantwoording van de vraag of artikel 3 van het IVRK rechtstreekse werking heeft gehouden was, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak dit in eerste instantie omzeild met toepassing van de zogenoemde *anti-kiesregel*, omdat, ook als van rechtstreekse werking sprake zou zijn, dat om verschillende redenen niet tot het door de vreemdeling gewenste resultaat leidt.[35] In het verlengde van de toepassing van de anti-kiesregel liggen de uitspraken waarin de Afdeling bestuursrechtspraak

---

31 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688, m.nt. P.A. Stein, en HR 14 april 1989, *AB* 1989/207, m.nt. F.H. van der Burg. Zie: Philipsen & De Wit. Zie voor een uitgebreidere bespreking van doorwerking van verdragsbepalingen: Uzman, p. 25-38.

32 Zie ook: Nollkaemper 2014, p. 468-474, en 462-465, en Fleuren 2010, p. 253-255.

33 Zie over de intentie-leer uitgebreid: Fleuren 2004, p. 245-266. Zie ook: Davids, p. 29-32.

34 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 15 september 2004, *Gst*. 2005/39, m.nt. J.M.H.F. Theunissen en J.W.A. Fleuren. Zie ook: Nollkaemper 2005, p. 47-48, en Fleuren 2005, p. 99-117.

35 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 18 november 2003 in zaak nr. 200305931/1 (niet gepubliceerd), waarin de Afdeling bestuursrechtspraak overwoog: 'Artikel 3 van het IVRK is, indien al rechtstreeks toepasselijk, geen bepaling van openbare orde, zodat de rechtbank haar terecht niet ambtshalve heeft toegepast'. In zijn noot onder ABRvS 13 september 2005, *JV* 2005/409 vermeldt T.P. Spijkerboer (met vindplaats) nog een aantal uitspraken van latere datum van vergelijkbare strekking. Overigens heeft ook de Centrale Raad van Beroep ten aanzien van artikel 3 van het IVRK wel van de anti-kiesregel gebruik gemaakt (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 8 april 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT4112).

het belang van het erkennen van het bestaan van rechtstreekse werking van die bepaling relativeert door te overwegen dat:

> 'Voor zover het eerste lid [van artikel 3 van het IVRK, OvL] al een direct toepasbare norm zou inhouden, zou deze tot niet meer strekken dan dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind dienen te worden betrokken. Niet is gesteld dat dit niet is gebeurd. Wat betreft het gewicht dat aan het belang van het kind in een concreet geval moet worden toegekend, bevat de in het eerste lid opgenomen bepaling, gelet op haar formulering, geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is.'[36]

Er zijn ook uitspraken waarin de Afdeling bestuursrechtspraak zich wel uitlaat over de vraag of aan artikel 3 van het IVRK rechtstreekse werking toekomt en deze vraag ontkennend beantwoordt.[37] Ten slotte zijn er uitspraken waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de Afdeling bestuursrechtspraak – zij het in zeer beperkte mate – het bestaan van rechtstreekse werking van artikel 3 van het IVRK erkent. Zo overweegt zij in een uitspraak van 22 februari 2006:

> 'Artikel 3 van het IVRK strekt ertoe dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind worden betrokken. Uit de omstandigheid dat de minister de aanvragen van de vreemdelingen heeft afgewezen, omdat naar zijn oordeel voor hen thans adequate opvang in het land van herkomst aanwezig is, blijkt dat met die belangen rekening is gehouden. Wat betreft het gewicht dat aan het belang van het kind in een concreet geval moet worden toegekend, bevat de in het eerste lid opgenomen bepaling, gelet op haar formulering, geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is.'[38]

Uit deze laatste uitspraak kan worden afgeleid dat de Afdeling bestuursrechtspraak aan artikel 3 van het IVRK rechtstreekse werking toekent, doch de daarin vervatte verplichting beperkt opvat. Beperkt, omdat op de bepaling in rechte weliswaar een beroep kan worden gedaan, maar de daarin vervatte materiële norm ertoe beperkt is dat, indien minderjarige kinderen in het spel zijn, het bestuursorgaan de belangen van die kinderen weliswaar steeds kenbaar bij de besluitvorming moet betrekken, maar dat aan dat belang geen doorslaggevende betekenis toekomt. Het belang van het kind is met andere woorden slechts één van de belangen die een rol spelen bij het nemen van het besluit.[39] Vorenstaande weergave van de jurisprudentie zou

---

36 ABRvS 23 september 2004, *JV* 2004/449, m.nt. P. Boeles. Zie ook ABRvS 28 januari 2008, *JV* 2008/118, ABRvS 9 februari 2009, *RV* 2009, 49, m.nt. W.L.M. Fleuren, en ABRvS 7 mei 2009, *JV* 2009/266.

37 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 13 september 2005, *JV* 2005/409, m.nt. T. Spijkerboer.

38 ABRvS 22 februari 2006, *JV* 2006/132. Zie ook ABRvS 27 april 2006 in zaak nr. 200510010/1, ABRvS 30 oktober 2006 in zaak nr. 200603444/1, en ABRvS 27 november 2008, *JV* 2009/50.

39 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 15 februari 2007, *AB* 2007/118, m.nt. I. Sewandono, overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak uitdrukkelijk dat uit artikel 3 van het IVRK weliswaar volgt dat het belang van het kind een eerste overweging is, maar ruimte geeft voor het zwaarder laten wegen van andere belangen (zie ook: ABRvS 13 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7088).

de indruk kunnen wekken van een geleidelijke, chronologische ontwikkeling in de jurisprudentie. Zoals echter blijkt uit de andere in de voetnoten bij deze citaten vermelde uitspraken, kwamen de verschillende varianten ook door elkaar voor. Los van de vraag welke benaderingswijze juist is of de voorkeur heeft, zou van de Afdeling bestuursrechtspraak op zijn minst mogen worden verwacht dat zij een vaste koers vaart. Inmiddels lijkt die koers overigens te zijn ingezet.

In een uitspraak van 7 februari 2012 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak verduidelijkt dat de beoordeling of het bestuursorgaan binnen de grenzen van de hem toekomende beoordelingsruimte is gebleven, deel uitmaakt van de toetsingsmogelijkheden die artikel 3 IVRK, gelezen in samenhang met artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie hem biedt.[40] In een sindsdien vaker gebruikte (standaard)overweging overweegt zij, na de hiervoor weergegeven overweging te hebben herhaald:

> 'Wel dient door de bestuursrechter in dit verband te worden getoetst of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind en aldus bij de uitoefening van zijn bevoegdheden binnen de grenzen van het recht is gebleven. Deze toets heeft een terughoudend karakter. Op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie in de arresten van 1 februari 1997, 51/76, VNO, punt 22 en volgende en van 24 oktober 1996, C-72/95, Kraaijeveld, punt 47 en volgende kan een bepaling van Unierecht worden ingeroepen voor de nationale rechter, ook als deze een beoordelingsruimte bevat voor de lidstaten. De omstandigheid dat een Unierechtelijke bepaling een dergelijke beoordelingsruimte toekent, sluit voor de rechter de mogelijkheid niet uit om te toetsen of de nationale instanties de grenzen van deze beoordelingsruimte hebben overschreden. Artikel 24 van het Handvest, dat, zoals hierboven in overweging 6.7. is vermeld, gebaseerd is op artikel 3 van het IVRK, bevat een dergelijke beoordelingsruimte voor de nationale instanties. Bijgevolg kan de rechter enkel toetsen of deze in onderhavig geval door de staatssecretaris is overschreden.'

Mede door het gebruik van de woorden 'in dit verband' lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak hiermee niet te hebben beoogd jurisprudentie over de mate van rechtstreekse werking van artikel 3 van het IVRK te wijzigen.[41]

5.2.3.3 Centrale Raad van Beroep

In de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep wordt artikel 3 van het IVRK gezien als een bron voor uitleg van nationaalrechtelijke bepalingen (in het bijzonder bij de beantwoording of sprake is van een dringende reden als bedoeld in thans artikel 16 eerste lid, van de Wet werk en bijstand), dan wel van artikel 2 van het IVRK dat de Centrale Raad van Beroep eenieder verbindend acht.[42] In bijvoorbeeld een uitspraak van 29 maart 2005 over-

40 ABRvS 7 februari 2012, RV 2012, 99, m.nt. A.M. Reneman. Zie ook: ABRvS 23 mei 2013, *JV* 2013/262, m.nt. H. Battjes, en ABRvS 20 januari 2014, *JV* 2014/94.

41 Zie over de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak ook: Mortelmans & Sevenster, p. 190-193.

42 CRvB 24 januari 2006, *Gst.* 2006/35, m.nt. J.W.A. Fleuren.

weegt de Centrale Raad van Beroep onder verwijzing naar de geschiedenis van de totstandkoming van de Rijkswet tot goedkeuring van het IVRK dat:

> 'De beantwoording van de vraag of sprake was van zeer dringende redenen dient in dit geval te worden bezien in het licht van de artikelen 3, eerste en tweede lid, en 27, derde lid, van het IVRK, aangezien het hier gaat om een minderjarig kind van Nederlandse nationaliteit.'[43]

Deze benaderingswijze geeft op zichzelf geen antwoord op de vraag of de desbetreffende bepalingen eenieder verbindend zijn.[44] Een aanwijzing dat de Centrale Raad van Beroep artikel 3 van het IVRK als zodanig aanmerkt, kan worden gevonden in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Centrale Raad van Beroep van 8 augustus 2005. Deze overweegt daarin onder verwijzing naar de uitspraak van 29 maart 2005 dat:

> 'Naar het oordeel van de voorzieningenrechter […] er een redelijke mate van waarschijnlijkheid [is] dat de Raad laatstgenoemde bepaling [artikel 16, tweede lid, van de Wet werk en bijstand, OvL] in de hier aan de orde zijnde bodemzaken ten aanzien van verzoekers buiten toepassing zal moeten laten. Hij baseert zich daarbij op de tekst van de artikelen 2, eerste en tweede lid, 3, eerste en tweede lid, en 27, derde lid, van het IVRK en op de op deze artikelen verschenen commentaren van het Comité voor de rechten van het kind.'[45]

De Centrale Raad van Beroep heeft de voorzieningenrechter daarin niet gevolgd. Weliswaar heeft de Centrale Raad van Beroep in de bodemprocedure overwogen dat artikel 16, tweede lid, van de Wet werk en bijstand in het aan de orde zijnde geval buiten toepassing moet worden gelaten, maar niet omdat deze bepaling in strijd is met artikel 3 van het IVRK, maar met artikel 2, eerste lid, van dat verdrag. In een aantal recentere uitspraken overweegt de Centrale Raad van Beroep over het beroep van appellanten op – onder andere – de artikelen 3 en 27 van het IVRK dat:

> 'in genoemde verdragsartikelen [artikelen 13, 16 en 17 van het ESH en de artikelen 11 en 12 van het IVESCR, OvL] […] sprake [is] van algemeen omschreven sociale doelstellingen waaruit geen onvoorwaardelijk en nauwkeurig bepaalbaar subjectief recht in de vorm van een (afdwingbare) aanspraak op bijstand valt te ontlenen. Datzelfde geldt voor het beroep van appellant op het IVRK, zoals de Raad eerder in zijn uitspraak van 9 oktober 2006, LJN AY9940, heeft overwogen.'[46]

---

43 CRvB 29 maart 2005, *Gst.* 2005/130, m.nt. J.W.A. Fleuren.

44 Aldus ook: Fleuren 2004, p. 375-376.

45 CRvB 8 augustus 2005, *RSV* 2005, 268, m.nt. R. Stijnen.

46 CRvB 26 januari 2010, *USZ* 2010/78, CRvB 30 maart 2010, *USZ* 2010/165, en CRvB 29 juni 2010, *USZ* 2010/257. Opvallend is dat de uitspraak van 9 oktober 2006, waarnaar de Centrale Raad van Beroep verwijst, alleen betrekking heeft op artikel 27 van het IVRK. Zie ook: CRvB 23 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2489, waarin de Centrale Raad van Beroep de vraag naar het eenieder verbindend zijn daarlaat.

Artikel 3 van het IVRK is met andere woorden niet eenieder verbindend. Fleuren betoogt terecht dat de vraag of een verdragsbepaling eenieder verbindend is (als bedoeld in artikel 94 van de Grondwet) slechts beantwoording behoeft, indien niet door middel van verdragsconforme uitleg van het nationale recht aan de verdragsverplichtingen van de Staat der Nederlanden kan worden voldaan.[47] Indien hetzelfde resultaat langs minder ingrijpende weg kan worden bereikt, behoeft het grove geschut van het buiten toepassing laten of zelfs onverbindend achten van een nationaal wettelijk voorschrift – met alle complicaties van dien – immers niet uit de kast te worden gehaald. Zoals Fleuren in zijn proefschrift opmerkt, blijken rechters in de praktijk doorgaans echter eerst de vraag te beantwoorden of een verdragsbepaling al dan niet eenieder verbindend is alvorens zich uit te laten over de vraag welke betekenis die bepaling heeft.[48]

Ik begrijp dat wel. Gelet op de criteria die gelden om een verdragsbepaling eenieder verbindend te laten zijn, is dan in elk geval duidelijk welke aanspraken deze bepaling voor rechtzoekenden al dan niet in het leven roept. Is vastgesteld dat de bepaling eenieder verbindend is, dan is verdragsconforme uitleg van op het eerste gezicht met die verdragsbepaling strijdig nationaal recht het eerst aangewezen middel om deze strijdigheid op te heffen alvorens buiten toepassing laten van die bepaling te overwegen.[49] Dezelfde werkwijze derhalve als door rechters pleegt te worden gehanteerd, indien gesteld wordt dat sprake is van met een Europese richtlijn strijdige nationale wetgeving.[50]

Fleuren merkt terecht op dat, ook indien een verdragsbepaling niet eenieder verbindend is, de Staat der Nederlanden zich moet houden aan de verplichtingen die hij is aangegaan met het sluiten van het verdrag.[51] In dat geval rijst voor de rechter wel de vraag hoe moet worden vastgesteld wat die verplichtingen inhouden en welke consequenties het niet naleven van die verplichtingen kunnen hebben. Dit klemt in het bestuursrecht temeer, nu daarin door de keuze van de wetgever voor het vernietigingsberoep eventuele gevolgen uitsluitend over de band van het besluit kunnen worden gerealiseerd. Indien de verplichtingen die voor de Staat der Nederlanden uit een niet eenieder verbindende verdragsbepaling voortvloeien dermate concreet zijn dat dit tot vernietiging van het besluit kan leiden, kan immers de vraag worden gesteld waarom de bepaling nu eigenlijk niet eenieder verbindend

47 Fleuren 2004, p. 372-382, en Fleuren bij CRvB 24 januari 2006.

48 Fleuren 2004, p. 376. Zie ook: Fleuren 2010, p. 259-261.

49 Zie ook: Nollkaemper 2014, p. 487-490, die in dit verband opmerkt dat 'rechters […] veelal de voorkeur [zullen, OvL] geven aan een verzoenende oplossing boven de vaststelling en oplossing van een conflict'. Zie over verdragsconforme uitleg ook: Uzman, p. 54-67.

50 Zie voor een voorbeeld: ABRvS 28 februari 2007, *AB* 2007/183, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

51 Fleuren 2004, p. 373-374. Zie ook: Nollkaemper 2014, p. 483-485, die opmerkt dat het gevolg van de automatische gelding van internationaal recht is dat ook zonder nationale omzettingswetgeving de uitvoerende macht (en ook lagere overheden) verplicht zijn dergelijke bepalingen, binnen de grenzen van hun bevoegdheden, na te leven.

was. Nollkaemper merk in dit verband op dat verdragsconforme uitleg kan worden gehanteerd voor rechterlijke toetsing van de wijze waarop een bestuursorgaan gebruik heeft gemaakt van een discretionaire bevoegdheid of ter invulling van de in de Algemene wet bestuursrecht neergelegde toetsingsgronden.[52]

Verdragsconforme uitleg van het nationale recht moet mijns inziens echter worden onderscheiden van het hanteren van verdragsbepalingen als inspiratiebron bij de uitleg van het nationale recht. Dit komt pas in beeld, indien de rechter van oordeel is dat een verdragsbepaling weliswaar niet eenieder verbindend is, maar hij daaraan toch niet elke betekenis wil ontzeggen.[53] Zie ik het goed, dan is de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep een voorbeeld van het laatste en niet van verdragsconforme uitleg. Daarvan uitgaande, was al met de uitspraak van 29 maart 2005 duidelijk dat de Centrale Raad van Beroep van oordeel is dat artikel 3 van het IVRK niet eenieder verbindend is. Zie ik het niet goed, dan is eventuele twijfel evenwel met voormelde uitspraken van 26 januari 2010 en 29 juni 2010 weggenomen.

5.2.3.4 Is er een verschil?

De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep loopt uiteen over de vraag of artikel 3 van het IVRK een eenieder verbindende verdragsbepaling is. De Afdeling bestuursrechtspraak neemt een – zij het beperkte – eenieder verbindendheid aan en de Centrale Raad van Beroep doet dat niet. Op het eerste gezicht lijkt dit verschil verklaarbaar en de praktische betekenis ervan voor de rechtzoekende beperkt te zijn. Bij de Afdeling gaat het – in vreemdelingenzaken – om de betekenis van artikel 3 van het IVRK bij de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, waaraan een belangenafweging in abstracto (bij de vaststelling van eventuele beleidsregels) of in concreto (bij de toepassing in het concrete geval) inherent is, en bij de Centrale Raad van Beroep om het bestaan van wettelijke aanspraken of uitleg van een wettelijk voorschrift die ertoe zou kunnen leiden dat aan artikel 3 van het IVRK aanspraken worden ontleend, waarin het nationale recht niet voorziet. Voor de uitkomst zou het niet uitmaken als de Centrale Raad van Beroep op dezelfde wijze als de Afdeling bestuursrechtspraak aanneemt dat artikel 3 van het IVRK eenieder verbindend is. Steun hiervoor kan worden gevonden in de omstandigheid dat de Afdeling bestuursrechtspraak haar in vreemdelingenzaken ontwikkelde jurisprudentielijn inmiddels – letterlijk – heeft doorgetrokken naar geschillen over toeslagen, zoals het kindgebonden budget.[54] Aangenomen moet immers worden dat de wetgever de belangen van het kind op enigerlei wijze bij het tot

52 Nollkaemper 2014, p. 490.
53 Zie Alen & Pas, p. 175.
54 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2442, en ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2951.

stand brengen van het wettelijk voorschrift betrokken heeft. Bij de benaderingswijze van de Afdeling bestuursrechtspraak is daarmee reeds gegeven dat de vraag of een wettelijk voorschrift wegens strijd met artikel 3 van het IVRK onverbindend moet worden geacht ontkennend moet worden beantwoord. Ofwel doorgetrokken naar het zaakpakket van de Centrale Raad van Beroep: dat een rechtzoekende aan artikel 3 van het IVRK geen aanspraak op bijstand kan ontlenen waarin het nationale recht niet voorziet. Het verschil in jurisprudentie over de vraag of artikel 3 van het IVRK eenieder verbindend is lijkt dan ook onnodig en zou overbrugbaar moeten zijn.

5.2.4 Tussenconclusies

Wat betreft de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften lijken de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties op één lijn te zitten. Dat is verklaarbaar omdat de verschillende rechterlijke instanties relatief weinig algemeen verbindende voorschriften gemeen hebben. Daarnaast is er altijd een mogelijkheid in de toepassing van het algemeen verbindende voorschrift tot een oplossing te komen, zonder af te wijken van een verbindendheidsoordeel van (een van) de zusterinstanties, bijvoorbeeld door in de omstandigheden van het concrete geval aanleiding te zien het voorschrift buiten toepassing te laten.

Ten behoeve van het onderzoek stelde ik met verbindendheidsoordelen op één lijn oordelen over de vraag of een verdragsbepaling al dan niet eenieder verbindend is. Alle hoogste bestuursrechterlijke instanties beoordelen daartoe of de desbetreffende bepaling voldoende duidelijk en concreet is om zonder nadere in- of uitvoeringswetgeving in de nationale rechtsorde als zelfstandige rechtsnorm te functioneren. Voor zover ik kan overzien, komen zij daarbij doorgaans tot dezelfde slotsom; plooien kunnen worden gladgestreken met een door de verdragsbepaling geïnspireerde uitleg van nationale wettelijke voorschriften. Uit het voorbeeld over de vraag of artikel 3 van het IVRK eenieder verbindend is, bleek echter dat tussen de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep toch een verschil bestaat. Hoewel de praktische betekenis van het verschil voor de uitkomst van de zaak beperkt is, is het onwenselijk en onnodig dat dit verschil blijft voortbestaan.

5.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?

5.3.1 Algemeen

5.3.1.1 Inleidende opmerkingen

Op basis van voorgaande paragraaf zou wellicht de indruk kunnen ontstaan dat in de verhouding tussen de hoogste bestuursrechters van tegenstrijdige jurisprudentie geen sprake is, zodat voor beantwoording van de bindings-

vraag geen aanleiding bestaat. Het bestaan van verschillen tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties, vooral waar het de uitleg van wettelijke voorschriften betreft, heeft zich de afgelopen jaren echter in blijvende, zij het niet altijd positieve, belangstelling mogen verheugen.

Al in het kader van de tweede evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht is geconstateerd dat opvallende verschillen bestaan in de jurisprudentie van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties. Veel van die verschillen zijn te herleiden tot een verschillende visie op de aard of functie van het hoger beroep: *herkansing* of *controle*.[55] In 2007 is een aan rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht gewijde bundel verschenen, in de inleiding waarvan ten aanzien van een aantal onderwerpen, waaronder kernbegrippen van de Algemene wet bestuursrecht en centrale bestuursrechtelijke leerstukken, verschillen worden geconstateerd in de benaderingswijze van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties.[56]

In 2008 luidde Den Otter de noodklok over de verschillende wijze waarop de hoogste bestuursrechters ontvankelijkheidsvereisten beoordelen. Hij verzuchtte dat dossiers bij de rechtbanken verschillende kleuren hebben, al naar gelang de instantie waarbij hoger beroep openstaat.[57] In de bundel ter gelegenheid van 15 jaar Algemene wet bestuursrecht heeft ook Van Ettekoven een aantal – zijns inziens onverklaarbare – verschillen in kaart gebracht en zich een warm pleitbezorger getoond voor ruimere openstelling van de mogelijkheid beroep in cassatie in te stellen tegen uitspraken van de hoogste bestuursrechterlijke instanties.[58] In zijn mondelinge bijdrage tijdens het symposium 15 jaar Awb, dat op 23 april 2010 in Leiden werd gehouden, heeft hij zijn onvrede uitgesproken over het ontbreken van eenheid bij de uitleg en toepassing van bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht en algemene bestuursrechtelijke leerstukken door de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties.[59] In de ter gelegenheid van dit symposium verschenen bundel gaat ook De Moor-van Vught in op het (ontbreken) van rechtseenheid en doet, dan wel bespreekt, voorstellen om tot meer rechtseenheid te komen. Dit betreft onder meer verschillende door de wetgever geopperde oplossingen, maar zij gaat daarnaast in op de mogelijkheid het streven naar rechtseenheid te zien als deel van de kwaliteit van rechtspraak

55 Zie Commissie Evaluatie Awb II, p. 23-32 en het onderliggende rapport van Widdershoven e.a. 2001. Zie ook: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 1124-1176, en Schlössels & Zijlstra, p. 1345-1348.

56 Schlössels e.a.

57 Den Otter. Zie ook: Marseille.

58 Nu staat slechts in een beperkt aantal gevallen beroep in cassatie open van uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven; dit betreft echter niet de uitleg van de Algemene wet bestuursrecht.

59 Van Ettekoven 2010, p. 283-284. Zie ook: Barkhuysen 2010.

van rechterlijke uitspraken. In dat kader gaat zij nader in op mogelijkheden zonder ingrijpende organisatorische wijzigingen binnen de rechterlijke instanties tot rechtseenheid te komen.[60] Soms ook slaken lagere rechters een hartenkreet over het ontbreken van eenheid in de jurisprudentie tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties.[61]

In deze paragraaf zal ik een aantal voorbeelden bespreken waarin in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties sprake was, of nog is, van een verschillende uitleg van voorschriften van de Algemene wet bestuursrecht, dan wel daarop gebaseerde leerstukken. Vooraf merk ik reeds op dat ik niet beoog daarmee een uitputtende beschrijving te geven van alle gevallen waarin in de jurisprudentie van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties verschillen bestaan; Ortlep houdt in zijn annotaties in *AB* bestaande én potentiële verschillen nauwgezet bij.[62] Zonder uitputtend te willen zijn ontwaart hij rechtsoneenheid ten aanzien van de (on)mogelijkheid om een bestuursorgaan bij voorbaat in gebreke te stellen voor het niet-tijdig beslissen, het al dan niet bestaan van een grondenfuik in hoger beroep en de betekenis van het toezenden van een besluit aan de gemachtigde van een rechtzoekende.

Het gaat mij er ook niet om welke instantie het gelijk aan haar zijde heeft, maar om het beschrijven van enkele voorbeelden van uiteenlopende jurisprudentie en de wijze waarop de hoogste bestuursrechterlijke instanties met die verschillen omgaan. Eventuele verschillen in de uitvoeringsmodaliteiten, derhalve waar de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties weliswaar uitgaan van dezelfde uitleg van een wettelijk voorschrift, maar in vergelijkbare gevallen (om wellicht onduidelijke redenen) tot verschillende uitkomsten komen, laat ik buiten beschouwing. Dit kan immers niet op één lijn worden gesteld met de vraag of gebondenheid bestaat aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift, waarover deze paragraaf

60 De Moor-van Vugt 2010.

61 Zie bijvoorbeeld: Rb. Utrecht 19 januari 2009, *AB* 2009/139, m.nt. R. Ortlep, over de afwijkende jurisprudentie over de gevolgen die worden verbonden aan het ontbreken van een rechtsmiddelenvoorlichting onder een besluit van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep enerzijds en de Hoge Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven anderzijds. En Rb. Rotterdam 5 september 2000, *JB* 2000/291, m.nt. F.A.M. Stroink, over de verschillen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep over de toepassing van artikel 4:6, tweede lid, van de Awb.

62 Zie bijvoorbeeld zijn noten onder: CRvB 4 juni 2013, *AB* 2013/330, CRvB 3 juli 2013, *AB* 2013/320 (overzichtsnoot), HR 25 oktober 2013, *AB* 2013/415, CRvB 25 november 2013, *AB* 2014/61, en ABRvS 15 januari 2014, *AB* 2014/97.

gaat.[63] Dit geldt evenzeer voor incidentele verschillen, verschillen derhalve die hun grondslag niet vinden in een vaste jurisprudentielijn, maar *pour besoin de la cause* zijn gehanteerd om tot een wenselijker uitkomst te komen, of wellicht zelfs berusten op een *slip of the pen*. Het gaat mij te ver ook in die gevallen te spreken van een gebrek aan rechtseenheid.[64] Dat laat onverlet dat het dienstig is als de rechterlijke instantie die – om welke reden ook – voor een gelegenheidsoplossing kiest, dat op de een of andere wijze in de uitspraak tot uitdrukking brengt. Dat voorkomt verwarring en misverstanden bij het volk of erger: de annotatoren.

Ik zal in het bijzonder ingaan op uitspraken waarin ambtshalve te beoordelen aspecten betreffende de toegang tot de rechter in de ruimste zin van het woord aan de orde zijn, omdat daarbij de noodzaak tot uniformiteit zich in het bijzonder doet gevoelen.[65] Misverstanden die het gevolg zijn van een onjuiste duiding van de jurisprudentie, dan wel onduidelijkheid welke jurisprudentielijn van toepassing is, kunnen er bij deze aspecten immers toe leiden dat toegang tot de rechter onherroepelijk verloren gaat. Dat risico bestaat ook door het ontbreken van verplichte rechtsbijstand in bestuursrechtelijke procedures. Daarnaast geldt dat, als tussen de verschillende bestuursrechterlijke instanties al overeenstemming bestaat dat iets een ambtshalve te beoordelen aspect betreft, hetgeen na invoering van de Algemene wet bestuursrecht eerder uitzondering dan regel is, het in de rede ligt om tot uniforme invulling daarvan te komen. Ik heb daarbij een willekeurige selectie gemaakt; het bieden van een volledig overzicht van de gebieden waarop tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties verschillen (hebben) bestaan, gaat dit onderzoek te buiten en heeft volgens mij voor de te trekken conclusies ook geen toegevoegde waarde.

---

63 Een voorbeeld daarvan is de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep over het later in de procedure aanvoeren van beroepsgronden en bewijzen. Beide hanteren daarbij de stelregel dat de mogelijkheden daartoe – slechts – worden begrensd door de wet en de goede procesorde. De Vreemdelingenwet 2000 met zijn – in elk geval in asielzaken – duidelijke bewijslastverdeling is een voorbeeld van een wet die de mogelijkheden voor rechtzoekenden later in de procedure gronden en bewijzen aan te voeren beperkt. Het verschil in jurisprudentie zit in de instrumentalisering van de goede procesorde in het concrete geval, waarbij de Centrale Raad van Beroep de rechtzoekende meer ruimte lijkt te bieden dan de Afdeling bestuursrechtspraak. Dit verklaart mijns inziens ook, in elk geval deels, waarom de Centrale Raad van Beroep soepeler is dan de Afdeling bestuursrechtspraak met het laten inbrengen van stukken na ommekomst van de termijn van 10 dagen voor de zitting (zie artikel 8:58 van de Awb). Anderdeels kan een verklaring worden gevonden in de ruimere herstelfunctie die de Centrale Raad van Beroep toekent aan het hoger beroep en de omstandigheid dat bij de Centrale Raad van Beroep over het algemeen sprake is van tweepartijengeschillen. De Afdeling bestuursrechtspraak past haar zuiniger benaderingswijze weliswaar evenzeer toe in twee-partijen-geschillen, maar streven naar interne rechtseenheid binnen de Afdeling bestuursrechtspraak zou daarvoor een verklaring kunnen vormen.

64 Zie: R. Ortlep bij ABRvS 11 juli 2012, *AB* 2013/40. Zie ook: Ortlep 2013-1.

65 Zie ook: Treffers 2007, p. 240-241, en Den Otter, p. 99-100.

In de bespreking zal ik onder meer de jurisprudentie over de verdeling van bewijslast en -risico bij ontvangst van al dan niet aangetekend verzonden stukken buiten beschouwing laten.[66] Ook onbesproken blijft het verschil dat – niettegenstaande de bij eerste lezing duidelijke tekst van artikel 6:8, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht – lange tijd bestond tussen de Centrale Raad van Beroep en de overige instanties over de vraag of de bezwaar- en beroepstermijn een aanvang neemt met de verzending van het besluit of de feitelijke ontvangst ervan.[67] Inmiddels lijkt ook de Centrale Raad van Beroep zich op het standpunt te stellen dat, indien vast is komen te staan dat een besluit is verzonden, daarmee de termijn een aanvang heeft genomen, ook indien de rechtzoekende stelt het besluit nimmer te hebben ontvangen. De regeling neergelegd in artikel 6:11 van de Algemene wet bestuursrecht, op grond waarvan een termijnoverschrijding onder omstandigheden verschoonbaar is, moet dan een uitweg bieden.[68]

Ook bij niet ambtshalve te beoordelen aspecten is uiteenlopende jurisprudentie tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties – in het bijzonder voor rechtshulpverleners – vervelend en niet steeds goed verklaarbaar. In elk geval geeft het geen verheffend beeld van de mogelijkheden en bereidheid binnen de rechterlijke macht om tot uniformiteit te komen. De gevolgen van uiteenlopende jurisprudentie zullen voor rechtzoekenden daarbij doorgaans evenwel beperkt zijn, in die zin dat het niet leidt tot het verloren gaan van de toegang tot de rechter. Dat rechtvaardigt aan deze verschillen minder aandacht te besteden, niet echter om ze onbesproken te laten.

5.3.2 Niet ambtshalve te beoordelen aspecten

5.3.2.1 Redelijke termijn

Een voorbeeld van geslaagde uniformering op een niet ambtshalve te beoordelen punt is de ontwikkeling in de jurisprudentie over de redelijke termijn in niet-punitieve geschillen.[69] In zijn arrest van 22 april 2005 heeft de Hoge

66 Zie hierover onder meer: Damen 2003, p. 252, Schreuder-Vlasblom 2013, p. 348-360, en Schlössels & Zijlstra, p. 1193-1196. Zie ook: R. Ortlep bij ABRvS 10 mei 2011, *AB* 2011/159; de overwegingen van de Afdeling bestuursrechtspraak vertonen een opvallende gelijkenis met die van de Centrale Raad van Beroep in de uitspraak van 14 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BT1759.

67 Zie onder meer: CRvB 12 oktober 2004, *RSV* 2005/19 en CRvB 19 februari 2010, *AB* 2010/199, m.nt. H.E. Bröring. Anders: ABRvS 13 februari 2008, *JB* 2008/72, HR 1 maart 2000, *BNB* 2000/169, m.nt. W.J.N.M. Snoijink, en CBb 28 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AV0038. Zie hierover ook: Stijnen, p. 293-294.

68 CRvB 8 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BS1176.

69 Dat het een niet ambtshalve te beoordelen aspect betreft blijkt onder meer uit: ABRvS 21 oktober 2009, *AB* 2010/339, m.nt. A.M.L. Jansen. Zie echter ook: ABRvS 17 februari 2010 in zaak nr. 200902820/1/V6: de rechter kan de overschrijding van de redelijke termijn die is ontstaan na sluiting van het onderzoek in eerste aanleg en hoger beroep in beginsel wel ambtshalve meenemen.

Raad de 'uitgangspunten en regels ter zake de aanvang van de redelijke termijn' voor boetezaken vastgesteld.[70] Deze uitgangspunten zijn vervolgens door achtereenvolgens de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep onder uitdrukkelijke verwijzing naar dat arrest overgenomen.[71] Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft zich impliciet bij de Hoge Raad aangesloten door bevestiging van een uitspraak, waarin de rechtbank expliciet naar voormeld arrest had verwezen.[72]

Met zijn arrest van 10 juni 2011 heeft de Hoge Raad zich zijnerzijds aangesloten bij de jurisprudentie van de overige bestuursrechterlijke instanties wat betreft geschillen die niet onder de reikwijdte van artikel 6 van het EVRM vallen. Evenals de overige instanties acht de Hoge Raad ook in niet punitieve geschillen een vergoeding van immateriële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn mogelijk op grond van het rechtszekerheidsbeginsel, dat ten grondslag ligt aan artikel 6 van het EVRM.[73] Ook wat betreft de hoogte van de toe te kennen vergoeding (€ 500,00 per half jaar) en het niet maken van onderscheid tussen natuurlijke personen en niet natuurlijke personen, zitten de hoogste bestuursrechterlijke instanties op één lijn.[74]

Van algehele uniformiteit op het gebied van de redelijke termijn in niet-punitieve geschillen was daarmee echter (nog) geen sprake.[75] Er bestonden bijvoorbeeld nog aanzienlijke verschillen bij beantwoording van de vraag welke termijn, voor welke rechterlijke instantie redelijk is. Dit zijn mijns inziens echter niet zozeer verschillen in uitleg van dezelfde wettelijke voorschriften, maar veeleer uitvoeringsmodaliteiten, waarvan men zou verwachten dat de hoogste bestuursrechterlijke instanties daar onderling eenvoudig uit zouden moeten kunnen komen. Die verwachting is niet uitgekomen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft een zaak waarin de lengte van de redelijke termijn aan de orde is, verwezen naar een zogenoemde grote kamer en Advocaat-Generaal Widdershoven gevraagd hierover een conclusie te nemen en daarbij uitdrukkelijk in te gaan op de in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties bestaande verschillen.[76]

---

70 HR 22 april 2005, *AB* 2006/11, m.nt. A.M.L. Jansen.

71 CRvB 28 augustus 2008, *AB* 2010/17, en ABRvS 24 december 2008, *AB* 2010/16, beide m.nt. A.M.L. Jansen. Met ABRvS 14 maart 2007, *AB* 2007/213, m.nt. A.M.L. Jansen sloot de Afdeling bestuursrechtspraak zich in een niet-boetezaak al aan bij de overweging uit het arrest van de Hoge Raad over de compensatiemogelijkheden tussen (deel)procedures.

72 CBb 3 juli 2008, *AB* 2009/305, m.nt. I. Sewandono.

73 HR 10 juni 2011, *AB* 2011/184, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

74 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 4 maart 2009, *AB* 2009/236, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden. Zie over de ontwikkeling in de jurisprudentie over de redelijke termijn ook: De Poorter 2012, p. 278-279.

75 Zie: G.J.M. Cartigny bij CBb 3 juli 2008, *AB* 2009/177, Barkhuysen & Van Ettekoven, en De Poorter & Pahladsingh. Zie ook: Binnerts & Dankbaar, p. 38-39.

76 Zie: *NJB* 2013/1335.

De Advocaat-Generaal heeft op 23 oktober 2013 conclusie genomen en de grote kamer heeft bij uitspraak van 29 januari 2014 op het hoger beroep beslist.[77] Daarmee is ook wat betreft de duur van de redelijke termijn (4 jaar nadat de termijn is aangevangen) rechtseenheid bereikt.

5.3.2.2 Proceskosten: al dan niet door 'derde' verleende rechtsbijstand

Een ander voorbeeld kan worden gevonden in de jurisprudentie over de vraag of kosten voor rechtsbijstand die een familielid verleend heeft op grond van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Met andere woorden of bijstand door een familielid kan worden beschouwd als door een derde verleende rechtsbijstand.

Afdeling bestuursrechtspraak en Centrale Raad van Beroep
Van de klassieke hoogste bestuursrechterlijke instanties varen in elk geval de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep sinds jaar en dag dezelfde koers: een familielid kan niet als derde worden aangemerkt in de zin van artikel 1, aanhef en onder a, van het Besluit proceskosten bestuursrecht.[78] Indien een rechtzoekende zich slechts laat bijstaan door een familielid komt hij derhalve niet in aanmerking voor een tegemoetkoming voor beroepsmatige rechtsbijstand. Niet van belang is of het familielid in andere procedures wél is erkend als beroepsmatig rechtsbijstandverlener en evenmin of de rechtzoekende al dan niet een factuur heeft gekregen. Niet geheel duidelijk is wat onder familielid moet worden verstaan. Ik neig ertoe dit te beperken tot gezinsgenoten, derhalve in elk geval de partner, maar wellicht ook kinderen die ten laste van de rechtzoekende komen. Neven, nichten, ooms en tantes vallen hier mijns inziens niet onder. De gedachte achter deze benaderingswijze is dat enkel een vergoeding kan worden toegekend voor kosten die daadwerkelijk gemaakt zijn en dat dat bij een rechtsbijstandverlener die tot de rechtzoekende in een nauwe familierelatie staat niet alleen de vraag is, maar ook voor de rechter lastig vast te stellen is of, indien de rechtzoekende een factuur heeft gekregen hij deze ook daadwerkelijk heeft betaald.[79]

---

77 De conclusie van de A-G en de uitspraak van de grote kamer zijn gepubliceerd in *AB* 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

78 Zie bijvoorbeeld: CRvB 6 maart 1997, *AB* 1997/225, en ABRvS 7 oktober 1996, *JB* 1996/245. Evenmin als derde wordt aangemerkt: een kantoorgenoot (ABRvS 4 september 1997, *AB* 1997/384), de directeur van een in rechte optredende rechtspersoon (ABRvS 30 augustus 1996, *AB* 1997/42). Zie ook: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 1018-1020, en Schlössels & Zijlstra, p. 1325-1327.

79 Aldus ook: B.J. van Ettekoven bij HR 27 november 2009, *BNB* 2010/63C.

De Hoge Raad
De Hoge Raad vaart ook een vaste koers, zij het niet dezelfde. Uitgangspunt is ook voor hem dat alleen een vergoeding wordt toegekend als er kosten zijn gemaakt. Anders dan de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep is hij evenwel van oordeel dat het enkele bestaan van een partner- of familierelatie niet aan vergoeding van de kosten in de weg staat.[80] Het bestuursorgaan moet betwisten dat de rechtsbijstandverlener kosten voor rechtsbijstand in rekening heeft gebracht, dan wel er moeten aanwijzingen zijn dat de rechtzoekende geen kosten heeft vergoed. Is dat het geval, dan moet de rechtzoekende die om vergoeding van kosten vraagt het bewijs leveren dat deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt, bijvoorbeeld door het overleggen van de factuur en een bewijs van betaling, of op andere wijze. Niet geheel duidelijk is of het voldoende is dat het bestuursorgaan twijfel zaait, of dat de Hoge Raad verwacht dat het bestuursorgaan aannemelijk maakt dat geen kosten zijn gemaakt.

Uniformiteit?
Verheugend is dat zowel de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep, als de Hoge Raad hetzelfde uitgangspunt hanteert. Alleen daadwerkelijk gemaakte kosten komen voor vergoeding in aanmerking. Betreurenswaardig is dat de instanties niet op één lijn zitten bij de toepassing ervan. Hoewel de rechtzoekende en wellicht ook het bestuursorgaan dat moet betalen belang zullen hechten aan de proceskostenveroordeling, is deze niet van zodanige betekenis dat het een uiteenlopen van de jurisprudentie rechtvaardigt. Hier geldt evenzeer als bij de bepaling van de duur van de redelijke termijn dat van de hoogste rechterlijke instanties verwacht mag worden dat zij eventuele verschillen in onderling overleg oplossen.

De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep heeft als voordeel dat het een *hard and fast rule* kent, maar de jurisprudentie is daardoor ook ongenuanceerd. Is het nu inderdaad zo onwaarschijnlijk dat, indien een advocaat zijn levenspartner in rechte bijstaat – daargelaten of dat verstandig is – en daarvoor tijd en faciliteiten van het kantoor gebruikt, daarvoor een rekening stuurt? En is het zo onwaarschijnlijk aan te nemen dat de partner die rekening ook daadwerkelijk betaalt, zeker in een tijd waarin de wettelijke algehele gemeenschap van goederen niet meer de norm is?[81] Ik voel dan ook meer voor de benaderingswijze van de Hoge Raad. Waarom zou de rechter moeten optreden als des bestuursorgaans hoeder en zou van het bestuursorgaan niet kunnen worden gevergd dat het in een voorkomend geval betwist dat van beroepsmatige rechtsbijstand sprake is? Indien het bestuursorgaan dat doet, mag vervolgens van de rechtzoekende worden verwacht dat hij aantoont (of op zijn minst aannemelijk maakt) dat wél van beroepsmatig verleende rechtsbij-

80 HR 27 november 2009, *BNB* 2010/63C, m.nt. B.J. van Ettekoven.
81 Zie ook: J.C.K.W. Bartel bij HR 13 mei 2011, *BNB* 2011/201.

stand sprake is. Het overleggen van een gespecificeerde factuur en bewijs van betaling lijkt mij in dat verband het minste dat kan worden verlangd.

Inmiddels zijn de Hoge Raad en Afdeling bestuursrechtspraak tot elkaar gekomen. De Hoge Raad heeft zijn jurisprudentie in zoverre genuanceerd dat bepalend is of de rechtsbijstand beroepsmatig wordt verleend. Hij hanteert daarbij het uitgangpunt dat rechtsbijstand die wordt verleend door een persoon die behoort tot het huishouden van de rechtzoekende, wordt vermoed niet beroepsmatig te zijn verleend. De reden daarvoor is dat in beginsel moet worden aangenomen dat in die gevallen de rechtsbijstand niet op zakelijke basis is verleend.[82] Met Keinemans in zijn noot onder dit arrest meen ik dat het een weerlegbaar vermoeden betreft. De kosten kunnen voor vergoeding in aanmerking komen, indien de rechtzoekende aantoont dat hij voor de verleende rechtsbijstand daadwerkelijk heeft betaald. Voor alle andere gevallen blijft eerder vermelde jurisprudentielijn gehandhaafd, hetgeen betekent dat wel sprake moet zijn van daadwerkelijk gemaakte kosten. In die verhouding is het aan het bestuursorgaan om aan te tonen dat van daadwerkelijk gemaakte kosten geen sprake is.

Bij uitspraak van 7 november 2012 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak aanleiding gezien haar jurisprudentie te preciseren. Onder verwijzing naar voornoemd arrest is ook zij thans van oordeel dat het enkele bestaan van een familierelatie niet aan vergoeding van de kosten in de weg staat, met dien verstande dat de Afdeling bestuursrechtspraak evenals de Hoge Raad uitgaat van het vermoeden dat rechtsbijstand die is verleend door iemand die deel uitmaakt van het huishouden van rechtzoekende, niet beroepsmatig is verleend. Het gebruik van de woorden in beginsel duidt er ook hier op dat het een weerlegbaar vermoeden betreft. Bij uitspraak van 3 april 2013 heeft de Centrale Raad van Beroep zich met vergelijkbare bewoordingen aangesloten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak.[83]

5.3.3 Ambtshalve te beoordelen aspecten

5.3.3.1 Ontvankelijkheid: proceskosten en procesbelang voor het bestuursorgaan?

Inleidende opmerkingen

De proceskosten bieden niet alleen een voorbeeld van uiteenlopende jurisprudentie op een niet ambtshalve te beoordelen aspect, maar evenzeer op een aspect waarop de bestuursrechter wél ambtshalve toeziet, namelijk het procesbelang. Het betreft dan de vraag of een bestuursorgaan belang heeft bij een beoordeling van een door hem ingesteld beroep, indien dat uitsluitend de juistheid betreft van de door de lagere rechter uitgesproken proces-

82 HR 19 oktober 2012, *JB* 2012/273, m.nt. J.H. Keinemans onder *JB* 2012/281.

83 CRvB 3 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6213.

kostenveroordeling, inclusief de vergoeding van het griffierecht. Het geval derhalve waarin het oordeel over de (on)rechtmatigheid van het besluit niet meer aan de orde is.

Zelfde invulling begrip 'procesbelang'
Alle hoogste bestuursrechterlijke instanties hanteren als uitgangspunt dat een partij bij de procedure in eerste aanleg *qualitate qua* belanghebbende is bij de uitspraak van de rechtbank en daartegen derhalve hoger beroep mag instellen.[84] Voor een inhoudelijke beoordeling van het ingestelde hoger beroep is evenwel ook vereist dat men daarbij procesbelang heeft.[85] Hieronder wordt verstaan dat degene die hoger beroep instelt daarmee moet kunnen bereiken wat hij wil bereiken. Hij zal derhalve in elk geval de dragende, voor hem van belang zijnde overwegingen moeten bestrijden. Voor de duidelijkheid en wellicht ten overvloede: voor het aannemen van procesbelang is niet van belang of de aanlegger het gelijk aan zijn zijde heeft. Het gaat er – zoals Schreuder-Vlasblom opmerkt – slechts om of hij belang heeft bij het gelijk, als hij dat zou krijgen.[86] Uitgangspunt is verder dat de aanlegger procesbelang heeft. Met andere woorden: de aanlegger hoeft niet in elke procedure uit eigen beweging procesbelang aannemelijk te maken, laat staan aan te tonen, maar wel indien de desbetreffende rechterlijke instantie twijfelt over het bestaan ervan. Dat geldt ook, indien er aanwijzingen zijn dat het procesbelang hangende de procedure verloren is gegaan.

Verschillende toepassing
Op het eerste gezicht valt niet in te zien waarom het belang niet ook zou kunnen zijn gelegen in het in hoger beroep verkrijgen van een oordeel over de wijze waarop de rechtbank toepassing heeft gegeven aan de bepalingen over de proceskostenveroordeling in beroep en/of de daaraan voorafgaande bestuurlijke voorprocedure. Gevallen waarin een rechtzoekende of het bestuursorgaan in hoger beroep uitsluitend opkomt tegen het oordeel van de rechtbank over de vergoeding van de proceskosten zijn zeldzaam. Mij is in elk geval geen geval bekend waarin het verwerend bestuursorgaan vervolgens de procesbelangvraag heeft gesteld, laat staan waarin de rechter deze vraag ontkennend heeft beantwoord en het hoger beroep van de rechtzoekende op die grond niet-ontvankelijk is verklaard.

84 Zie bijvoorbeeld: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 1102-1105, en Schlössels & Zijlstra, p. 1352. Met inachtneming van de beperkingen die artikel 6:13 van de Awb, gelezen in samenhang met artikel 6:24 van die wet stelt, kan ook hoger beroep worden ingesteld door belanghebbenden die niet hebben deelgenomen aan de procedure bij de rechtbank. Zie hierover: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 1108-1109.

85 Dit geldt overigens niet alleen in het bestuursrecht: ingevolge artikel 3:103 van het Burgerlijk Wetboek komt zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toe.

86 Zie over procesbelang uitgebreid: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 407-430 en 1108-1120, en Schlössels & Zijlstra, p. 1305-1308 en de daar vermelde jurisprudentie en literatuur.

Terecht lijkt mij. Het toezien op de wijze waarop de eerstelijnsrechter toepassing geeft aan de bevoegdheden die de wetgever hem heeft toegekend, waaronder de bevoegdheid de ene partij ten laste van de andere in de kosten te veroordelen, is immers bij uitstek een taak van de hogerberoepsrechter.[87] Dat laat onverlet dat een rechtzoekende geen belang heeft bij een inhoudelijke beoordeling van het door hem ingestelde hoger beroep, indien hij hangende het (hoger)beroep alsnog krijgt wat zijn inzet in rechte was, maar hij in aanmerking wil komen voor vergoeding van proceskosten. De reden daarvoor is dat de wet voor toekenning daarvan nu eenmaal niet eist dat het beroep gegrond is.[88]

De Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep namen evenwel aan dat een bestuursorgaan, anders dan de rechtzoekende, geen procesbelang heeft bij een inhoudelijke beoordeling van een hoger beroep dat uitsluitend is gericht tegen een door de rechtbank uitgesproken proceskostenveroordeling (inclusief de veroordeling tot vergoeding van het griffierecht).[89] Bij uitspraak van 15 april 2009 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak deze benaderingswijze doorgetrokken naar hoger beroepen tegen het oordeel van de rechtbank over de vergoeding van de kosten in de bestuurlijke voorprocedure.[90] Zij overweegt:

> 'Naar vaste jurisprudentie is de bestuursrechter alleen tot het beantwoorden van rechtsvragen geroepen in een geschil met betrekking tot een besluit. Waar een zodanig geschil niet langer bestaat, is de bestuursrechter niet meer tot beantwoording van al dan niet principiële vragen gehouden. Dit uitgangspunt kan worden ondergraven, indien een bestuursorgaan reeds aan slechts het ongedaan maken, dan wel het in hoogte doen aanpassen, van een proceskostenveroordeling of aan het ongedaan maken van een last tot griffierechtvergoeding belang kan ontlenen.
>
> Een bestuursorgaan heeft dan ook onvoldoende procesbelang bij het instellen van hoger beroep, indien het belang uitsluitend nog bestaat uit het ongedaan maken, dan wel het in hoogte doen aanpassen, van een door de rechtbank ten laste van dat orgaan uitgesproken proceskostenveroordeling ten aanzien van de kosten van beroep, bezwaar of administratief beroep of uit het ongedaan maken van een last tot betaling van griffierecht.
>
> Voorts valt niet in te zien op grond waarvan een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen een veroordeling in de kosten van beroep en een veroordeling in de kosten van bezwaar of administratief beroep of een last tot betaling van griffierecht. In alle hiervoor genoemde gevallen heeft het bestuursorgaan eenzelfde financieel belang bij de uitkomst van de procedure. In aanmerking genomen dat het slechts om relatief geringe bedragen gaat, kan gezegd worden dat die tot het procesrisico van het bestuursorgaan behoren.'

87 Zie onder meer: HR 22 september 2006, *AB* 2007/37, ABRvS 18 februari 2009, *AB* 2009/164, beide m.nt. B.W.N. de Waard, en CRvB 27 maart 2009, *JB* 2009/147.

88 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 4 juni 2009, *AB* 2009/248, m.nt. redactie, en CRvB 30 augustus 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR7047.

89 Onder meer: CRvB 4 februari 1997, *JB* 1997/52, ABRvS 17 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX2126, en ABRvS 6 juni 2008 in zaak nr. 200801200/2.

90 ABRvS 15 april 2009, *AB* 2009/163, m.nt. B.W.N. de Waard.

Zoals De Poorter terecht opmerkt, overtuigt de dogmatische onderbouwing van de uitspraak niet.[91] Nog daargelaten dat deze niet noopt tot het maken van een onderscheid tussen de rechtzoekende en het besluitnemend bestuursorgaan, leidt deze onderbouwing, die ervan uitgaat dat een in hoger beroep aan de orde gestelde rechtsvraag betrekking moet hebben op een besluit, ertoe dat ook de wijze waarop de rechtbank toepassing heeft gegeven aan de haar in hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht toegekende processuele bevoegdheden in hoger beroep niet aan de orde kan worden gesteld. Evenals De Poorter denk ik dan ook dat aan de door de Afdeling bestuursrechtspraak gekozen benaderingswijze geen dogmatische redenen ten grondslag liggen, maar veeleer de gedachte dat van een bestuursorgaan mag worden verwacht dat het prudent omgaat met de beperkt beschikbare hoogst rechterlijke capaciteit. Het louter in hoger beroep opkomen tegen een proceskostenveroordeling is dat naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak klaarblijkelijk niet.[92]

In elk geval de Hoge Raad heeft de Afdeling bestuursrechtspraak niet gevolgd. In het arrest van 27 november 2009 overweegt hij zonder veel omhaal van woorden:

> 'In 's Hofs uitspraak ligt het oordeel besloten dat het mogelijk is om uitsluitend in (hoger) beroep te komen tegen een proceskostenveroordeling, welk oordeel juist is.'[93]

Spijtig is dat de Hoge Raad met geen woord ingaat op de op dat moment nog recente nieuwe benaderingswijze van de Afdeling bestuursrechtspraak. Temeer, nu de Hoge Raad daarmee ook afstand neemt van de Centrale Raad van Beroep. In hoger beroep voerde de belastingplichtige ook uitdrukkelijk het verweer dat een bestuursorgaan niet alleen kan procederen over de kosten, aangezien de kostenveroordeling geen deel uitmaakt van het beroep ten principale, doch een annexiteit is, en daarvan geen afzonderlijk hoger beroep mogelijk is. Het gerechtshof is op dit verweer niet uitdrukkelijk ingegaan, maar is direct tot een inhoudelijke beoordeling overgegaan, daarmee het verweer impliciet verwerpend. Het arrest van 27 november 2009 is overigens in lijn met de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin het bestuursorgaan nimmer is tegengeworpen dat het alleen hoger beroep had ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank over de kostenveroordeling in beroep of de daaraan voorafgegane bestuurlijke voorprocedure.[94] Opmerking verdient daarbij wel dat de oorsprong van de jurisprudentie lijkt te liggen in een tijd waarin de Algemene wet bestuursrecht in belastingzaken nog slechts van overeenkomstige toepassing was. Reden temeer echter om geen van de andere hoogste bestuursrechterlijke instanties afwijkende jurisprudentielijn te hanteren.

---

91 De Poorter 2009, p. 199-200.
92 Zie ook: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 429-430.
93 HR 27 november 2009, *BNB* 2010/60C, m.nt. B.J. van Ettekoven bij *BNB* 2010/63C.
94 Zie in dit verband ook: De Poorter 2010-1, p. 105-106.

Het gevolg van de door de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep gekozen benaderingswijze is dat bestuursorganen de toegang tot de rechter werd onthouden, zoals Barkhuysen en Koenraad terecht opmerken.[95] Met hen ben ik van mening dat het een kwestie van waardering is of het relatief geringe bedragen betreft, zoals de Afdeling bestuursrechtspraak overweegt. Zeker in procedures waarbij vele belanghebbenden betrokken zijn of waarin ingewikkelde en complexe deskundigenberichten zijn ingebracht waarvan de kosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen, kan de proceskostenveroordeling in absolute zin aardig in de papieren lopen. Dat laat onverlet dat ik van mening ben dat op het bestuursorgaan een risicoaansprakelijkheid rust wat betreft de kosten van de procedure in rechte (inclusief de bestuurlijke voorprocedure) en het derhalve niet zou moeten (willen) procederen over alleen een proceskostenveroordeling. Ook niet, indien het al dan niet terecht van mening is dat de eerstelijnsrechter een fout heeft gemaakt. Juist van een bestuursorgaan mag prudentie worden gevraagd waar het de inzet betreft van schaarse rechterlijke capaciteit.

Met Barkhuysen en Koenraad, maar ook met Van Ettekoven in zijn noot onder een ander arrest van 27 november 2009, ben ik het eens dat het aan de wetgever, en niet de rechter is deze keuze te maken.[96] In het bijzonder omdat de wetgever, anders dan bijvoorbeeld bij de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften, er niet voor heeft gekozen de mogelijkheid van het aanwenden van rechtsmiddelen afhankelijk te stellen van het bestaan van een bepaald financieel belang.[97] De jurisprudentielijn van de Hoge Raad lijkt ook meer in overeenstemming te zijn met de bedoeling van de wetgever én de taak van de hogerberoepsrechter. De vraag rijst ook waarom de Afdeling bestuursrechtspraak zo dogmatisch inzette en het daarmee moeilijker lijkt te maken tot rechtseenheid te komen. Gegeven het beperkte belang van de kwestie, het gaat immers slechts om de centen en niet om de zaak, zou immers ook hier mogen worden verwacht dat de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties tot één lijn komen. Aan de andere kant moeten de verschillen ook weer niet worden overdreven. De Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep nemen slechts dan geen procesbelang voor het bestuursorgaan aan, indien het hoger beroep *uitsluitend* is gericht tegen het oordeel over de proceskostenveroordeling. Zodra een bestuursorgaan enig ander rechtens te honoreren belang stelt, is procesbelang mijns inziens ook in deze benadering uitgangspunt. De praktijk leert dat – al dan niet reële – vrees voor precedentwerking bij de meeste bestuursorganen voor in de mond bestorven ligt en dat het prudent omgaan met schaars beschikbare rechterlijke capaciteit niet voor alle bestuursorganen prioriteit heeft.

---

95 Barkhuysen & Koenraad.

96 HR 27 november 2009, *BNB* 2010/63C.

97 Zie ook: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 412, die opmerkt dat 'ook een zeer gering financieel bedrag procesbelang oplevert'. Zij haalt daarbij onder meer een voorbeeld aan waarin het gaat over een bedrag van € 6,00.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft zich op 7 december 2011 zonder omhaal van woorden en in aansluiting op de Centrale Raad van Beroep, in 'het belang van de rechtseenheid in het bestuursrecht' aangesloten bij de rechtspraak van de Hoge Raad.[98] Gegeven de eerdere dogmatische benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak en het ontbreken van enige dogmatische onderbouwing in de desbetreffende uitspraak van 7 december 2011 dringt zich de gedachte op dat het belang van de rechtseenheid de reden voor het omgaan is en niet dat de Afdeling bestuursrechtspraak bij nadere beschouwing de redenering van de Hoge Raad onderschrijft. De vraag rijst waarom dit dan niet eerder, bijvoorbeeld gelijk met de Centrale Raad van Beroep, is gebeurd.

5.3.3.2 Ontvankelijkheid: de rechtsmiddelenclausule

Inleidende opmerkingen

De jurisprudentie over de rechtsmiddelenclausule, of beter gezegd: het ontbreken daarvan, biedt een voorbeeld van de eerstelijnsrechter tot wanhoop drijvende divergentie tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties.[99] Ingevolge artikel 3:45 van de Algemene wet bestuursrecht dient bij de bekendmaking van een besluit te worden vermeld of daartegen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend en, zo ja, welke en binnen welke termijn. De vraag rijst welke consequenties het heeft, indien een bestuursorgaan in strijd met deze verplichting handelt.

Rechtsmiddelenclausule ontbreekt

Het ontbreken van een rechtsmiddelenclausule leidde in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak aanvankelijk tot verschoonbaarheid van een eventuele termijnoverschrijding, behoudens bijzondere omstandigheden. De Centrale Raad van Beroep ging ervan uit dat in die gevallen een termijnoverschrijding niet zonder meer verschoonbaar is en eiste daarvoor aanvullende omstandigheden.[100] Dat de rechtzoekende bekend is met de mogelijkheden rechtsmiddelen aan te wenden en de daarvoor geldende termijnen laat verstrijken, kan een contra-indicatie vormen voor het aannemen van verschoonbaarheid.[101] Hoewel ik niet uitsluit dat toepassing van beide jurisprudentielijnen in het concrete geval tot vergelijkbare uitkomsten leidde, was het uitgangspunt verschillend.

Bij uitspraak van 8 mei 2001 gaat de Afdeling bestuursrechtspraak uitdrukkelijk om en sluit zij zich aan bij de benaderingswijze van de Centrale

98 ABRvS 7 december 2011, *AB* 2012/34, m.nt. R. Ortlep, en CRvB 12 februari 2010, *JB* 2010/74.

99 Zie: rechtbank Utrecht 19 januari 2009, *AB* 2009/139, m.nt. R. Ortlep.

100 ABRvS 14 januari 1999, *NA* 1999/60, en CRvB 14 oktober 1999, *AB* 2000/41, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

101 CRvB 14 februari 2002, *AB* 2002/239, m.nt. W.J.M. Voermans.

Raad van Beroep.[102] Zonder bijkomende omstandigheden, leidt het ontbreken van een rechtsmiddelenclausule derhalve niet tot verschoonbaarheid van een termijnoverschrijding. Deze jurisprudentie is overigens niet zonder kritiek gebleven, in het bijzonder omdat daarmee een handelen door een bestuursorgaan in strijd met een uitdrukkelijke wettelijke verplichting wordt beloond.[103] Aangezien een motivering voor het omgaan en ook een verwijzing naar de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep ontbreekt, blijft het raden naar de motieven die aan deze wijziging van de jurisprudentie ten grondslag liggen. Behalve het bevorderen van rechtseenheid tussen beide instanties, zou één daarvan kunnen zijn dat van de rechtzoekende een actieve opstelling mag worden verwacht die zich daarin uit, dat hij bij het bestuursorgaan informatie inwint over het al dan niet openstaan van rechtsmiddelen, indien het besluit daarover – niettegenstaande de duidelijke verplichting, neergelegd in artikel 3:45 van de Algemene wet bestuursrecht – zwijgt. Stilzitten wordt niet beloond![104] Een aanwijzing hiervoor zou kunnen worden gevonden in jurisprudentie over de gevallen waarin het bestuursorgaan wél een rechtsmiddelenclausule vermeldt, maar een onjuiste. In die gevallen nemen alle hoogste bestuursrechterlijke instanties aan dat een overschrijding van de termijn, die het gevolg is van het afgaan op de onjuiste rechtsmiddelenclausule, verschoonbaar is.[105]

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven bleef er evenwel van uitgaan dat het ontbreken van een rechtsmiddelenclausule een termijnoverschrijding in beginsel verschoonbaar maakt.[106] De Hoge Raad hanteerde dezelfde benaderingswijze.[107] In zijn arrest van 19 maart 2010 formuleerde hij dit aldus:

> 'Mede gelet op deze totstandkomingsgeschiedenis van artikel 6:11 van de Algemene wet bestuursrecht, geldt in belastingzaken – waarin doorgaans geen derde-belanghebbenden zijn betrokken – het volgende voor de beoordeling van de vraag of bij het ontbreken van een rechtsmiddelverwijzing sprake is van een verschoonbaar verzuim.
>
> Nu het op de weg van het bestuursorgaan en van de rechter ligt om duidelijkheid te (doen) verschaffen omtrent een genomen besluit of uitspraak en daartegen openstaande rechtsmiddelen, mogen de gevolgen van het ontbreken van die duidelijkheid in beginsel niet voor rekening van de belanghebbende komen. Indien een rechtsmiddelverwijzing achterwege is gebleven en de belanghebbende aanvoert dat als gevolg daarvan redelijkerwijs

102 ABRvS 8 mei 2001, *AB* 2001/291, m.nt. L.J.A. Damen.

103 Zie bijvoorbeeld: Damen 2003, p. 250, L.J.A. Damen bij ABRvS 8 mei 2001, *AB* 2001/291, S.E. Zijlstra bij ABRvS 12 september 2001, *AB* 2002/4, en H.E. Bröring bij CRvB 29 februari 2000, *AB* 2000/443.

104 Zie ook: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 368.

105 Onder meer: CBb 7 december 1999, *AB* 2000/102, HR 22 november 2000, *JB* 2000/343, CRvB 6 maart 2007, *JB* 2007/94, en ABRvS 5 augustus 2009, *JB* 2009/200. Zie ook: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 369.

106 Onder meer: CBb13 januari 2004, *AB* 2004/111, m.nt. J.H. van der Veen.

107 Onder meer: HR 13 januari 2004, *BNB* 2004/159, vóór, en HR 7 december 2007, *BNB* 2008/45, m.nt. J.W. Zwemmer, na invoering van belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties.

niet kan worden geoordeeld dat hij in verzuim is geweest, dient niet-ontvankelijkverklaring wegens termijnoverschrijding derhalve op de voet van artikel 6:11 van de Algemene wet bestuursrecht achterwege te blijven. Deze regel lijdt slechts uitzondering in gevallen waarin aannemelijk is dat hij anderszins tijdig op de hoogte was van de termijn waarbinnen het desbetreffende rechtsmiddel aangewend diende te worden.'[108]

Bij uitspraak van 23 juni 2011 heeft de Centrale Raad van Beroep zich onder verwijzing naar voormeld arrest aangesloten bij de benaderingswijze van de Hoge Raad en overwogen:

'Ten aanzien van de verschoonbaarheid van de overschrijding van de bezwaartermijn overweegt de Raad dat, anders dan voorheen en in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad in belastingzaken (bijvoorbeeld het arrest van 19 maart 2010, LJN BL7954, BNB 2010/240 en AB 2010, 244), het ontbreken van een rechtsmiddelverwijzing bij een besluit in beginsel leidt tot verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding, indien de belanghebbende daarop een beroep doet en stelt dat de termijnoverschrijding daarvan het gevolg is. De termijnoverschrijding zal in het algemeen niet verschoonbaar zijn in gevallen waarin redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de belanghebbende wist dat hij binnen een bepaalde termijn bezwaar moest maken. Van bekendheid met de termijn kan verder worden uitgegaan indien de belanghebbende al voor afloop van de termijn werd bijgestaan door een professionele rechtshulpverlener, aangezien redelijkerwijs mag worden aangenomen dat deze over de vereiste kennis beschikt en ook diens kennis in dit verband aan de belanghebbende kan worden toegerekend. Daarentegen ligt – onder omstandigheden ook bij een professionele rechtshulpverlener – het aannemen van verschoonbaarheid in de rede, als gerede twijfel mogelijk is omtrent het besluitkarakter van het door het bestuursorgaan aan de belanghebbende toegezonden stuk.'[109]

Wat opvalt in de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep is dat – anders dan in het arrest van de Hoge Raad – daarin de verwijzing naar het ontbreken van derde-belanghebbenden ontbreekt. Van Eijsden vroeg zich in zijn noot onder het arrest nog af welke benaderingswijze de Hoge Raad zou hanteren in procedures waar wel sprake is van derde-belanghebbenden.[110] Bij uitspraak van 21 september 2011 heeft ook de Afdeling bestuursrechtspraak zich aangesloten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals Ortlep in zijn noot onder het arrest van 19 maart 2010 voorspelde. Zij overweegt:

'De Afdeling is thans, gelet op het belang van de rechtseenheid in het bestuursrecht, in aansluiting op de rechtspraak van de Hoge Raad (zie onder meer HR 19 maart 2010, LJN BL7954, BNB 2010/240), de Centrale Raad van Beroep (CRvB 23 juni 2011, LJN BR0151) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb 13 januari 2004, *AB* 2004/111), van oordeel dat het ontbreken van een rechtsmiddelverwijzing bij een besluit of uitspraak in beginsel leidt tot verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding, mits de belanghebbende daarop een beroep doet, stellende dat de termijnoverschrijding daarvan het gevolg is. Dit beginsel lijdt uitzondering indien redelijkerwijs kan worden

108 HR 19 maart 2010, *BNB* 2010/240, m.nt. J.A.R. van Eijsden, en *V-N* 2010/15-5, waarbij de redactie opmerkt de benaderingswijze van de Hoge Raad op zichzelf te onderschrijven, maar betreurt dat de Hoge Raad in het geheel niet motiveert waarom hij een van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep afwijkende benaderingswijze kiest.

109 CRvB 23 juni 2011, *AB* 2011/207, m.nt. R. Ortlep.

110 HR 19 maart 2010, *BNB* 2010/240.

> aangenomen dat de belanghebbende tijdig wist dat hij binnen een bepaalde termijn bezwaar moest maken dan wel beroep of hoger beroep moest instellen. Van bekendheid met de termijn kan in ieder geval worden uitgegaan indien de belanghebbende voor afloop van de termijn reeds werd bijgestaan door een professionele rechtsbijstandverlener. Bij een professionele rechtsbijstandverlener mag kennis omtrent het in te stellen rechtsmiddel en de daarvoor geldende termijn immers worden verondersteld en diens kennis kan in dit verband aan de belanghebbende worden toegerekend. Ook bij ideële en andere organisaties die regelmatig plegen te procederen, mag die kennis worden verondersteld alsook bij burgers die regelmatig procederen. Voor het aannemen van verschoonbaarheid kan evenwel, ook indien de belanghebbende bijstand heeft van een professionele rechtsbijstandverlener, aanleiding bestaan indien gerede twijfel mogelijk is omtrent het besluitkarakter van het door het bestuursorgaan aan die belanghebbende toegezonden stuk.'[111]

De zin waarmee de Afdeling bestuursrechtspraak de overweging opent, hanteert zij vaker, indien zij tot uitdrukking wil brengen dat zij haar jurisprudentie vanwege 'het belang van rechtseenheid in het bestuursrecht' in lijn brengt met die van de overige hoogste bestuursrechterlijke instanties. De gelijkenis tussen de overweging van de Afdeling bestuursrechtspraak en die van de Centrale Raad van Beroep is bovendien treffend. Aangenomen moet dan ook worden dat de nieuwe lijn vrucht is van overleg tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties.[112] Gelet hierop verwacht ik ook dat het niet vermelden van het ontbreken van derde-belanghebbenden geen verschrijving is, maar dat beoogd is een over de gehele linie van het algemene bestuursrecht toepasbare regel te formuleren. Indien de nieuwe lijn in een concreet geval tot voor de rechtspositie van eventuele derde-belanghebbenden onaanvaardbare consequenties leidt, bieden de woorden 'in beginsel' in de standaardoverweging de mogelijkheid tot een maatwerkoplossing te komen.[113]

5.3.3.3 Ontvankelijkheid: op tijd of niet op tijd?

Tijdigheid wordt en moet ambtshalve worden onderzocht

Eenzelfde streven naar rechtseenheid is zichtbaar bij het leerstuk van de tijdige ontvangst van een bezwaar- of beroepschrift en de taak van de rechter

---

111 ABRvS 21 september 2011, *AB* 2011/299, m.nt. R. Ortlep.

112 Zie in dit verband ook het interview met J.E.M. Polak, 'Rechtspraak als collectief goed', in: *NJB* 2011, 1256, en het Jaarverslag van de Raad van State 2010, p. 149-151.

113 Ik kon mij overigens goed verenigen met de 'oude' lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep, niet eens zozeer om dogmatische redenen, als wel omdat mijns inziens van degenen die door de overheid als mondige burgers willen worden behandeld ook een mondige opstelling verwacht mag worden en een bereidheid zich verantwoordelijk te tonen voor het opkomen van de eigen belangen. Niet kan evenwel worden ontkend dat de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 3:45 en 6:11 van de Awb, waarnaar de Hoge Raad voor zijn oordeel verwijst, uitdrukkelijk wijst in de richting, zoals voorgestaan door de Hoge Raad. Los daarvan valt het bereiken van rechtseenheid op dit leerstuk, waarbij verwarring over de geldende lijn voor de rechtsbescherming fatale gevolgen kan hebben, zonder meer toe te juichen. Met het resultaat kan ik dan ook instemmen.

daarbij. De bepalingen over de ontvankelijkheid van het bezwaar of beroep zijn van openbare orde; of aan de daarin gestelde vereisten is voldaan, dient de rechter derhalve ambtshalve te beoordelen.[114] Met uitzondering van de Hoge Raad verbinden de hoogste bestuursrechterlijke instanties hieraan de consequentie dat, ook indien het bestuursorgaan niet bestrijdt dat het bezwaar- of beroepschrift tijdig is ingediend, de rechter in alle gevallen moet onderzoeken of dat inderdaad het geval is en de daartoe vereiste feitelijke informatie zelf moet (kunnen) vergaren, ook indien tussen partijen uitdrukkelijk overeenstemming bestaat over de ontvankelijkheidsvragen, dan wel zij stilzwijgend zijn uitgegaan van ontvankelijkheid.[115] In gelukkig uitzonderlijke gevallen kan dit ertoe leiden dat de hogerberoepsrechter tot het oordeel moet komen dat het bezwaar achteraf bezien niet verschoonbaar te laat was ingediend, zodat het in het geheel niet tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil had mogen komen.[116]

Maar niet volgens de Hoge Raad?

Ook de Hoge Raad stelt zich op het standpunt dat bepalingen over de toegang tot de rechter, inclusief die over de tijdigheid van het indienen van een bezwaar- of beroepschrift, van openbare orde zijn en daaraan door de rechter ambtshalve moet worden getoetst.[117] Tussen de Hoge Raad en de overige hoogste bestuursrechterlijke instanties bestond evenwel lange tijd een verschil over de feiten aan de hand waarvan de rechter ambtshalve moet toetsen of het bezwaar- of beroepschrift tijdig is ingediend. Indachtig het adagium dat niet bestreden feiten geen bewijs behoeven, verbood de Hoge Raad de feitenrechters onderzoek te doen naar de datum van indiening van een bezwaar- of beroepschrift, indien tussen partijen uitdrukkelijk niet in geschil is dat het stuk tijdig is ingediend, dan wel de rechtzoekende – al dan niet desgevraagd – stelt dat het stuk tijdig is ingediend en het bestuursorgaan dit niet

114 Zie hierover nader: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 636-648 en de daar aangehaalde literatuur. Zie over openbare orde en artikel 8:69 van de Awb nader: Stijnen, p. 333-356, en Brugman, p. 132-140.

115 Zie ook: Widdershoven 1996, p. 273, en ABRvS 17 juni 2009, *JV* 2009/324. In dezelfde zin: J.C.K.W. Bartel bij HR 12 juli 2013, *BNB* 2013/237C.

116 Dit leidt er dan toe dat de hogerberoepsrechter het hoger beroep gegrond verklaart, de aangevallen uitspraak vernietigt, het beroep gegrond verklaart, het besluit vernietigt en zelf voorziend het bezwaar niet-ontvankelijk verklaart. Zie bijvoorbeeld: ABRvS 10 mei 2012 in zaak nr. 201106557/1/V2, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de rechtbank in het kader van het hoger beroep eerst de les leest over hoe te handelen, indien zij van oordeel is dat het bestuursorgaan ten onrechte een termijnoverschrijding in bezwaar heeft gepasseerd, maar devolutief tot de slotsom komt dat van een termijnoverschrijding in bezwaar in het geheel geen sprake was. Het behoeft, denk ik, geen toelichting dat de extreme variant, waarbij na een inhoudelijk besluit op bezwaar en een inhoudelijke toetsing door de rechtbank van dat besluit, in hoger beroep alsnog een niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar wordt uitgesproken, voor alle betrokkenen uitermate onbevredigend is.

117 Zie ook: Ilsink, p. 66.

weerspreekt.[118] De Hoge Raad hield daarbij vast aan zijn eigen jurisprudentie, gevormd vóór het van toepassing worden van de Algemene wet bestuursrecht in belastingzaken, de periode derhalve dat deze wet in belastingzaken nog slechts van overeenkomstige toepassing was.

Discussie is mogelijk of de door de Hoge Raad gekozen benaderingswijze de voorkeur heeft of zou moeten hebben boven die van de overige hoogste bestuursrechterlijke instanties, zeker indien dit ertoe leidt dat in hoger beroep een bezwaar alsnog – ambtshalve – niet-ontvankelijk wordt verklaard, omdat het naar het oordeel van de hogerberoepsrechter niet tijdig was ingediend. Dat gaat eraan voorbij dat procesregels een middel zijn om een ordelijk verloop van de procedure te waarborgen; naleving daarvan kan derhalve geen doel op zichzelf zijn, althans zou dat niet moeten zijn. Hoewel derhalve iets valt te zeggen voor de door de Hoge Raad gekozen benaderingswijze, laat dat onverlet dat een motivering waarom de Hoge Raad niet kiest voor de door de overige hoogste bestuursrechterlijke instanties gevolgde benaderingswijze (alleen in belastingzaken of in algemene zin?), niet had misstaan. Dit klemt temeer, nu het de toepassing van bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht betreft waarvan buiten twijfel is dat de rechter daaraan ambtshalve toetst en de Hoge Raad degene is die afwijkt van sinds jaar en dag vaste jurisprudentie van de overige instanties.[119]

Bij arrest van 13 mei 2011 brengt de Hoge Raad zijn jurisprudentie in lijn met die van de overige instanties. Na eerst uitgebreid stil te staan bij de bezwaren die kunnen worden en ook zijn geuit tegen de tot dan toe door hem gehanteerde lijn overweegt hij:

> 'Bovendien moet worden vastgesteld dat de in 3.3.2 bedoelde rechtspraak verschilt met de rechtspraak van andere hoogste bestuursrechters, met als gevolg dat betrokkenen in fiscale en andere bestuursrechtelijke zaken met betrekking tot ontvankelijkheidsvragen worden geconfronteerd met twee verschillende regimes.
>
> In de argumenten genoemd onder 3.3.4 tot en met 3.3.6 vindt de Hoge Raad aanleiding om terug te komen van zijn in 3.3.2 bedoelde rechtspraak. De Hoge Raad is thans van oordeel dat de rechter in belastingzaken bij de beoordeling of een bij hem ingesteld rechtsmiddel ontvankelijk is, gehouden is ambtshalve onderzoek te doen naar de aannemelijkheid van feiten die door een partij in dat verband worden aangevoerd, ook indien die gestelde feiten door de wederpartij worden erkend of niet worden betwist.'[120]

---

118 Zie bijvoorbeeld: HR 29 mei 1996, *BNB* 1996/283, m.nt. J.W. Ilsink bij HR 29 mei 1996, *BNB* 1996/282*, en HR 1 april 2005, *AB* 2005/246, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk naar eerstvermeld arrest van 29 mei 1996 verwijst. Dat sprake is van een 'accentverschil', zoals Feteris stelt, lijkt mij een understatement; zie: Feteris 2010, p. 369. Zie voor een kritische reactie op de benaderingswijze van de Hoge Raad ook: Widdershoven 1996, p. 272-273, en Widdershoven 1997, p. 67.

119 Zie ook: Van Dijk & De Poorter, p. 79-81.

120 HR 13 mei 2011, *AB* 2011/158, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, en *BNB* 2011/218, m.nt. J.C.K.W. Bartel.

Door het omgaan van de Hoge Raad is de rechter nu over de gehele linie van het bestuursrecht niet alleen bevoegd, maar ook gehouden ambtshalve te onderzoeken of het bezwaar- en (hoger)beroepschrift tijdig zijn ingediend. Ik hoop evenwel dat één van de goede kanten van de oude jurisprudentie van de Hoge Raad behouden blijft. Deze had immers ook tot gevolg dat de eerstelijnsrechter zich niet mocht uitlaten over de tijdigheid van het bezwaarschrift en de hogerberoepsrechter niet over de tijdigheid van het beroepschrift bij de eerstelijnsrechter, als dat punt niet door één van de partijen aan de orde was gesteld. Beter gezegd: als één van partijen niet het voor de beoordeling daarvan vereiste feitensubstraat had geleverd. De jurisprudentie zal moeten uitwijzen of mijn hoop bewaarheid wordt. Wat betreft de Hoge Raad stemt het arrest van 12 juli 2013 hoopvol.[121] Daarin casseert de Hoge Raad een arrest van het gerechtshof te Arnhem dat, hoewel in hoger beroep tussen partijen geen geschil bestond over de feitelijke grondslag van de beslissing van de rechtbank over de ontvankelijkheid van het beroep, het beroep bij de rechtbank alsnog niet-ontvankelijk had verklaard.

Wat de Afdeling bestuursrechtspraak betreft zijn de tekenen minder gunstig. In de uitspraak van 26 juli 2013 verklaart zij 'ambtshalve overwegend' het bezwaarschrift alsnog niet-ontvankelijk omdat het onverschoonbaar niet binnen de daarvoor geldende termijn is ingediend.[122] Het bestuursorgaan noch de rechtbank had eerder een ontvankelijkheidsprobleem geconstateerd. Hoewel de tijdige aanwending van een rechtsmiddel een ambtshalve door de rechter te beoordelen kwestie is, kan de vraag worden gesteld wie er mee gebaat is als na een inhoudelijke beoordeling in bezwaar en beroep in hoogste instantie alsnog tot niet-ontvankelijkverklaring wordt overgegaan. De rechtzoekende in elk geval niet en de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin evenmin.

5.3.3.4 Ontvankelijkheid: griffierechtperikelen – vragen en manen

Inleidende opmerkingen

In paragraaf 5.2.2 ging ik al in op de eensgezindheid die tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties bestaat over de vraag of de Nederlandse griffierechtregeling, die – zoals gezegd – niet voorziet in de mogelijkheid rekening te houden met betalingsonmacht van de rechtzoekende, al dan niet in strijd is met de eisen die artikel 6 van het EVRM (in vreemdelingen- en belastingzaken, waarin deze bepaling toepassing mist: het daaraan ten grondslag liggende recht op toegang tot een onafhankelijke rechter). De jurisprudentie van verschillende bestuursrechterlijke instanties over de bepalingen die de verschuldigdheid van het griffierecht regelen biedt ook een mooi voorbeeld van rechterlijke uniformering. Wat is het geval.

121 HR 12 juli 2013, *BNB* 2013/237C, m.nt. J.C.K.W. Bartel.
122 ABRvS 26 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:527.

Griffierechtperikelen: Eerst vragen of direct manen?
De regeling van het griffierecht in zowel de Algemene wet bestuursrecht, de Wet op de Raad van State, de Beroepswet als de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie[123] bevatte de volgende passage:

> 'De griffier wijst de indiener van het beroepschrift op de verschuldigdheid van het griffierecht en deelt hem mede dat het verschuldigde bedrag binnen vier weken na de dag van verzending van zijn mededeling dient te zijn bijgeschreven op de rekening […] dan wel ter griffie dient te zijn gestort. Indien het bedrag niet binnen deze termijn is bijgeschreven of gestort, wordt het beroep niet-ontvankelijk verklaard, tenzij redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest.'

De rechtbanken hanteren de werkwijze, waarbij de mededeling van de griffier, bedoeld in artikel 8:41, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, wordt voorafgegaan door een per gewone post verzonden brief, waarin de rechtzoekende wordt uitgenodigd binnen vier weken het verschuldigde recht te voldoen.[124] Deze werkwijze is neergelegd in de procesregeling.

De door de hoogste bestuursrechterlijke instanties (met uitzondering van de Hoge Raad) gezamenlijk vastgestelde Procesregeling bestuursrechterlijke instanties 2006, zoals nadien gewijzigd, kende lange tijd geen met artikel 12 van de Procesregeling bestuursrecht 2008 vergelijkbare regeling. Desalniettemin hanteerden de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven dezelfde werkwijze als de rechtbanken. Grondslag daarvoor vonden zij in de artikelen 6 en 9 van de procesregeling, in onderlinge samenhang gezien. Indien de griffier de uitnodiging, bedoeld in artikel 6 van de procesregeling niet per aangetekende post heeft verzonden, dan wel daarin niet heeft medegedeeld dat het hoger beroep niet-ontvankelijk kan worden verklaard, indien het verzuim niet binnen de gestelde termijn is hersteld, kan krachtens artikel 9 van de procesregeling op basis daarvan immers niet tot niet-ontvankelijkverklaring worden overgegaan, althans dat was de gedachte.[125]

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft artikel 8:41, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (dan wel artikel 40 van de Wet op de Raad van State) steeds aldus uitgelegd, dat de verschuldigdheid van het griffierecht niet pas ontstaat na de mededeling van de griffier, maar rechtstreeks volgt

---

123 Artikel 8:41, tweede lid, van de Awb, artikel 40, vierde lid, van de Wet op de Raad van State, artikel 22, vierde lid, van de Beroepswet en respectievelijk artikel 24, vierde lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. Ingevolge artikel 29a, vierde lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is – onder andere – artikel 8:41, tweede lid, van de Awb van overeenkomstige toepassing, indien krachtens deze wet beroep in cassatie wordt ingesteld. Met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht zijn deze bepalingen vervallen en is de griffierechtregeling nog slechts opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht.

124 Zie ook: Schreuder-Vlasblom, p. 402-403.

125 Uit de noot van A.J. Bok bij ABRvS 27 januari 2010, *JB* 2010/61, leid ik af dat de Hoge Raad in belastingzaken dezelfde benaderingswijze hanteert. Jurisprudentie waarin dit expliciet tot uitdrukking wordt gebracht, is mij – evenals de annotator – niet bekend.

uit de wet.[126] Door niet gelijk met het indienen van het (hoger)beroepschrift het recht te voldoen, was de rechtzoekende derhalve reeds in verzuim; met de mededeling van de secretaris is de rechtzoekende dan de gelegenheid geboden dit verzuim te herstellen.[127] In de brief waarbij de griffier de rechtzoekende op de verschuldigdheid van het recht wijst, is tevens vermeld dat niet (tijdig) betalen ervan tot niet-ontvankelijkverklaring kan leiden, waarmee wordt voldaan aan het in artikel 9 van de procesregeling gestelde vereiste. Indien de rechtzoekende het griffierecht vervolgens niet binnen de gestelde termijn van vier weken betaalt, wordt hij in vreemdelingenzaken, waarin de mogelijkheid verzet niet bestaat, weliswaar in de gelegenheid gesteld feiten en/of omstandigheden aan te voeren op grond waarvan zou kunnen worden geoordeeld dat hij niet in verzuim is, maar wordt hem geen nadere termijn geboden het griffierecht alsnog te voldoen. In deze brief wordt ook uitdrukkelijk vermeld dat het alsnog betalen van het recht er niet toe kan leiden dat niet-ontvankelijkverklaring van het (hoger) beroep achterwege blijft. In zaken waarin wel verzet kan worden gedaan, blijft verzending van de reden-verzuimbrief achterwege. In de inwerkingtreding van de procesregeling heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geen grond gezien van deze lijn terug te komen. Integendeel, in dezelfde artikelen als de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven vindt zij steun voor de door haar gekozen benaderingswijze.[128] Dat het een keuze betreft, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in de jurisprudentie ook uitdrukkelijk vermeld.[129]

Het behoeft geen toelichting dat voor de rechtzoekende onbegrijpelijk is dat hij met uitzondering van de Afdeling bestuursrechtspraak door alle bestuursrechterlijke instanties (zowel in eerste aanleg, hoger beroep en beroep in cassatie) twee keer in de gelegenheid wordt gesteld het griffierecht te betalen en dat hij bij de Afdeling bestuursrechtspraak na één brief al niet-ontvankelijk wordt verklaard. Het verschil in jurisprudentie kan dan ook leiden tot verwarring bij de rechtzoekende. Dit klemt temeer nu, indien de rechtzoekende zich in Afdelingszaken na het verstrijken van de in de eerste brief gestelde termijn bewust wordt van zijn vergissing, hij dit niet kan herstellen door alsnog te betalen.

Bij uitspraak van 16 juli 2010 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak zich uitdrukkelijk aangesloten bij de door de overige bestuursrechters gehanteer-

126 Aldus recentelijk uitdrukkelijk in voormelde uitspraak van 27 januari 2010.

127 Zie bijvoorbeeld (al): ABRvS 11 februari 1999, *NA* 1999, 111, en voormelde uitspraak van 27 januari 2010.

128 Gegeven dat de procesregeling de uitkomst is van gezamenlijk overleg tussen de Grote Drie wekt het geen verbazing dat deze regeling voor beide benaderingswijzen een grondslag biedt, althans dat één van beide benaderingswijzen niet eenduidig in strijd is met de regeling.

129 Zie bijvoorbeeld: r.o. 2.4, tweede tekstblok, van ABRvS 27 januari 2010, *JB* 2010/61, m.nt. A.J. Bok.

de werkwijze, zonder inhoudelijk afstand te nemen van de oude lijn.[130] Zij overweegt:

> 'Hiertoe wordt overwogen dat zowel het College van Beroep voor het bedrijfsleven als de Centrale Raad van Beroep (hierna: CBb en CRvB) de door […] bedoelde werkwijze hanteren. Voorts pleegt door de rechtbanken ook een tweede termijn te worden gegund indien het griffierecht naar aanleiding van de brief waarin betrokkene tot betaling is uitgenodigd niet is voldaan. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (zie onder meer de uitspraak van 27 januari 2010 in zaak nr. 200903138/3/H2; JB 2010/61) heeft zij ervoor gekozen dit niet te doen. Evenwel is gebleken dat verschil in de praktijk van de Afdeling enerzijds en de praktijk van het CBb, de CRvB en de rechtbanken anderzijds, tot verwarring kan leiden bij rechtzoekenden. Ook […] is hierdoor mogelijk in verwarring gebracht. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat in de uitspraak, waarvan verzet, ten onrechte geoordeeld is dat het hoger beroep kennelijk niet-ontvankelijk is. Naar het oordeel van de Afdeling heeft […] er in dit geval op mogen vertrouwen dat hem, ondanks de termijnstelling in de maningsbrief van 12 november 2009, een tweede termijn zou worden gegund waarbinnen het griffierecht diende te worden voldaan. De Afdeling voegt hier nog aan toe dat zij omwille van de rechtseenheid welke gebaat is bij een uniforme toepassing van eenzelfde wettelijke regeling door de verschillende bestuursrechters, aanleiding ziet haar praktijk aan te passen aan die van het CBb en de CRvB.'

Omdat, zoals gezegd, de Hoge Raad in belastingzaken dezelfde werkwijze hanteert als de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, valt op dat een verwijzing naar de Hoge Raad ontbreekt. Niettemin is ook dit een mooi voorbeeld dat de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties ook zonder een formele rechtseenheidsvoorziening tot een uniforme rechtstoepassing komen. Een opmerking is daarbij wel op zijn plaats. Zoals ik hiervoor al opmerkte, bracht de Afdeling bestuursrechtspraak in de oude jurisprudentie tot uitdrukking dat deze lijn gebaseerd was op een keuze, hetgeen op zijn minst impliceert dat een andere keuze evengoed verdedigbaar was, daarmee ook respect betuigend aan de afwijkende jurisprudentie van alle andere hoogste bestuursrechterlijke instanties. De nieuwe werkwijze is neergelegd in de artikelen 8 en 11 van de Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2014.[131]

5.3.3.5 Van Amicitia naar Brummen (algemeen)

Inleidende opmerkingen

De voorbeelden die ik hiervoor besprak, betroffen gevallen waarin de afwijkende jurisprudentie het gevolg was van keuzes van de desbetreffende rechterlijke instantie. Het is ook eenvoudiger terug te komen van een jurisprudentielijn die is gebaseerd op min of meer pragmatische keuzes dan van een lijn die berust op een dogmatische visie op – bijvoorbeeld – de plaats van de (bestuurs)rechter in het staatsbestel in het algemeen of de taak van de

130 ABRvS 16 juli 2010, *AB* 2010/209, m.nt. R. Ortlep.
131 *Stcrt*. 2013, 36 139.

bestuursrechter in het bijzonder, temeer als aan die lijn ook nog een op de dogmatiek geënte motivering ten grondslag ligt.

Een voorbeeld dat ook in die gevallen tussen de verschillende bestuursrechterlijke instanties een streven naar uniformiteit bestaat, biedt de ontwikkeling van de jurisprudentie over de omvang van het geschil na vernietiging van een besluit door de rechter, doorgaans aangeduid als de Brummen-jurisprudentie. Het betreft de vraag of na een vernietiging van het besluit door de rechter sprake is van nieuwe ronde, nieuwe kansen, waarbij alle beroepsgronden en verweren die ook al in de eerste beroepsprocedure waren aangevoerd opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld, ook als deze al door de eerste rechter waren verworpen (zodat daartegen geen hoger beroep hoeft te worden ingesteld), dan wel dat degene die het niet eens is met dat oordeel (of beter: die overwegingen) daartegen in hoger beroep moet opkomen, ook als het besluit op andere gronden is vernietigd.

Afdeling bestuursrechtspraak I

Op 23 maart 1995 koos de Afdeling bestuursrechtspraak in de zogenoemde Amicitia-uitspraak voor de nieuwe ronde, nieuwe kansen-benadering.[132] Zij overwoog:

> 'Opmerking verdient dat op zichzelf denkbaar zou zijn geweest dat appellanten, in plaats van zich in hoger beroep tot de Afdeling te wenden, eerst de nieuwe beslissing van burgemeester en wethouders op hun bezwaarschriften hadden afgewacht. Indien die nieuwe beslissing wederom zou strekken tot handhaving van de verleende vrijstelling en bouwvergunning, zou het enkele feit dat appellanten – in afwachting van het verdere verloop van de procedure – van het instellen van hoger beroep tegen de aangevallen uitspraak hadden afgezien, voor hen geen beletsel behoeven te vormen om hun door de president verworpen of buiten beschouwing gelaten argumenten opnieuw bij de administratieve rechter naar voren te brengen.'

Door de toevoeging dat dit aan het recht van appellanten om reeds tegen de aangevallen uitspraak in hoger beroep te komen, niet kan afdoen, wordt duidelijk dat rechtzoekenden in de optiek van de Afdeling bestuursrechtspraak de keuze hadden tegen verworpen of niet besproken argumenten in hoger beroep op te komen, dan wel hun geluk eerst bij het bestuursorgaan te beproeven, dat als gevolg van de uitspraak opnieuw op het bezwaar of de aanvraag moest beslissen.

Centrale Raad van Beroep

De Centrale Raad van Beroep volgde – zonder daarvan uitdrukkelijk en gemotiveerd afstand te nemen – deze lijn niet. In een uitspraak van 24 januari 2002 overwoog zij:

---

132 ABRvS 23 maart 1995, *AB* 1996/262, m.nt. P.J.J. van Buuren; zie ook ABRvS 23 oktober 2002, *AB* 2003/303, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en P.A. Willems.

> 'Bij het betoog van de zijde van appellante, dat als gevolg van de volledige vernietiging van het besluit van 28 december 1992, in het kader van het beroep tegen een nieuwe beslissing alle eerdere grieven konden worden aangevoerd en dienden te worden beoordeeld, is kennelijk veronachtzaamd dat dit onderdeel van het dictum van de uitspraak gelet op de tevens in het dictum voorkomende opdracht aan gedaagde, behoort te worden bezien in samenhang met de overwegingen die daaraan ten grondslag zijn gelegd.
>
> De Raad merkt met betrekking tot het voorafgaande voorts op, dat geen zodanige verwevenheid bestaat tussen datgene waaromtrent gedaagde in verband met de uitspraak van de rechtbank een nieuw besluit diende te geven enerzijds, en de aspecten van de aansprakelijkstelling waarop de ongegrond bevonden grieven van appellante betrekking hadden anderzijds, dat een beoordeling van deze grieven onontkoombaar is bij toetsing van de rechtmatigheid van de nieuwe, thans aan de orde zijnde, besluitvorming inzake de aansprakelijkstelling.
>
> In verband met het vorenstaande moet worden geconcludeerd dat de rechtbank zich bij de aangevallen uitspraak terecht op het standpunt heeft gesteld dat de door appellante tegen de – aanvankelijke – aansprakelijkstelling aangevoerde gronden waaromtrent reeds onherroepelijk was beslist, in de beroepsprocedure niet meer inhoudelijk aan de orde konden komen. Ook in hoger beroep kan niet inhoudelijk op deze gronden worden ingegaan.'[133]

De Centrale Raad van Beroep hanteert in deze uitspraak derhalve het tegenovergestelde uitgangspunt van de Afdeling bestuursrechtspraak: het niet in hoger beroep opkomen tegen eerder door de rechtbank verworpen gronden en verweren heeft tot gevolg dat in een eventuele rechterlijke procedure tegen het nieuwe, op grond van de eerdere uitspraak van de rechter genomen besluit die gronden niet meer aan de orde kunnen komen; zij vallen buiten het geschil.

Afdeling bestuursrechtspraak II

Met haar uitspraak van 6 augustus 2003 komt de Afdeling bestuursrechtspraak uitdrukkelijk terug van haar uitspraak van 23 maart 1995, waarin zij – zoals hiervoor vermeld – de keuzevrijheid van de rechtzoekende centraal stelde om tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep in te stellen, voor zover daarin beroepsgronden en verweren zijn verworpen, dan wel eerst een nieuw besluit af te wachten.[134] Zij motiveert dit niet door te verwijzen naar voormelde jurisprudentie(lijn) van de Centrale Raad van Beroep, maar met een zelfstandige motivering, waarin het gezag van (gewijsde van) rechterlijke uitspraken waartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend en de rechtszekerheid een belangrijke rol speelt.[135] Het is ook de vraag of de Afdeling bestuursrechtspraak zich daarmee heeft aangesloten bij de door de Centrale Raad van Beroep gehanteerde benaderingswijze, dan wel een nieuwe variant hanteert. Met De Poorter ben ik van oordeel dat het laatste het

133 CRvB 24 januari 2002, *AB* 2002/140, m.nt. H.E. Bröring.

134 Zie over deze uitspraak nader: De Poorter 2009-1.

135 ABRvS 6 augustus 2003, *AB* 2003/355, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en P.A. Willems. De Brummen-jurisprudentie raakt uiteraard geen aspecten op de naleving waarvan de rechter ambtshalve toeziet: ABRvS 19 oktober 2005 in zaak nr. 200409575/1.

geval is, zodat een verwijzing naar de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep ook niet in de rede lag.[136] Door verschillende auteurs is desalniettemin de vraag gesteld (en impliciet beantwoord) of het omgaan van de Afdeling bestuursrechtspraak wellicht het gevolg was van bespreking van deze problematiek in één of meerdere informele overleggen tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties.[137]

Voorbeeld van streven naar eenheid

Met Benetreu en Van der Ham ben ik van mening dat het voor de hand ligt dat het verschil in benadering tussen de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep – al dan niet naar aanleiding van de onder die uitspraken verschenen annotaties en publicaties in de literatuur – onderwerp van bespreking zal zijn geweest in één van de overleggen tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties. Bij de beslissing van de Afdeling bestuursrechtspraak zal ongetwijfeld ook een rol hebben gespeeld dat daarmee een bijdrage wordt geleverd aan de rechtseenheid, eveneens een verschijningsvorm van de rechtszekerheid.

Voormelde jurisprudentielijnen betreffen echter de fundamenten van de visie op de taak van een (hoogste) bestuursrechter, zodat ik mij niet kan voorstellen dat de wens tot eenheid te komen daarbij de doorslag heeft gegeven. Meer voor de hand ligt het mijns inziens dat men op inhoudelijke gronden tot de slotsom is gekomen dat de Amicitia-lijn niet langer de voorkeur verdient, bijvoorbeeld omdat het onnodige rechterlijke procedures in de hand werkt, en dat het een aardige bijkomstigheid was dat daarmee de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak op dit punt meer in overeenstemming met die van de Centrale Raad van Beroep werd gebracht. Opgemerkt zij dat de Brummen-jurisprudentie ook kan leiden tot een toename van het aantal procedures, te weten van rechtzoekenden die voor de zekerheid hoger beroep instellen, hoewel ze het in hoofdlijnen met de uitspraak van de rechtbank eens zijn en wellicht best hadden willen afwachten op welke wijze het bestuursorgaan uitvoering aan die uitspraak geeft. Ook kan het bestuursorgaan zich genoopt voelen hoger beroep in te stellen, teneinde te voorkomen dat het door de rechtbank verworpen verweren prijsgeeft.

Dat het streven van beide rechterlijke instanties in elk geval na de Brummen-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak er mede op was gericht tot uniformiteit te komen, kan ook worden afgeleid uit de ontwikkeling van de terminologie die wordt gebruikt om een uitzondering op de Brummenlijn te aanvaarden. Hanteerde de Afdeling bestuursrechtspraak in eerste instantie als vereiste om een uitzondering aan te nemen dat sprake is van een onverbrekelijke samenhang tussen wel en niet verworpen gronden, later

136 Zie hierover: De Poorter 2009-1, p. 283-299.

137 Bijvoorbeeld: Damen 2004, p. 90-91, en Benetreu & Van der Ham, p. 88.

werd dit het door de Centrale Raad van Beroep gestelde vereiste dat sprake is van nauwe verwevenheid tussen die gronden.[138]

College van Beroep voor het bedrijfsleven
Ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft, zij het eveneens zonder verwijzing naar jurisprudentie van de zusterinstanties, maar ook zonder nadere motivering, de Brummen-lijn overgenomen.[139] In elk geval de Grote Drie zitten daarmee op dit gebied op één lijn. Toch is van uniformiteit over de gehele linie van het bestuursrecht geen sprake, getuige het arrest van 4 december 2009, waarin de Hoge Raad zich erover moest uitlaten of de Brummen-jurisprudentie ook van toepassing is binnen het fiscaal procesrecht.[140]

Hoge Raad
In de conclusie van Advocaat-Generaal Wattel bij voormeld arrest van 4 december 2009 valt op dat, hoewel de Advocaat-Generaal na een uitgebreide bespreking van de Brummen-jurisprudentie geen dogmatische bezwaren ziet voor het fiscaal procesrecht om daarbij aan te sluiten, hij uiteindelijk uit een oogpunt van rechtsbescherming voorstelt dat niet te doen. Evenmin ziet hij aanleiding de benaderingswijze van de civiele kamer van de Hoge Raad te volgen, volgens welke een beroepsgrond of verweer, of deze door een eerdere rechter is besproken of niet, slechts verloren gaat, indien deze uitdrukkelijk is prijsgegeven.

De Advocaat-Generaal stelt een benaderingswijze voor, waarbij de rechtzoekende in eerste aanleg verworpen gronden en verweren weliswaar moet herhalen in hoger beroep om ze niet verloren te laten gaan, maar dat hij dit in elke stand van de procedure kan doen, mits het verdedigingsbeginsel en de (overige) goede procesorde gerespecteerd worden. Kort gezegd, als de rechtzoekende er maar blijk van geeft prijs te stellen op een hernieuwde beoordeling van eerder door hem aangevoerde gronden en verweren, staat het hem vrij daarvoor de weg te kiezen van het instellen van (incidenteel) hoger beroep, dan wel dit op andere geschikte wijze te doen, waarbij de goede procesorde de enige begrenzing vormt. De rechter hoeft derhalve niet zelf in het dossier op zoek te gaan naar gronden die wellicht ook nog besproken zouden kunnen worden. Dit uitgangspunt geldt zowel in de situatie dat de rechtzoekende door het instellen van (incidenteel) hoger beroep in een betere positie kan geraken, als die waarin dat niet is. Toch is de Advocaat-Generaal in het

138 Zie bijvoorbeeld: CRvB 13 januari 2009, *AB* 2009/242, m.nt. R. Ortlep, waarin door de Centrale Raad van Beroep uitdrukkelijk verwijst naar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, en ABRvS 10 juli 2008, *AB* 2008/270, m.nt. R. Ortlep, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak uitdrukkelijk overweegt zich aan te sluiten bij het door de Centrale Raad van Beroep gehanteerde criterium 'nauwe verwevenheid'.

139 CBb 28 februari 2008, *AB* 2008/139, m.nt. R. Ortlep en O.J.D.M.L. Jansen.

140 HR 4 december 2009, *AB* 2010/136, m.nt. P.A. Willems; in dezelfde zin HR 16 april 2010, *BNB* 2010/228, m.nt. J.C.K.W. Bartel.

eerste geval strenger: indien de rechtzoekende door het instellen van hoger beroep in een betere positie kan geraken, mag van hem worden verwacht dat hij (incidenteel) hoger beroep instelt. Het nalaten daarvan, maar later alsnog een standpunt innemen met de verwerping waarvan door de eerste rechter hij in eerste instantie heeft berust door het niet instellen van hoger beroep, is in strijd met de goede procesorde, aldus de Advocaat-Generaal.

De door de Advocaat-Generaal voorgestelde benaderingswijze leidt weliswaar materieel tot hetzelfde resultaat als de Brummen-jurisprudentie, maar berust op een ander dogmatisch uitgangspunt: omvang van het geschil versus goede procesorde. Grond daarvoor zou kunnen zijn gelegen in de omstandigheid dat de – ambtshalve door de rechter te beoordelen – omvang van het geschil minder ruimte biedt om rekening te houden met de omstandigheden van het individuele geval dan de goede procesorde. Uit de conclusie blijkt daarvan evenwel niet. Hoewel het op zichzelf beschouwd mogelijk zou zijn geweest voor het eerste geval de Brummen-jurisprudentie niet te volgen en voor het tweede wel, kan ik er uit een oogpunt van uniformiteit en eenduidigheid van het fiscaal procesrecht mee instemmen dat de Advocaat-Generaal de voorkeur geeft aan één model en voor het toerekenbaar stilzitten van de rechtzoekende een oplossing zoekt in de toepassing van dat model.

De Hoge Raad overweegt:

> 'Opmerking verdient in dit verband dat het Hof in onderdeel 3.4 van zijn uitspraak met juistheid heeft geoordeeld dat het belanghebbende, die door de Rechtbank volledig in het gelijk was gesteld, zij het niet op alle door hem aangevoerde gronden, vrijstond om zich in hoger beroep te verweren met alle gronden, ook die welke door de Rechtbank waren verworpen. Dit zou slechts anders zijn voor zover het verweer ondubbelzinnig zou zijn prijsgegeven, dan wel in hoger beroep zou zijn aangevoerd onder zodanige omstandigheden, dat behandeling ervan zou leiden tot een inbreuk op een goede procesorde.'

Gelet op de uitgebreide bespreking van de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties in de conclusie van de Advocaat-Generaal moet worden aangenomen dat de Hoge Raad zich ervan bewust was dat hij voor de keuze stond te kiezen voor uniformiteit over de gehele linie van het bestuursprocesrecht, dan wel voor een afwijkende koers voor het fiscaal procesrecht. Enige verwijzing naar de jurisprudentie van de overige hoogste bestuursrechterlijke instanties ontbreekt evenwel en evenmin motiveert de Hoge Raad waarom deze benaderingswijze aangewezen is. Gegeven de bedoeling van de wetgever om het fiscaal procesrecht niet meer van het algemeen bestuurs(proces)recht te laten afwijken dan strikt noodzakelijk, had een motivering in de rede gelegen en juist van de Hoge Raad ook mogen worden verwacht.[141]

Een reden voor de keuze van de Hoge Raad zou kunnen zijn dat hij, vooruitlopend op de (toen nog) mogelijke introductie van de mogelijkheid

141 Zie in dit verband ook: Feteris 2010, die – per tranche van de Algemene wet bestuursrecht – beschrijft welke stappen zijn gezet om tot eenheid te komen.

van incidenteel appel in het algemeen bestuurs(proces)recht grond heeft gezien de knuppel in het hoenderhok te gooien en de juistheid of wenselijkheid van de Brummen-jurisprudentie aan de orde te stellen en hij daarbij voor zichzelf een voortrekkersrol zag weggelegd, omdat de mogelijkheid van incidenteel appel in het fiscaal procesrecht reeds bestond.[142] Als dit de bedoeling was, had een nadere motivering echter temeer in de rede gelegen.

Voor de volledigheid zij opgemerkt, dat uit het arrest niet blijkt of de Hoge Raad het door de Advocaat-Generaal gemaakte onderscheid onderschrijft tussen de situatie waarin de rechtzoekende door het instellen van (incidenteel) hoger beroep wel voordeel kan hebben en die waarin dat niet het geval is. Van Amersfoort leidt uit het arrest af dat de Hoge Raad zich daarover nog niet heeft uitgelaten.[143]

Een vergelijkbare redenering volgt de Hoge Raad in het arrest van 16 april 2010.[144] In het daaraan ten grondslag liggende arrest van het gerechtshof Arnhem had het gerechtshof met uitvoerige verwijzing naar verschillende stukken uit de parlementaire geschiedenis van het wetsvoorstel Wet belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties,[145] maar zonder enige – directe – verwijzing naar de jurisprudentie van de overige hoogste bestuursrechterlijke instanties wel gemotiveerd waarom het van oordeel is dat in iedere fase in hoger beroep nieuwe stellingen mogen worden betrokken, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet. Grond daarvoor is de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever het hoger beroep in belastingzaken als herkansingsmogelijkheid voor zowel de rechtzoekende, als het bestuursorgaan te laten fungeren. Gegeven dat ook bij de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven de herkansingsfunctie van het hoger beroep uitgangspunt is,[146] lijkt mij dat onvoldoende grond voor het fiscaal procesrecht voor een afwijkende benaderingswijze te kiezen.[147] De Hoge Raad gaat niet inhoudelijk op de door het gerechtshof gegeven motivering in en volstaat met een verwijzing naar het arrest van 4 december 2009.

Ik kan niet goed overzien of het fiscaal (proces)recht andere rechtvaardigingsgronden biedt voor het laten voortbestaan van het verschil in benadering. Een duidelijk verschil tussen het belastingrecht en de rest van het bestuursrecht is gelegen in de algemene verplichting van de (hogerberoeps)rechter om bij vernietiging van het besluit de zaak ten gronde af te doen, bijvoorbeeld door het bedrag van de aanslag zelf vast te stellen. Sinds 1 januari 2013

142 Zie over mogelijkheden tot kruisbestuiving, uitgaande van de Hoge Raad: Widdershoven 2005. Zie over het al dan niet invoeren van incidenteel appel in het bestuursrecht bijvoorbeeld: Bolt. Met de inwerkingtreding van de artikelen 8:110-8:112 van de Awb per 1 juli 2013 is thans over de gehele linie van het bestuursrecht voorzien in de mogelijkheid van incidenteel appel.

143 HR 4 december 2009, *BNB* 2010/228, m.nt. P.J. van Amersfoort.

144 *AB* 2011/10, m.nt. B.W.N. de Waard.

145 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 251.

146 Zie: Treffers 2007, p. 245-247.

147 Zie ook: Van Dijk & De Poorter, p. 82.

geldt echter ook voor de overige bestuursrechters als uitgangspunt dat zij het geschil finaal dienen te beslechten (artikel 8:41a van de Algemene wet bestuursrecht). Het is mijns inziens in de eerste plaats aan de Hoge Raad met een overtuigende rechtvaardiging te komen voor het volharden in een van de overige hoogste bestuursrechters afwijkende koers.[148] Nu de Algemene wet bestuursrecht sinds 1 juli 2013 voorziet in de mogelijkheid van incidenteel appel kan hierin geen rechtvaardiging zijn gelegen voor het laten voortbestaan van het verschil in benadering. Evenzeer is echter denkbaar dat de overige hoogste bestuursrechterlijke instanties hierin aanleiding zien hun jurisprudentielijn in overeenstemming te brengen met die van de Hoge Raad.[149]

5.3.3.6 Artikel 4:6 of *ne bis*? Over beoordeling en toetsing

Inleidende opmerkingen

Vorenstaande voorbeelden betroffen gevallen waarin in de jurisprudentie van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties sprake was of nog steeds is van afwijkingen, zij het dat dat niet steeds expliciet tot uitdrukking werd gebracht. Hoe onwenselijk het bestaan van dergelijke verschillen ook is, voordeel is dat de rechtzoekende zich erop kan instellen dat, niettegenstaande het uniforme wettelijke bestuurs(proces)recht, voor bijvoorbeeld procedures bij de Afdeling bestuursrechtspraak nu eenmaal andere regels gelden dan voor procedures bij de Hoge Raad.

Gevaarlijker is het als uniformiteit met de mond wordt beleden, maar daarvan in de praktijk geen sprake is. In dat geval kan de rechtzoekende met eventuele verschillen immers geen rekening houden. Ook daarvan een voorbeeld, ontleend aan de wijze waarop de Grote Drie omgaan met beroepen tegen besluiten genomen naar aanleiding van een herhaalde aanvraag (of besluiten die daarmee op één lijn worden gesteld), waarbij ik mij in het bijzonder richt op de relatie tussen de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak. Jurisprudentie over de wijze waarop de Hoge Raad hiermee zal omgaan, is mij nog niet bekend.

Uniform uitgangspunt

Artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht voorziet in de bevoegdheid voor het bestuursorgaan om, indien het een eerdere aanvraag heeft afgewezen, een opvolgende (herhaalde) aanvraag vereenvoudigd af te doen. In elk geval sinds 4 april 2003 maakt de Afdeling bestuursrechtspraak voor besluiten op herhaalde aanvragen een onderscheid tussen de wijze

148 Zie over de gevolgen van de jurisprudentie van de Hoge Raad ook: Rb. Rotterdam 6 december 2012, *AB* 2013/85, m.nt. R. Ortlep, waarin de rechtbank in een belastingzaak desalniettemin de Brummen-jurisprudentie toepast, omdat het voorliggende geval naar haar oordeel geen 'pure belastingzaak' is.

149 Zie over de benaderingswijze van de Hoge Raad ook: Widdershoven & Verhoeven, p. 55-59.

waarop het bestuursorgaan daarmee *kan* omgaan en de wijze waarop de rechter daarmee *moet* omgaan.[150]

Artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht kent het bestuursorgaan de discretionaire bevoegdheid toe om herhaalde aanvragen onder verwijzing naar het eerdere afwijzende besluit af te wijzen, indien de aanvrager geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden (feitelijke nova) heeft vermeld. Blijkens de memorie van toelichting is artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing, indien sprake is van een relevante wijziging van het recht.[151] Het bestuursorgaan kan ervoor kiezen de aanvraag op inhoudelijke gronden af te wijzen, ook indien de aanvrager aan de aanvraag geen feitelijke nova ten grondslag heeft gelegd. De rechter heeft deze discretie niet en kan derhalve niet voorbij gaan aan het ontbreken van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden. [152] Daarnaast plaatst in elk geval de Afdeling bestuursrechtspraak de vraag of sprake is van een relevante wijziging van het recht eveneens in de novasleutel. Een relevante wijziging van het recht levert in die benadering een rechtelijk novum op. Uit de nadien gevormde jurisprudentie blijkt dat de rechter zich van elke vorm van toetsing van het besluit, de motivering ervan of de wijze van totstandkoming dient te onthouden, indien geen sprake is van feitelijke of rechtelijke nova, zoals door de Afdeling gedefinieerd.[153] Ofwel: zonder nova dient de rechter het beroep *reeds daarom* ongegrond te verklaren.

Uit de ontwikkeling in de jurisprudentie sinds 2003 blijkt dat de Afdeling bestuursrechtspraak bij de beoordeling van de omvang van de rechterlijke toets niet langer aansluiting zoekt bij artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht, maar een model heeft ontwikkeld dat zich rechtstreeks richt tot de eerstelijnsrechter. Dit model dient hij ter bepaling van de omvang van de door hem te verrichten toetsing ambtshalve en direct toe te passen (het zogenoemde *ne-bis*beoordelingskader).[154] De hogerberoepsinstantie dient vervolgens ambtshalve toe te zien op de juiste toepassing van dit kader door de eerstelijnsrechter. Dit heeft als gevolg dat in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, anders dan in die van de Centrale Raad van Beroep, zonder betekenis is of het bestuursorgaan ondanks het ontbreken van nova – derhalve onverplicht – tot heroverweging van het besluit is over-

150 Omwille van de leesbaarheid hanteer ik het begrip 'herhaalde aanvraag', hoewel de in jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak voor toepassing van het *ne-bis*-beoordelingskader niet bepalend is wat is aangevraagd, maar of het besluit dat in beroep aan de orde is van gelijke strekking is als het eerdere afwijzende besluit.

151 *PG Awb I,* p. 246.

152 ABRvS 4 april 2003, *AB* 2003/315, m.nt. B.P. Vermeulen.

153 Zie voor een willekeurig voorbeeld: ABRvS 6 maart 2008, *JV* 2008/169, m.nt. B.K. Olivier.

154 Dit beoordelingskader is ook van toepassing, indien na een eerder besluit van gelijke strekking het recht is gewijzigd. Een wijziging van het recht, mits voor de desbetreffende rechtzoekende relevant, kan wel een (rechtelijk)novum zijn (zie bijvoorbeeld: ABRvS 16 oktober 2007, *JV* 2007/534). Zie voor een korte beschrijving van de ontwikkeling: Van Loon. Zie ook: Stijnen, p. 393-399, en Jans, Prechal & Widdershoven, p. 330-331.

gegaan; het besluit kan niet worden getoetst zonder feitelijke of rechtelijke nova. Dit betreft zowel de inhoud van het besluit als de wijze waarop het tot stand is gekomen. Omdat de Afdeling bestuursrechtspraak niet langer aansluiting zoekt bij artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht komt in haar jurisprudentie ook geen betekenis toe aan het gestelde in de memorie van toelichting dat de in die bepaling toegekende bevoegdheid een aanvraag verkort af te doen, niet van toepassing is, indien het recht is gewijzigd. Een wijziging van het recht kan een rechtelijk novum opleveren, maar leidt er niet toe dat het *ne-bis*beoordelingskader niet langer van toepassing is.[155]

Het belang van dit onderscheid kan zeker in vreemdelingenzaken niet worden onderschat. Een groot deel van de beroepen tegen besluiten die zijn genomen in de zogenoemde algemene asielprocedure (AA-procedure) betreft beroepen waarop het *ne-bis*beoordelingskader van toepassing is, terwijl de voor vreemdelingenzaken verantwoordelijke bewindspersoon de aanvraag niet met toepassing van artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht heeft afgedaan.

De Grote Drie achten het beperkte beoordelingskader ook van overeenkomstige toepassing, indien geen sprake is van een herhaalde aanvraag, maar van een weigering van het bestuursorgaan terug te komen van een in rechte onaantastbaar besluit.[156] Ook in dat geval geldt dat volgens deze instanties het bestuursorgaan weliswaar steeds bevoegd is op en van een in rechte onaantastbaar besluit terug te komen, maar dat voor rechterlijke toetsing van het aldus genomen besluit slechts plaats, in geval van nova. Dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven eerder heeft overwogen dat artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing is op verzoeken aan het bestuursorgaan terug te komen op een in rechte onaantastbaar besluit, moet blijkens de uitspraak van 2 maart 2011 aldus worden verstaan, dat dit slechts de bevoegdheid van het bestuursorgaan betreft toepassing aan die bepaling te geven en niet – ook – de toetsings(on)mogelijkheden van

155 Zie: ABRvS 6 maart 2008, *JV* 2008/169, m.nt. B.K. Olivier. Anders en, in elk geval wat betreft de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, niet juist: Ortlep 2011, p. 433-434.

156 Onder meer: CBb 26 maart 2009, *AB* 2009/355, m.nt. R. Ortlep. Zie ook: CBb 8 november 2006, *AB* 2007/7, m.nt. I. Sewandono. In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is de gelijkschakeling van een beslissing op een 'herhaalde aanvraag' en een verzoek terug te komen van een in rechte onaantastbaar besluit onderdeel van de standaardoverweging waarin het voor de rechter geldende beoordelingskader is vermeld; zie bijvoorbeeld r.o. 2.1 vanABRvS 5 augustus 2010 in zaak nr. 201000784/1/V3. Zie voor een voorbeeld uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep: CRvB 14 december 2006, *AB* 2006/363, m.nt. H.E. Bröring. Ik gebruik hier overigens bewust de term 'beoordelingskader' in plaats van 'toetsingskader'. De rechter toetst in de optiek van de Afdeling bestuursrechtspraak immers niet een al dan niet in een besluit vervat bestuursstandpunt over de toepassing van artikel 4:6 van de Awb, maar beoordeelt ambtshalve en direct of aan de vereisten om tot toetsing van het besluit over te kunnen gaan, is voldaan. Zie ook: Jansen 2010, paragraaf 2.

de rechter.[157] Wat dit laatste betreft geldt ook voor verzoeken om heroverweging onverkort als vereiste dat de verzoeker nova stelt. In dit opzicht is er derhalve in elk geval tussen de Grote Drie rechtseenheid.

Verschillende uitwerking

Waar op grond van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak bij het ontbreken van nova rechterlijke toetsing van het besluit achterwege diende en dient te blijven en derhalve evenmin plaats is voor toetsing of het bestuursorgaan terecht toepassing aan artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht heeft gegeven, heeft de Centrale Raad van Beroep steeds een – zij het kleine – slag om de arm gehouden.[158] Hij zag, ook indien van nova geen sprake was, ruimte voor een beperkte rechterlijke toetsing van het besluit, namelijk, indien aan het eerdere besluit dusdanige gebreken kleefden, dan wel zich dusdanige omstandigheden hadden voorgedaan, dat het bestuursorgaan in redelijkheid niet had mogen weigeren dat eerdere besluit ongedaan te maken. Het was daarbij aan de rechtzoekende om feiten en omstandigheden aan te dragen die bij de eerdere besluitvorming geen rol hadden gespeeld en evenmin destijds als beroepsgrond naar voren hadden kunnen worden gebracht, dan wel om de onjuistheid van het rechtens onaantastbaar geworden besluit aan te tonen.[159] Slaagde de verzoeker daarin, dan had het bestuursorgaan in redelijkheid geen toepassing aan artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht kunnen geven, hetgeen leidde tot vernietiging van het besluit.

Mede naar aanleiding van bespreking in een van de informele overlegvormen tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties, heeft de Centrale Raad van Beroep aanleiding gezien kenbaar te maken dat hij zich zou aansluiten bij de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.[160] In de nieuwe jurisprudentie komt voormelde overweging, met evidente onjuistheid als centraal criterium voor de beoordeling of het bestuursorgaan ondanks het ontbreken van nova artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht in redelijkheid niet kon tegenwerpen, niet meer voor. In plaats daarvan volstaat de Centrale Raad van Beroep met de beoordeling of het bestuursorgaan artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht niet in redelijkheid kon tegenwerpen; een marginale toetsing van de wijze waarop het bestuursorgaan toepassing heeft gegeven aan de in voormelde bepaling neergelegde discretionaire bevoegdheid, derhalve.

157 CBb 2 maart 2011, *AB* 2011/100, m.nt. R. Ortlep. Zie over de eerdere jurisprudentie: CBb 26 maart 2009, *AB* 2009/355, m.nt. R. Ortlep. Zie ook: Timmermans 2009, p. 155-156.

158 Uitdrukkelijk: ABRvS 1 oktober 2008 in zaak nr. 200802209/1.

159 Zie bijvoorbeeld: CRvB 11 januari 1996, *JB* 1996/37.

160 Het kenbaar maken vond overigens niet zozeer plaats in de uitspraken van het Centrale Raad van Beroep als wel in een publieke optredens en een artikel van de president van de Centrale Raad van Beroep. Zie bijvoorbeeld: Treffers 2004, p. 16-17. Zie ook: Marseille.

Onmiskenbaar is de Centrale Raad van Beroep met de herformulering van de jurisprudentie opgeschoven in de richting van de Afdeling bestuursrechtspraak door buiten twijfel te stellen dat, in geval van een beroep tegen een op een herhaalde aanvraag genomen besluit, allereerst ambtshalve dient te worden vastgesteld of al dan niet sprake is van nova. Met Marseille in zijn noot onder de uitspraak van 7 oktober 2003 ben ik van oordeel dat de gewijzigde formulering geen jurisprudentiewijziging inhoudt.[161] In elk geval is geen sprake van aansluiting bij de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak die – zoals gezegd – bij het ontbreken van nova voor rechterlijke toetsing van het besluit, inclusief de beoordeling of het bestuursorgaan in redelijkheid toepassing heeft kunnen geven aan artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, geen plaats ziet.[162] Als bij het ontbreken van nova rechterlijke toetsing van het besluit, de motivering ervan en de wijze van totstandkoming achterwege dient te blijven, kan de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid al dan niet toepassing aan artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht heeft kunnen geven, niet worden beoordeeld. Ook indien een eerder besluit evident onjuist zou zijn, is in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak bij het ontbreken van nova voor toetsing ervan over de band van de negatieve beslissing op de herhaalde aanvraag geen plaats.[163] De opmerking van Treffers dat over artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht weinig meer te schrijven valt, aangezien, sinds de Centrale Raad van Beroep de jurisprudentie betreffende dit artikel per 1 oktober 2004 heeft geherformuleerd, van divergentie van jurisprudentie geen sprake meer is, onderschrijf ik dan ook niet.[164]

161 *AB* 2004/12, m.nt. A.T. Marseille. Zie ook:H.E. Bröring bij CRvB 4 december 2003, *AB* 2004/125.

162 De Afdeling bestuursrechtspraak maakt – in elk geval in asielzaken – standaard een, op de jurisprudentie van het EHRM gebaseerde, uitzondering, indien sprake is van zogenoemde Bahaddar-omstandigheden. Het bestaan van zodanige omstandigheden heeft zij tot nu toe slechts éénmaal aangenomen (zie: ABRvS 24 april 2003, *AB* 2003/316, m.nt. B.P. Vermeulen), zij het dat in die uitspraak niet naar het arrest van het EHRM wordt verwezen. Zie ook: ABRvS 26 oktober 2011, *JV* 2011/506, waarin de Afdeling bestuursrecht tot vernietiging overging (hetgeen in het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht toetsing daarvan veronderstelt) omdat de beschikbare informatie onvoldoende was om het risico op een met artikel 3 van de EVRM strijdige behandeling te beoordelen. In ABRvS 22 april 2009, *JB* 2009/263 is tot een vernietiging van het besluit gekomen, omdat het bestuursorgaan het door zijn handelwijze voor de rechter onmogelijk had gemaakt ambtshalve te beoordelen of sprake is van nova. Het *ne-bis*beoordelingskader richt zich weliswaar uitsluitend tot de eerstelijnsrechter, maar de rechtzoekende dient eventuele nova in de bestuurlijke fase aan te tonen. In dat geval had de hoorambtenaar geweigerd de rechtzoekende de kans te bieden zijn nova naar voren te brengen. Zie ook: A.T. Marseille bij CRvB 3 maart 2006, *AB* 2006/371.

163 Zie ook: Rb. Rotterdam 5 september 2000, *JB* 2000/291, m.nt. F.A.M. Stroink, en uitdrukkelijk: ABRvS 11 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:320.

164 Treffers 2007, p. 244.

Ook Van Ettekoven constateert wat betreft de toetsing van afwijzingen van opvolgende aanvragen en verzoeken om heroverweging een verschil in benadering.[165]

Dat de redelijkheidtoets van de Centrale Raad van Beroep, die zelden het door de rechtzoekende gewenste resultaat heeft, niet betekenisloos is, blijkt uit de uitspraak van 11 februari 2009, waarin de Centrale Raad van Beroep oordeelt dat, hoewel geen sprake is van nova, het bestuursorgaan in redelijkheid niet had mogen weigeren terug te komen van een eerder in rechte onaantastbaar besluit.[166] Indien de Afdeling bestuursrechtspraak de bevoegde hogerberoepsinstantie was geweest, dan zou de aangevallen uitspraak, waarbij het beroep gegrond was verklaard, vermoedelijk en zo nodig ambtshalve zijn vernietigd op de grond dat de rechtbank heeft miskend dat bij het ontbreken van nova voor toetsing van het besluit (inclusief de beoordeling of het bestuursorgaan willekeurig heeft gehandeld) geen plaats is.[167]

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de grond voor het verschil in benadering in het bijzonder is gelegen in het fundament van de beoordeling: de toepassing van artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht, dan wel het *ne-bis*beoordelingskader. Artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht richt zich immers uitdrukkelijk tot het bestuursorgaan, terwijl het *ne-bis*beoordelingskader zich rechtstreeks en alleen tot de eerstelijnsrechter richt. Dit beoordelingskader is, evenals artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht, een verschijningsvorm van het algemeen rechtsbeginsel dat alle geschillen eens tot een einde moeten komen, zodat niet meer dan eens mag worden geprocedeerd over dezelfde zaak.

Een aanwijzing daarvoor kan worden gevonden in de omstandigheid dat vóór 4 april 2003 ook de beoordeling door de Afdeling bestuursrechtspraak over de band van artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht verliep, zij het dat zij – anders dan de Centrale Raad van Beroep – nimmer een uitzondering op het beginsel 'geen toetsing zonder nova' heeft gemaakt, ook niet in geval van evidente onjuistheid van het besluit.[168]

---

165 Van Ettekoven 2010, p. 284.

166 CRvB 11 februari 2009, *AB* 2009/135, m.nt. A.T. Marseille.

167 De verwachting van Timmermans (Timmermans 2009, p. 166-167), dat door toepassing van de Bahaddar-uitzondering door de Afdeling bestuursrechtspraak in de praktijk geen verschil in uitkomst zal bestaan tussen de benaderingswijze van de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak deel ik dan ook niet. Zie voor een voorbeeld waartoe het verschil in jurisprudentie kan leiden als de rechtbank de jurisprudentielijn van de verkeerde hogerberoepsinstantie volgt: ABRvS 11 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:320, en ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3303. Zie voor een kritische reactie: Verheij 2005, p. 4-5, die opmerkt dat er gevallen denkbaar zijn waarin het vasthouden aan de onaantastbaarheid van een besluit zo onredelijk uitpakt, dat het rechtens ontoelaatbaar wordt.

168 Zie over de herhaalde aanvraag/het *ne-bis*beoordelingskader ook: Damen 2003, p. 255-256, Schlössels & Zijlstra, p. 357-362 en p. 1147-1153, Schreuder-Vlasblom 2013, p. 455-476, De Vries, Van Loon, Dreessen, en Jans, Prechal & Widdershoven, p. 330-331.

5.3.3.7 Artikel 4:6 en *ne bis*. Over kippendijen en nova

Inleidende opmerkingen
Hiervoor ging ik in op de verschillen in de jurisprudentie over beroepen betreffende beslissingen op herhaalde aanvragen en verzoeken om terug te komen van in rechte onaantastbare besluiten. Bijzondere aandacht verdient de problematiek van herhaalde besluitvorming die is ingegeven door jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het verschil in benadering tussen de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (toepassing artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht) enerzijds, en de Afdeling bestuursrechtspraak (toepassing *ne-bis*beoordelingskader) anderzijds werkt hierin door.

Zoals bekend, heeft het niet nakomen door een nationale rechterlijke instantie van de verplichting tot prejudiciële verwijzing over te gaan, blijkens het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz tot gevolg dat een bestuursorgaan van de desbetreffende lidstaat gehouden is terug te komen op een besluit dat door de hoogste nationale rechter in stand is gelaten, maar in retrospectief bezien in strijd is met het unierecht.[169] Het Hof van Justitie stelt daarvoor evenwel een aantal eisen. Het bestuursorgaan is – kort gezegd – verplicht een in rechte onaantastbaar besluit te heroverwegen, indien het naar nationaal recht bevoegd is tot heroverweging over te gaan, het besluit in rechte onaantastbaar is geworden door een uitspraak van een nationale rechter in laatste instantie, die uitspraak gelet op latere rechtspraak van het Hof van Justitie in strijd is met het unierecht en de rechtzoekende zich tot het bestuursorgaan heeft gewend onmiddellijk na van de rechtspraak van het Hof van Justitie kennis te hebben genomen.[170]

Herkansing? Bestuurlijke fase
Naar aanleiding van het arrest Kühne & Heitz heeft de minister van Justitie onderzoek laten verrichten naar de wijze waarop doorwerking van jurisprudentie van internationale rechters, in het bijzonder het Hof van Justitie en het EHRM, in de Nederlandse rechtsorde kan worden verzekerd en of aanleiding bestaat tot aanpassing van het civiele procesrecht en bestuursprocesrecht. De resultaten van dit onderzoek heeft hij bij brief van 12 augustus 2005 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer medegedeeld.[171]

Voor het bestuursrecht is de conclusie van het onderzoek dat artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht, eventueel gecombineerd met schadevergoeding of nadeelcompensatie, voldoende mogelijkheden biedt recht te doen aan de eisen die het Hof van Justitie stelt. Weliswaar wordt opgemerkt dat latere jurisprudentie van het Hof van Justitie geen grond voor herziening van onherroepelijke rechterlijke uitspraken kan zijn, gegeven de eisen

169 HvJ 13 januari 2004 (Kühne & Heitz), *AB* 2004/58, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.
170 Zie ook: R.J.G.M. Widdershoven bij HvJ 4 oktober 2012 (Byankov), *AB* 2012/375.
171 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28.

die artikel 8:88 van de Algemene wet bestuursrecht daarvoor stelt,[172] maar dat – gelet op de mogelijkheden van artikel 4:6 van die wet al dan niet in combinatie met de aanvraag om een zelfstandig schadebesluit – aanpassing van de herzieningsregeling achterwege kan blijven.[173]

Ik vraag mij af of de minister van Justitie het hier bij het juiste eind had. Niet kan worden ontkend dat een bestuursorgaan naar Nederlands recht in beginsel steeds bevoegd is ambtshalve of op verzoek terug te komen op én van een eerder genomen besluit, ook indien dat besluit inmiddels in rechte onaantastbaar is geworden.[174] Daarbij is niet van belang of dit het gevolg is van een uitspraak, waarbij een rechter door de belanghebbenden aangevoerde – al dan niet aan het unierecht ontleende – beroepsgronden uitdrukkelijk heeft verworpen, dan wel omdat tegen het besluit geen rechtsmiddelen zijn aangewend. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt overigens dat het niet zonder betekenis is of een rechtzoekende wel of geen rechtsmiddelen heeft aangewend. Ook indien een rechtzoekende tegen een besluit geen rechtsmiddelen heeft aangewend, kan het bestuursorgaan onder omstandigheden verplicht zijn op een in rechte onaantastbaar besluit terug te komen. Zoals Ortlep opmerkt, lag dat reeds besloten in het arrest I-21 & Arcor en heeft het Hof van Justitie dit bevestigd in het arrest Byankov.[175] In het geval de rechtzoekende de nationale rechtsmiddelen niet heeft aangewend, dan wel niet heeft uitgeput dient de vraag of een bestuursorgaan moet terugkomen op een in rechte onaantastbaar, maar in strijd met het unierecht zijnd, besluit worden beantwoord in 'het kader van de beginselen van loyale samenwerking en nationale procedurele autonomie, waarbij de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit de randvoorwaarden zijn waaraan het nationale recht moet voldoen'.[176]

Gegeven het uitgangspunt dat een nationaalrechtelijke bevoegdheid in dit verband een unierechtelijke plicht inhoudt, zal een bestuursorgaan onmiskenbaar gehouden zijn *op* een in rechte onaantastbaar besluit terug te komen, indien aan de overige door het Hof van Justitie gestelde vereisten is voldaan. Met andere woorden: voor het bestuursorgaan is nietsdoen geen optie. Of aan deze vereisten is voldaan, derhalve óf het bestuursorgaan op

---

172 Uitdrukkelijk: HR 24 juni 2011, *BNB* 2011/245C, m.nt. J.A.R. van Eijsden. Vgl. ook: HvJ 16 maart 2006, *AB* 2006/191, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, ABRvS 16 november 2005, *AB* 2006/124, m.nt. R. Ortlep, en CRvB 17 november 2006, *AB* 2007/57, m.nt. R. Ortlep. Zie ook: Polak 2007, p. 275–277. Zie over de herzieningsmogelijkheden uitgebreid: Ortlep 2011, p. 510-526.

173 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28, p. 7.

174 Zie bijvoorbeeld: CRvB 4 mei 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ3857. Het zijn geen synoniemen: *terugkomen op* betreft het enkele heroverwegen van (in de zin van nog een keer kijken naar) het besluit en zegt niets over de uitkomst van de heroverweging; *terugkomen van* betekent dat de heroverweging tot een ander besluit leidt.

175 HvJ 19 september 2006 (I-21 & Arcor), *AB* 2006/411, en HvJ 3 oktober 2012 (Byankov), *AB* 2012/375, beide m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Ortlep 2011, p. 484-491, en Ortlep 2013-2, en Ortlep & Verhoeven.

176 Ortlep 2013-2.

grond van het unierecht verplicht is gebruik te maken van zijn bevoegdheid op een in rechte onaantastbaar besluit terug te komen, staat in deze benadering allereerst ter beoordeling van dat bestuursorgaan. Indien dat tot de conclusie komt dat aan de gestelde vereisten is voldaan en het derhalve in het licht van latere jurisprudentie van het Hof van Justitie op dat besluit moet terugkomen, is het op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie overigens niet zonder meer gehouden ook *van* dat besluit terug te komen.[177] Het is denkbaar dat de uitkomst van de bestuurlijke herbezinning is dat het bestuursorgaan het oorspronkelijke besluit handhaaft, al dan niet met aanvulling of wijziging van de motivering.[178]

Ortlep merkt op dat uit een arrest van het Hof van Justitie een novum kan volgen, namelijk dat een in rechte onaantastbaar besluit in strijd is met het unierecht, in welk geval het bestuursorgaan de herhaalde aanvraag of het verzoek om heroverweging niet met (analoge) toepassing van artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht mag afwijzen, maar verplicht is daar inhoudelijk op in te gaan.[179] Of daarmee recht wordt gedaan aan inhoud en strekking van het arrest van het Hof van Justitie dat aanleiding vormde op het eerdere besluit terug te komen, hangt af van de ruimte die dit arrest het bestuursorgaan laat en de omstandigheden van het geval. In het – in de woorden van de minister van Justitie in voormelde brief van 12 augustus 2005 – uitzonderlijke geval dat een bestuursorgaan geen nieuw besluit neemt, dan wel een besluit neemt dat niet tegemoetkomt aan de wensen van de klager, kan deze daartegen met inachtneming van de daarvoor geldende termijnen en vormvoorschriften beroep instellen bij de bestuursrechter.

---

177 Zie hierover ook: Ortlep 2011, p. 473-495. Uit onder meer het arrest I-21 & Arcor, leidt Ortlep af dat in het geval het eerdere besluit in rechte onaantastbaar is geworden door het niet aanwenden van de nationale rechtsmiddelen voor het bestuursorgaan slechts een verplichting bestaat terug te komen van het in rechte onaantastbare besluit dat blijkens latere jurisprudentie van het Hof van Justitie in strijd is met het unierecht, indien er naar nationaal recht 'rechtens geen reden is dat het bestuursorgaan zijn stabiele beschikking niet ten voordele aantast en er in die zin dus sprake is van een nationale plicht'. Nu het bestuursorgaan naar nationaal recht steeds bevoegd is terug te komen van een in rechte onaantastbaar besluit, betekent dit zijns inziens dat het daartoe indachtig de doctrine *nationale plicht=unierechtelijke plicht* ook gehouden is. Mijns inziens gaat Ortlep er te gemakkelijk aan voorbij dat de omstandigheid dat een bestuursorgaan naar nationaal recht bevoegd is op een in rechte onaantastbaar besluit terug te komen, niet wil zeggen dat het naar nationaal recht ook verplicht is van dat besluit terug te komen, ook niet als er rechtens geen reden is dat niet te doen. Nog daargelaten overigens of dit in rechte kan worden afgedwongen, indien geen sprake is van nova. In dit opzicht verschilt de situatie in Nederland van die in de Bondsrepubliek Duitsland waarop voormeld arrest van 19 september 2006 betrekking had. Naar ik uit het arrest begrijp, is een bestuursorgaan naar Duits recht – dus anders dan naar Nederlands recht – niet alleen bevoegd, maar ook verplicht een in rechte onaantastbaar besluit in te trekken, indien handhaving ervan *slechthin unerträglich* is. Zie hierover nader: Ortlep 2011, p. 489 en de daar aangehaalde literatuur.

178 Zie ook: Polak 2007, en Ortlep, p. 15 en 420. Zie ook de beschrijving van de lotgevallen van Kühne & Heitz nadat het bestuursorgaan tot heroverweging van het besluit was overgegaan: Ortlep 2011, p. 495-499.

179 Ortlep 2011, p. 499.

Herkansing? Rechterlijke fase

Dat een belanghebbende tegen de weigering van het bestuursorgaan tot heroverweging over te gaan, dan wel tegen een besluit waarbij het bestuursorgaan niet tegemoet komt aan zijn wensen beroep kan instellen bij de bestuursrechter, is zonder meer waar. Dat wil echter niet zeggen dat hij daarmee ook het door hem gewenste resultaat kan bereiken. Of beter gezegd: dat de rechter rechtsherstel zal kunnen bieden voor de schending van het unierecht. Ik deel het optimisme van de minister van Justitie in voormelde brief en van Widdershoven en Ortlep niet.[180] Dit zal onder meer afhankelijk zijn van het antwoord op de vraag welke bestuursrechterlijke instantie in laatste instantie bevoegd is over – kort gezegd – het besluit te oordelen en of sprake is van een heroverweging van het oorspronkelijke besluit, dan wel van een beslissing op een (nieuwe) aanvraag.

Zoals in de vorige paragraaf opgemerkt hanteren in elk geval de Grote Drie sinds jaar en dag een jurisprudentielijn die erop neerkomt dat, indien na een eerder afwijzend besluit een afwijzend besluit op een herhaalde aanvraag wordt genomen, het aanwenden van rechtsmiddelen tegen dat laatste besluit niet kan leiden tot rechterlijke toetsing van het besluit als ware het een eerste afwijzing. Voor toetsing door de bestuursrechter is slechts plaats, indien en voor zover sprake is van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden, dan wel van een wijziging van het recht.[181] De Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven relateren deze jurisprudentie aan de bevoegdheid van het bestuursorgaan om een aanvraag al dan niet met toepassing van artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht af te wijzen. In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt de grondslag hiervoor in elk geval sinds april 2003 gevonden in het zogenoemde *ne bis in-idem*beginsel. Dit beperkte beoordelingskader geldt ook, indien geen sprake is van een afwijzing van

180 Widdershoven & Ortlep. Zie ook: Verheij 2005, p. 5-7.

181 Zie voor een beschrijving van de – historische ontwikkeling van de – jurisprudentielijn: Ortlep 2011, p. 419-473. Bij deze uitgebreide beschrijving wil ik wat betreft de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak wel de kanttekening maken dat daarin in elk geval sinds 2003 artikel 4:6 van de Awb, en daarmee ook de bedoelingen van de wetgever bij het totstandkomen van deze bepaling, geen rol meer spelen. Dit leidt er onder meer toe dat het toepassingsbereik van deze jurisprudentie niet bepaald wordt door het begrip herhaalde aanvraag, maar door het antwoord op de vraag of het bestuursorgaan na een eerder afwijzend besluit een besluit van gelijke strekking heeft genomen. De jurisprudentielijn van de Afdeling bestuursrechtspraak richt zich verder uitsluitend tot de (eerstelijns)bestuursrechter. Voor de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is het, anders dan Ortlep doet, dan ook niet mogelijk een onderscheid te maken tussen de toepassing van artikel 4:6 van de Algmene wet bestuursrecht door het bestuursorgaan en de toetsingsmaatstaf van de bestuursrechter. Zie ook: Schlössels & Zijlstra, p. 357-362, en Schreuder-Vlasblom 2013, p. 455-476.

een herhaalde aanvraag, maar van een afwijzing van een verzoek om heroverweging van een in rechte onaantastbaar besluit.[182]

De jurisprudentie van deze instanties heeft echter als gemeenschappelijk element dat een wijziging in de jurisprudentie een nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid noch een wijziging van het recht is, waarbij zij geen onderscheid maken tussen jurisprudentie uit nationale en internationale bron.[183]

In haar uitspraak van 12 maart 2009 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak overwogen dat het zogenoemde *ne-bis*beoordelingskader ook – en onverkort – geldt, indien beroep wordt ingesteld tegen een besluit over de effectuering van verblijfsaanspraken die iemand rechtstreeks aan het unierecht stelt te ontlenen.[184] Dit betreft uitdrukkelijk ook een geval dat het de rechtzoekende pas na een arrest van het Hof van Justitie duidelijk was (en kon zijn) dat hij aan het unierecht daadwerkelijk een aanspraak kon ontlenen.[185]

Ook indien de minister derhalve zou kunnen worden gevolgd in zijn standpunt dat een wijziging in de jurisprudentie een nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid is, als gevolg waarvan het bestuursorgaan geen toepassing aan artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht kan geven, leidt dat niet zonder meer tot de slotsom dat rechterlijke toetsing van het besluit (inclusief de daaraan voorafgaande vraag of het bestuursorgaan op grond van de arresten Kühne & Heitz en Byankov verplicht is tot heroverweging over te gaan) mogelijk is. Zoals ik hiervoor opmerkte, dient volgens de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak elke toetsing van het besluit achterwege te blijven, indien de rechter niet, ambtshalve beoordelend, zelf tot de conclusie is gekomen dat sprake is van rechtelijke of feitelijke nova. Is daarvan geen sprake, dan is het beroep reeds daarom ongegrond; de wijze waarop het bestuursorgaan al dan niet toepassing heeft gegeven aan artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht staat niet ter beoordeling.[186]

Dat een ontwikkeling in de jurisprudentie geen rechtelijk of feitelijk novum is, heeft tot gevolg dat, ook indien een bestuursorgaan op grond van het arrest Kühne & Heitz, dan wel Byankov gehouden is als gevolg van (wijziging van) de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn eerdere besluit te heroverwegen, de uitkomst daarvan naar nationaal recht niet, althans niet

182 Onder meer: CBb 26 maart 2009, *AB* 2009/355, m.nt. R. Ortlep. Zie ook: CBb 8 november 2006, *AB* 2007/7, m.nt. I. Sewandono. In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak maakt de gelijkschakeling van een beslissing op een 'herhaalde aanvraag' en een verzoek terug te komen van een in rechte onaantastbaar besluit deel uit van de standaardoverweging waarin het voor de rechter geldende beoordelingskader is vermeld.

183 Zie bijvoorbeeld: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 474 en de daar genoemde jurisprudentie.

184 Uitdrukkelijk: ABRvS 12 maart 2009, *AB* 2009/207, en ABRvS 18 september 2013, *AB* 2014/163, beide m.nt. R. Ortlep. Zie ook: CBb 2 maart 2011, *AB* 2011/100, m.nt. R. Ortlep.

185 Zie ook: Van Heijningen & Sevenster, p. 72-75.

186 Zie uitdrukkelijk: ABRvS 1 oktober 2008 in zaak nr. 200802209/1.

zonder meer, voor bestuursrechterlijke toetsing vatbaar is. Dit geldt evenzeer, indien het bestuursorgaan weigert zelfs maar tot heroverweging over te gaan en volstaat met een kale verwijzing naar het eerdere besluit. Het is opvallend dat de minister hieraan in zijn brief van 12 augustus 2005 geheel voorbij is gegaan en deze problematiek bij mijn weten ook in de literatuur sindsdien onderbelicht is gebleven.

Gelet op de door het Hof van Justitie in het arrest Kühne & Heitz gestelde vereisten kan en moet een Kühne & Heitz-verzoek van een rechtzoekende materieel steeds worden geduid als een verzoek aan het bestuursorgaan terug te komen van het eerdere afwijzende besluit. Ook indien dit verzoek de vorm heeft van een herhaalde aanvraag. De bedoeling van de rechtzoekende zal immers steeds zijn een aanspraak, die hij al eerder stelde te ontlenen aan het unierecht, met terugwerkende kracht alsnog te effectueren. Bij duuraanspraken, zoals een aanspraak op een uitkering, kan daarbij blijkens de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep een onderscheid worden gemaakt tussen de zuivere heroverweging van het eerdere afwijzende besluit, namelijk waar het aanspraken voor het verleden betreft, en de herhaalde aanvraag wat betreft aanspraken voor de toekomst. Dit onderscheid is van belang, omdat de Centrale Raad van Beroep de vaste jurisprudentielijn hanteert dat weliswaar ook een bestuursorgaan aanspraak kan maken op rechtszekerheid, maar dat dit zich bij het alsnog te gelde maken van aanspraken uit het verleden meer doet gevoelen dan bij aanspraken voor de toekomst. De Afdeling bestuursrechtspraak maakt dit onderscheid niet.

Zoals ik hiervoor opmerkte, hanteren alle hoogste bestuursrechterlijke instanties voor rechterlijke toetsing van besluiten op verzoeken om heroverweging als vereiste dat sprake is van nova. Omdat de Centrale Raad van Beroep dit vereiste evenwel baseert op (analoge toepassing van) artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht en het College van Beroep voor het bedrijfsleven op de inherente bevoegdheid van een bestuursorgaan terug te kunnen komen van een in rechte onaantastbaar besluit, kennen zij een – zij het beperkte – mogelijkheid om bij het ontbreken van nova desalniettemin tot toetsing van het besluit op het verzoek om heroverweging en zo nodig vernietiging daarvan over te gaan, bijvoorbeeld in het geval van onmiskenbare onjuistheid van het besluit waarvan om heroverweging is verzocht. Het lijkt erop dat deze instanties het bestaan van zodanige omstandigheden aannemen en daarmee toetsing van het besluit mogelijk achten, indien aan alle vereisten is voldaan die het Hof van Justitie in het arrest Kühne & Heitz heeft gesteld.[187] Zoals Ortlep terecht opmerkt lijkt de Centrale Raad van Beroep zelfs nog ruimere mogelijkheden te zien. In een uitspraak van 9 augustus 2013 toetst hij, na te hebben vastgesteld dat tussen partijen niet in geschil is dat geen sprake is van een novum, aan de hand van het Byankov-criterium of het bestuursorgaan terecht toepassing aan artikel 4:6 van de Algemene

187 Zie bijvoorbeeld: CRvB 29 april 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AO9462, en CRvB 6 januari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:PB0348.

wet bestuursrecht heeft gegeven.[188] De betekenis die aan het arrest Byankov moet worden gehecht is daarmee ook een voorbeeld van rechtsoneenheid tussen de Grote Drie. Waar de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven onverkort vasthouden aan de Kühne & Heitz-criteria, ook indien een rechtzoekende tegen het eerdere besluit geen rechtsmiddelen heeft aangewend, past de Centrale Raad van Beroep in dat geval het Byankov-criterium toe.[189]

De keuze van de Afdeling bestuursrechtspraak om in elk geval sinds 2003 bij besluiten op herhaalde aanvragen en verzoeken om heroverweging de mogelijkheden van rechterlijke toetsing niet meer te baseren op – het tot het bestuursorgaan gerichte – artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, dan wel de voormelde inherente bevoegdheid van een bestuursorgaan, maar op het door de rechter ambtshalve en direct toe te passen *ne-bis*beoordelingskader heeft als ijzeren consequentie dat, ook indien duidelijk is dat een besluit dat in rechte onaantastbaar is geworden onmiskenbaar onjuist is, een eventuele weigering van het bestuursorgaan van dat besluit terug te komen niet vatbaar is voor enige rechterlijke toetsing.[190] De constatering dat geen sprake is van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden, dan wel van een relevante wijziging van het recht leidt reeds tot de slotsom dat het beroep ongegrond is. Indien een rechtzoekende rechtstreeks aan het unierecht een verblijfsaanspraak ontleent, leidt dit er uiteraard niet toe dat deze aanspraak tenietgaat. Wel heeft dit tot gevolg dat hij de afgifte van bijvoorbeeld een verblijfskaart waarmee hij zijn verblijfsaanspraak kan aantonen niet in rechte kan afdwingen.

Bij de toepassing van deze jurisprudentielijn maakt de Afdeling bestuursrechtspraak geen onderscheid tussen nationale en internationale aanspraken. Zij heeft tot nu toe slechts twee uitzonderingen aanvaard. De eerste is procesrechtelijk van aard. Indien het bestuursorgaan het in de bestuurlijke fase naar voren brengen van nova opzettelijk heeft gefrustreerd en het de rechter daardoor in wezen onmogelijk heeft gemaakt te beoordelen of sprake is van nova, leidt dit tot vernietiging van het besluit. De andere uitzondering is materieel van aard. Het ontbreken van nova staat niet in de weg aan een rechterlijk oordeel over een voorgenomen uitzetting, indien die uitzetting onmiskenbaar een schending van artikel 3 van het EVRM tot gevolg zou hebben (de zogenoemde Bahaddar-uitzondering).[191] Voor beide uitzonderingen is evenwel zonder betekenis of het eerdere afwijzende besluit, al dan niet onmiskenbaar, onjuist is; de vernietiging is gegrond op problemen in of als gevolg van de huidige procedure.[192] Nu de Kühne & Heitz-jurisprudentie veronderstelt dat de eerdere afwijzing onjuist is, want in strijd met het unierecht, en de reden op en eventueel van dat besluit terug te moeten

188 CRvB 9 augustus 2013, *AB*v2013, 364, m.nt. R. Ortlep.
189 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 18 september 2013, *AB* 2014/163, m.nt. R. Ortlep.
190 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 11 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:320.
191 Zie voor een voorbeeld: ABRvS 30 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2014:2483.
192 Zie ook: Stijnen, p. 393-399.

komen ook daarop is gebaseerd, biedt het *ne-bis*beoordelingskader de Afdeling bestuursrechtspraak geen mogelijkheid binnen dat kader tot toetsing van een afwijzing van een verzoek om heroverweging over te gaan, ook niet, indien aan de vereisten is voldaan die het Hof van Justitie heeft gesteld.[193] Mij is geen jurisprudentie bekend, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak zich over deze problematiek heeft moeten uitspreken in een geval waarin de rechtzoekende wél aan alle Kühne & Heitz-criteria voldeed. Dit past in het beeld dat Ortlep schetst en waarin hij slechts twee voorbeelden uit de jurisprudentie kent waarin aan alle criteria werd voldaan.[194]

De tijd zal moeten leren of de Afdeling bestuursrechtspraak van oordeel is dat een weigering van een bestuursorgaan terug te komen van een eerdere afwijzing, terwijl aan de Kühne & Heitz-vereisten is voldaan, voor rechterlijke toetsing vatbaar is en, zo ja, op welke wijze zij dat vormgeeft. Wat betreft duuraanspraken, zoals een uit het unierecht voortvloeiend verblijfsrecht, zou ik voor aanspraken voor de toekomst wel voelen voor de benaderingswijze van de Centrale Raad van Beroep. Deze benaderingswijze biedt echter geen oplossing voor verzoeken tot heroverweging, ofwel het alsnog realiseren van aanspraken uit het verleden.

Uiteraard kan men zich op het standpunt stellen dat – mede gelet op het arrest Köbler – de lidstaat Nederland niet gehouden is in gevallen waarin het bestuursorgaan op grond van het arrest Kühne & Heitz tot heroverweging gehouden is evenzeer de mogelijkheid van bestuursrechterlijke toetsing te bieden, mits eventuele schade die de rechtzoekende daartoe leidt door de lidstaat maar wordt vergoed. Polak stelt zich op het standpunt dat met een 'genuanceerde toepassing door de Hoge Raad' de leer van de formele rechtskracht daarbij geen probleem hoeft te zijn.[195] De minister lijkt met de verwijzing in voormelde brief naar de mogelijkheid een aanvraag om een zelfstandig schadebesluit in te dienen deze mogelijkheid ook uitdrukkelijk open te houden. Daarnaast bestaat altijd de mogelijkheid bij de civiele rechter tegen het bestuursorgaan een actie uit onrechtmatige daad in te stellen wegens schending van het unierecht, dan wel jegens de Staat wegens onrechtmatige

193 Ortlep merkt op dat het Hof van Justitie het niet problematisch acht als wél is voorzien in een 'herzieningsregeling' voor besluiten die in strijd met het EVRM zijn, maar niet voor besluiten in strijd met het unierecht. Van Kempen citerend, merkt hij op dat de reden hiervoor is gelegen in de 'aard en het doel van de rechten waarvan de burger bescherming zoekt: het EVRM ziet op individuele fundamentele rechten (of zo men wil: mensenrechten), terwijl dat in beginsel en in elk geval in zijn algemeenheid niet het geval is voor het Europees recht'. Zie: Ortlep 2013-2. Zoals Ortlep terecht opmerkt, is dit onderscheid met de inwerkingtreding van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie niet zonder meer te handhaven. Ik zie geen grond bij de toepassing van de Bahaddar-uitzondering onderscheid te maken tussen het geval waarin een rechtzoekende stelt dat uitzetting leidt tot schending van artikel 3 van het EVRM, dan wel artikel 4 van het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie.

194 Ortlep 2011, p. 499.

195 Polak 2007, p. 274. Deze leer kwam in hoofdstuk 3 uitgebreid aan de orde.

rechtspraak. Daarmee gaat men er mijns inziens wel gemakkelijk aan voorbij dat, hoewel veel, niet alles op geld waardeerbaar is.

5.3.3.8 Tussenconclusies

Ik begon deze paragraaf met de opmerking dat over het bestaan van – al dan niet vermeende – verschillen in uitleg van bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht tussen de verschillende hoogste bestuursrechters veel te doen is geweest. Niet kan worden ontkend dat in de jurisprudentie verschillen bestaan bij de uitleg van bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht, ook waar het bepalingen betreft die bestuursrechters ambtshalve toepassen. Anders dan bijvoorbeeld in de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter en de strafrechter en de bestuursrechter biedt de jurisprudentie over de verhouding tussen de bestuursrechters geen grond aan te nemen dat zij over en weer enige binding aan elkaars uitspraken aannemen.

Uit deze jurisprudentie kunnen mijns inziens ook geen vuistregels worden afgeleid, anders dan wellicht dat, indien op een bepaald gebied reeds jurisprudentie van een zusterinstantie voorhanden is, daarbij zou moeten worden aangesloten en dit ook gebeurt.[196] Op zijn minst mag echter worden verwacht dat in de motivering van uitspraken verantwoording wordt afgelegd voor het laten ontstaan of voortbestaan van verschillen.

Dit laat echter onverlet dat recentelijk door de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties een rechtseenheidsoffensief lijkt te zijn ingezet, waarbij verschillen in jurisprudentie, in het bijzonder waar het de ontvankelijkheid in ruimste zin betreft, voortvarend zijn aangepakt en weggewerkt. Het betreft onder meer griffierecht- en beroepstermijnproblemen, inclusief de verzending en ontvangst van stukken en het moment waarop de termijn een aanvang neemt. Daarbij werd doorgaans uitdrukkelijk vermeld dat de (of een) reden daarvoor het bereiken van rechtseenheid tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties is. Het streven naar eenheid is evenwel niet beperkt tot ambtshalve te beoordelen aspecten: eenzelfde ontwikkeling is zichtbaar ten aanzien van (schadevergoeding bij overschrijding van de) redelijke termijn en de proceskostenveroordeling.

Er is echter niet alleen reden tot vreugde. Op belangrijke delen van het bestuurs(proces)recht blijken tussen verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties verschillen in benadering bestaan. Het betreft onder meer de omvang van het geschil na vernietiging (de Brummen-problematiek), waarin de benaderingswijze van de Hoge Raad afwijkt van die van de overige bestuursrechterlijke instanties, en de wijze waarop de rechter moet omgaan met de toetsing van besluiten op herhaalde aanvragen. Op dit laatste punt preken de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak weliswaar rechtseenheid, maar daarvan is in de praktijk geen sprake. Verder bestaan er in de praktijk tussen deze beide instanties verschillen over de wijze

196 Zie in deze zin ook: Van Dijk & De Poorter, p. 87.

waarop zij in het concrete geval de 'goede procesorde' invullen. Dit betreft mijns inziens echter veeleer een uitvoeringsverschil dan een principieel verschil in benadering.

De voor de rechtzoekende door de bank genomen strengere jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is verklaarbaar vanuit de omstandigheid dat haar zaakpakket van oudsher voor een aanzienlijk deel uit meerpartijengeschillen bestaat. Dat de Afdeling bestuursrechtspraak deze benadering ook kiest voor tweepartijengeschillen kan mede worden verklaard uit een streven naar behoud van interne rechtseenheid. Voor de keuzes van de Centrale Raad van Beroep kan wellicht een verklaring worden gevonden in het vaak gebonden karakter van de besluiten die onderwerp van beroep zijn en de omstandigheid dat hij veelvuldig te maken heeft met zogenoemde beschikkingenfabrieken. Niettegenstaande de wens van de Hoge Raad het fiscaal procesrecht in harmonie te brengen met het algemeen bestuurs(proces)recht, verrast het niet dat hij daarbij niet alleen vasthoudt aan verworvenheden van het fiscaal procesrecht, maar ook put, of heeft geput, uit het civiele recht en het strafrecht en die verworvenheden ingang probeert te laten vinden in het algemeen bestuurs(proces)recht.[197] Indien er uiteenlopende jurisprudentie is, is ook zelden aanwijsbaar welke instantie inhoudelijk het gelijk aan haar zijde heeft; doorgaans betreft het – al dan niet historisch gegroeide – keuzes. Dat verklaart wellicht ook waarom het mogelijk is gebleken om relatief snel op belangrijke punten waarop uiteenlopende jurisprudentie bestond tot elkaar te komen.

Voor de geconstateerde verschillen in benadering door de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties bestaan, naar mijn mening, echter geen overtuigende argumenten, ook niet vanuit de gedachte dat een twee- of meerpartijengeschil voorligt. Als we het bestuurs(proces)recht van de grond af opnieuw zouden kunnen opbouwen, vermoed ik dat deze verschillen ook niet zouden ontstaan. Dat is evenwel niet aan de orde; we moeten het doen met de huidige situatie met verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties, alle met een eigen traditie en taakopvatting die voortkomen uit de ontwikkeling die ze hebben doorgemaakt en die de verschillen verklaarbaar maken.

In die gevallen waarin een van de hoogste bestuursrechterlijke instanties haar jurisprudentie expliciet en gemotiveerd wijzigt door de eigen lijn te verlaten ten gunste van die van een zusterinstantie, is de reden die daarvoor wordt gegeven doorgaans ook niet dat de eigen lijn bij nadere beschouwing juridisch onjuist was, maar dat een andere benadering uit een oogpunt van rechtseenheid de voorkeur heeft. Indien in de jurisprudentie tot uniformering wordt gekomen, blijft het in het merendeel van de gevallen voor de buitenstaander dan ook gissen naar de reden die aan het omgaan ten grondslag ligt, anders dan een streven naar rechtseenheid.

197 Zie ook: Van Dijk & De Poorter, p. 83.

Dit alles kan evenwel niet dienen als rechtvaardiging voor het achterwege laten van een motivering in de uitspraak voor een gemaakte keuze. Zoals Goethe reeds zei: '*Was gerechte Richter beschließen, werden sie vor'm Angesicht des Tages nicht verbergen*.'[198] Alleen aan de hand van een motivering, kan een inzichtelijke gedachtenwisseling tussen rechterlijke instanties vorm krijgen. Een motivering is mijns inziens niet alleen vereist, indien de ene instantie aansluit bij jurisprudentie van één van de zusterinstanties, maar ook of wellicht zelfs temeer, indien een instantie ervoor kiest dat niet te doen. Het niet motiveren van de gemaakte keuzes maakt het voor rechtzoekenden en rechtsgeleerde auteurs onnodig lastig te bepleiten dat een ongerechtvaardigd verschil in de jurisprudentie bestaat dat moet worden weggenomen. Voor rechterlijke instanties is het te gemakkelijk om met een beroep op de eigenheid van hun taakgebied of positie ongemotiveerd vast te houden aan eerder gemaakte keuzes. In zijn noot onder het arrest van 16 april 2010 verzucht Bartel, onder verwijzing naar Van Dijk en De Poorter,[199] dat het voor coördinatie en eenheid van rechtsinterpretatie en -toepassing niet alleen van belang is dat hoogste bestuursrechters kennis nemen van elkaars uitspraken, maar daarnaar ook verwijzen als zij die volgen, maar in het bijzonder als ze ervan afwijken en dan ook motiveren waarom.[200] Ik onderschrijf dit van harte, zoals uit het voorgaande blijkt.

Dat het streven van de hoogste bestuursrechterlijke instanties erop gericht is verschillen weg te nemen of, als dat niet mogelijk is, deze te verkleinen, behoeft geen toelichting. Het is geen geheim dat de verschillende overlegvormen die tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties bestaan en de bestaande personele unies op rechterlijk niveau tussen de verschillende instanties, daaraan positief bijdragen. De uniformering van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven ten aanzien van het griffierecht, de omvang van het geschil na vernietiging en – zij het slechts cosmetisch – de wijze waarop de bestuursrechter met herhaalde aanvragen moet omgaan, zijn daar voorbeelden van. Formalisering daarvan in een grote kamer en de introductie van een Advocaat-Generaal in het bestuursrecht zullen daar naar mijn verwachting weliswaar positief aan bijdragen, maar niet over de gehele linie tot uniformiteit leiden. Verschillen in jurisprudentie die hun grondslag vinden in een verschillende taakopvatting of visie op de positie van de (bestuurs)rechter in het staatsbestel zullen daarmee niet worden weggenomen.

198 J.W. von Goethe: *Egmont*, vijfde akte, vierde scene.

199 Van Dijk & De Poorter, p. 87.

200 In HR 16 april 2010, *BNB* 2010/228, m.nt. J.C.K.W. Bartel, volgt de Hoge Raad expliciet zijn arrest van 4 december 2009, *AB* 2010/136, m.nt. P.A. Willems.

5.4 Samenvatting en conclusies

De verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties bezitten elk op de door de wetgever toegekende deelgebieden een exclusieve bevoegdheid, zodat van gedeelde rechtsmacht geen sprake kan zijn. Indien en voor zover het, bijvoorbeeld door een omissie van de wetgever, toch voorkomt dat zij rechtsmacht gaan delen, wordt daarvoor een oplossing gevonden via een zogenoemde *bloc de competence*-redenering, waarbij de ene instantie zich ten gunste van de andere onbevoegd verklaart en de andere die bevoegdverklaring aanvaardt. Voor het geval een competentiegeschil ontstaat dat niet op deze wijze kan worden opgelost, heeft de wetgever voorzien in een bevoegdheid van de Hoge Raad om dat geschil bindend te beslissen. Het ontbreken van gedeelde rechtsmacht leidt ertoe dat de vraag of de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties zich gebonden achten aan een eerdere feitenvaststelling geen bespreking behoeft. Het ontbreken van gedeelde rechtsmacht leidt er ook toe dat het in de verhouding tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties niet de vraag is of zij over en weer binding aannemen aan elkaars uitspraken. De vraag is veeleer hoe zij omgaan met verschillen in jurisprudentie tussen de instanties. Hierdoor verschilt dit hoofdstuk ook van karakter vergeleken met de overige.

Duidelijk werd dat verschillen in jurisprudentie tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties vooral zichtbaar zijn bij de uitleg van de wettelijke voorschriften waarvan zij de toepassing gemeen hebben. Juist op dat terrein is recentelijk evenwel sprake van een waar rechtseenheidsoffensief, waarbij in elk geval de meest in het oog springende en voor de rechtzoekende nadelig uitwerkende verschillen voortvarend worden weggewerkt. Daarbij wordt steeds uitdrukkelijk verwezen naar het streven naar rechtseenheid als één van de redenen voor het verlaten, dan wel nuanceren van jurisprudentielijnen.

Duidelijk werd evenzeer dat het rechtseenheidsoffensief nog niet heeft geleid tot rechtseenheid over de gehele linie. Spijtig is dat het in het bijzonder aspecten betreft waaraan de rechter ambtshalve toepassing dient te geven, dan wel op dient toe te zien. In het bijzonder in het oog springen de verschillen ten aanzien van de wijze waarop de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak omgaan met herhaalde aanvragen en verzoeken om heroverweging van in rechte onaantastbare besluiten. Opvallend is daarbij dat in elk geval de Centrale Raad van Beroep in het verleden juist heeft beleden dat hij zijn jurisprudentie in lijn brengt met die van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Hoewel te verkiezen boven schijneenheid, waarop de rechtzoekende zich niet kan instellen, is openlijk beleden rechtsoneenheid tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties moeilijk uit te leggen aan rechtzoekenden. Daarvan is nog steeds sprake bij de zogenoemde Brummen-jurisprudentie, betreffende de omvang van het geschil na vernietiging. Met uitzondering van de Hoge Raad eisen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties van een rechtzoekende dat hij opkomt tegen in een eerdere instan-

tie door de rechter uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen beroepsgronden en verweren. Indien hij dit nalaat, leidt dit ertoe dat hij deze later niet opnieuw aan de orde kan stellen. Hierop wordt slechts een uitzondering gemaakt in geval van een nauwe verwevenheid tussen de wel en niet besproken gronden en verweren. De Hoge Raad acht de Brummen-jurisprudentie niet van toepassing in fiscale procedures. Tenzij een rechtzoekende een beroepsgrond of verweer uitdrukkelijk heeft prijsgegeven, kan hij deze in een latere fase van de procedure opnieuw aan de orde stellen. Hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden heeft overwogen, zou een verklaring voor de afwijkende benadering kunnen worden gevonden in de door de wetgever uitdrukkelijk beoogde herkansingsfunctie van het hoger beroep in belastingzaken. Gegeven dat in elk geval ook de Centrale Raad van Beroep de herkansingsfunctie van het hoger beroep voorop stelt, zou de bedoeling van de wetgever een verklaring kunnen zijn voor het ontstaan van verschillen, maar dit vormt nog geen rechtvaardiging voor het in standhouden daarvan. Sinds 1 januari 2013 dient de bestuursrechter er evenals de belastingrechter steeds naar te streven het geschil finaal te beslechten en sinds 1 juli 2013 is ook voor het algemeen bestuursrecht voorzien in de mogelijkheid van incidenteel appel. Ook dit lijkt dan ook geen rechtvaardiging (meer) te kunnen zijn voor het laten voortbestaan van het verschil in benadering. Een andere verklaring, bijvoorbeeld ingegeven door de eigen aard of eigenaardigheden van het belastingrecht is door de Hoge Raad nog niet gegeven.

Hoewel het in stand houden of zelfs creëren van verschillen in jurisprudentie tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties wat betreft de uitleg van wettelijke voorschriften en daarop gebaseerde leerstukken waarvan zij de toepassing gemeen hebben ongewenst is en zou moeten worden vermeden, mag van de verschillende instanties op zijn minst worden verwacht dat zij in een voorkomend geval motiveren waarom op een bepaald gebied geen rechtseenheid kan worden bereikt.

6 Verhouding Hof van Justitie – nationale bestuursrechter

6.1 Inleidende opmerkingen

Aan het slot van het voorgaande hoofdstuk ging ik in op de verschillende manieren waarop de hoogste bestuursrechterlijke instanties invulling geven aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de wijze waarop schendingen van het unierecht in de nationale rechtsorde moeten worden geredresseerd. Ik besprak daarbij in het bijzonder de (on)mogelijkheden van artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht (Centrale Raad van Beroep en College van Beroep voor het bedrijfsleven) en het *ne-bis*beoordelingskader (Afdeling bestuursrechtspraak). In dit hoofdstuk staat de verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale bestuursrechterlijke instanties centraal.

Zoals ik in hoofdstuk 2 al opmerkte, heeft het Hof van Justitie als primaire taak het bevorderen van uniforme uitleg en toepassing van het unierecht binnen de verschillende lidstaten die samen de Europese Unie vormen. Elke nationale rechter is echter tevens een gedecentraliseerde unierechter en speelt aldus een belangrijke rol bij de daadwerkelijke effectuering van het unierecht.[1] In dit hoofdstuk ga ik in op de vraag of het Hof van Justitie en de Nederlandse bestuursrechters over en weer gebondenheid aannemen aan elkaars arresten en uitspraken en, zo ja, in welke mate. Ik zal dit weer doen aan de hand van de volgende vragen:

- bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

6.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften?

6.2.1 Inleidende opmerkingen

De ratio om tot instelling van het Hof van Justitie over te gaan, te weten het verzekeren van de eerbiediging van het unierecht bij de uitlegging daarvan en de uniforme toepassing van de verdragen, doet zich wellicht het sterkst

1 Zie over de taak en positie van de nationale rechter als gedecentraliseerde unierechter ook: Van Harten 2011, p. 31-63, en de daar vermelde literatuur. Zie ook: Van Harten 2012.

gevoelen, indien de vraag aan de orde is naar de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften die hun grondslag vinden in het unierecht. Ofwel: de verbindendheid van regelingen waarvan de bevoegdheid tot vaststelling ervan aan het unierecht wordt ontleend. Waar de Verdragsluitende Staten uitdrukkelijk hebben voorzien in de mogelijkheid dat instellingen van de unie voorschriften geven die rechtstreeks (verordeningen), dan wel indirect, door middel van verplichte implementatie in de nationale rechtsorde van de verschillende lidstaten (richtlijnen), algemeen verbindende kracht bezitten, zou de mogelijkheid tot uniformering die daaraan inherent is, teniet worden gedaan, indien beantwoording van de vraag naar de rechtsgeldigheid van deze voorschriften wordt overgelaten aan de rechterlijke instanties van de verschillende lidstaten. Indien deze instanties die vraag op verschillende wijze beantwoorden, heeft dat bijvoorbeeld tot gevolg dat een verordening niet in alle lidstaten (dezelfde) gelding heeft, dan wel dat het niet of niet tijdig implementeren van richtlijnen in de nationale rechtsorde niet in alle lidstaten dezelfde gevolgen heeft.[2]

In deze paragraaf ga ik nader in op de twee, in hoofdstuk 2 geïntroduceerde procedures, waarin de geldigheid van unieregelingen in rechte aan de orde kunnen komen: het directe of vernietigingsberoep, dat rechtstreeks gericht is tegen een unieregeling, en het exceptief verweer, gevoerd in een procedure waarin de toepassing van de unieregeling in het concrete geval aan de orde is.[3]

6.2.2 Vernietigingsberoep

6.2.2.1 Toepassingsbereik

Ingevolge de artikelen 263 en 264 van het EU-Werkingsverdrag, in hun onderlinge samenhang bezien, is het Hof van Justitie bevoegd om een handeling van het Europees Parlement en de Europese Raad gezamenlijk, van handelingen van de Europese Raad, van de Europese Commissie, onder meer verordeningen en richtlijnen, nietig te verklaren, indien het Hof van Justitie van oordeel is dat de handeling onbevoegdelijk is verricht, of tot stand is gekomen met schending van wezenlijke vormvoorschriften, wegens schending van het EU-Werkingsverdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan, dan wel wegens misbruik van bevoegdheid.

Vatbaar voor nietigverklaring zijn volgens het Hof van Justitie maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen en die de belangen van verzoeker kunnen aantasten, doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk

2 Zie ook: Lenaerts, Arts & Maselis, p. 35-36.

3 Ik laat hier omwille van de overzichtelijkheid verder buiten beschouwing dat de geldigheid van een unierechtelijk algemeen verbindend voorschrift voor het Hof van Justitie ook aan de orde kan worden gesteld in het kader van niet-contractuele aansprakelijkheid van de unie.

wijzigen.[4] Het Hof van Justitie beoordeelt niet formeel, maar materieel of sprake is van een handeling, als bedoeld in artikel 263 van het EU-Werkingsverdrag. Bepalend is derhalve niet de vorm waarin de handeling is gegoten, maar het rechtsgevolg dat daarmee is beoogd, dan wel wordt bereikt.[5] Het Hof van Justitie hanteert bij de beoordeling van rechtmatigheid van handelingen van de instellingen van de unie een weinig formele benadering wat betreft de kwalificatie van die handelingen.[6]

6.2.2.2 Rechtsgevolg: nietigheid erga omnes

De bevoegdheid, neergelegd in de artikelen 263 en 264 van het EU-Werkingsverdrag, betreft een bevoegdheid van het Hof van Justitie om rechtstreeks de rechtmatigheid van handelingen van de unie in abstracto te toetsen en de nietigheid ervan uit te spreken, indien het de handeling op één van de in artikel 263 van het EU-Werkingsverdrag genoemde gronden onrechtmatig acht. Het Hof van Justitie hanteert daarmee de eerste van de vier door mij in hoofdstuk 2 onderscheiden methoden, te weten het vernietigingsberoep. Opmerking verdient op deze plaats wel dat de beroepsmogelijheden voor particulieren beperkt zijn. Tenzij het regelgevingshandelingen betreft die geen uitvoeringshandelingen met zich brengen, kan een natuurlijk persoon of rechtspersoon alleen beroep instellen tegen handelingen die hem rechtstreeks en individueel raken (artikel 263, vierde alinea, van het EU-Werkingsverdrag). Dit zal zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoen, door in het bijzonder het vereiste van het 'individueel raken'.[7] Al in het arrest Plaumann overwoog het Hof van Justitie dat een uniehandeling een particulieren alleen individueel raakt:

> 'indien de handeling hen betreft uit hoofde van een zekere bijzondere hoedanigheid of van een feitelijke situatie die hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat'.

4 HvJ 11 november 1981 (IBM), *Jur.* 1981, p. 26-39.

5 Zie in dit verband ook: Kapteyn 2003, p. 379-380, en de daar genoemde jurisprudentie, Kapteyn 2008-1, p. 463-464, en Arnull, p. 70-74, en de daar genoemde jurisprudentie.

6 Zie: Schermers & Waelbroeck, p. 317-318, en de daar genoemde jurisprudentie. Naast de verordeningen en richtlijnen onderscheidt artikel 288 van het EU-Werkingsverdrag nog: besluiten, aanbevelingen en adviezen; artikel 290 van het EU-Werkingsverdrag voorziet in de mogelijkheid in een wetgevingshandeling aan de commissie de bevoegdheid te delegeren om niet-wetgevingshandelingen van algemene strekking vast te stellen ter aanvulling of wijziging van bepaalde niet-essentiële onderdelen van de wetgevingshandeling. Deze opsomming is niet limitatief, zoals blijkt uit HvJ 31 maart 1971 (Commissie/Raad), *SEW* 1971, p. 479-484. Zie over de verschillende unierechtelijke algemeen verbindende voorschriften ook: Van der Burg & Voermans, p. 31-40, Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven, p. 9-13, Hartley, p. 102-104, en Schermers & Waelbroeck, p. 313-314.

7 Zie al: HvJ 15 juli 1963 (Plaumann), *Jur*. 1963, p. 197. Zie ook: Arnull, p. 69-94, en Kapteyn 2008-1, p. 463-467.

Tot de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon restte een rechtzoekende die niet individueel werd geraakt niets anders dan het door hem gewraakte voorschrift te overtreden en het op nationale (strafrechtelijke) handhaving aan te laten komen om de rechtmatigheid van de regel in de nationale procedure aan de orde te kunnen stellen.

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon geldt dit vereiste niet meer voor beroepen tegen regelgevingshandelingen die geen uitvoeringshandelingen met zich meebrengen (zie: artikel 263, vierde alinea, van het EU-Werkingsverdrag).[8] Thans kan de rechtzoekende in een dergelijk geval beroep instellen bij de unierechter. Deze beroepsmogelijkheid is overigens niet vrijblijvend, in die zin dat de rechtzoekende ook of alsnog kan kiezen voor de nationale rechtsbeschermingsweg. Zoals opgemerkt in paragraaf 2.3.3.2 leidt het door een rechtzoekende niet gebruiken van een rechtsgang bij de unierechter, terwijl die voor hem zonder twijfel had opengestaan er op grond van de zogenoemde Deggendorf-jurisprudentie toe dat de nationale rechter dient uit te gaan van de rechtmatigheid van de uniehandeling.

Inmiddels is duidelijk geworden dat de praktische betekenis van de verruiming van de rechtsbeschermingsmogelijkheden voor particulieren bij de unierechter beperkt is. In de eerste plaats omdat het Hof van Justitie de eis dat geen uitvoeringshandelingen vereist zijn strikt uitlegt. Zoals blijkt uit het arrest Telefónica is aan dit vereiste niet voldaan, indien op het niveau van de lidstaten door het bestuursorgaan besluiten moeten worden genomen om de verordening te instrumentaliseren, zoals het opleggen van belastingaanslagen.[9] Daarnaast geldt de verruiming blijkens het arrest Inuit alleen voor regelgevingshandelingen, niet zijnde wetgevingshandelingen die tot stand zijn gekomen via de wetgevingsprocedure neergelegd in artikel 289 van het EU-Werkingsverdrag, derhalve in samenwerking tussen Commissie, Raad en Europees Parlement.[10] De verruiming geldt derhalve niet voor beroepen van particulieren tegen verordeningen en richtlijnen. Dit is in zoverre opvallend dat de verdragswijziging mede was ingegeven door de strikte jurisprudentie van het Hof van Justitie, zoals onder meer neergelegd in het arrest Jégo-Quéré. Dit arrest betrof juist de geldigheid van een verordening die de maaswijdte van visnetten voorschrijft en die zonder uitvoeringshandelingen in de lidstaten toepasbaar was.[11]

8 Zie over het beroepsrecht van particulieren nader: Jans, Prechal & Widdershoven, p. 260-263, Craig & De Búrca, p. 491-510, en Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 313-337.

9 HvJ 19 december 2013 (Telefónica), *AB* 2014/178, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Zie over de betekenis van het begrip uitvoeringshandeling nader: Craig & De Búrca, p. 509, en Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 335-336.

10 HvJ 3 oktober 2013 (Inuit), *AB* 2014/179, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Zie over de betekenis van de begrippen wetgevings- en regelgevingshandeling nader: Craig & De Búrca, p. 508-509, en Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 334-335.

11 HvJ 1 april 2004 (Jégo-Quéré), *AB* 2004/210, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

Indien het Hof van Justitie tot het oordeel komt dat het beroep gegrond is, verklaart het de handeling nietig (artikel 264 van het EU-Werkingsverdrag). Daarmee wordt de handeling geacht nimmer te hebben bestaan. Wel is het Hof van Justitie ingevolge artikel 264, tweede volzin, van het EU-Werkingsverdrag bevoegd te bepalen welke gevolgen van de nietig verklaarde handeling als definitief moeten worden beschouwd. De aard van de procedure en de normen waaraan het Hof van Justitie toetst, brengen met zich dat een arrest niet slechts geldt tussen de bij het beroep betrokken partijen, maar ten opzichte van eenieder (*erga omnes*). Niet goed denkbaar is immers dat het Hof van Justitie de nietigheid van – bijvoorbeeld – een verordening heeft uitgesproken, doch dat deze in een andere partijconstellatie nog steeds verbindende kracht heeft.[12] Toepassing van de handeling is na de nietigverklaring door het Hof van Justitie derhalve uitgesloten. Op basis van deze handeling genomen besluiten of maatregelen die niet zijn aangevochten, blijven evenwel in stand. In dat geval weegt het belang van rechtszekerheid zwaarder dan het belang van uniforme rechtstoepassing binnen de unie.[13] Het Hof van Justitie is niet bevoegd de nietigheid ook te doen uitstrekken tot andere uniehandelingen dan die de aanlegger van de procedure aan de orde heeft gesteld, ook niet indien daaraan onmiskenbaar hetzelfde, tot nietigheid leidende, gebrek kleeft.[14] Indien een rechtzoekende in een nationale procedure een beroep doet op het arrest van het Hof van Justitie ter staving van de ongeldigheid van een andere, maar vergelijkbare, uniehandeling, dient de nationale rechter tot prejudiciële verwijzijg over te gaan.[15]

6.2.2.3 Exclusieve bevoegdheid Hof van Justitie

De bevoegdheid ingevolge artikel 264 van het EU-Werkingsverdrag om handelingen van instellingen van de unie nietig te verklaren, komt – gelet op de tekst van die bepaling en de structuur van dit verdrag – exclusief toe aan het Hof van Justitie. Het Hof acht zichzelf ook het best in staat een oordeel te vormen over de rechtmatigheid van dergelijke handelingen en ziet buiten de artikelen 263 en 264 van het EU-Werkingsverdrag voor zichzelf noch enige andere rechterlijke instantie ruimte om handelingen van instellingen van de unie nietig te verklaren. In het Foto-Frost-arrest overwoog het Hof van Justitie al:

> 'Overigens zij opgemerkt, dat het Hof het best in staat is om over de geldigheid van gemeenschapshandelingen te beslissen. De gemeenschapsinstellingen wier handelingen in geding zijn, kunnen immers krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG in de procedure

12 Zie over de procedure en de gevolgen van het uitspreken van de nietigheid van een unierechtelijk algemeen verbindend voorschrift ook: Arnull, p. 53-94, en Schermers & Waelbroeck, p. 504-514.

13 Zie ook: Barents 2010-1, p. 165-166, en de daar genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie.

14 Schermers & Waelbroeck, p. 507-508.

15 Zie hierover nader: paragraaf 6.2.2.3 en 6.2.3.

> voor het Hof interveniëren om de geldigheid van die handelingen te verdedigen. Bovendien kan het Hof krachtens artikel 21, tweede alinea, van zijn Statuut-EEG de gemeenschapsinstellingen die geen procespartij zijn, verzoeken alle inlichtingen te verstrekken die het voor de procedure noodzakelijk acht.'[16]

Dat de bevoegdheid, neergelegd in de artikelen 263 en 264 van het EU-Werkingsverdrag exclusief aan het Hof van Justitie toekomt, wil echter niet zeggen dat een nationale rechter aan zijn nationale recht, dan wel verdragen die op grond van het internationaal publiekrecht voorrang hebben boven het unierecht, niet de bevoegdheid kan ontlenen handelingen van de instellingen nietig te verklaren. De hiervoor vermelde, vooral praktische, redenering van het Hof van Justitie om exclusieve bevoegdheid te naasten, overtuigt in dit opzicht niet. Niet ondenkbaar is immers dat het nationale procesrecht van de verschillende lidstaten in dezelfde mogelijkheid voorziet de unieinstellingen in de procedure te laten interveniëren. Zo voorziet sinds 1 januari 2013 artikel 8:45a van de Algemene wet bestuursrecht uitdrukkelijk in de mogelijkheid voor de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen te maken in een procedure voor de Nederlandse bestuursrechter. Voorts vergt op grond van de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie de unietrouw dat de instellingen van de unie aan de rechterlijke instanties van de lidstaten alle mogelijke medewerking verlenen.[17]

Praktische bezwaren daargelaten, zie ik voorshands dan ook niet in dat op grond van deze omstandigheden een nationale rechterlijke instantie niet de nietigheid van een handeling van de unie, bijvoorbeeld wegens overschrijding door de instelling van de unie van de door de oprichtingsverdragen toegekende bevoegdheden, dan wel wegens strijd met het EVRM, zou kunnen uitspreken, uiteraard mits het nationale recht van de lidstaat daarin voorziet. De vraag of dit wenselijk is, is een andere.

Evenmin echter als het Hof van Justitie over instrumenten beschikt om de naleving van zijn arresten door de autoriteiten van de verschillende lidstaten daadwerkelijk af te dwingen, beschikken de nationale rechterlijke instanties over instrumenten om hun uitspraken ten opzichte van de unieinstellingen ten uitvoer te (laten) leggen.[18] Een oordeel van een nationale rechterlijke instantie dat een uniehandeling ongeldig is, kan derhalve enkel het praktische gevolg hebben dat de desbetreffende uniehandeling *in die lidstaat* op grond van nationaal recht buiten toepassing moet blijven. Het doet aan de geldigheid van de handeling als zodanig en daarmee aan de toepasbaarheid in andere lidstaten niet af. Maar gegeven dat elke nationale rechter ook gedecentraliseerde unierechter is, rijst de vraag of en, zo ja, in hoeverre

16 HvJ 22 oktober 1987 (Foto-Frost), *SEW* 1988, p. 640-644, m.nt. R.H. Lauwaars, punt 18. Zie over dit arrest ook: Lauwaars 2010-1, p. 183-186, en Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 468.

17 Zie bijvoorbeeld: HvJ 13 juli 1990 (Zwartveld), *NJ* 1990/725.

18 Ingevolge artikel 343, eerste volzin, van het EU-Werkingsverdrag geniet de unie, overeenkomstig de bepalingen van het Protocol van 8 april 1965 betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen, op het grondgebied van de lidstaten de voorrechten en immuniteiten welke nodig zijn ter vervulling van haar taak.

de uitspraak buiten die ene lidstaat betekenis heeft. Het vinden van een antwoord op die vraag gaat echter het bestek van dit onderzoek te buiten.

Het standpunt van het Hof van Justitie dat het bij uitsluiting van de nationale rechter bevoegd is de nietigheid van handelingen van unie-instellingen uit te spreken, is ook niet direct herleidbaar tot één van de verdragen, maar berust op een eigen keuze. Dit betekent dat daarover dus ook anders kan worden gedacht. Toch is het standpunt van het Hof van Justitie niet alleen begrijpelijk, maar in het licht van het streven naar uniformiteit binnen de unie ook verdedigbaar. In de omstandigheid dat het Hof van Justitie zichzelf exclusief bevoegd acht, ligt ook reeds besloten dat het zich niet gebonden acht aan uitspraken waarbij een nationale rechter de (on)geldigheid van een verordening of richtlijn heeft uitgesproken, indien diens nationale procesrecht in die mogelijkheid zou voorzien. Een dergelijke gebondenheid verdraagt zich immers niet met het exclusieve karakter van de bevoegdheid, zoals het Hof voorstaat. Het uitspreken van de ongeldigheid van een handeling van de unie met daaraan gepaard een verbod op toepassing daarvan binnen de desbetreffende lidstaat, zal zelfs kunnen leiden tot een veroordeling van die lidstaat door het Hof van Justitie, indien de Europese Commissie besluit over te gaan tot het voeren van een inbreukprocedure.

Het Hof van Justitie heeft wel oog voor het rechtstekort dat kan ontstaan, indien de nationale rechter in alle gevallen het oordeel van het Hof moet afwachten, alvorens een handeling van de unie, aan de geldigheid waarvan de nationale rechter ernstig twijfelt, buiten toepassing te laten of ongeldig te achten. Dit geldt in het bijzonder in spoedeisende zaken, waarin de tijd ontbreekt om op het Hof van Justitie te wachten. Uit het arrest Zuckerfabrik Süderdithmarschen volgt dat de nationale rechter in kort geding/voorlopige voorziening bevoegd is een handeling van de unie tijdelijk buiten werking te stellen, mits aan een aantal vereisten wordt voldaan.[19] Zo moet de nationale rechter onder meer ernstige twijfel hebben aan de geldigheid van de desbetreffende handeling en moet hij de vraag naar de geldigheid middels een prejudiciële verwijzing voorleggen aan het Hof van Justitie.[20]

---

19 HvJ 21 februari 1991 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen), *AB* 1991/328, m.nt. F.H. van der Burg. Zie over dit arrest nader: Lauwaars 2010-2, p. 201-205. Zie ook: Van Ooik & Prechal, p. 57-58, en Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 152-155.

20 Zie voor een voorbeeld: vz. ABRvS 3 december 2012, *AB* 2013/94, m.nt. A.P.W. Duijkersloot. Het verzoek betrof de afgifte van een paspoort, zonder daarvoor vingerafdrukken te moeten afgeven. De verplichting vingerafdrukken in digitale vorm op het reisdocument op te slaan volgt uit artikel 1 van Verordening (EG) nr. 2252/2004 van de Raad van de Europese Unie van 13 december 2004 betreffende de normen voor de veiligheidskenmerken van en biometrische gegevens in door de lidstaten afgegeven paspoorten en reisdocumenten, zoals gewijzigd door Verordening (EG) nr. 444/2009 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 28 mei 2009. Over de verenigbaarheid van deze verordening met het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie had de Afdeling bestuursrechtspraak bij uitspraak van 28 september 2012, *AB* 2013/183, m.nt. A.M. Klingenberg, prejudiciële vragen gesteld.

De Hoge Raad heeft ervoor gekozen voormelde jurisprudentie van het Hof van Justitie over de voorrang van het unierecht te volgen en zonder omhaal van woorden uitgesproken dat de artikelen 93 en 94 van de Grondwet niet de grondslag voor doorwerking van het unierecht in de Nederlandse rechtsorde en de suprematie over het Nederlandse recht vormen, maar dat dit rechtstreeks volgt uit het autonome karakter van het unierecht.[21] Het arrest van de Hoge Raad betrof een verordening, maar voor zover ik weet, heeft de Hoge Raad ook nadien geen onderscheid gemaakt tussen het primair unierecht en verordeningen enerzijds en ander secundair unierecht, zoals – niet of niet tijdig geïmplementeerde – richtlijnen, anderzijds. Rechtstreeks gevolg hiervan is dat de Nederlandse rechter volgens de Hoge Raad niet bevoegd is te beoordelen of het unierecht voldoet aan de eisen die de artikelen 93 en 94 van de Grondwet aan doorwerking en voorrang stellen. Dit is opvallend, omdat de grondwetgever (de voorlopers van) deze bepalingen juist had opgenomen in verband met de voortschrijdende Europese integratie. Dit was evenwel vóór de arresten Van Gend & Loos en Costa/ENEL.[22]

De benadering van de Hoge Raad lijkt door de overige hoogste rechterlijke instanties stilzwijgend te zijn overgenomen en ook in de literatuur grotendeels onomstreden te zijn. Het voorstel van Taverne tot wijziging van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, volgens welke de rechter niet langer bevoegd zou zijn tot het buiten toepassing laten van wetten in formele zin wegens strijd met eenieder verbindende verdragsbepalingen, ziet uitdrukkelijk ook niet op unierecht. Ter toelichting hierop verwijst Taverne naar voormelde arresten van het Hof van Justitie en de nieuwe rechtsorde die met de oprichting van – thans de Europese Unie – is gevormd.[23]

In Nederland lijkt het primaat van het Hof van Justitie derhalve geen punt van discussie te zijn.[24] Er is ook geen jurisprudentie waarin een hoogste Nederlandse rechter zich niet alleen bevoegd heeft geacht kennis te nemen van een beroep of vordering tot directe toetsing van een handeling van de unie, maar van die bevoegdheid ook gebruik heeft gemaakt door de ongeldigheid ervan uit te spreken. Hetzelfde geldt voor exceptieve toetsing van bijvoorbeeld een verordening of richtlijn over de band van een uitvoeringsbesluit. Ook buiten Nederland lijken de meeste hoogste rechterlijke instanties van de lidstaten het primaat van het Hof van Justitie zonder meer te erkennen.[25]

21 HR 2 november 2004, *NJ* 2005/80, m.nt. E.A. Alkema.
22 Zie hierover nader: Van Emmerik 2008, p. 147-150.
23 *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 359 (R 1986), nr, 3, p. 8-9. Zie ook het advies van de Raad voor de Rechtspraak bij het wetsvoorstel van 17 mei 2013 (www.rechtspraak.nl). Zie voor een kritische bespreking van het voorstel: Fleuren & De Wit.
24 Aldus ook: Van der Burg & Voermans, p. 27.
25 Zie ook: Van der Burg & Voermans, p. 23-27.

6.2.2.4 Maar niet in de gehele Unie?

Bundesverfassungsgericht van de Bondsrepubliek Duitsland
Dat dit niet vanzelfsprekend is, leert reeds een blik over de oostgrens. Het *Bundesverfassungsgericht* van de Bondsrepubliek Duitsland acht zich in elk geval sinds de uitspraak Solange I bevoegd te toetsen of de unie-instellingen bij het uitvaardigen van secundair unierecht, dan wel het Hof van Justitie bij de uitleg van het primair en secundair unierecht, de door de verdragen toegekende bevoegdheden niet hebben overschreden. Indien dat het geval is, acht het zich evenzeer bevoegd om toepassing van de desbetreffende regeling binnen de rechtsmacht van de Bondsrepubliek Duitsland te verbieden.[26] Het *Bundesverfassungsgericht* acht zich uiteraard ook bevoegd desverzocht te toetsen of de nationale ratificatie- en omzettingswetgeving in overeenstemming zijn met het *Grundgesetz* en heeft dat bijvoorbeeld voor de oprichtingsverdragen, het Verdrag van Maastricht, het Verdrag van Lissabon en het ESM-verdrag ook gedaan.[27]

In de Honeywell-uitspraak, betreffende de gevolgen voor de Bondsrepubliek van het Mangold-arrest van het Hof van Justitie over leeftijdsdiscriminatie overwoog het:

> 'Es gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung […] Das Bundesverfassungsgericht ist deshalb berechtigt und verpflichtet, Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen darauf zu überprüfen, ob sie aufgrund ersichtlicher Kompetenzüberschreitungen oder aufgrund von Kompetenzausübungen im nicht übertragbaren Bereich der Verfassungsidentität […] erfolgen […], und gegebenenfalls die Unanwendbarkeit kompetenzüberschreitender Handlungen für die deutsche Rechtsordnung festzustellen.'[28]

Uit het vervolg van de uitspraak blijkt dat het *Bundesverfassungsgericht* vooral in algemene zin de grenzen in herinnering heeft willen roepen die het *Grundgesetz* stelt aan het binden van de Bondsrepubliek Duitsland door parlement en regering aan het unierecht en de bevoegdheid en jurisprudentie het Hof van Justitie. Het *Bundesverfassungsgericht* herbevestigt namelijk niet

---

26 BVerfG 29 maart 1974, *BVerfGE* 37, 271. Zie voor een beknopte beschrijving van de doorwerking van internationaal recht in de Duitse rechtsorde, de toetsingsmogelijkheden van de rechter en de ontwikkeling in de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht: Steiger, p. 65-82.

27 Zie over de uitspraak over het ESM-verdrag: Sillen 2012. Zie ook: Hoogers. Ten aanzien van het EVRM en arresten van het EHRM neemt het *Bundesverfassungsgericht* een vergelijkbaar standpunt in. De vraag welke betekenis het EVRM en arresten van het EHRM binnen de Bondsrepubliek Duitsland hebben, wordt uiteindelijk door het *Bundesverfassungsgericht* bepaald, aan de hand van het *Grundgesetz*. Zie hierover ook: Gerards 2011-1, p. 5-6.

28 BVerfG 6 juli 2010, *BVerfGE* 126, 286, r.o. 55. Omwille van de leesbaarheid verwijderde ik de verwijzingen naar eerdere uitspraken en – bepalingen van – het EU-Werkingsverdrag en het *Grundgesetz*. Tot het vaststellen van de 'niet-toepasbaarheid' van een regeling wegens strijd met de grondwet is overigens uitsluitend het *Bundesverfassungsgericht* bevoegd en niet ook de lagere Duitse rechters (zie r.o. 68 van de uitspraak van 6 juli 2010, met verwijzing naar een eerdere uitspraak).

alleen dat het gehouden is tot *Ultra-vires-Kontrolle*, maar ook dat die bevoegdheid enkel *europarechtsfreundlich* uitgeoefend mag worden.[29] Vereist voor *Ultra-vires-Kontrolle* is bovendien dat het Hof van Justitie door middel van een prejudiciële verwijzing eerst in de gelegenheid is gesteld zelf de rechtstatelijke grenzen en grondrechtenbescherming door de unie-instellingen te bewaken. [30] Voor aanvullende rechtsbescherming door het *Bundesverfassungsgericht* is derhalve slechts grond, indien het Hof van Justitie daarmee – naar het oordeel van het *Bundesverfassungsgericht* – in gebreke blijft. Voor zover hiermee niet al de scherpste kantjes eraf geslepen zouden zijn, is voor *Ultra-vires-Kontrolle* slechts plaats, als:

> 'ersichtlich ist, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind […]. Ersichtlich ist ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur dann, wann die europaïschen Organe die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben, der Kompetenzverstoß mit anderen Orten hinreichend qualifiziert ist […] Dies bedeutet, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt.'[31]

Waar eerder nog een *ersichtlichen Kompetenzüberschreitung* reeds tot *Ultra-vires-Kontrolle* door het *Bundesverfassungsgericht* aanleiding kon geven, is na de Honeywell-uitspraak daarvoor ook vereist dat die *Kompetenzüberschreitung hinreichend qualifiziert* is. Deze – zelf opgelegde – beperking van de toezichtmogelijkheden van het *Bundesverfassungsgericht* ligt mede ten grondslag aan het bij de uitspraak gevoegde minderheidsstandpunt, dat erop neerkomt dat het *Bundesverfassungsgericht* het Hof van Justitie daarmee teveel ruimte laat.

Indien men deze uitspraak in samenhang leest met de Solange III-uitspraak is duidelijk dat het *Bundesverfassungsgericht* graag bereid is het Hof van Justitie het primaat te gunnen, ten minste *solange* het Hof van Justitie zich naar zijn maatstaven gemeten op niet-onjuiste wijze van diens taak kwijt.[32] In deze uitspraak oordeelde het *Bundesverfassungsgericht* dat het voortaan slechts dan inhoudelijk zou beslissen op klachten dat bepalingen van secundair unierecht leiden tot een schending van het *Grundgesetz*, indien in het verzoek gemotiveerd wordt gesteld dat het door in het bijzonder het Hof van Justitie gegarandeerde niveau van grondrechtenbescherming in algemene zin niet voldoet aan de eisen die het *Grundgesetz* daaraan stelt.[33] Eerder had het

29 Zie hierover nader: Hulstijn & Van Rossem, p. 36-40.

30 Zie ook: Fontanelli, p. 332.

31 BVerfG 6 juli 2010, *BVerfGE* 126, 286, r.o. 61, wederom met weglating van de verwijzingen naar wetgeving, jurisprudentie en literatuur.

32 Zie over de jurisprudentie van het *Bundesverfassungsgericht* over diens verhouding tot de instellingen van de unie nader: Van der Burg & Voermans, p. 21-27, Gérard, Payandeh, De Waele 2010.

33 BVerfG 7 juni 2000 (Solange III), *BVerfGE* 102, 147.

Bundesverfassungsgericht al overwogen dat het niveau van grondrechtenbescherming door het Hof van Justitie zich inmiddels zover heeft ontwikkeld, dat het in algemene zin niet onderdoet voor de grondrechtenbescherming die het *Grundgesetz* biedt en dat, zolang dat zo blijft, het zijn rechtsmacht ten aanzien van het secundair unierecht niet meer zou uitoefenen.[34]

De consistente lijn in de jurisprudentie is goed verklaarbaar, indien in aanmerking wordt genomen dat in de optiek van het *Bundesverfassungsgericht* het unierecht, als ander internationaal recht, in de Duitse rechtsorde slechts doorwerkt over de band van het *Grundgesetz* en derhalve niet uit eigen hoofde.[35] Het is ook het *Grundgesetz* dat de voorrang van unierecht recht boven nationaal recht regelt en niet de eigen rechtsorde van de unie.[36] Hieruit volgt reeds dat van voorrang geen sprake kan zijn, indien het internationale recht in strijd is met enige bepaling van het *Grundgesetz*, wiens hoeder het *Bundesverfassungsgericht* is.[37] Het *Bundesverfassungsgericht* deelt daarmee dan ook niet de visie van het Hof van Justitie, onder meer neergelegd in voormelde arresten Van Gend & Loos en Costa/ENEL, dat het unierecht op grond van het unierecht zelf en niet krachtens de constituties van de lidstaten voorrang heeft op het nationale recht (inclusief de grondwet) van de verschillende lidstaten.[38] Dat laat onverlet dat artikel 23 van het *Grundgesetz* een basis biedt voor voorrang van het unierecht boven het Duitse recht, wat het *Bundesverfassungsgericht* in de praktijk ook aanvaardt, zij het binnen de grenzen van het *Grundgesetz*, ofwel zolang wordt voldaan aan de eisen die het *Grundgesetz*, zoals uitgelegd door het *Bundesverfassungsgericht*, stelt.[39]

Het *Bundesverfassungsgericht* lijkt zijn verhouding tot het Hof van Justitie in het gunstigste geval derhalve veeleer te zien als een van coöperatie met, in plaats van suprematie van het Hof van Justitie, waarbij beide een eigen rol hebben te vervullen en daarbij over eigen inherente bevoegd- en verantwoordelijkheden beschikken.[40] In de woorden van het *Bundesverfassungsgericht*:

---

34 BVerfG 22 oktober 1986 (Solange II), *BVerfGE* 73, 339.

35 Zie over de karakterisering van het unierecht als gewoon internationaal recht en kritiek op de eigen rechtsorde-benadering van het Hof van Justitie ook: De Waele 2009, p. 70-72.

36 Zie over de verhouding tussen grondwet(gever) en internationaal recht ook: Popelier, p. 3-7.

37 BVerfG 22 oktober 1986, *BVerfGE* 73, 339. Zie hierover ook: Payandeh, p. 12.

38 Zie hierover ook: Hulstijn & Van Rossem, p. 27-28.

39 Zie over de verhouding tussen het Bundesverfassungsgericht en het Hof van Justitie ook: Schlaich/Korioth, p. 222-233, en Pliakos & Anagnostaras.

40 In vergelijkbare zin H-J. Papier, de voormalig president van het *Bundesverfassungsgericht*, in zijn afscheidsrede. Hij spreekt daarin tevens de verwachting uit dat mede door de op samenwerking met de rechterlijke instanties van de lidstaten gerichte houding van het Hof van Justitie het *Bundesverfassungsgericht* uiteindelijk geen grond zal zien de zaak op het spits te drijven. Een vergelijkbare – positieve – verwachting heeft hij overigens niet waar het de verhouding tussen het EHRM en het Bundesverfassungsgericht betreft. De belangrijkste reden daarvoor is zijns inziens dat het EHRM zich onvoldoende bewust is van de grondrechtelijke tradities in de verschillende lidstaten en het niveau van bescherming dat daarbij past. Zie over de verhouding tussen het *Bundesverfassungsgericht* en het Hof van Justitie onder de presidenten Papier en Skouris ook: Möller.

> 'Im Rahmen des bestehenden Kooperationsverhältnisses obliegt dem Gerichtshof die Auslegung der Maβnahme [eines Organs oder einer sonstigen Stelle der Europäischen Union, OvL]. Dem Bundesverfassungsgericht obliegt demgegenüber die Feststellung des unantastbaren Kernbestandes der Verfassungsidentität und die Prüfung, ob die Maβnahme (in der vom Gerichtshof festgestellten Auslegung) in diesen Kernbestand eingreift.'[41]

De tijd zal moeten leren of het *Bundesverfassungsgericht* zich, indien het erop aankomt, zal schikken naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie, dan wel het uiteindelijk zal komen tot een titanenstrijd.[42] Tenzij de Duitse wetgever overgaat tot een wijziging van de (grond)wet zal in dat laatste geval het *Bundesverfassungsgericht* aan het langste eind trekken, althans wat betreft de doorwerking van het unierecht binnen de Bondsrepubliek Duitsland.[43] In dit verband is interessant op te merken dat het *Bundesverfassungsgericht* op 14 januari 2014 voor de eerste keer tot prejudiciële verwijzing is overgegaan.[44] Zoals hiervoor opgemerkt, is in de visie van het *Bundesverfassungsgericht* het stellen van prejudiciële vragen een vereiste voor (of eerste stap tot) *ultra-viresverklaring*. De prejudiciële verwijzing betreft onder meer de vraag of de Europese Centrale Bank met de *Technical features of Outright Monetary Transactions (OMT)* de door het EU-Werkingsverdrag toegekende bevoegdheden niet heeft overschreden. Het is overigens de vraag of het over deze zaak tot een titanenstrijd zal komen. Hoewel het *Bundesverfassungsgericht* blijkens het verwijzingsarrest van oordeel lijkt te zijn dat de Europese Centrale Bank inderdaad zijn bevoegdheden heeft overschreden, geeft het nauwkeurig aan hoe het Hof van Justitie dit zou kunnen oplossen om *ultra-viresverklaring* te voorkomen.[45] Het Hof van Justitie is nu aan zet.

Constitutionele Hof van Tsjechië

Dat het in de rechtspraktijk toch niet geheel ondenkbaar is dat een nationale rechter een arrest van het Hof van Justitie of een unierechtelijk algemeen verbindend voorschrift *ultra vires* verklaart, leert het arrest van het Constitu-

41 BVerfG 14 januari 2014, *BVerfG*, 2 BVR 2728/13.

42 Zie ook: Kapteyn 2008-1, p. 541-545.

43 Dat het *Bundesverfassungsgericht* er niet voor terugschrikt het Hof van Justitie de maat te nemen, blijkt ook uit de uitspraak van 24 april 2013, *BVerfG*, 1, BvR 1215/07, waarin het als reactie op het arrest van het Hof van Justitie van 26 februari 2013 (Akerberg Fransson), *AB* 2013/132, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, het Hof van Justitie de niet mis te verstane waarschuwing geeft de werkingssfeer van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie niet uit te breiden tot gebieden waarin van tenuitvoerlegging van het unierecht geen sprake – meer – is. Zie hierover ook: De Mol en Fontanelli. De verwachting van Pliakos en Anagnostaras (p. 119-123) dat het Bundesverfassungsgericht zich met onder meer de Honeywell-uitspraak heeft neergelegd bij het primaat van het Hof van Justitie lijkt dan ook niet uit te zijn gekomen. Zie over de betekenis van het arrest van 26 februari 2013 voor de Nederlandse rechtspraktijk de noot van Widdershoven in de *AB*.

44 BVerfG 14 januari 2014, *BVerfG*, 2 BVR 2728/13.

45 Zie over de OMT-uitspraak nader de *editorial comments* in *CMLR* 2014-2.

tionele Hof van Tsjechië van 14 februari 2012.[46] In dat arrest verklaarde dat hof dat het Hof van Justitie bij wege van prejudiciële beslissing op onjuiste wijze toepassing had gegeven aan de EU-verordening over de coördinatie van stelsels van sociale zekerheid van migrerende werknemers, zodat dit arrest binnen de Tsjechische rechtsorde buiten toepassing dient te blijven.[47] Het Constitutionele Hof was verder van oordeel dat het Hof van Justitie het beginsel van hoor en wederhoor had geschonden omdat het niet in de gelegenheid was gesteld te reageren op de door het Administratieve Hooggerechtshof van Tsjechië gestelde prejudiciële vragen, terwijl die in de kern de juistheid van de jurisprudentie van het Constitutionele Hof betroffen. Sterker nog: blijkens het arrest had een medewerker van het Hof van Justitie het Constitutionele Hof laten weten dat met derden niet gecorrespondeerd wordt en de door het Constitutionele Hof ingediende opmerkingen per kerende post teruggestuurd. Inhoudelijk wellicht juist, maar ook hier geldt: '*C'est le ton qui fait la musique!*'

Zowel Komárek als Meij zetten in de beschrijving van – de betekenis van – het arrest overigens uiteen dat het Hof van Justitie een speelbal was in een intern Tsjechisch conflict tussen het Constitutionele Hof enerzijds en het Administratieve Hooggerechtshof anderzijds. De procesregeling van het Hof van Justitie maakt overigens geen onderscheid tussen een verwijzende en niet-verwijzende gedecentraliseerde unierechter. Beide zijn voor het Hof van Justitie derden en spelen in de procedure voor het Hof geen rol.[48]

Het Hof van Justitie hanteert vergelijkbare bewoordingen als het *Bundesverfassungsgericht* voor het typeren van de verhouding met de nationale rechterlijke instanties in de prejudiciële procedure en waarin coöperatie een belangrijke plaats inneemt, zij het met een andere uitkomst en naar ik vermoed ook een andere grondgedachte.[49]

---

46 Zaak nr. Pl. ÚS 5/12 (www.usoud.cz/en/decisions). Overigens lijkt uit de publicatie op de internetpagina van het Constitutionele Hof te volgen dat de uitspraak op 31 januari 2012 is gedaan.

47 Zie over dit arrest uitgebreid: Komárek, en Meij 2012.

48 Met dien verstande, dat de verwijzende rechter in het uiterste geval de vragen kan intrekken, indien hij op basis van de door de Europese Commissie en lidstaten gemaakte opmerkingen of de conclusie van de Advocaat-Generaal tot de slotsom komt dat bij nadere beschouwing prejudiciële verwijzing beter achterwege had kunnen blijven.

49 Zie ook het verslag van de Commissie juridische zaken en rechten van de burger van het Europees Parlement van 24 september 1997 over de relatie tussen het volkenrecht, het Gemeenschapsrecht en het constitutioneel recht van de lidstaten (www.europarl.europa.eu). In het verslag wordt niet alleen ingegaan op de uitspraak van 12 oktober 1993, maar ook melding gemaakt van vergelijkbare uitspraken van het Deense Hooggerechtshof, het *High Court of Justice for Engeland en Wales* en het Constitutioneel Hof van Spanje en lagere Duitse jurisprudentie. Van der Burg & Voermans (p. 22) wijzen erop dat de *Conseil d'Etat* zich heeft aangesloten bij de benadering van het *Bundesverfassungsgericht* in de Solange II-uitspraak. Zie voor een uitgebreid overzicht van de wijze waarop in andere buitenlanden met deze problematiek wordt omgegaan: Craig & De Búrca, p. 268-296, en Schermers & Waelbroeck, p. 164-176.

6.2.3 Exceptieve toetsing

6.2.3.1 Toepassingsbereik

Uitvoering van verordeningen en regelgevingshandelingen is doorgaans niet opgedragen aan instellingen van de unie, maar aan de lidstaten. Een belangrijk deel van de Europese regelgeving heeft bovendien niet uit eigen hoofde verbindende kracht in de nationale rechtsorde van de lidstaten, maar enkel door implementatie daarvan. De vraag naar de geldigheid hiervan kan derhalve niet slechts worden gesteld in het kader van een krachtens artikel 263 van het EU-Werkingsverdrag bij het Hof van Justitie ingesteld nietigheidsberoep, maar evenzeer bij wijze van exceptief verweer in een procedure voor de nationale rechter tegen een op basis van die omzettingsregelgeving genomen uitvoeringsbeslissing. Omdat het de rechter binnen de grondwettelijke traditie van de lidstaten niet is toegestaan recht te weigeren en de unie een op de *rule of law* gebaseerde volkengemeenschap is, zal hij er in dat geval niet aan ontkomen zich uit te laten over de verbindendheid van de onderliggende uniehandeling.[50]

6.2.3.2 Hof van Justitie exclusief bevoegd tot vaststelling ongeldigheid: evidentie

Het Hof van Justitie heeft dit in voormeld Foto-Frost-arrest ook onderkend en een tweedeling gemaakt wat betreft de bevoegdheid van de nationale rechter zich uit te laten over de geldigheid van een handeling van de unie. De nationale rechter is zelfstandig bevoegd een betoog dat een handeling van de unie ongeldig is te verwerpen, nu daardoor het bestaan van de handeling als zodanig niet in gevaar komt. Alleen het Hof van Justitie is echter bevoegd de ongeldigheid van een handeling van de unie vast te stellen. Indien voor de nationale rechter bij wege van exceptief verweer een beroep wordt gedaan op de ongeldigheid van een handeling van de unie, dan dient hij tot prejudiciële verwijzing over te gaan.[51] Deze verplichting geldt ook voor een (lagere) nationale rechter die niet ingevolge artikel 267, derde alinea, van het EU-Werkingsverdrag of anderszins verwijzingsplichtig is.[52]

De verdragen voorzien, aldus het Hof van Justitie, met het nietigheidsberoep enerzijds en de prejudiciële procedure anderzijds in een volledig stel-

50 Het gaat mij op deze plaats om exceptieve toetsing van verordeningen en richtlijnen in procedures voor de nationale rechter. Ik laat verder onbesproken de mogelijkheid voor iedere partij de niet-toepasselijkheid van een uniehandeling in een procedure voor het Hof van Justitie in te roepen, waarin artikel 277 van het EU-Werkingsverdrag voorziet. Zie hierover bijvoorbeeld: Barents 2010, p. 257-266 en de daar genoemde literatuur en jurisprudentie.

51 HvJ van 22 oktober 1987 (Foto-Frost), *SEW* 1988, p. 640-644, m.nt. R.H. Lauwaars.

52 Zie ook: Schermers & Waelbroeck, p. 492-495, Lenaerts, Arts & Maselis, p. 79-81, Arnull, p. 125-131, en Kapteyn 2008-1, p. 487-492, en HvJ 6 oktober 1982 (CILFIT), *NJ* 1983/55.

sel van rechtsbescherming en procedures, waarbij aan het Hof het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de instellingen van de unie is opgedragen. Nu het Hof van Justitie bij uitsluiting bevoegd is ten aanzien van het nietigheidsberoep voor uniehandelingen, is het voor de samenhang van het stelsel noodzakelijk dat ook de bevoegdheid om de ongeldigheid van deze handeling vast te stellen wanneer daarop voor de nationale rechter een beroep wordt gedaan, alleen aan het Hof toekomt.[53] De nationale rechter is aan het oordeel van het Hof van Justitie over de geldigheid van de handeling gebonden. Lauwaars merkt terecht op dat de onbevoegdheid van de (lagere) nationale rechter om de ongeldigheid van een unieregeling uit te spreken niet op de tekst van artikel 267 van het EU-Werkingsverdrag kan worden gebaseerd.[54] Ook dit is derhalve een keuze van het Hof van Justitie geweest.

Het door het Hof van Justitie gemaakte onderscheid tussen het geval waarin de nationale rechter geen grond ziet de onderliggende uniehandeling ongeldig te achten en het geval dat hij dat wel doet, is in lijn met de ratio om tot instelling van het Hof van Justitie over te gaan. Enkel in het tweede geval dreigt tussen de verschillende lidstaten immers rechtsongelijkheid en -onzekerheid over de ten uitvoerlegging en gelding van het unierecht. Dit rechtvaardigt op zichzelf dan ook het uitbreiden van de verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen tot andere rechterlijke instanties dan in dit arrest besloten ligt.

De verplichting tot prejudiciële verwijzing, indien een nationale rechter twijfelt over de geldigheid van een uniehandeling geldt, in de optiek van het Hof van Justitie evenzeer, als het Hof in het kader van een arrest op een eerdere prejudiciële verwijzing een soortgelijke handeling reeds ongeldig heeft verklaard.[55] De zogenoemde CILFIT-doctrine, op grond waarvan een rechterlijke instantie tegen wier uitspraken geen hogere voorziening openstaat niet verplicht is tot prejudiciële verwijzing, indien over de juiste uitlegging van het unierecht redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan, of indien het Hof van Justitie een soortgelijke vraag reeds heeft beantwoord, geldt derhalve niet, indien de geldigheid van een uniehandeling aan de orde is.[56]

Een nuancering is hierbij evenwel op zijn plaats. Prejudiciële verwijzing kán achterwege blijven, indien het Hof van Justitie eerder de ongeldigheid van dezelfde verordening heeft vastgesteld, mits de nationale rechter uitgaat van die ongeldigheid en toepassing van de verordening in het voorliggende geval achterwege laat. Twijfelt de nationale rechter aan de juistheid van het (on)geldigheidsoordeel van het Hof van Justitie, dan dient hij tot prejudiciële verwijzing over te gaan.[57]

---

53 HvJ 23 april 1986 (Les Verts), *NJ* 1989/728.
54 Lauwaars 2010-1, p. 184.
55 HvJ 6 december 2005 (Gaston Schul Douane-expediteur BV), *AB* 2006/65, m.nt. M.J.M. Verhoeven.
56 HvJ 6 oktober 1982 (CILFIT), *NJ* 1983/55.
57 HvJ 13 mei 1981 (SpA International Chemical Corporation), *NJ* 1982/304.

6.2.3.3 Of toch niet?

Gegeven de duidelijke jurisprudentie van het Hof van Justitie over zijn exclusieve bevoegdheid om de ongeldigheid van een uniehandeling uit te spreken, is het tekstuele verschil tussen artikel 41 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal en artikel 267 van het EU-Werkingsverdrag opvallend. Waar eerstgenoemd artikel uitdrukkelijk vermeldt dat 'Alleen het Hof […] bevoegd [is], bij wege van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen over de geldigheid van besluiten van de Hoge Autoriteit en van de Raad, indien een geschil dat aan een nationale rechter is voorgelegd, deze geldigheid in het geding brengt', vermeldt het EU-Werkingsverdrag slechts dat het Hof van Justitie 'bevoegd [is] bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over de geldigheid en uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de unie en dat een nationale rechterlijke instantie tegen wier uitspraken geen hogere voorziening openstaat daartoe verplicht is'. Dat het Hof van Justitie bij uitsluiting bevoegd is over de geldigheid van handelingen van de instellingen te oordelen, blijkt daaruit niet.[58]

Hetgeen ik in de vorige sub-paragraaf opmerkte, geldt hier evenzeer: met de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie te oordelen over de ongeldigheid van uniehandelingen is onverenigbaar dat het zich gebonden acht aan andersluidende uitspraken van nationale rechterlijke instanties.

Ook hier lijken de Nederlandse rechterlijke instanties weinig moeite te hebben met de door het Hof van Justitie gekozen benaderingswijze. Mij is in elk geval geen jurisprudentie bekend waarin een Nederlandse rechter een oordeel heeft gegeven over de ongeldigheid van secundair unierecht, dan wel nationaal recht dat enkel strekt ter implementatie van een richtlijn, zonder ter zake eerst tot prejudiciële verwijzing te zijn overgegaan.

Het CILFIT-arrest is ook gewezen naar aanleiding van een prejudiciële verwijzing van een Nederlandse rechter, het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het College stelde in de verwijzingsuitspraak uitdrukkelijk voorop dat het bij uitsluiting aan het Hof van Justitie is voorbehouden een uitspraak te doen over de ongeldigheid van een handeling van de instellingen van de Gemeenschap (r.o. 12). Het oordeelde verder dat beantwoording van de vraag of dat anders ligt, indien een vraag rijst over de geldigheid van bepalingen die overeenkomen met andere gemeenschapsrechtelijke bepalingen die het Hof bij prejudiciële beslissing al ongeldig heeft verklaard, een prejudiciële verwijzing vereist (r.o. 13). Uitgaande van de Nederlandse rechtspraktijk zou de indruk kunnen ontstaan dat de door het Hof van Justi-

58 Het EU-Werkingsverdrag, het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie bevat in artikel 267, 177 respectievelijk 150 een soortgelijke regeling. Zie ook: Barents 2010-1, p. 381, die enerzijds onderschrijft dat de verdragstekst niet noopt tot exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie, maar anderzijds ook de keuze van het Hof van Justitie voor exclusieve rechtsmacht met uitsluiting van de nationale rechterlijke instanties.

tie voorgeschreven en door de Nederlandse rechterlijke instanties overgenomen handelwijze de enig juiste is. De in de vorige paragraaf besproken jurisprudentie van het *Bundesverfassungsgericht* leert ons echter dat dat niet het geval is.

6.2.4 Tussenconclusies

De geldigheid van uniehandelingen kan zowel door middel van directe toetsing ofwel het instellen van een vernietigingsberoep als bij wege van exceptief verweer in rechte aan de orde worden gesteld. Artikel 263 van het EU-Werkingsverdrag kent enkel aan het Hof van Justitie de bevoegdheid toe deze handelingen nietig te verklaren. Het Hof van Justitie acht zich mede op grond hiervan exclusief bevoegd de ongeldigheid van een uniehandeling uit te spreken, derhalve met uitsluiting van nationale rechterlijke instanties.

Verordeningen worden doorgaans niet uitgevoerd door instellingen van de unie, maar door organen van de lidstaten en het overgrote deel van het unierecht ontleent zijn verbindende kracht aan omzetting in het nationale recht van de lidstaten. Het zijn vervolgens wederom de organen van de lidstaten die gehouden zijn tot effectuering ervan door het verrichten van uitvoeringshandelingen. Tegen deze uitvoeringshandelingen kan beroep op de nationale rechter openstaan, in welk kader de geldigheid van de onderliggende uniehandeling bij wege van exceptief verweer aan de orde kan worden gesteld. Artikel 267, eerste alinea, aanhef en onder b, van het EU-Werkingsverdrag voorziet voor de nationale rechter in de mogelijkheid het Hof van Justitie bij wege van prejudiciële beslissing te vragen zich uit te spreken over de geldigheid van de gewraakte uniehandeling.

Hoewel de tekst van artikel 267 van het EU-Werkingsverdrag daarvoor geen eenduidige aanknopingspunten biedt, heeft het Hof van Justitie op verdragssystematische gronden de nationale rechter onbevoegd geacht de ongeldigheid van een uniehandeling uit te spreken. Indien de nationale rechter twijfel heeft over de geldigheid, dan dient hij daarover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Deze verplichting geldt ook voor die rechterlijke instanties die ingevolge artikel 267, derde alinea, van het EU-Werkingsverdrag niet verwijzingsplichtig zijn. De nationale rechter is zonder prejudiciële verwijzing wel bevoegd een opgeworpen exceptief verweer te verwerpen.

Dat het Hof van Justitie zichzelf exclusief bevoegd acht te oordelen over de geldigheid van uniehandelingen brengt met zich dat het zich niet gebonden acht aan andersluidende uitspraken van rechterlijke instanties van de lidstaten.

Het primaat van het Hof van Justitie de ongeldigheid van uniehandelingen uit te spreken, is in Nederland onomstreden. Hoewel een eenduidige verdragsbasis voor een exclusieve bevoegdheid voor het Hof van Justitie ontbreekt, is de noodzaak daarvoor evident. Dat exclusiviteit niet vanzelfsprekend is, leert een blik over de grens. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft zich bijvoorbeeld uitdrukkelijk de bevoegdheid voorbehouden aan unie-

rechtelijke algemeen verbindende voorschriften verbindende kracht binnen de rechtsmacht van de Bondsrepubliek Duitsland te ontzeggen, indien (toepassing van) dit voorschrift leidt tot strijd met het *Grundgesetz*. Tot nu toe heeft het van deze bevoegdheid overigens geen gebruikgemaakt.

6.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?

6.3.1 Inleidende opmerkingen

Zoals ik hiervoor opmerkte, doet de ratio om tot instelling van het Hof van Justitie over te gaan zich wellicht het sterkst gevoelen, indien de vraag aan de orde is naar de geldigheid van een regeling die haar grondslag vindt in het unierecht. Echter, ook het belang van een uniforme uitleg van het unierecht, uitgaande van de geldigheid daarvan derhalve, kan niet worden onderschat. De Verdragsluitende Staten hebben dit ook onderkend en, zoals ik in hoofdstuk 2 al vermeldde, voorzien in een mogelijkheid om, ondanks het bestaan van een *fully decentralized system of judicial protection*, uniforme uitleg van het unierecht binnen en tussen de verschillende lidstaten te bevorderen. Daartoe hebben zij het Hof van Justitie de bevoegdheid toegekend zich bij wijze van prejudiciële beslissing uit te spreken over de uitlegging van – kort gezegd – het primair en secundair unierecht. Evenmin als ten aanzien van de nietig- en ongeldigverklaring van handelingen van instellingen van de unie, is overigens uitdrukkelijk bepaald dat een door het Hof van Justitie naar aanleiding van een prejudiciële verwijzing gegeven uitleg van een bepaling van unierecht voor de verwijzende rechter bindend is.

6.3.2 Samenwerking is het devies, maar wel onder 's Hofs voorwaarden

De verhouding met de verwijzende instantie is volgens het Hof van Justitie er niet één van hiërarchie maar van samenwerking. Beide instanties zijn, 'elk volgens hun eigen competentie, geroepen om rechtstreeks en wederzijds bij te dragen tot het vinden van een beslissing waardoor de uniforme toepassing van het unierecht in alle lidstaten wordt gewaarborgd'.[59] Of, zoals Arnull het omschrijft:

> 'Rather the proceedings take the form of a dialogue or conversation in which the two courts jointly seek a solution of the case in hand which is in harmony with the requirements of Community Law.'[60]

59 HvJ 1 december 1965 (Schwarze), *Jur*. 1965, p. 1103.
60 Arnull, p. 96.

Daarmee is echter niet gezegd dat de verwijzende rechter in de optiek van het Hof van Justitie de vrijheid heeft met belangstelling kennis te nemen van het arrest en vervolgens over te gaan tot de orde van de dag. Integendeel. Het venijn lijkt dan ook te zitten in de woorden 'elk volgens hun eigen competentie'. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie staat het niet alleen de verwijzende rechter, maar ook de daarop volgende rechters in dezelfde procedure niet vrij aan de door het Hof gegeven uitleg voorbij te gaan. In het arrest Milch-, Fett- und Eierkontor GmBH II overwoog het Hof naar aanleiding van een door de Duitse regering ingeroepen exceptie van onbevoegdheid, omdat het de door de verwijzende rechter gestelde vragen reeds had beantwoord naar aanleiding van een eerdere prejudiciële verwijzing van dezelfde instantie:

> 'Dat een krachtens artikel 177 door het Hof gewezen arrest voor alle van het bodemgeschil kennis nemende nationale rechterlijke instanties bindend is.
>
> Overwegende dat 's Hofs uitlegging voor genoemde instanties weliswaar bindend is, doch dat zij zelve hebben te beoordelen of 's Hofs prejudiciële uitspraak hun voldoende klaarheid heeft verschaft dan wel of het noodzakelijk is het Hof andermaal te adiëren.
>
> Dat voormelde exceptie derhalve dient te worden verworpen.'[61]

Het is in de optiek van het Hof derhalve zíjn bevoegdheid om naar aanleiding van de door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vragen de juiste uitleg te geven van bepalingen van unierecht en de competentie van niet alleen de verwijzende, maar ook alle opvolgende nationale rechterlijke instanties, uitgaande van die uitleg te beoordelen of daarmee het geschil kan worden beslecht, dan wel uitleg nodig is. Is dat laatste het geval, dan dient de nationale rechter zich wederom tot het Hof van Justitie te wenden. Een zekere gelijkenis met de door het Hof van Justitie voor de geldigheid van uniehandelingen gehanteerde methodiek kan niet worden ontkend. Kort gezegd: de samenwerking met de nationale rechterlijke instanties die het Hof van Justitie voor ogen staat, houdt in dat het Hof van Justitie bij uitsluiting bevoegd is tot uitleg van het unierecht en dat het vervolgens aan de nationale rechter is, uitgaande van die uitleg, de effectieve doorwerking van het unierecht in zijn lidstaat te verzekeren. De Nederlandse rechters lijken zich ook in dit opzicht zonder problemen bij de hun door het Hof van Justitie toegedachte rol neer te leggen.

6.3.3 Uitleg van unierecht door het Hof: werking erga omnes?

Uitgaande van een exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie tot uitleg van het unierecht, lijkt de stap eenvoudig te zetten dat een door het Hof

61 HvJ 24 juni 1969 (Milch-, Fett- und Eierkontor GmBH II), *Jur.* 1969, p. 165.

gegeven uitleg evenals een door het Hof uitgesproken nietigheid van een handeling van één van de unie-instellingen *erga omnes* werkt.

In het arrest Da Costa en Schaake lijkt het Hof dat ook te doen.[62] Naar aanleiding van het betoog van de Europese Commissie dat het verzoek dient te worden afgewezen, omdat het Hof van Justitie de door de verwijzende rechter gestelde vragen reeds naar aanleiding van een andere prejudiciële verwijzing had beantwoord, overweegt het Hof van Justitie:

> 'Dat artikel 177, laatste lid, weliswaar aan de nationale rechterlijke instanties zoals de Tariefcommissie, waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hogere voorziening, zonder enige beperking de verplichting oplegt om zich met vragen van uitlegging tot het Hof te wenden zodra zulk een vraag voor hen wordt opgeworpen, doch dat moet worden toegegeven dat het gezag van een door het Hof reeds krachtens artikel 177 gegeven uitlegging deze verplichting van haar grond kan beroven en derhalve van haar inhoud kan ontdoen.'

Uit de daarop volgende overweging blijkt echter reeds dat van zuivere *erga-omnes*werking geen sprake is. Niet alleen overweegt het Hof:

> 'Dat dit met name het geval is, wanneer de opgeworpen vraag zakelijk gelijk is aan een vraag welke reeds in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest'

waarmee hij het aan de nationale rechterlijke instanties overlaat te beoordelen of de vraag die zij overweegt te stellen zakelijk gelijk is aan een eerder gestelde en beantwoorde vraag, dan wel een gelijksoortig geval betreft. Maar daarenboven overweegt het Hof van Justitie dat:

> 'zulks geenszins wegneemt dat iedere nationale rechter aan artikel 177 de bevoegdheid blijft ontlenen om, indien hij zulks nodig acht, vragen van uitlegging opnieuw aan het Hof voor te leggen'.

Het lijkt dan ook juister te spreken over *de facto erga-omnes*werking: een door het Hof van Justitie gegeven uitleg van primair of secundair unierecht geldt voor alle nationale rechterlijke instanties die tot beantwoording van een soortgelijke rechtsvraag worden geroepen, totdat het Hof naar aanleiding van een hernieuwde prejudiciële verwijzing zijn uitleg heeft bijgesteld. In geval van een *acte eclairé* én indien de nationale rechter zich wil aansluiten bij de door het Hof van Justitie gegeven uitleg, kan hernieuwde prejudiciële verwijzing achterwege blijven.

Dat een arrest van het Hof van Justitie 'gezag van interpretatie' heeft, zoals Kapteyn aangeeft,[63] past mijns inziens alleen in de benaderingswijze van het Hof van Justitie, indien daaraan de aanname ten grondslag ligt dat in de eerste plaats het Hof bevoegd is tot uitleg van het unierecht. Indien dat

62 HvJ 27 maart 1963 (Da Costa en Schaake), *Jur.* 1963, p. 61.
63 Kapteyn 2003, p. 395, en Kapteyn 2008-1, p. 481-482.

niet het geval is, zou het de nationale rechter immers vrijstaan een keuze te maken tussen de door het Hof van Justitie gegeven uitleg van het unierecht en die van een andere nationale rechterlijke instantie.

6.3.4 Uitleg van indirect unierecht

6.3.4.1 Inleidende opmerkingen

Bijzondere aandacht verdient de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de uitleg van zuiver nationaal recht dat slechts is geënt op (bepalingen van) het unierecht. Ik zou dit willen aanduiden als *indirect unierecht*. Ingevolge artikel 267 van het EU-Werkingsverdrag is het Hof van Justitie immers slechts bevoegd bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitleg van het unierecht. De uitleg van het nationale recht is bij uitsluiting voorbehouden aan de nationale rechterlijke instanties. Dit laat echter onverlet dat het Hof van Justitie zich tevens bevoegd acht tot uitleg van nationaal recht, indien dat naar 's Hofs oordeel in wezen unierecht is.

6.3.4.2 Arrest Dzodzi: Hof van Justitie bevoegd; nationale rechter gebonden

In het arrest Dzodzi overwoog het Hof van Justitie naar aanleiding van het betoog van de Belgische regering dat het niet bevoegd is een uitspraak te doen, aangezien alleen de toepassing van intern Belgisch recht in het geding is:

> 'Wanneer de vragen van de nationale rechter de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht betreffen, is het Hof […] in beginsel gehouden er uitspraak over te doen.
>
> Uit de tekst van artikel 177 noch uit het doel van de bij dit artikel ingestelde procedure blijkt, dat de auteurs van het EEG-Verdrag de bevoegdheid om bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over een bepaling van gemeenschapsrecht heeft willen uitsluiten, in het bijzondere geval dat het nationale recht van een Lid-Staat naar de inhoud van die bepaling verwijst ter vaststelling van de voorschriften die in een zuiver interne situatie van die Lid-Staat van toepassing zijn.
>
> Het is integendeel voor de communautaire rechtsorde van evident belang, dat ter vermijding van toekomstige uitleggingsgeschillen iedere bepaling van gemeenschapsrecht, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moet vinden, op eenvormige wijze wordt uitgelegd.
>
> […]
>
> Wanneer het gemeenschapsrecht ingevolge bepalingen van nationaal recht van toepassing wordt, staat het uitsluitend aan de nationale rechter de juiste strekking van die verwijzing naar het gemeenschapsrecht te beoordelen. Indien de nationale rechter meent, dat een bepaling van gemeenschapsrecht wegens die verwijzing van toepassing is op de zuiver interne situatie die ten grondslag ligt aan het bij hem aanhangige geding, kan hij zich onder de voorwaarden van artikel 177 EEG-Verdrag, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof, met een prejudiciële vraag tot het Hof wenden.
>
> Het Hof is evenwel enkel bevoegd bepalingen van gemeenschapsrecht te onderzoeken. Het kan in zijn antwoord aan de nationale rechter geen rekening houden met de algemene opzet van de nationale bepalingen die naar het gemeenschapsrecht verwijzen, doch tegelij-

> kertijd bepalend zijn voor de strekking van die verwijzing. Welke grenzen de nationale wetgever eventueel heeft gesteld aan de toepassing van het gemeenschapsrecht op de zuiver interne situaties waarop het enkel via de nationale wet van toepassing is, is een vraag van nationaal recht, die derhalve uitsluitend door de rechterlijke instanties van de betrokken Lid-Staat kan worden beoordeeld.'[64]

Kapteyn leidt hier uit af dat het Hof van Justitie zich ook bevoegd acht een bepaling van unierecht uit te leggen, indien deze ten gevolge van een tussen partijen gesloten overeenkomst van toepassing is op een niet door het unierecht beheerste situatie.[65]

Uitgaande van het streven van het Hof van Justitie een uniforme toepassing van het unierecht binnen alle lidstaten te bevorderen, wekt de keuze van het Hof zich steeds bevoegd te achten tot uitleg daarvan in welke vorm of wijze zich dat ook manifesteert geen verbazing. De grondslag voor de bevoegdheid van het Hof van Justitie vormt daarbij de fictie dat enkel een vraag wordt gesteld over de uitleg van de unierechtelijke bepaling waarop de nationale bepaling – toevallig – is geïnspireerd.[66]

Op zichzelf is daar ook niets tegen in te brengen. Door zich bevoegd te achten, biedt het Hof van Justitie nationale rechterlijke instanties op zijn minst de mogelijkheid hulp te krijgen bij de uitleg van een bepaling ten aanzien waarvan het Hof bij uitstek deskundig is. Samenwerking in optima forma, zou ik zeggen. Met de eigen constatering dat het Hof van Justitie, hoewel het verdrag daarover zwijgt, bevoegd is de nationale rechter te hulp te schieten (riep ik de Baron van Münchhausen niet al eens in herinnering?), is echter nog niet gezegd dat en, zo ja, op grond waarvan, het de nationale rechter niet vrij zou staan bij nader inzien geen gebruik te maken van de door het Hof geboden hulp en de voorkeur te geven aan een andere uitleg.

De vraag is dan ook wat de betekenis is van een in een dergelijke situatie door het Hof van Justitie gegeven uitleg van het – in wezen nationale – recht. Weliswaar volgt uit het arrest Dzodzi dat het uiteindelijk aan de nationale rechter is te bepalen of en hoe de door het Hof van Justitie gegeven uitleg op het concrete geval moet worden toegepast, maar uit het arrest Kleinwort Benson Ltd. blijkt dat die vrijheid in de optiek van het Hof niet zover strekt dat het de nationale rechter vrijstaat de desbetreffende bepaling op andere wijze te interpreteren dan het Hof. Het overwoog:

> 'Wanneer, zoals in het hoofdgeding, het Executieverdrag niet van toepassing is, staat het het gerecht van de betrokken Verdragsluitende Staat […] vrij te beslissen, of de door het Hof gegeven uitlegging ook geldt bij de toepassing van uit het Executieverdrag overgenomen nationaal recht.
>
> Zo het Hof zich bevoegd zou verklaren uitspraak te doen over de in casu gestelde prejudiciële vraag, zou zijn uitlegging van de bepalingen van het Executieverdrag dus niet bindend zijn voor de verwijzende rechter, daar deze enkel aan 's Hofs uitlegging gebonden

64 HvJ 18 oktober 1990 (Dzodzi), *NJ* 1993/622.
65 Kapteyn 2003, p. 394, en Kapteyn 2008-1, p. 481. In dezelfde zin: Barents 2010-1, p. 352.
66 Zie: Barents 2010-1, p. 352.

> zou zijn, indien het Executieverdrag op het geschil van toepassing was.
>
> Het is echter onaanvaardbaar, dat de antwoorden van het Hof op door gerechten van Verdragsluitende Staten gestelde vragen louter een advieskarakter zouden hebben en niet bindend zouden zijn. Een dergelijke situatie zou in strijd zijn met de aard van de rol van het Hof, zoals die in het Protocol van 3 juni 1971 vorm heeft gekregen, namelijk die van een rechterlijke instantie waarvan de arresten bindende kracht hebben (zie, in die zin, advies 1/91 van 14 december 1991, Jurispr. 1991, blz. I-6079, punt 61).'[67]

Mede omdat de verwijzende rechter op grond van het nationale recht niet aan de door het Hof van Justitie gegeven uitleg zou zijn gebonden, achtte het Hof zich niet bevoegd de gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden. Het Hof zag met andere woorden in dit geval voor samenwerking met de nationale rechter geen aanleiding. Opvallend is dat het Hof van Justitie, hoewel onder andere de Nederlandse regering uitdrukkelijk betoogde dat de Nederlandse rechter in een dergelijke situatie aan een door het Hof van Justitie gegeven uitleg niet gebonden is en ondanks de kritische kanttekeningen van de Advocaat-Generaal, in het arrest Leur-Bloem van 17 juli 1997 aan deze vraag slechts zeer impliciet aandacht besteedde. Het Hof van Justitie overwoog onder verwijzing naar onder meer het arrest Dzodzi dat:

> 'Een verzoek van een nationale rechterlijke instantie […] immers slechts [kan, OvL] worden afgewezen, indien blijkt dat van de procedure van artikel 177 van het Verdrag een oneigenlijk gebruik wordt gemaakt en wel om via een geconstrueerd geschil een uitspraak van het Hof uit te lokken, of wanneer duidelijk is dat het gemeenschapsrecht rechtstreeks noch indirect van toepassing kan zijn op de omstandigheden van het geval. […]
>
> Op grond van deze rechtspraak heeft het Hof zich herhaaldelijk bevoegd verklaard om op verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende bepalingen van gemeenschapsrecht uitspraak te doen in situaties waarin de feiten van het hoofdgeding buiten de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vielen, doch waarin deze bepalingen wel van toepassing waren gemaakt hetzij door middel van het nationale recht, hetzij door middel van eenvoudige contractuele bepalingen. […]
>
> In het arrest Kleinwort Benson […] daarentegen heeft het Hof zich onbevoegd verklaard om uitspraak te doen op een verzoek om een prejudiciële beslissing betreffende het Executieverdrag. […]
>
> In dat arrest wees het Hof erop dat, anders dan in de rechtspraak Dzodzi, de bepalingen van het Executieverdrag waarvan het Hof om uitlegging was gevraagd, als zodanig niet door het recht van de betrokken Verdragsluitende Staat toepasselijk waren gemaakt, maar dat de betrokken nationale wet enkel naar het Executieverdrag was gemodelleerd en de bewoordingen ervan slechts gedeeltelijk had overgenomen. Voorts stelde het vast dat de wet uitdrukkelijk voorzag in de mogelijkheid, dat de autoriteiten van de Verdragsluitende Staat wijzigingen vaststellen "die tot verschillen leiden" tussen de bepalingen van die wet en de overeenkomstige bepalingen van het Executieverdrag. Bovendien maakte de wet uitdrukkelijk onderscheid tussen bepalingen die van toepassing waren op communautaire situaties, en die welke van toepassing waren op interne situaties. In het eerste geval waren de nationale rechterlijke instanties bij de uitlegging van de relevante bepalingen van de wet gebonden door de rechtspraak van het Hof inzake het Executieverdrag, terwijl zij in

67 HvJ 28 maart 1995 (Kleinwort Benson Ltd.), *Jur.*1995, p. I-00615.

het tweede geval daarmee slechts rekening behoefden te houden, zodat zij daarvan konden afwijken.

Dat is in casu evenwel niet het geval.'[68]

De vraag naar de betekenis van voormelde jurisprudentielijn van het Hof van Justitie kwam uitdrukkelijk aan de orde in de zaak Banque Internationale pour l'Afrique Occidentale SA (BIAO), waarin door de verwijzende rechter uitdrukkelijk was gevraagd of het Hof van Justitie bevoegd is bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen, indien het unierecht uitsluitend relevant is voor zover het nationale recht dat bepaalt. De Advocaat-Generaal gaf het Hof in overweging terug te komen van de met het arrest Dzodzi ingezette en onder andere bij het arrest Leur-Bloem gehandhaafde jurisprudentielijn, en zichzelf onbevoegd te achten de vraag te beantwoorden. Hij gaf in overweging:

'It seems to me moreover that similar difficulties are likely to arise wherever a directive is transposed by national law outside its intended context: it will be necessary to examine, for example, whether the directive is transposed in its entirety, to scrutinise the national legislative context and to consider whether the ruling of the Court of Justice will be binding on national courts as a matter of national law. That exercise will frequently require the Court to take a view on questions of national law which may well be – as in the present case – both complex and controversial.

First, it is difficult to see how it serves the purpose of Article 234 EC, which confers jurisdiction on the Court to give preliminary rulings concerning the validity and interpretation of acts of the institutions of the Community, for the Court to interpret Community provisions in so far as they are taken over by national legislation and applied to a situation manifestly outside the scope of those provisions and hence beyond their intended reach. For the Court to assume such jurisdiction looks dangerously like taking on tasks not imposed by the Treaties, particularly in fields such as direct taxation which might be regarded as for the time being within the competence of the Member States.

[…]

Third, the referring court will not as a matter of Community law be bound by the Court's judgment, which will thus inevitably be (again as a matter of Community law) purely advisory. Such a consequence clearly alters the function of the Court as envisaged in the Treaty. It also raises questions concerning the proper allocation of judicial resources.

Fourth, the jurisdiction of the Court, far from being conferred by the Treaty, would be wholly dependent on national law, in the present case by way of a series of references the precise scope of which appears to be a matter of some debate at national level. That tenuous connection perfectly illustrates that the possible relevance of Community law in such a context is itself a matter of national law, which may well be controversial.

Fifth, the present case demonstrates that the Community interest may, when invoked as a justification for the assumption of jurisdiction by the Court in analogous cases, prove to be a two-edged sword. The Court stressed in Leur-Bloem and Giloy that it was clearly in the Community interest that, in order to forestall future differences of interpretation, provisions or concepts taken from Community law should be interpreted uniformly, irrespec-

68 HvJ 17 juli 1997 (Leur-Bloem), *SEW* 1995, p. 334-335, m.nt. M.R. Mok.

tive of the circumstances in which they are to apply. It cannot however be in the Community interest for the Courts jurisdiction in any given case to depend solely on national law or for the Court to give a ruling which the national court to which it is directed is not bound to apply.'[69]

Het Hof van Justitie overwoog met verwerping van de conclusie – in pleno – echter als volgt:

'In the context of the cooperation between the Court of Justice and the national courts provided for by Article 234 EC, it is solely for the national court before which the dispute has been brought, and which must assume responsibility for the subsequent judicial decision, to determine in the light of the particular circumstances of the case both the need for a preliminary ruling in order to enable it to deliver judgment and the relevance of the questions which it submits to the Court […].

The Court of Justice is therefore bound in principle to give a ruling unless it is obvious that the request is in reality designed to induce the Court to give a ruling by means of a fictitious dispute, or to deliver advisory opinions on general or hypothetical questions, or that the interpretation of Community law requested bears no relation to the actual facts of the main action or its purpose, or that the Court does not have before it the factual or legal material necessary to give a useful answer to the questions submitted to it […].

In this case, although the questions concern the internal tax situation and appear at first sight to be unconnected with Community law, in reality the problems of interpretation of Community law which the national court seeks to resolve are essentially concerned with the accounting approach required by the Fourth Directive, more particularly as regards the taking into account of possible losses arising from a guarantee of a loan whose outcome was unknown at the date of the balance sheet of the company concerned. It is therefore neither a hypothetical problem nor a question bearing no relation to the actual facts of the main action or its purpose.

In that respect, the answer to these questions does not depend upon the distinction between capital companies, to which the Fourth Directive applied at the date of the facts in the main action, and other bodies, such as BIAO-Afribank. Moreover, it is relevant to note that, subsequently to the facts in the main action, the provisions of the Fourth Directive in question were applied without modification to such bodies (see paragraph 71 above).

It is true that the provisions of national law applicable at the material time to bodies like BIAO-Afribank did not reproduce the provisions of the Fourth Directive verbatim. On the other hand, according to the German Government, nothing in German legislation prevented the aim, the principles and the provisions of that directive from being fully complied with as regards drawing up the annual accounts of such bodies. In that respect, the German Government argues, and the order for reference moreover acknowledges, that any interpretation given by the Court of the provisions of the Fourth Directive would be binding for the resolution of the dispute in the main proceedings by the referring court.

The circumstances of that case are therefore to be distinguished from those at issue in Case C-346/93 Kleinwort-Benson [1995] ECR I-615, in which the Court held, in paragraph 18 of its judgment, that the legislation in question of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland expressly provided for the authorities of the contracting State in question to adopt modifications designed to produce divergence between the provisions of that leg-

69 Conclusie A-G Jacobs van 15 november 2001 in zaak nr. C-306/99-BIAO (www.curia.europa.eu).

> islation and the corresponding provisions of the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial matters signed in Brussels on 27 September 1968 (OJ 1972 L 299, p. 32), as amended by the Convention of 9 October 1978 on the Accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (OJ 1978 L 304, p. 1 and – text of the Convention as amended – p. 77).
>
> The reply to the first part of the reference for a preliminary ruling must therefore be that the questions appearing in the second and third parts of the reference, concerning the interpretation of the Fourth Directive, are admissible.'[70]

Uit dit arrest kan worden afgeleid dat het Hof van Justitie zich ook bevoegd acht op een prejudiciële verwijzing te beslissen in het geval een bepaling van unierecht slechts ten gevolge van verwijzing door het nationale recht naar het unierecht van toepassing is. Vereist daarvoor is echter wel dat de verwijzende rechter naar nationaal recht aan de door het Hof van Justitie gegeven uitleg gebonden is, dan wel zich daaraan gebonden acht. Sindsdien heeft het Hof van Justitie de vereiste link met het unierecht aangescherpt: het acht zich uitsluitend bevoegd tot uitleg van een op het unierecht geënte nationale bepaling, indien het nationale recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk naar de inhoud van unierechtelijke bepalingen verwijst ter bepaling van de voorschriften die in de interne situatie van toepassing zijn.[71] In dat geval heeft de unie er stellig belang bij dat ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen of begrippen van unierecht op eenvormige wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moeten vinden.[72]

Opvallend is dat het Hof van Justitie in het BIAO-arrest wel heel gemakkelijk aanneemt dat de – niet in hoogste instantie rechtsprekende – verwijzende rechter aan zijn uitleg gebonden is. De verklaring van de Duitse regering dat dat het geval is, was daartoe kennelijk voldoende. Dat is temeer opvallend, nu het Hof van Justitie in de tegenovergestelde verklaring van de Nederlandse regering in de zaak Leur-Bloem, dat de verwijzende rechter naar nationaal recht niet gebonden was aan de door het Hof van Justitie gegeven uitleg, geen aanleiding zag zich onbevoegd te achten. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de verwijzende rechter in de zaak Leur-Bloem zich blijkbaar gebonden zag aan een door het Hof van Justitie gegeven uitleg. Hij had in de verwijzingsuitspraak immers uitdrukkelijk overwogen dat hij van oordeel is dat de wettelijke bepaling enkel in de wet was opgenomen ter implementatie van een richtlijn en dat – hoewel de bepaling zich naar haar aard ook leent voor toepassing in zuiver interne situaties, waarop het unierecht niet van toepassing is – de wetgever ter zake geen voorbehoud had gemaakt.[73] Deze overweging in combinatie met de prejudi-

70 HvJ 7 januari 2003 (BIAO), *NJ* 2003/641, m.nt. M.R. Mok.
71 Zie: Barkhuysen & Bos, p. 100.
72 Aldus het Hof van Justitie in: HvJ 21 december 2011 (Teresa Cicala), *AB* 2012/254, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.
73 Hof Amsterdam 26 januari 1995, *FED* 1995/182.

ciële verwijzing rechtvaardigde op zijn minst het vermoeden dat de verwijzende rechter zich ook aan de door het Hof van Justitie gegeven uitleg gebonden zou achten. Anders zou er immers ook geen zinnige reden zijn om tot prejudiciële verwijzing over te gaan.

Nu het derhalve afhankelijk is van de omstandigheden van het geval of het Hof van Justitie zich al dan niet bevoegd acht kennis te nemen van een prejudiciële verwijzing, lijkt het mij niet juist in dit verband te spreken over bevoegd- of onbevoegdheid van het Hof. De bevoegdheid van het Hof van Justitie wordt immers *in abstracto* uitputtend geregeld in het EU-Werkingsverdrag, zoals uitgelegd door het Hof. Bevoegdheid ziet in dit verband dan ook steeds op het soort zaken en niet op de individuele zaak. Indien de nationale rechter naar nationaal recht niet gebonden is aan de door het Hof van Justitie gegeven uitleg, dan wel zich daaraan niet gebonden acht, en het Hof om die reden geen taak voor zichzelf ziet weggelegd, is het mijns inziens beter te concluderen dat de verwijzende rechter geen rechtens door het Hof te honoreren belang heeft bij een beslissing op de prejudiciële verwijzing.

Gegeven de werklast van het Hof van Justitie is het ook goed voorstelbaar dat het Hof zich met een beroep op het grote belang van de unie bij een uniforme uitleg van het unierecht slechts geroepen acht de gestelde vragen te beantwoorden, indien het aan de uniforme uitleg ook daadwerkelijk een bijdrage kan leveren. Is dat niet het geval, bijvoorbeeld omdat de verwijzende rechter reeds voorshands laat weten zich niet aan de door het Hof van Justitie gegeven uitleg gebonden te achten, dan bestaat immers het risico dat de betrokkenheid van het Hof de afwijkende uitspraak van de nationale rechter legitimeert. Ook is het mogelijk dat het Hof de indruk wekt een slechte verliezer te zijn, indien de nationale rechter aan de door het Hof gegeven uitleg voorbijgaat en de desbetreffende lidstaat vervolgens in het kader van een inbreukprocedure door het Hof wordt veroordeeld. Niet ondenkbaar is immers dat het Hof, al dan niet geïnspireerd door de inbreukprocedure, bij nadere beschouwing tot de slotsom komt dat van een zuiver nationaalrechtelijke bepaling geen sprake is.

Los van het vorenstaande is echter duidelijk dat gebondenheid aan de door het Hof van Justitie gegeven uitleg van een zuiver nationaal-rechtelijke bepaling die weliswaar is geënt op het unierecht, maar daarin niet zijn rechtsgrondslag vindt, niet kan worden gebaseerd op het EU-Werkingsverdrag, dan wel het beginsel van unietrouw. Dit is mijns inziens een onvermijdelijk gevolg van de constatering dat de bepaling buiten de reikwijdte (*scope*) van het verdrag valt.[74] Een beroep op de eigen rechtsorde die de Verdragsluitende Staten in de woorden van het Hof met de oprichting van de unie in het leven hebben geroepen, is in dit verband dan ook niet afdoende. De unie is immers slechts bevoegd op de door de oprichtingsverdragen aangeduide

74 Zie in dit verband ook onderdeel 43 e.v. van de conclusie van A-G Jacobs in de zaak Leur-Bloem, waarin hij het standpunt van de Commissie over de bevoegdheid van het Hof van Justitie weergeeft, *BNB* 1998/32C, m.nt. J.A.G. van der Geld.

terreinen en is in zeker opzicht dan ook een doelcorporatie. Deze terreinen vormen daarmee ook de (natuurlijke) grenzen van de eigen rechtsorde. Zo al binding aan een door het Hof van Justitie gegeven uitleg bestaat, dan berust deze derhalve uitsluitend op nationaal recht, dan wel bij het ontbreken van een daartoe strekkende nationale regeling, op de keuze van de nationale rechterlijke instantie zich gebonden te achten. In het laatste geval staat het de verwijzende rechter mijns inziens dan ook vrij bij nader inzien geen gebruik te maken van de door het Hof geboden hulp, bijvoorbeeld omdat een andere uitleg van het nationale recht zijns inziens tot een betere uitkomst van het geschil leidt. Gegeven dat het Hof van Justitie voor de uitleg van het unierecht zonder meer de meest gerede rechter is, ligt het echter niet voor de hand dat de nationale rechter afwijkt van de door het Hof van Justitie gegeven uitleg van het unierecht.

Dit geldt *a fortiori* voor een hogere nationale rechterlijke instantie, indien tegen de uitspraak waarbij de rechter in eerste aanleg is uitgegaan van een door het Hof van Justitie voorgestane uitleg, hoger beroep wordt ingesteld. Mijns inziens kan niet worden staande gehouden dat de hogerberoepsinstantie gehouden is krachtens artikel 267, derde alinea, van het EU-Werkingsverdrag tot prejudiciële verwijzing over te gaan, indien zij het oordeel van de lagere rechter over de betekenis van het unierecht voor de uitleg van weliswaar op het unierecht geënte, maar buiten de reikwijdte van het unierecht vallende, nationale bepaling niet deelt. Een andere benadering zou ook strijdig zijn met het aan het EU-Werkingsverdrag ten grondslag liggende subsidiariteitsbeginsel. Dit laat onverlet dat het ook mijns inziens uiterst onwenselijk kan zijn dat dezelfde bepalingen, afhankelijk van de (rechts)context waarin zij toepassing vinden, op geheel verschillende wijze worden uitgelegd: dat komt de rechtszekerheid niet ten goede. Dat probleem dient uiteindelijk echter binnen de nationale rechtsorde en met de instrumenten die die rechtsorde biedt, te worden opgelost.

Ik deel in dit opzicht dan ook niet de mening van Arnull die, hoewel hij uiterst kritisch staat ten opzichte van voormelde jurisprudentie van het Hof van Justitie, voorstelt om – gegeven het bestaan daarvan en de uiterst kleine kans dat het Hof na het BIAO-arrest op en van deze lijn terugkomt – geen onderscheid te maken tussen het geval waarin artikel 267 van het EU-Werkingsverdrag rechtstreeks van toepassing is en het geval waarin deze bepaling slechts over de band van de jurisprudentie van het Hof in beeld komt. In zijn optiek wordt een arrest van het Hof *'binding as a matter of Community law on the national court'*, ook indien het de uitleg van een bepaling van zuiver nationaal recht betreft, waarbij het enige verband met het unierecht eruit bestaat dat de bepaling – toevallig – is geënt op een bepaling van unierecht.[75]

75 Arnull, p. 107-114. Arnull geeft aan dat in dat geval de nationale rechterlijke instanties tegen wier uitspraken geen voorziening openstaat verplicht zijn tot prejudiciële verwijzing over te gaan en dat het oordeel van het Hof van Justitie dat een bepaling van unierecht ongeldig of nietig is tevens doorwerkt in de nationale bepalingen die daarop geënt zijn.

In die benaderingswijze bestaat de enige uitweg voor een lidstaat die betrokkenheid van het Hof van Justitie wenst tegen te gaan, erin zijn nationale recht te wijzigen.

6.3.5 Tussenconclusies

In deze paragrafen besprak ik de verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechterlijke instanties wat betreft de uitleg van het unierecht. Ik kwam tot de conclusie dat het Hof van Justitie zich bij uitsluiting bevoegd acht tot uitleg van zowel het primair (oprichtingsverdragen), als het secundair (richtlijnen en verordeningen) unierecht. Een uitleg van het Hof heeft *de facto erga-omnes*werking. Dat wil zeggen dat eenieder gebonden is aan een eerder door het Hof gegeven uitleg van een unierechtelijk voorschrift, maar dat het elke nationale rechter steeds vrijstaat dezelfde vraag opnieuw aan het Hof van Justitie voor te leggen, teneinde te bezien of het Hof aanleiding ziet terug te komen van zijn eerdere uitleg van dat voorschrift. In geval van een *acte éclairé* én de nationale rechter zich wil aansluiten bij de door het Hof van Justitie gegeven uitleg, kan hernieuwde prejudiciële verwijzing achterwege blijven. Hoewel de oprichtingsverdragen het Hof van Justitie niet uitdrukkelijk exclusief bevoegd verklaren tot uitleg van het unierecht is het interpretatieprimaat van het Hof van Justitie in Nederland onomstreden. De Nederlandse rechterlijke instanties lijken het interpretatieprimaat van het Hof van Justitie wat betreft unierechtelijke voorschriften zonder meer te erkennen.

Een bijzondere categorie betreft nationale voorschriften die weliswaar volledig zijn geënt op (bepalingen van) het unierecht, maar daarin niet hun rechtsgrondslag vinden, bijvoorbeeld omdat de unie ten aanzien van de materie die deze bepalingen beogen te regelen geen taken of bevoegdheden heeft. Ik duidde deze voorschriften aan als *indirect unierecht*. Het Hof van Justitie acht zich bevoegd tot uitleg van deze bepalingen, indien het nationale recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk verwijst naar de inhoud van unierechtelijke bepalingen. Doordat de bepalingen zuiver nationaalrechtelijk van aard zijn, kan het Hof van Justitie aan de oprichtingsverdragen, dan wel de eigen rechtsorde die de Verdragsluitende Staten met de oprichting van de unie in het leven hebben geroepen, geen interpretatieprimaat ontlenen. Dat laat onverlet dat het ook in het belang van de unie is dat deze bepalingen zo veel mogelijk uniform worden uitgelegd. Het Hof van Justitie is derhalve bereid de nationale rechter desgevraagd interpretatieve bijstand te verlenen, mits de nationale rechter naar zijn nationale recht gebonden is, dan wel zichzelf gebonden acht, aan de door het Hof gegeven uitleg. Het Hof van Justitie leent zich niet voor beantwoording van prejudiciële vragen die voor de nationale rechter louter informerende waarde hebben.

6.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

Wat betreft deze vraag kan ik kort zijn: het Hof van Justitie acht zichzelf niet bevoegd tot vaststelling van de feiten die aan de prejudiciële verwijzing ten grondslag liggen. Het gaat met andere woorden uit van de feiten, zoals de nationale rechter die in de verwijzingsuitspraak heeft vermeld.[76] Reeds in het arrest Costa/ENEL overwoog het dat:

> 'artikel 177, dat is gebaseerd op een duidelijke scheiding van bevoegdheden tussen de nationale rechter en het Hof, dit laatste niet toestaat een onderzoek naar de feiten in te stellen, noch de beweegredenen van de oorspronkelijke rechter en het doel van zijn verzoek te toetsen.'[77]

Een kanttekening is hierbij echter op zijn plaats. Het zal veelal niet goed mogelijk zijn een uitleg van een wettelijk voorschrift te geven die volledig is geabstraheerd van de feitelijke situatie waarin dat voorschrift toepassing vindt of zou moeten vinden. Zodanige uitleg zal immers doorgaans dermate abstract zijn dat het geen oplossing biedt voor het concrete geval, dan wel feitelijk neerkomen op een nieuwe regel. De bevoegdheid van de nationale rechter tot vaststelling en waardering van de feiten vormt dan ook een belangrijk element van de procedurele autonomie van de nationale rechter ten opzichte van het Hof van Justitie. De wijze waarop de feiten in een concreet geval worden vastgesteld en gewaardeerd bepaalt immers in belangrijke mate of prejudiciële verwijzing noodzakelijk is voor beslechting van het geschil.[78]

Het unierecht stelt daarom wel grenzen aan de procedurele autonomie van de nationale rechter. Nationale procedurele autonomie mag er niet toe leiden dat de effectieve doorwerking van het unierecht wordt ondergraven, dan wel dat vorderingen die zijn gebaseerd op het unierecht procesrechtelijk anders worden behandeld dan zuiver nationaal rechtelijke vorderingen. Dit staat ook wel bekend als de 'Rewe-riedel': de regels mogen niet ongunstiger zijn dan die die voor soortgelijke nationale situaties gelden en zij mogen de uitoefening van de door het unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.[79] Het gaat er in dit laatste geval in het

---

76 Zie ook: Grimbergen, p. 29, en Van der Burg & Voermans, p. 206.

77 HvJ 15 juni 1964 (Costa/ENEL), *SEW* 1964, p. 489-496, en HvJ 9 september 2003 (Consorzio Industrie Fiammiferi), *AB* 2003/387, m.nt. E. Steijger, waarin het Hof overwoog: 'It should also be born in mind that for the purposes of the procedure set out in Article 234 EC, which is based on a clear separation of functions between the national courts and the Court of Justice, the latter, when ruling on the interpretation or validity of Community provisions, is empowered to do so only on the basis of the facts which the national court puts before it […]. It is not for the Court of Justice to apply Community law to the dispute before the national court […] or to assess the facts in the main proceedings'. Zie ook: Arnull, p. 105-107, Schermers & Waelbroeck, p. 240, en Kapteyn 2003, p. 397.

78 Zie hierover ook: Van Harten 2011, p. 65-135 en p. 212-218.

79 Aldus ook: Besselink & Prechal, p. 504-512. Zie over procedurele autonomie ook: Lenaerts, Maselis & Gutman, p. 107-156.

bijzonder om dat unierechtelijke vorderingen door toepassing van het nationale procesrecht niet moeilijker zijn te effectueren dan zuiver nationale vorderingen.[80] Het beginsel van nationale procedurele autonomie is niet beperkt tot de vaststelling van de feiten, maar betreft de gehele nationale procedure.

Er is slechts een dunne scheidslijn tussen zelfstandige vaststelling van feiten door het Hof van Justitie en de uitleg van het unierecht in het concrete geval, uitgaande van de door de nationale rechter gegeven feiten. Het interpreteren van de bepaling van unierecht in het licht van de voorgelegde feiten moet echter weer worden onderscheiden van de toepassing van door het Hof van Justitie uitgelegd unierecht op het concrete geval. Van de aldus onderscheiden rechterlijke activiteiten die de feiten van de voorliggende zaak betreffen, is het Hof slechts bevoegd tot uitleg van het unierecht in het licht van de hem voorgehouden feiten; vaststelling van die feiten en toepassing van het uitgelegde unierecht op die feiten is voorbehouden aan de verwijzende rechter. Indien de verwijzende rechter van oordeel is dat het Hof van Justitie bij de beantwoording van de vragen buiten zijn bevoegdheden is getreden, dient hij door middel van een hernieuwde prejudiciële verwijzing om verduidelijking te vragen. Een voorbeeld waaruit naar voren komt hoe lastig vaststelling van de feiten, uitleg in het licht van de feiten en toepassing van de gegeven uitleg in het concrete geval kan zijn, vormt de door Arnull beschreven Arsenal Football Club plc-zaak.[81]

De zaak betreft Richtlijn 89/104/EEG betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten.[82] Matthew Reed verkocht in verschillende kramen buiten het stadion van Arsenal FC, een voetbalclub uit de Engelse Premier League, voetbalsouvenirs en andere afgeleide voetbalproducten, die bijna allemaal tekens bevatten die verwijzen naar Arsenal FC. Deze producten waren deels met en deels zonder toestemming van Arsenal FC, als houder van het merkenrecht, geproduceerd; voor de verkoop van de niet-officiële producten had Arsenal FC geen toestemming verleend. Omdat in de rechtspraak verschillend werd gedacht over de aard van de bescherming die aan merkhouder toekomt, zag het *High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division*, aanleiding bij wege van prejudiciële verwijzing het Hof van Justitie vragen voor te leggen over de uitleg van deze richtlijn. In het arrest beperkte het Hof van Justitie zich evenwel niet tot het beantwoorden van de gestelde interpretatievragen, doch overwoog het tevens dat:

> 'de merkhouder zich in een geval als in het hoofdgeding aan de orde is, … tegen dit gebruik [kan] verzetten.'

---

80 Zie over nationale procedurele autonomie nader: Schermers & Waelbroeck, p. 199-203, Arnull, p. 268-273, Kapteyn 2008-1, p. 545-565, en Uzman, p. 314-330. Zie voor de eisen die het unierecht aan rechterlijke toetsing van de feitenvaststelling door het bestuursorgaan stelt: ABRvS 1 mei 2013, *AB* 2013/345, m.nt. R. Ortlep.

81 HvJ 12 november 2002 (Arsenal Football Club plc/Matthew Reed), *NJ* 2003/265, m.nt. M.R. Mok. Zie over dit arrest ook: Van der Burg & Voermans, p. 207-208.

82 *PB* 1989, L 40.

Met andere woorden: de verwijzende rechter kreeg van het Hof van Justitie niet alleen een antwoord op de door hem gestelde interpretatievraag, maar ontving tevens *guidance* tot welke uitkomst de aldus gegeven uitleg in dit geval zou moeten leiden. De verwijzende rechter was van oordeel dat het Hof van Justitie zijn bevoegdheden had overschreden door van andere dan de door hem in de verwijzingsuitspraak vastgestelde feiten uit te gaan, zodat hij niet aan het arrest gebonden was.[83] Het *Court of Appeal* was echter van oordeel dat, uitgaande van de door het Hof van Justitie gegeven uitleg, de door het Hof getrokken conclusie logischerwijs volgde uit de reeds door het *High Court of Justice* in de verwijzingsuitspraak vastgestelde feiten, zodat de verwijzende rechter gevolg had moeten geven aan het arrest en de vordering van Arsenal FC had moeten toewijzen.

Hoewel het Hof van Justitie de door de verwijzende rechter vastgestelde feiten derhalve wel kleurt om tot een bepaalde uitleg van het unierecht te (kunnen) komen, soms zelfs zodanig dat de verwijzende rechter zich niet meer herkent in de feiten zoals hij die volgens het arrest eerder had vastgesteld, lijkt het Hof van Justitie in elk geval als uitgangspunt te hanteren dat de feitenvaststelling is voorbehouden aan de verwijzende rechter. Dit past ook bij de aard van de prejudiciële procedure die, ook in de woorden van het Hof van Justitie, op samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof is gericht.

De Nederlandse rechterlijke instanties lijken ook op dit punt grotendeels overeenkomstig de door het Hof van Justitie voorgestane benaderingswijze te handelen. Indien het Hof van Justitie zich in het kader van de uitleg van het unierecht tevens uitlaat over de toepassing daarvan op het concrete geval, lijkt in elk geval de Afdeling bestuursrechtspraak zich het recht voor te behouden af te wijken van het oordeel van het Hof, bijvoorbeeld indien hetgeen partijen in reactie op het arrest van het Hof naar voren hebben gebracht daartoe aanleiding geeft.[84] Lijkt, want in voornoemde uitspraak was de conclusie dat die aanleiding niet bestond. Onduidelijk is derhalve of de Afdeling, indien die aanleiding wel zou hebben bestaan, op eigen gezag tot een ander oordeel zou zijn gekomen, dan wel tot hernieuwde prejudiciële verwijzing zou zijn overgegaan.

Indien de rechtzoekende in de nationale procedure tegen een besluit van een unie-instelling geen rechtsmiddelen heeft aangewend bij het Hof van Justitie, terwijl dat zonder twijfel wel had gekund, past ook de Afdeling

83 Arnull, p. 105-106.

84 ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80, m.nt. P.J. Stolk. Dat het problemen kan opleveren, indien het Hof van Justitie uitgaat van andere feiten dan de verwijzende rechter leert de zaak Ten Kate. Het nationale procesrecht bood de verwijzende rechter, de Hoge Raad, geen mogelijkheid de tijdens de procedure bij het Hof van Justitie boven water gekomen feiten bij de beoordeling van het cassatieberoep te betrekken. Dit leidde ertoe dat de Hoge Raad casseerde en de zaak ter verdere beoordeling verwees. HvJ 20 oktober 2005 (Staat/Ten Kate), *Jur.* p. I-9879, en HR 22 december 2006, *AB* 2007/116, m.nt. R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven.

bestuursrechtspraak de Deggendorf-jurisprudentie toe. Deze jurisprudentie kwam hiervoor al aan de orde. Op grond daarvan gaat zij bijvoorbeeld uit van de juistheid van de aan een niet aangevochten besluit van de unie-instelling ten grondslag liggende feiten en de waardering daarvan. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van 2 april 2014 over een besluit waarbij een bepaalde organisatie krachtens de Uitvoeringsverordening 610/2010 (*Pb* 2010 L 278) op de Europese terrorismelijst is geplaatst.[85] Deze jurisprudentielijn kan ook worden beschouwd als de Europese variant van de leer van de formele rechtskracht.[86] Het verbaast dan ook niet dat blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie voor tegenwerping daarvan is vereist dat de rechtzoekende in de nationale procedure ook zonder twijfel toegang tot het Hof van Justitie zou hebben gehad. Indien daarover twijfel bestaat, dient de nationale rechter daarop prejudicieel te verwijzen. Indien een rechtzoekende zich wel, maar tevergeefs tot het Hof van Justitie heeft gewend, dient de nationale rechter uit te gaan van de juistheid van het besluit van de unie-instelling. Ofwel: de Europese variant van de leer van de bindende kracht van rechterlijke uitspraken.

6.5 Samenvatting en conclusies

Het Hof van Justitie heeft als primaire taak het bevorderen van uniforme uitleg en toepassing van het unierecht binnen de verschillende lidstaten die samen de Europese Unie vormen. Elke nationale rechter is tevens, in elk geval deels, een gedecentraliseerde unierechter en speelt een belangrijke rol bij de effectuering van het unierecht in de dagelijkse rechtspraktijk. In dit hoofdstuk ging ik in op de vraag of het Hof van Justitie en de Nederlandse (bestuurs)rechters over en weer gebondenheid aannemen aan elkaars arresten en uitspraken en, zo ja, in welke mate.

De geldigheid van uniehandelingen kan zowel middels directe toetsing ofwel het instellen van een vernietigingsberoep als bij wege van exceptief verweer in rechte aan de orde worden gesteld. Artikel 263 van het EU-Werkingsverdrag kent enkel het Hof van Justitie de bevoegdheid toe dergelijke handelingen nietig te verklaren. Het Hof van Justitie acht zich mede op grond hiervan exclusief bevoegd de ongeldigheid van een uniehandeling uit te spreken, derhalve met uitsluiting van de nationale rechterlijke instanties.

Verordeningen worden doorgaans echter niet uitgevoerd door instellingen van de unie, maar door organen van de lidstaten, en het overgrote deel van het unierecht ontleent zijn verbindende kracht aan omzetting in het nationale recht van de lidstaten. Het zijn vervolgens wederom de organen

85 ABRvS 2 april 2014, *NJB* 2014/828. Zie voor een ander voorbeeld: ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2130.

86 Aldus ook: R.J.G.M. Widdershoven in zijn noot bij HvJ 1 april 2004 (Jégo-Quéré), *AB* 2004/210.

van de lidstaten die gehouden zijn tot effectuering ervan door het nemen van uitvoeringshandelingen. Indien tegen deze uitvoeringshandelingen beroep openstaat bij de nationale rechter, dan kan de geldigheid van de onderliggende uniehandeling bij wege van exceptief verweer aan de orde worden gesteld. Artikel 267, eerste alinea, aanhef en onder b, van het EU-Werkingsverdrag voorziet voor de nationale rechter in de mogelijkheid het Hof van Justitie te vragen bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de geldigheid van de gewraakte uniehandeling. Indien een rechtzoekende tegen een handeling van de unie zonder twijfel beroep had kunnen instellen bij het Hof van Justitie, maar dat heeft nagelaten of tevergeefs heeft gedaan, dient de nationale rechter volgens het Hof van Justitie uit te gaan van de rechtmatigheid van die handeling.

Hoewel de tekst van artikel 267 van het EU-Werkingsverdrag daarvoor geen eenduidige aanknopingspunten biedt, heeft het Hof van Justitie op verdragssystematische gronden de nationale rechter onbevoegd geacht de ongeldigheid van een uniehandeling uit te spreken. Indien de nationale rechter twijfel heeft over de geldigheid daarvan, dan dient hij daarover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Die verplichting geldt ook voor rechterlijke instanties die ingevolge artikel 267, derde alinea, van het EU-Werkingsverdrag niet verwijzingsplichtig zijn. De nationale rechter is zonder prejudiciële verwijzing wel bevoegd een opgeworpen exceptief verweer te verwerpen.

Dat het Hof van Justitie zichzelf exclusief bevoegd acht te oordelen over de geldigheid van een uniehandeling brengt met zich dat het zich niet gebonden acht aan andersluidende uitspraken van rechterlijke instanties van de lidstaten.

Het primaat van het Hof van Justitie de ongeldigheid van een uniehandeling uit te spreken, is in Nederland onomstreden. Hoewel een eenduidige verdragsbasis voor een exclusieve bevoegdheid voor het Hof van Justitie ontbreekt, is de noodzaak daarvoor evident. Dat die exclusiviteit echter geen vanzelfsprekendheid is, leert een blik over de grens. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft zich bijvoorbeeld uitdrukkelijk de bevoegdheid voorbehouden aan een unierechtelijk algemeen verbindend voorschrift verbindende kracht binnen de rechtsmacht van de Bondsrepubliek Duitsland te ontzeggen. Tot nu toe heeft het van deze bevoegdheid nog geen gebruikgemaakt.

Wat betreft de uitleg van het unierecht kwam ik tot de conclusie dat het Hof van Justitie zich bij uitsluiting bevoegd acht tot uitleg van zowel het primair (oprichtingsverdragen), als het secundair (richtlijnen en verordeningen) unierecht. Een uitleg van het Hof heeft *de facto erga-omnes*werking. Dat wil zeggen dat een ieder gebonden is aan een eerder door het Hof gegeven uitleg van een unierechtelijk voorschrift, maar dat het elke nationale rechter steeds vrijstaat dezelfde vraag opnieuw aan het Hof van Justitie voor te leggen, teneinde te bezien of het Hof aanleiding ziet terug te komen van zijn eerdere uitleg van dat voorschrift. Hoewel de oprichtingsverdragen het Hof van Justitie niet uitdrukkelijk exclusief bevoegd verklaren tot uitleg van het unierecht is het interpretatieprimaat van het Hof van Justitie in Nederland

onomstreden. Het Hof van Justitie is daartoe ook onmiskenbaar de meest gerede rechter en een efficiënte rechtsmachtverdeling is erbij gebaat dat de nationale rechter het Hof van Justitie voorrang verleent.

Een bijzondere categorie betreft nationale voorschriften die rechtstreeks en onvoorwaardelijk naar het unierecht verwijzen, maar daarin niet hun rechtsgrondslag vinden, bijvoorbeeld omdat de unie ten aanzien van de materie die deze bepalingen beogen te regelen geen taken of bevoegdheden heeft. Ik duidde deze voorschriften aan als *indirect unierecht*. Omdat deze bepalingen zuiver nationaalrechtelijk van aard zijn, kan het Hof van Justitie aan de oprichtingsverdragen, dan wel de eigen rechtsorde die de Verdragsluitende Staten met de oprichting van de unie in het leven hebben geroepen, geen interpretatieprimaat ontlenen. Dat laat onverlet dat het ook in het belang van de unie is dat deze bepalingen zo veel mogelijk uniform worden uitgelegd. Het Hof van Justitie is derhalve bereid de nationale rechter desgevraagd interpretatieve bijstand te verlenen, mits de nationale rechter aan die uitleg volgens zijn nationale recht gebonden is, dan wel zichzelf gebonden acht, aan de door het Hof van Justitie gegeven uitleg. Het Hof leent zich niet voor beantwoording van prejudiciële vragen die voor de nationale rechter louter informerende waarde hebben.

Op grond van het unierecht is feitenvaststelling voorbehouden aan de nationale rechter (nationale procedurele autonomie). De wijze waarop deze de feiten vaststelt en waardeert bepaalt in belangrijke mate of en, zo ja, in welk opzicht prejudiciële verwijzing noodzakelijk is voor beslechting van een geschil. Verwijzing kan immers achterwege blijven, indien uitgaande van de voorliggende feiten uitleg van het unierecht niet noodzakelijk is voor de beslechting van het geschil. De vrijheid van de nationale rechter is evenwel niet onbegrensd, hij dient daarbij steeds de effectieve en ten opzichte van het nationale recht non-discriminatoire doorwerking van het unierecht te waarborgen. Indien hieraan voldaan is, zou het Hof van Justitie zich gebonden moeten achten aan de feiten zoals door de nationale rechter in zijn verwijzingsuitspraak vastgesteld en gewaardeerd. Indien de rechtzoekende in de nationale procedure tegen een onderliggende uniehandeling evenwel zonder twijfel beroep had kunnen instellen bij het Hof van Justitie maar dat heeft nagelaten, dan wel als dat beroep niet tot het gewenste resultaat heeft geleid, dient de nationale rechter uit te gaan van de feiten, zoals vastgelegd in de uniehandeling.

Het zal voor het Hof van Justitie echter niet goed mogelijk zijn een volledig van de feiten geabstraheerde uitleg van een unierechtelijke bepaling te geven. Dit kan ertoe leiden dat een geschil met een door het Hof van Justitie op basis van de door de verwijzende rechter vastgestelde feiten gegeven uitleg van het unierecht *de facto* beslist is.

Zowel wat betreft de uitleg van unierechtelijke voorschriften, als wat betreft de vaststelling en waardering van de feiten lijken de Nederlandse rechterlijke instanties, indien zij eenmaal tot prejudiciële verwijzing zijn overgegaan, zonder veel omhaal van woorden het Hof van Justitie te volgen.

In elk geval uit een oogpunt van de specialisatiegedachte en een doelmatige rechtsmachtverdeling is goed verklaarbaar dat de Nederlandse rechters doorgaans het Hof van Justitie zonder veel omhaal van woorden volgen. Waar het de vraag naar de geldigheid van uniehandelingen en de uitleg van het unierecht betreft, is het Hof van Justitie ook onmiskenbaar de meest gerede rechter. Anders dan bijvoorbeeld de hoogste Duitse rechters lijken de hoogste Nederlandse rechters geen behoefte te hebben aan een principiële strijd over wie het laatste woord heeft: de hoogste nationale rechter of het Hof van Justitie. De Nederlandse rechters zien en nemen ruimte ten opzichte van het Hof van Justitie door prudent gebruik te maken van de bevoegdheid tot prejudiciële verwijzing over te gaan. Dat lijkt mij terecht. Ook hier geldt: 'Stel geen vragen waarop je het antwoord niet wilt horen!'

7 Verhouding EHRM – nationale bestuursrechter

7.1 Inleidende opmerkingen

In het voorgaande hoofdstuk besprak ik de verhouding tussen het Hof van Justitie en de Nederlandse, met bestuursrechtspraak belaste instanties. In dit hoofdstuk staat de verhouding tussen het EHRM en die instanties centraal. Zoals ik in hoofdstuk 2 uiteenzette, bestaat tussen beide internationale hoven in elk geval één groot verschil. Waar de verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechterlijke instanties in elk geval op papier op samenwerking is gericht, is dat in de verhouding tussen het EHRM en de nationale rechterlijke instanties niet het geval. De belangrijkste reden hiervoor is dat het EHRM pas in beeld komt, nadat een rechtzoekende de nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput. Ingevolge artikel 35 van het EVRM is immers het uitputten van de nationale rechtsmiddelen een vereiste wil het EHRM een zaak in behandeling kunnen nemen.[1] We zullen zien dat het 16e Protocol op dit punt tot verbetering zou kunnen leiden en de samenwerking een 'boost' kan geven.

Ingevolge artikel 32, eerste lid, van het EVRM strekt de rechtsmacht van het EHRM zich uit tot alle kwesties over de uitleg en de toepassing van het verdrag en de protocollen daarbij die aan het EHRM worden voorgelegd, zoals bepaald in de artikelen 33, 34 en 47. Het EHRM leidt hieruit af dat hij en niet de nationale rechter geroepen is tot uitleg van de bepalingen van het EVRM en de daarbij behorende protocollen. Hierbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat het EHRM zich dient te onthouden van een zuiniger uitleg van het EVRM dan werd voorgestaan door de nationale rechterlijke instantie. Dat zou voor die rechtzoekende immers tot gevolg hebben dat de gang naar Straatsburg hem rechten van de mens en fundamentele vrijheden ontneemt.[2] Artikel 53 van het EVRM verzet zich daartegen. In het arrest Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk[3] overwoog het:

---

1 Zie over het uitputten van nationale rechtsmiddelen als ontvankelijkheidsvereiste en de uitzonderingen die het EHRM hierop heeft aanvaard: Zwaak 2006-2, p. 125-161.

2 Ik laat hier verder onbesproken in hoeverre de Nederlandse rechter met toepassing van artikel 94 van de Grondwet wetgeving onverbindend kan achten of buiten toepassing kan laten die hij in strijd acht met een bepaling van het EVRM, zij het met een ruimere uitleg daarvan dan het EHRM voorstaat. Ofwel: het geval dat een Nederlandse rechter het EHRM in strijd met zijn nationale recht 'links wil inhalen'. Zie hierover: Barkhuysen & Van Emmerik 2012, p. 181-182.

3 EHRM 18 januari 1978 in zaak no 5310/71(Ierland/VK), paragraaf 154.

> 'The Court's judgements in fact not only serve to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties.'

Waar de taakopvatting van het EHRM in dit opzicht overeenkomt met die van het Hof van Justitie is het opvallend dat het EHRM, anders dan het Hof van Justitie, tot nu toe geen grond heeft gezien zijn interpretatieprimaat uitdrukkelijk en dogmatisch te (be)vestigen.[4] Gegeven het interpretatieprimaat dat het EVRM het EHRM toekent, verrast het niet dat het zich niet gebonden acht aan een uitleg van een verdrags- of protocolbepaling door de nationale rechter. Gelet op artikel 53 van het EVRM heb ik hier in het bijzonder het oog op een uitleg van de nationale rechter die leidt tot een lager beschermingsniveau dan het EHRM wenselijk acht. Op dit punt zal ik dan ook niet nader ingaan.

7.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algmeen verbindend voorschrift?

7.2.1 Inleidende opmerkingen

Anders dan de Europese Unie beschikt de Raad van Europa, waarbinnen het EVRM tot stand is gekomen, niet over een zelfstandige bevoegdheid tot het opstellen en uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften. Evenmin beschikt hij, anders dan de daartoe aangewezen instellingen van de Europese Unie, over enige bevoegdheid regels vast te stellen die weliswaar niet uit eigen hoofde verbindende kracht bezitten, zoals de richtlijnen in het unierecht, maar ten aanzien waarvan de Verdragsluitende Staten krachtens een verdrag verplicht zijn die in hun nationale recht over te nemen.

Dit laat onverlet dat de wens kan ontstaan om in aansluiting op, dan wel ter uitbreiding van het EVRM nadere regelgeving te ontwikkelen. In de praktijk is dat ook gebeurd, getuige onder meer de bij het EVRM behorende protocollen. Deze protocollen zijn in juridisch opzicht niets anders dan nieuwe verdragen. Zij binden de Verdragsluitende Staten dan ook niet van rechtswege, maar eerst nadat zij zich, door ondertekening en ratificatie, overeenkomstig het nationale recht, daaraan gebonden hebben verklaard. De gebondenheid berust, evenals bij andere verdragen of internationale overeenkomsten, op de eigen keuze van de desbetreffende staat. Anders dan bij het unierecht kan gebondenheid dan ook niet ontstaan door een meerderheidsbeslissing van de andere Verdragsluitende Staten, dan wel de enkele beslissing van een orgaan van de Raad van Europa. Het EVRM en de protocollen voorzien verder in mogelijkheden om, al dan niet binnen zekere gren-

4 Zie in dit verband ook: F. Vlemminx bij EHRM van 28 september 2004 (Sabou en Pircalab/Roemenië), *AB* 2005/231, en T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik bij EHRM van 29 april 2008 (Burden en Burden/VK), *AB* 2008/213.

zen, een voorbehoud te maken, waarbij een Verdragsluitende Staat de gebondenheid aan het verdrag of een protocol bijvoorbeeld in de tijd, naar de aard van de zaak of de plaats beperkt.

7.2.2 Geen vernietigingsberoep

Nu de Raad van Europa niet over regelgevende bevoegdheid beschikt, is er ook geen noodzaak om een regeling te treffen voor het antwoord op de vraag wie bevoegd is over de geldigheid van dergelijke regelgeving te oordelen: het EHRM of de nationale rechter. Logischerwijze voorziet het EVRM voor het EHRM niet in een vergelijkbare bevoegdheid, vergelijkbaar met die die in de artikelen 263 en 264 van het EU-Werkingsverdrag, in hun onderlinge samenhang gelezen, is toegekend aan het Hof van Justitie.

7.2.3 Verbindendheidstoets nationale rechter EVRM

Indien een rechtzoekende in een nationale procedure een beroep doet op één van de in het EVRM of de daarbij behorende protocollen neergelegde rechten, dan zal de rechter aan de hand van de nationale bepalingen die de gebondenheid aan en doorwerking van internationaalrechtelijke regelgeving regelen, moeten beoordelen of die bepaling in zijn nationale rechtsorde kan worden ingeroepen.[5]

Indien een staat overeenkomstig artikel 59 van het EVRM een akte van bekrachtiging heeft gedeponeerd bij de secretaris van de Raad van Europa en een nationale rechter nadien tot het oordeel komt dat het EVRM of een van de protocollen niet overeenkomstig de eisen die het nationale recht stelt, is geratificeerd, doet dat aan de volkenrechtelijke gebondenheid van de staat aan het EVRM of de daarbij behorende protocollen jegens andere Verdragsluitende Staten niet af. Tenzij het verdrag door de wetgever inmiddels (ook) is omgezet in nationale wetgeving, zal dit wel tot gevolg hebben dat de rechten die het verdrag toekent, dan wel beoogt te beschermen, naar nationaal recht in de desbetreffende Verdragsluitende Staat niet (zullen) kunnen worden geëffectueerd. Dat laat de internationale verplichtingen van de staat uiteraard onverlet.[6]

Een verbindendheidsoordeel van een nationale rechter bindt het EHRM naar zijn aard niet. Niet uitgesloten is derhalve, dat het EHRM tot het oordeel komt dat een Verdragsluitende Staat in volkenrechtelijke zin een verdragsschending heeft begaan, terwijl de hoogste nationale rechter eerder heeft geoordeeld dat het EVRM of de daarbij behorende protocollen in de nationale rechtsorde van die staat verbindende kracht missen. Bijvoorbeeld omdat het ratificatie- of goedkeuringsproces niet correct is verlopen, dan

5 Zie hierover bijvoorbeeld: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 12-15, en Schokkenbroek, p. 246-292.

6 Vergelijk: Uzman, p. 240-242.

wel omdat een voorbehoud van toepassing is.[7] Aangezien alle oude staten van de Raad van Europa het EVRM hebben geratificeerd én, zo nodig, in de nationale rechtsorde hebben geïncorporeerd, en ratificatie en goedkeuring een vereiste is om tot de Raad van Europa te kunnen toetreden, zal dit probleem zich heden ten dage voornamelijk voordoen bij tot de bij het EVRM behorende protocollen, dan wel eventuele gemaakte voorbehouden.

7.2.4 Verbindendheidstoets EHRM

7.2.4.1 EVRM van toepassing?

Het kan voorkomen dat een rechtzoekende zich, na een voor hem negatief oordeel van de nationale rechter over de gelding van het EVRM in de nationale rechtsorde, tot het EHRM wendt met het betoog dat de desbetreffende staat het EVRM heeft geschonden. In dat geval moet het EHRM naar aanleiding van een preliminair verweer van de desbetreffende staat, dan wel ambtshalve in het kader van de beoordeling van zijn bevoegdheid van het beroep kennis te nemen, beoordelen of de desbetreffende staat zich volkenrechtelijk gebonden heeft aan het EVRM.[8] Mocht de nationale rechter hebben geoordeeld dat het EVRM als zodanig binnen zijn rechtsorde verbindende kracht mist, omdat het niet op juiste wijze geratificeerd of goedgekeurd is, dan ontkent hij daarmee immers evenzeer de betekenis van een arrest van het EHRM binnen zijn nationale rechtsorde. Dit kan zich ook voordoen indien de gelding van een protocol aan de orde is, dat de bevoegdheid van het EHRM uitbreidt, dan wel waarbij het EHRM nieuwe bevoegdheden worden toegekend. Stel bijvoorbeeld dat op enig moment een protocol tot stand komt dat het EHRM de bevoegdheid toekent een uitspraak van een nationale rechter te vernietigen.

Indien het EHRM tot de slotsom komt dat de desbetreffende staat volkenrechtelijk gebonden is aan het EVRM en de daarbij behorende protocollen, dan geldt het spiegelbeeld van hetgeen ik hiervoor opmerkte. Met het arrest van het EHRM staat weliswaar vast dat die staat zijn internationaalrechtelijke verplichtingen heeft geschonden, maar daarmee is niet gezegd dat een rechtzoekende ook binnen de nationale rechtsorde een beroep op de desbetreffende bepalingen kan doen. Uiteraard is dit een onbevredigende uitkomst. Daarvoor zal echter in de Verdragsluitende Staat, dan wel in de Raad van Europa een (politieke) oplossing moeten worden gevonden.

7.2.4.2 Geldigheid gemaakt – temporeel – voorbehoud

Deze situatie moet mijns inziens worden onderscheiden van het geval dat weliswaar vaststaat dat het EVRM en de daarbij behorende protocollen naar

7 Zie voor een beschrijving van de geldigheid van gemaakte voorbehouden en de uitleg van voorbehouden: Van der Velde, p. 287-367.

8 Zie hierover ook: Van der Velde, p. 43-50.

nationaal recht rechtsgeldig zijn geratificeerd, goedgekeurd en – indien noodzakelijk – geïncorporeerd in het nationale recht, maar waarin bijvoorbeeld de vraag rijst of de desbetreffende verdragsrechten van toepassing zijn op oude schendingen (*de temporele werking van het EVRM*). Dit betreft derhalve niet de geldigheid van het EVRM in abstracto, maar de vraag of in een concreet geval wel sprake is van een schending van één van de daarin vervatte rechten, nu het gedragingen betreffen die zijn verricht vóór de totstandkoming van het EVRM. Het EHRM is ingevolge artikel 32, eerste lid, van het EVRM in laatste instantie exclusief bevoegd tot vaststelling daarvan.

Deze vraag is duidelijk te beantwoorden bij gedragingen die zich geheel hebben voorgedaan vóór de inwerkingtreding en de schending van een EVRM-recht die het gevolg is van deze gedraging ook voor die datum is vervolmaakt. In het arrest Blečić tegen Kroatië overweegt het EHRM onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie dat:

> 'in accordance with general rules of international law […] the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any fact which took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of the Convention with respect to that Party.'[9]

Dit oordeel van het EHRM lijkt mij zonder meer bindend voor nationale rechterlijke instanties. Dit laat uiteraard onverlet dat zij bevoegd zijn de in het EVRM vervatte rechten en waarborgen desalniettemin van toepassing te achten, indien het nationale (proces)recht daarvoor een grondslag biedt.

Lastiger is het bij gedragingen die weliswaar vóór inwerkingtreding van het EVRM een aanvang hebben genomen, maar nog steeds voortduren of ten aanzien waarvan geen rechtsherstel is geboden, dan wel bij gedragingen die zich vóór inwerkingtreding hebben voorgedaan, maar ook daarna nog een zelfstandige verdragsschending opleveren. Bij deze categorie zaken is de kans immers het grootst dat tussen de nationale rechterlijke instanties en het EHRM een verschil van inzicht ontstaat over de toepasselijkheid van het EVRM, waardoor de bevoegdheidsvraag manifest wordt.

Uit het arrest Blečić blijkt dat de enkele omstandigheid dat een gestelde schending, die zich heeft voorgedaan vóór inwerkingtreding van het EVRM, daarna aan de bevoegde nationale rechterlijke instantie wordt of kan worden voorgelegd, er niet toe kan leiden dat de gedraging daarmee binnen de werkingssfeer van het EVRM valt en het EHRM daarmee bevoegd zou zijn daarover een oordeel te geven.[10] Een nationaal rechterlijk oordeel dat tot gevolg heeft dat een in het verleden voltooide schending niet hoeft te worden geredresseerd, levert als zodanig ook geen nieuwe schending op. Dit is echter anders, indien de gedraging waarover wordt geklaagd weliswaar vóór inwerkingtreding van het EVRM een aanvang heeft genomen, maar

9 Zie: EHRM 8 maart 2006 (Blečić/Kroatië), *EHRC* 2006/49, m.nt. J. van der Velde.

10 Zie ook: EHRM 16 april 2012 (Janowiec e.a./Rusland), *EHCR* 2012/142, m.nt. A.C. Buyse, en EHRM 12 juni 2012 in zaak nr. 22999/06 (Poghosyan en Baghdasaryan/Armenië).

nadien nog steeds voortduurt. Deze benadering kan er toe leiden dat het EVRM van toepassing is op feitelijke gedragingen die, toen zij een aanvang namen, niet door het EVRM werden bestreken.

Evenzeer kan zich de omstandigheid voordoen dat weliswaar vaststaat dat de desbetreffende lidstaat het EVRM, dan wel de daarbij behorende protocollen overeenkomstig het nationale recht heeft geratificeerd en de gedraging waarover wordt geklaagd zich ook na de inwerkingtreding van het EVRM heeft voorgedaan, maar de Verdragsluitende Staat één of meer voorbehouden (*ratione temporis*, *materiae* of *personae*) heeft gemaakt.

In dat geval kan een geschil ontstaan over de geldigheid, dan wel de omvang van de gemaakte voorbehouden. In wezen komt dit neer op de vraag naar de verbindendheid daarvan in een bepaalde Verdragsluitende Staat. Aangezien het EVRM of het desbetreffende protocol de mogelijkheid heeft geopend een voorbehoud te maken, moet de vraag naar de geldigheid of omvang van dat voorbehoud ook in dat kader worden beantwoord. In de praktijk zal dit betekenen dat het EHRM ook over deze vragen zal hebben te oordelen in het kader van zijn bevoegdheid van de klacht kennis te nemen. Ingevolge artikel 32, tweede lid, van het EVRM beslist immers het EHRM, indien een meningsverschil bestaat over zijn bevoegdheid.[11] Dit kan – uit het oogpunt van de lidstaat die de bevoegdheid van het EHRM bestrijdt – verstrekkende en wellicht ook verrassende consequenties hebben. Een voorbeeld hiervan is het arrest in de zaak Loizidou tegen Turkije.[12]

De zaak Loizidou heeft betrekking op de positie van Grieks-Cyprioten op het Turkse deel van Cyprus, in het bijzonder de eigendomsrechten (in de ruimste zin van het woord) van Grieks-Cyprioten betreffende op dat deel van Cyprus gelegen onroerende zaken. Loizidou stelde eigenaar te zijn van een aantal op het noordelijke (Turkse) deel gelegen grondstukken en door de Turkse strijdkrachten te worden gehinderd haar eigendomsrechten uit te oefenen. Zij wendde zich uiteindelijk tot het EHRM, dat zich allereerst voor de vraag gesteld zag of het bevoegd is van de klacht kennis te nemen, aangezien Turkije op grond van de artikelen 25 en 46 (oud) van het EVRM de rechtsmacht van het EHRM slechts had erkend, voor zover het *'the national territory of the Republic of Turkey'* betreft.[13] De Turkse regering had voor het EHRM betoogd dat, indien het voorbehoud niet integraal als rechtsgeldig zou worden beschouwd, ook de erkenning van de rechtsmacht van het EHRM, waarbij het voorbehoud was gemaakt, daarmee *null and void* is. Als

11 Zie over de bevoegdheid van het EHRM tot toetsing van de geldigheid van een gemaakt voorbehoud: Van der Velde, p. 311-316.

12 EHRM 23 maart 1995 in zaak nr. 15318/89 (Loizidou/Turkije). Zie voor een beschrijving van de zaak Loizidou en de procedure die tot het arrest heeft geleid: Van der Velde, p. 249-273.

13 Op Cyprus is door Turkije de Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) gesticht, die alleen door Turkije als soevereine staat is erkend. Het gevolg daarvan is dat Noord-Cyprus – ook in de optiek van Turkije – geen onderdeel vormt van het grondgebied van Turkije.

gevolg daarvan zou het EHRM niet bevoegd zijn van de klacht kennis te nemen.

Het EHRM volgde de Turkse regering daarin niet en was van oordeel dat de omstandigheid dat het gemaakte voorbehoud ongeldig was niet tot gevolg had dat ook de erkenning van de rechtsmacht van het EHRM door Turkije, waarvan het voorbehoud deel uitmaakte, als geheel *null and void* was. Als gevolg daarvan achtte het zich bevoegd kennis te nemen van de klacht van Loizidou, nam uiteindelijk een schending aan van artikel 1 van het Eerste Protocol[14] en kende later krachtens artikel 50 (oud) van het EVRM een genoegdoening toe.[15] Dat Turkije de uitvoering van dit arrest vervolgens niet al te voortvarend ter hand heeft genomen wekt, gegeven het primaire standpunt van de Turkse regering dat het EHRM geen rechtsmacht toekwam, geen verwondering.[16]

Daarmee is dit arrest ook een voorbeeld van de relatieve betekenis van een arrest van het EHRM bij minder loyale staten van de Raad van Europa.[17] Relatief, in het geval een veroordeelde staat niet bereid is daaraan uit eigen beweging uitvoering te geven en bij het Comité van Ministers de politieke wil ontbreekt naleving daadwerkelijk af te dwingen.[18] Niettegenstaande dat arresten van het EHRM in het overgrote deel van de gevallen door de veroordeelde staten worden uitgevoerd, is het pijnlijk te moeten constateren dat het EHRM zelf niet het instrumentarium heeft gekregen waarover een nationale rechterlijke instantie moet beschikken om te voldoen aan de minimumeisen die artikel 6 van het EVRM stelt.[19]

7.2.5 Karakter verbindendheidsoordeel

Zoals ik in hoofdstuk 2 opmerkte, zijn arresten van het EHRM declaratoir van aard. Zij tasten derhalve de geldigheid van een (bestuurlijke) handeling, regeling, overeenkomst of rechterlijke uitspraak die het EHRM in strijd acht met het EVRM of één van de daarbij behorende protocollen, niet aan.

---

14 EHRM 18 december 1996 in zaak nr.15318/89 (Loizidou/Turkije).

15 EHRM 28 juli 1998 in zaak nr. 40/1993/435/514 (Loizidou/Turkije).

16 Zie in dit verband ook: Lawson, p. 89.

17 Zie voor enkele andere voorbeelden: Den Heijer & Lawson, p. 806. Zie ook: Gerards 2013, p. 73-77.

18 Zie voor een beschrijving van de in het EVRM voorziene handhavingsmogelijkheden: Zwaak 1999, p. 75-88. Barkhuysen merkt in dit verband in zijn preadvies voor de VAR op dat: 'In ernstige conflictsituaties waarmee het Hof ook is geconfronteerd (Noord-Ierland, Cyprus en Turkije), […] de invloed van het EVRM beperkt [lijkt, OvL]. Opvallend is dat de invloed van het EVRM tot nu toe vooral groot is geweest ten aanzien van goed functionerende rechtstaten: met behulp van het EVRM is het recht van deze landen ontdaan van fouten en foutjes' (Barkhuysen 2004, p. 31). Zie voor een overzicht van de naleving van arresten van het EHRM in Nederland, Noorwegen, Rusland, België, Spanje en Oostenrijk: Barkhuysen, Van Emmerik & Van Kempen.

19 Vgl. EHRM 19 maart 1997 (Hornsby/Griekenland), *NJ* 1998/434. Zie ook: Lawson, p. 91, en Lambert-Abdelgawad, p. 5.

Dit geldt evenzeer, indien het EHRM heeft geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling in strijd is met het EVRM. In dit licht bezien, is de vaste jurisprudentie dat een particulier zich niet tot het EHRM kan wenden met het verzoek in abstracto vast te stellen of een nationale regeling al dan niet in overeenstemming is met het EVRM, goed te begrijpen.[20] Indien een particulier zich tot het EHRM wendt met de stelling dat een nationale wettelijke regeling in strijd is met het EVRM zal het EHRM, mede gelet op artikel 34 van het EVRM, beoordelen of de particulier slachtoffer is, als in die bepaling bedoeld. Doorgaans zal dat het geval zijn, indien ten aanzien van hem toepassing is gegeven aan een nationale bepaling die in zijn optiek in strijd is met het EVRM (*concreet slachtofferschap*), maar onder omstandigheden is het evenzeer mogelijk dat het enkele bestaan van een nationale regeling die op een particulier kan worden toegepast al in strijd is met het EVRM (*abstract slachtofferschap*).[21]

Het arrest Marckx is hier een voorbeeld van. Het betreft de vraag of de wettelijke regeling in België die een onderscheid maakte tussen kinderen die binnen en die buiten de echt waren geboren al dan niet in strijd is met het EVRM.[22] Het EHRM overwoog:

> '58. The Government also state that they appreciate that an increase in the illegitimate child's inheritance rights is considered indispensable; however, in their view, reform should be effected by legislation and without retrospective effect. Their argument runs as follows: if the Court were to find certain rules of Belgian law to be incompatible with the Convention, this would mean that these rules had been contrary to the Convention since its entry into force in respect of Belgium (14 June 1955); the only way to escape such a conclusion would be to accept that the Convention's requirements had increased in the intervening period and to indicate the exact date of the change; failing this, the result of the judgment would be to render many subsequent distributions of estates irregular and open to challenge before the courts, since the limitation period on the two actions available under Belgian law in this connection is thirty years.
>
> The Court is not required to undertake an examination in abstracto of the legislative provisions complained of: it is enquiring whether or not their application to Paula and Alexandra Marckx complies with the Convention […]. Admittedly, it is inevitable that the Court's decision will have effects extending beyond the confines of this particular case, especially since the violations found stem directly from the contested provisions and not from individual measures of implementation, but the decision cannot of itself annul or repeal these provisions: the Court's judgment is essentially declaratory and leaves to the State the choice of the means to be utilised in its domestic legal system for performance of its obligation under Article 53.'

Het oordeel van het EHRM was dat, voor zover in de Belgische wetgeving een onderscheid werd gemaakt tussen kinderen die binnen en die buiten de echt zijn geboren, dit onderscheid in strijd is met verschillende bepalingen

20 Zie ook: Wallace.

21 Zie bijvoorbeeld: EHRM 26 oktober 1988 in zaak nr. 10581/83 (Norris/Ierland) en EHRM 22 april 1993 in zaak nr. 15070/89 (Modinos/Cyprus).

22 EHRM 13 juni 1979 (Marckx/België), *NJ* 1980/462, m.nt. E.A. Alkema.

van het EVRM. Dat het arrest van het EHRM niettemin geen directe gevolgen had voor de aan de orde zijnde wetgeving, blijkt uit het feit dat het twaalf jaar later (!) in de zaak Vermeire tegen België nogmaals om een oordeel werd gevraagd of het bestaan van deze wetgeving in strijd is met het EVRM.[23] In dit arrest overwoog het Hof:

> '25. The Marckx judgment held that the total lack of inheritance rights on intestacy, based only on the "illegitimate" nature of the affiliation, was discriminatory […] This finding related to facts which were so close to those of the instant case that it applies equally to the succession in issue, which took place after its delivery. It cannot be seen what could have prevented the Brussels Court of Appeal and the Court of Cassation from complying with the findings of the Marckx judgment, as the Court of First Instance had done. There was nothing imprecise or incomplete about the rule which prohibited discrimination against Astrid Vermeire compared with her cousins Francine and Michel, on the grounds of the "illegitimate" nature of the kinship between her and the deceased.'

Dat het EHRM van de Verdragsluitende Staten, inclusief de nationale rechter, een pro-actieve houding verwacht bij het beëindigen van een verdragsschending die het gevolg is van een nationale wettelijke regeling, blijkt ook uit het ontstaan van de zogenoemde *pilot-judgement*procedure.[24] Geïnspireerd of wellicht zelfs gedwongen door een steeds oplopende zaakvoorraad is het EHRM ertoe overgegaan zich in meer algemene zin uit te laten over de redenen waarom het een verdragsschending aanneemt en ook over de wijze waarop de lidstaten aan die schending een eind kunnen of moeten maken.

De *pilot-judgement*procedure vindt toepassing in die gevallen waarin bij het EHRM een aanmerkelijk aantal soortgelijke zaken aanhangig is en dus de gedachte gerechtvaardigd is dat de desbetreffende staat '*systematic malfunctioning of domestic legislation or administrative practice*' ofwel: *systemic faults* kent.[25] Indien het EHRM tot het oordeel komt dat de verdragsschending inderdaad het gevolg is van *systemic faults*, dan geeft het in de *pilot judgement* ook aan op welke wijze die kunnen worden opgelost. Dit kan ertoe leiden dat het EHRM gedetailleerd voorstelt op welke wijze het nationale recht moet worden aangepast om in de toekomst verdragsschendingen te voorkomen. Anders dan bijvoorbeeld bij de hiervoor genoemde arresten Marckx en Vermeire volstaat het EHRM dan niet met het opnemen daarvan in de overwegingen, maar neemt het de voorgestane oplossing eveneens op in het dictum van het arrest.

Inherent aan een *pilot judgement* is dat het EHRM, meer nog dan bij gewone arresten die betrekking hebben op de verdragsconformiteit van wetgeving van de lidstaten, verwacht dat zij daaraan ook in andere zaken uit-

---

23 EHRM 29 november 1991 in zaak nr. 12849/87 (Vermeire/België). Zie over de arresten Marckx en Vermeire uitgebreid: Schokkenbroek, p. 287-290.

24 De *pilot-judgement*procedure is gecodificeerd in Rule 61 van de Rules of Court. Zie over de *pilot-judgement*procedure ook: de Factsheet Pilot Judgements (www.echr.coe.int).

25 Zie hierover en andere middelen dan de *pilot-judgement*-procedures in geval van systematische mensenrechtenschendingen: Leach, Hardman, Stephenson & Blitz.

voering geven. De reactie van het EHRM indien dat niet gebeurt, lijkt – mede in het licht van het arrest Vermeire – voorspelbaar: een nieuwe veroordeling wegens een verdragsschending ligt bij wijze van spreken gereed. Een verdragsrechtelijke basis op grond waarvan een *pilot judgment* een verdergaande betekenis heeft dan een gewoon arrest ontbreekt echter. Het EHRM heeft de Verdragsluitende Staten weliswaar uitdrukkelijk verzocht daarin te voorzien, maar daarvan is het om politieke redenen niet gekomen.[26] Het ontstaan van de figuur van de *pilot judgements* doet er dan ook niet aan af dat de nationale rechter in een zaak formeel niet aan een eerder arrest van het EHRM in een andere zaak is gebonden.

Zoals ik opmerkte in hoofdstuk 2 leert de Nederlandse rechtspraktijk dat een arrest, waarbij het EHRM een nationale regeling in strijd met het EVRM (of één van de daarbij behorende protocollen) heeft geacht formeel niet tot gevolg heeft dat die regeling voortaan verbindende kracht mist. Vooruitlopend op een wetswijziging pleegt de nationale rechter echter doorwerking van het arrest van het EHRM te waarborgen, bijvoorbeeld door verdragsconforme uitleg van het nationale recht, het vinden van een praktische oplossing om in het concrete geval wat het resultaat betreft recht te doen aan het arrest of in het uiterste geval het onderbindend achten van de nationale regeling.[27]

7.2.6 Tussenconclusies

In deze paragraaf ging ik in op de vraag of tussen het EHRM en de Nederlandse bestuursrechter over en weer binding bestaat aan eerdere oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften.

Met het neerleggen van een akte van bekrachtiging bij de secretaris van de Raad van Europa heeft de desbetreffende staat zich volkenrechtelijk gebonden. Een oordeel van de nationale rechter dat het EVRM of één van de daarbij behorende protocollen in zijn lidstaat verbindende kracht mist, omdat het niet overeenkomstig de daarvoor geldende bepalingen is goedgekeurd, bindt het EHRM niet. Gevolg van een dergelijk verbindendheidsoordeel is echter wel dat de verdragsrechten én arresten van het EHRM in de desbetreffende staat niet geëffectueerd zullen kunnen worden. Het ligt dan ook in de lijn der verwachting dat het EHRM een van de nationale rechter afwijkend oordeel zal proberen te vermijden. Dat het arrest van het EHRM in een dergelijk geval niet in de desbetreffende staat niet geëffectueerd kan worden, laat overigens de volkenrechtelijke aansprakelijkheid van die staat tegenover de andere Verdragsluitende Staten onverlet.

Hiervan moet worden onderscheiden het geval waarin het EVRM en de daarbij behorende protocollen weliswaar overeenkomstig het nationale

26 Zie over het ontstaan van de *pilot judgements*: Fyrnys, p. 1237-1238, en Buyse. Zie ook: Lemmens, p. 24-50 en 50-59.

27 Zie over de mogelijkheden en beperkingen hiervan nader: Uzman, hoofdstuk 3.

recht zijn goedgekeurd, maar waarin de vraag rijst naar de geldigheid van een gemaakt – temporeel – voorbehoud. Dit betreft in de kern de beoordeling of sprake is van een verdragsschending, waarvoor het EHRM in laatste instantie exclusief bevoegd is. De zaak Loizidou laat zien dat ook hier geldt dat gelijk hebben bij bepaalde lidstaten van de Raad van Europa iets anders is dan gelijk krijgen.

Het EHRM acht zich niet bevoegd zich *in abstracto* uit te laten over de verbindendheid van nationale algemeen verbindende voorschriften. Dat laat onverlet dat het zich wel kan uitspreken of toepassing van een algemeen verbindend voorschrift in een concreet geval leidt tot strijd met het EVRM. Deze beoordeling kan aanleiding geven tot het oordeel dat een met het EVRM in overeenstemming zijnde toepassing van de nationale bepaling niet mogelijk is, en heeft daarmee veel weg van de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften, zoals de Nederlandse bestuursrechter die pleegt te verrichten. In dat geval gaat het EHRM ervan uit dat de desbetreffende staat tot aanpassing van de regeling overgaat.

Indien een staat *systemic faults* kent, hetgeen bijvoorbeeld kan blijken uit het aanhangig zijn van een groot aantal vergelijkbare zaken bij het EHRM, dan kunnen zogenoemde *pilot judgements* uitkomst bieden. In een dergelijk arrest constateert het EHRM niet alleen dat in een lidstaat een *systematic malfunctioning of domestic legislation* bestaat die leidt tot een verdragsschending, maar geeft het tevens concreet aan op welke wijze de staat zijn nationale recht moet aanpassen om toekomstige veroordelingen te voorkomen. Inherent aan deze *pilot judgements* is dat het EHRM, meer nog dan bij gewone arresten, van de Verdragsluitende Staten verwacht dat zij daaraan in algemene zin uitvoering geven. Een uitdrukkelijke verdragsbasis ontbreekt daarvoor echter.

In elk geval de Nederlandse bestuursrechterlijke instanties plegen in een dergelijk geval vooruitlopend op een wetswijziging de doorwerking van het arrest te waarborgen, in het uiterste geval door het onverbindend achten van de nationale regeling.

7.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?

7.3.1 Geen samenwerking

In de vorige paragraaf kwam al aan de orde dat het EHRM, anders dan het Hof van Justitie, niet uitdrukkelijk vooropstelt dat tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof een op samenwerking gerichte relatie bestaat. Het EHRM benadrukt wel steeds meer het subsidiaire karakter van de beschermingsmechanismen van het EVRM en dat het derhalve primair aan de Verdragsluitende Staten is om de effectieve bescherming van de EVRM-rechten te waarborgen. Zoals Harris, O'Boyle, Bates en Warbrick terecht opmerken:

> 'International human rights guarantees are most valuable when they are enforceable in national law. Even in case of as successful an international guarantee as the European Convention on Human Rights, a remedy in a national court will generally be more convenient and efficient than recourse to an international procedure.'[28]

Indachtig dat een glas naast half leeg ook steeds als half vol kan worden beschouwd, zou daarin ook een streven naar meer daadwerkelijke samenwerking met de (hoogste) nationale rechterlijke instanties kunnen worden gezien. Erg overtuigend vind ik dit streven echter nog niet.

Uitgaande van de gegeven uitleg moet het EHRM zelf beoordelen of in een concreet geval de Verdragsluitende Staat een verdragsschending heeft begaan. De staat betreft alle nationale organen, dus ook de nationale rechterlijke instanties. Of zich een schending heeft voorgedaan, beoordeelt het EHRM aan de hand van het in de nationale procedures behaalde eindresultaat. Een eerder oordeel van een nationale rechterlijke instantie, gebaseerd op een al dan niet juiste uitleg van het EVRM, is daarbij zonder betekenis. Dat biedt nationale rechterlijke instanties de mogelijkheid te duiken voor verantwoordelijkheid bij een eventuele veroordeling door het EHRM. Het EHRM heeft primair een toezichtstaak, bij het vervullen waarvan het voor een daadwerkelijke samenwerkingsrelatie met de nationale rechterlijke instanties, zoals het Hof van Justitie die wel voorstaat, geen ruimte lijkt te zien.

De verklaring voor het verschil in benadering ligt voor de hand: waar het Hof van Justitie in het kader van de nationale procedure om uitleg van het unierecht wordt gevraagd, de verwijzende rechter vervolgens met de aldus gegeven uitleg aan de slag moet en het Hof van Justitie voor effectuering van de gegeven uitleg derhalve afhankelijk is van medewerking van de nationale rechterlijke instanties, kan het EHRM aan de door hem voorgestane uitleg van het EVRM direct gevolgen verbinden voor de zaak waarin de interpretatievraag rijst. Samen- of medewerking van de nationale rechterlijke instanties is daarvoor niet vereist.

Dat laat onverlet dat het EHRM, reeds om praktische redenen, niet in staat is alleen daadwerkelijke bescherming en effectuering van de EVRM-rechten in alle staten van de Raad van Europa te verzekeren. De werkvoorraad die in de loop der jaren bij het EHRM is ontstaan en de daarbij behorende doorlooptijden bevestigen dit. Het zwaartepunt van de bescherming en effectuering van die rechten ligt dan ook, evenals bij het unierecht, bij de nationale rechterlijke instanties, althans zou daar moeten liggen. Dit volgt ook uit de omstandigheid dat het EVRM uitputting van nationale rechtsmiddelen als ontvankelijkheidsvereiste stelt voor een klacht bij het EHRM. De nationale rechterlijke instanties kunnen deze verantwoordelijkheid echter alleen waarmaken als er een zekere vorm van samenwerking met het EHRM is. Ook als die samenwerking ietwat eenzijdig is en vooral bestaat uit loyale uitvoering van de EHRM-jurisprudentie door de nationale rechters

28 Harris, O'Boyle & Warbrick, p. 26.

en het te hulp schieten door het EHRM van nationale rechters, indien de jurisprudentie van het EHRM in de praktijk tot onduidelijkheid aanleiding heeft gegeven.[29] Ik heb hier niet het oog op samenwerking middels al dan niet geformaliseerde contacten tussen het EHRM en nationale rechters en rechterlijke instanties. Op dat gebied is inmiddels veel bereikt en het belang van dergelijke contacten kan niet worden overschat om over en weer begrip voor elkaars positie te krijgen. Met samenwerking doel ik op de dialoog tussen het EHRM en de nationale rechterlijke instanties via arresten en uitspraken.

Op het risico af meer op een *vierde instantie* te gaan lijken, zou het EHRM kunnen overwegen deze samenwerking te intensiveren en meer dan thans het geval is te motiveren waarom de rechtsbescherming die de nationale rechter heeft geboden niet voldoende was en niet te volstaan met de beoordeling of het handelen of nalaten van de staat een verdragsschending oplevert. De effectieve handhaving van de verdragsrechten binnen de gehele Raad van Europa is gebaat bij een dialoog tussen het EHRM en de nationale rechterlijke instanties van de verschillende staten, uiteraard met inachtneming van ieders verantwoordelijkheden.

De inwerkingtreding van het 16e Protocol zou een bijdrage kunnen leveren aan de samenwerking tussen het EHRM en de hoogste nationale rechterlijke instanties. Dit protocol voorziet in de mogelijkheid aan het EHRM een *advisory opinion* te vragen over de uitleg van de in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden. Blijkens het *explanatory report* is deze bevoegdheid uitdrukkelijk bedoeld om de dialoog tussen het EHRM en nationale rechters te bevorderen en de constitutionele rol van het EHRM te versterken.[30]

Een gelijkenis met de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie kan niet worden ontkend. Niet alleen wat betreft het te bereiken resultaat: de prejudiciële procedure in het unierecht heeft in belangrijke mate bijgedragen aan de sfeer van samenwerking tussen het Hof van Justitie en de nationale rechterlijke instanties. Het 16e Protocol voorziet evenals de prejudiciële procedure in participatie van – onder meer – de nationale procespartijen en de lidstaten bij de procedure. Evenmin echter als de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie voorziet het 16e Protocol in enige betrokkenheid van de nationale rechterlijke instantie die om de *advisory opinion* heeft verzocht. Mijns inziens een gemiste kans. Het EHRM zou de verwijzende instantie op zijn minst in de gelegenheid moet stellen te reageren op hetgeen tijdens de *advisory opinion*-procedure naar voren wordt gebracht. Nu de *advisory-opinion*procedure nog in oprichting is, verdient het aanbeveling te bezien of het toevoegen van – bijvoorbeeld – de president of voorzitter van de verwijzende nationale rechtelijke instantie als *ad-hoc*rechter aan het EHRM geen optie is.

---

29 Zie: Martens, p. 759-760, die echter een inhoudelijker samenwerkingsrelatie meent te ontwaren.

30 De tekst van het 16e Protocol, het explanatory report en de reactie van het EHRM zijn te raadplegen via: www.echr.coe.int.

De Poorter stelt – overigens los van het 16e Protocol – voor om een aantal rechters uit de hoogste nationale rechterlijke instanties te benoemen tot raadsheerplaats-vervanger in het EHRM. Deels om een bijdrage te leveren aan het wegwerken van de zaakvoorraad, maar ook om een positieve bijdrage te leveren aan de dialoog tussen het EHRM en de hoogste nationale rechterlijke instanties.[31]

Tussen de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie en de *advisory-opinion*procedure bij het EHRM bestaat echter één wezenlijk verschil. Het protocol bepaalt uitdrukkelijk dat de opinie van het EHRM niet bindend is. Het is aan de verwijzende nationale rechterlijke instantie te bepalen of en, zo ja, op welke wijze hij betekenis hecht aan de *advisory opinion*.

7.3.2 Betekenis uitleg EHRM

7.3.2.1 *Living instrument*: uitbreiding scope EVRM

Uit de omstandigheid dat het EHRM, zoals gezegd, tot nu toe geen aanleiding heeft gezien zijn primaat dogmatisch te (be)vestigen, mag niet worden afgeleid dat het van oordeel is dat het zijn, rechtstreeks aan het EVRM ontleende interpretatieprimaat, op voet van gelijkwaardigheid met de nationale rechterlijke instanties wil delen. De basis daarvoor vindt het EHRM, anders dan het Hof van Justitie in unierechtelijk verband, evenwel niet in de aanname dat de Verdragsluitende Staten met het sluiten van het EVRM een eigen rechtsorde in het leven hebben geroepen, daarvoor definitief een deel van hun soevereiniteit hebben afgestaan en het EHRM hebben ingesteld ter bewaking van die rechtsorde. Het blijft bij de basis en baseert dit primaat op artikel 32, eerste lid, van het EVRM, zij het met de toevoeging dat het EVRM een *living instrument* is, waardoor de bescherming die dit verdrag beoogt te bieden (of volgens het EHRM zou moeten bieden) zich met het verstrijken van de tijd aanpast aan gewijzigde inzichten en beschermingsbehoeften.[32]

Dit betekent echter niet dat een aldus gegeven uitleg als nieuw recht moet of zou kunnen worden beschouwd; het vaststellen daarvan is immers aan de wetgever (voor het EVRM: de Hoge Verdragsluitende Staten) en niet aan de niet democratisch gelegitimeerde rechter. De uitleg wordt geacht met terugwerkende kracht vanaf de totstandkoming van het EVRM of het desbetreffende protocol besloten te hebben gelegen in de verdragstekst; er was

31 De Poorter 2013, p. 210-213. Hij gaat ook in op de vraag of het EVRM zou moeten voorzien in een volwaardige prejudiciële procedure

32 Zie onder andere: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 34-36, en Gerards 2013, p. 77-83. Zie ook: Senden, p. 267-288. De tegenhanger van de *living-instrument*benadering is het *originalisme*, waarbij grote en soms zelfs doorslaggevende betekenis toekomt aan de betekenis die een bepaling had ten tijde van de totstandkoming ervan, dan wel waarop de regelgever het oog had bij de vaststelling ervan. Zie hierover nader: Al Khatib.

eerder alleen geen reden dat te expliciteren, dan wel het EHRM had nog niet ontdekt dat deze uitleg ook mogelijk of wenselijk was.[33]

Met gebruikmaking van deze benaderingswijze, die in wezen niet verschilt van de wijze waarop het Hof van Justitie of Nederlandse rechters met interpretatievragen omgaan, heeft het EHRM in het arrest van 30 juli 1998 geoordeeld dat de Spaanse autoriteiten vijf jaar voordat het EHRM deze vereisten expliciteerde op de hoogte hadden kunnen zijn van de vereisten die artikel 8 van het EVRM stelt aan wettelijke regelingen die het afluisteren van telefoongesprekken mogelijk maken. Het EHRM overwoog in het arrest Valenzuela Contreras tegen Spanje dat:[34]

> 'the Court cannot accept the Government's argument that the judge who ordered the monitoring of the applicant's telephone conversations could not have been expected to know the conditions laid down in the Kruslin and Huvig judgements five years before those judgements were delivered in 1990. It reiterates that the conditions referred to in the judgement cited by the Government concerning the quality of the law stem from the Convention itself.'

Dit laat overigens onverlet dat het EHRM wel oog heeft voor problemen die het gevolg kunnen zijn van het aannemen van terugwerkende kracht. Onder omstandigheden overweegt het EHRM ook uitdrukkelijk dat een uitleg alleen voor de toekomst gelding heeft. Een belangrijke factor lijkt daarbij te zijn of een nieuwe uitleg het gevolg is van veranderde maatschappelijke of juridische opvattingen, dan wel geacht moet worden reeds bij de totstandkoming van het EVRM door de Verdragsluitende Partijen in aanmerking te zijn genomen.[35]

De mogelijkheden een uitleg te laten delen in het rechtskarakter van de geïnterpreteerde bepaling zijn overigens niet eindeloos en vinden hun natuurlijke begrenzing in elk geval in de tekst van de EVRM-bepalingen zelf. Zoals het EHRM overwoog in het arrest Johnston e.a. tegen Ierland:[36]

> 'It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions (see, amongst several authorities, the above-mentioned Marckx judgment, [...] However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate.'

---

33 Ik laat – evenals het EHRM in zijn arresten – daar of dit proces verloopt via de zogenoemde *incorporatie*- of via de *kenbrontheorie*. Het maken van een onderscheid tussen deze theorieën is vooral van belang voor het antwoord op de vraag of een rechtsvindende uitleg door het EHRM *erga-omnes*werking heeft of kan hebben. Zie hierover nader: Van Kempen, p. 45-46, en Van der Velde, p. 74-79. Zie over de methoden van rechtsvinding door het EHRM nader: Gerards 2006.

34 EHRM 30 juli 1998 in zaak no. 58/1997/842/1048 (Valenzuela Contreras/Spanje), paragraaf 60.

35 Zie over de problematiek van terugwerkende kracht van arresten van het EHRM uitgebreid: Gerards 2011-2, p. 36-39, en de daar genoemde jurisprudentie, en Van Kempen, p. 51-61.

36 EHRM 18 december 1986 (Johnston e.a./Ierland), *NJ* 1989/97, m.nt. E.A. Alkema, paragraaf 53.

7.3.2.2 *Living instrument*: begrenzing

Uitleg van EVRM-bepaling door het EHRM kan er in beginsel niet toe leiden dat nieuwe rechten worden gecreëerd. In beginsel, omdat het karakter van het EVRM als een *living instrument* met zich brengt dat een bestaand recht een dimensie krijgt die bij de totstandkoming van het verdrag weliswaar nog niet uitdrukkelijk was voorzien, maar wel past binnen de tekst, althans daar niet mee in strijd is. Zo kan artikel 12 van het EVRM, dat het recht te huwen omvat, te zijner tijd wellicht worden geacht ook te zien op een huwelijk tussen partners van hetzelfde geslacht.[37] Een uitleg die het recht van de echt te scheiden ook onder het recht te huwen schaart, gaat echter te ver, omdat deze in belangrijke mate afbreuk doet aan het recht dat de bepaling beoogt te beschermen.[38] Of, zoals Barones Hale of Richmond, één van de leden van het *Supreme Court of England, Wales and Northern Ireland*, het treffend verwoordde in de Barnard's Inn Reading 2011:

> 'The first is that the image of a "living tree" may be more helpful than the image of a 'living instrument'. A violin is an instrument, but has no life of its own, only the life it is given by the violinist who plays it. A tree has a life of its own, but it can only grow and develop within its natural limits. It is not an unstoppable beanstalk grown from a magic bean. At a time when many are worried about how far the ECHR may develop beyond the original expectations of its framers, it seems reasonable to ask whether there are natural limits to its growth and what those might be'.[39]

Aan het einde van haar lezing beschrijft zij wat haars inziens die natuurlijke grenzen zijn, waarbij voorspelbaarheid van rechtspraak, ofwel rechtszekerheid, de belangrijkste is. Barones Hale of Richmond stelt dat, hoewel de letterlijke tekst van het EVRM niet doorslaggevend is, een ontwikkeling in de jurisprudentie in elk geval daarmee niet in strijd moet zijn. Zodanige ontwikkeling in de jurisprudentie moet verder consistent zijn met de reeds aanvaarde uitgangspunten in de EVRM-jurisprudentie en de standaarden die

---

37 Zie over de problematiek van *same-sexmarriages* in het kader van artikel 12 van het EVRM onder meer: Van Dijk 2006-1, p. 846-851. Dat in artikel 12 van het EVRM wordt gesproken over 'mannen en vrouwen van huwbare leeftijd' staat mijns inziens niet aan een uitleg in de weg op grond waarvan dit artikel ook *same-sexmarriages* bestrijkt, mits de mannen of vrouwen maar de huwbare leeftijd hebben. Dit laat echter onverlet dat buiten twijfel staat dat de Verdragsluitende Staten bij het opstellen van artikel 12 van het EVRM uitsluitend het oog hadden op het traditionele huwelijk tussen man en vrouw. Zie in dit verband bijvoorbeeld ook: EHRM van 30 juli 1998 in zaak nrs. 22985/93 en 23390/94 (Sheffield and Horsham Case).

38 EHRM 18 december 1986 (Johnston e.a./Ierland), *NJ* 1989/97, m.nt. E.A. Alkema, paragraaf 54; zie ook: Harris, O'Boyle & Warbrick, p. 8-10, en Van Kempen, p. 55-58.

39 Zie: Baroness Hale of Richmond. Voorafgaand aan het citaat verwoordde zij dat de uitdrukking *living instrument* herinnert aan de door Lord Sanky in 1930 gemaakte opmerking dat '*the Constitution of Canada should be seen as a living tree capable of growth within its natural limits*'. Hij maakte deze opmerking in het kader van een geschil over de vraag of vrouwen kunnen worden beschouwd als personen die in aanmerking komen voor een zetel in het hogerhuis van het parlement van Canada.

volgen uit andere relevante internationale regelingen, en de neerslag vormen van de *common ground* binnen de Verdragsluitende Staten. Ten slotte moet de jurisprudentie een evenwicht vinden tussen, enerzijds, de *core rights*, waarvan niet kan worden afgeweken, en, anderzijds, de keuzes die de democratisch gekozen parlementen van de Verdragsluitende Staten (hebben) willen maken.

De begrenzingen die zij daarmee stelt, komen in grote lijnen overeen met de door Gerards onder verwijzing naar Prebensen onderscheiden situaties, waarin het EHRM zelf ook grenzen aan de *living-instrument*benadering lijkt te zien. Iets anders is of het die grenzen ook steeds in acht neemt.[40]

7.3.2.3 Doorwerking uitleg EHRM

Dat het EHRM ervan uitgaat dat een uitleg van (een bepaling van) het EVRM deel uitmaakt van het verdrag zelf, betekent dat die uitleg in de optiek van het EHRM op dezelfde wijze doorwerkt in de nationale rechtsorde van de Verdragsluitende Staten als het EVRM zelf. Voor de nationale autoriteiten (inclusief de met rechtspraak belaste) is die uitleg daarmee evenzo bindend als de verdragsbepaling ter uitleg waarvan het desbetreffende arrest strekt en waarvan de Verdragsluitende Staten op grond van artikel 1 van het EVRM gehouden zijn de effectieve doorwerking te verzekeren.[41]

Daarmee omzeilt het EHRM ook het probleem dat het EVRM het EHRM wel uitdrukkelijk belast met de uitleg van het verdrag, maar niet regelt welke betekenis een aldus gegeven uitleg heeft voor niet bij het geschil betrokken partijen. Gegeven de grote verschillen die ten tijde van het tot stand komen van het EVRM bestonden en ook nog steeds bestaan tussen, enerzijds, de continentale, en, anderzijds, de Angelsaksische rechtsordes ten aanzien van de precedentwerking van rechterlijke uitspraken, zou het niet minder dan revolutionair zijn geweest als de Verdragsluitende Staten overeenstemming hadden weten te bereiken over een regeling, zoals onder andere Lemmens die inleest in artikel 46, eerste lid, van het EVRM, waarmee in de continentale rechtsordes een stelsel van precedentwerking zou zijn geïntroduceerd.[42] Indien de bindende kracht van een door het EHRM gegeven de uitleg rechtstreeks aan artikel 46, eerste lid, van het EVRM zou kunnen worden ontleend, dan zou het onnodig zijn toevlucht te zoeken tot *de*

---

40 Gerards 2011-2, p. 40-43.

41 Zie in dit verband ook:Van Dijk 1995, p. 69: 'Op grond van artikel 19 van het EVRM komt aan het EHRM in laatste instantie de bevoegdheid toe het EVRM te interpreteren. Daaruit vloeit naar mijn mening voort, dat die interpretaties, zolang zij door datzelfde EHRM niet worden genuanceerd of herroepen, delen in de bindende kracht van het EVRM […]', en de door Van Kempen in voetnoot 52 genoemde literatuur. Zie ook: Barkhuysen 2004, p. 46-47.

42 Lemmens, p. 114-127. Zie voor een kritische beschrijving van het 'rechterlijk activisme in Straatsburg': Bossuyt 2014.

incorporatie- en *kenbrontheorie*, dan wel te betogen dat 'elementaire eisen van consistentie, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid […] met zich brengen dat de rechter eerder ontwikkelde interpretaties in vergelijkbare zaken opnieuw toepast en dus ook dat rechtssubjecten zich in hun gedragingen richten op die precedenten'.[43]

Met onder meer Van Kempen[44] ben ik dan ook van mening dat doorwerking van een door het EHRM gegeven uitleg in de nationale rechtsorde van andere Verdragsluitende Staten dan die waarop het desbetreffende arrest betrekking heeft, niet loopt over de band van artikel 46, eerste lid, van het EVRM. Deze bepaling ziet naar inhoud en strekking ervan immers alleen op de feitelijke uitvoering van het operationele deel van een arrest van het EHRM in het concrete geval waarop dat arrest betrekking heeft. De bepaling heeft geen betrekking op de redenering die het EHRM volgt om tot het oordeel te komen dat er een schending is en de verdragsinterpretatie die daarvoor nodig is (*de ratio decidendi*).

Uit de aard der zaak zijn de bewoordingen van artikel 46, eerste lid, van het EVRM en de uit die bepaling in elk geval voortvloeiende verplichtingen duidelijker dan bijvoorbeeld artikel 1 van het EVRM. Met het opnemen van eerstgenoemde bepaling is immers beoogd buiten twijfel te stellen dat door het EHRM gewezen arresten door de veroordeelde staat onverkort moeten worden uitgevoerd, zonder dat de rechtzoekende daarvoor afhankelijk is van eventuele mogelijkheden die het internationaal publiekrecht biedt, dan wel zonder dat nationale rechterlijke instanties op verzoek van de Staat de tenuitvoerlegging ervan zouden kunnen verbieden. Artikel 1 van het EVRM stelt buiten twijfel dat de Verdragsluitende Staten gehouden zijn de bescherming van de in de Eerste Titel van het EVRM neergelegde rechten en vrijheden te verzekeren.[45] Het aanwijzen van artikel 1 van het EVRM als verdragsbasis op grond waarvan een arrest derdenwerking heeft, vooronderstelt de aanname dat een uitleg door het EHRM deel uitmaakt van de verdragsbepalingen zelf. Een cirkelredenering lijkt aan de horizon op te doemen…

Het verdient mijns inziens dan ook de voorkeur gewoon te erkennen dat het EVRM niet uitdrukkelijk voorziet in een grondslag voor derdenwerking van arresten van het EHRM en dat de basis daarvoor derhalve gevonden moet worden in de dogmatiek (zoals de incorporatie- en kenbrontheorie), gewoonte of verdragstrouw. Inherent hieraan is dat het in de eerste plaats aan de nationale rechter is te bepalen welke betekenis hij hecht aan een eerdere uitleg van het EHRM. Indien het EHRM nadien van oordeel is dat de nationale rechter onjuiste of onvoldoende betekenis aan de uitleg van het

43 Lawson, p. 93. Opmerking verdient dat Lawson zich verder in het betoog niet op het standpunt stelt dat de bindende kracht van een de door het EHRM gegeven uitleg voor derden voortvloeit uit artikel 46, eerste lid, van het EVRM, maar een redenering hanteert, als hiervoor door mij weergegeven.

44 Van Kempen, p. 38-40, maar zie ook: Van der Velde, p. 74-79.

45 Zie hierover ook: Greer, p. 279-282.

EHRM in een ander geval heeft gegeven, doet dat aan de uitspraak van de nationale rechter immers niet af. Uiteraard kan dit er wel toe leiden dat het EHRM tot de slotsom komt dat de staat waarvan de nationale rechterlijke instantie deel uitmaakt het EVRM heeft geschonden. In dat geval is de vraag naar derdenwerking niet meer aan de orde.

Uitgaande van derdenwerking, zijn de verplichtingen met betrekking tot door het EHRM gewezen arresten die uit artikel 1 van het EVRM voortvloeien, afhankelijk van de mate waarin de daarin vervatte uitleg zich voor herhaalde toepassing leent. Een casuïstisch arrest heeft voor derden minder betekenis dan een arrest dat evident ten doel heeft een algemene regel te formuleren of een arrest waarin het EHRM uitdrukkelijk omgaat en terugkomt van een eerdere uitleg. Het eerdergenoemde arrest Vermeire is hiervan een voorbeeld. In dit opzicht bestaat mijns inziens ook geen verschil met de situatie waarin een eerstelijnsrechter zich voor de vraag gesteld ziet welke betekenis een tussen andere partijen gewezen arrest van de Hoge Raad heeft. Met dien verstande dat een onjuiste waardering door de rechtbank van het arrest van de Hoge Raad kan leiden tot een vernietiging van haar uitspraak en een onjuiste waardering door een nationale rechter van een arrest van het EHRM slechts tot een veroordeling van de staat waarvan de nationale rechter deel uitmaakt.

Zoals Van Kempen terecht opmerkt, kan niet worden uitgesloten dat opheffing van de verdragsschending of rechtsherstel in een concreet geval alleen kan worden geboden door het treffen van algemene maatregelen, bijvoorbeeld als de verdragsschending het gevolg is van het enkele bestaan van een wettelijke regeling.[46] Uitvoering van het arrest in het concrete geval heeft dan gevolgen die zich naar hun aard ook kunnen doen gevoelen in andere zaken. Of bij *pilot judgements* zullen doen gevoelen. Dit laat echter onverlet dat de onderliggende verplichting ter uitvoering waarvan de maatregel is getroffen een individuele is. De uit artikel 1 van het EVRM voortvloeiende binding van nationale autoriteiten aan een door het EHRM gegeven uitleg van een bepaling uit het EVRM buiten het door hem beslechte concrete geval is mijns inziens dan ook indirect: negeren van de uitleg van het EHRM zal doorgaans uiteindelijk leiden tot een veroordeling wegens een *nieuwe* schending van het EVRM, zoals België heeft ervaren in het arrest Vermeire.[47] Het EHRM overwoog:

> 'It cannot be seen what would have prevented the Brussels Court of Appeal and the Court of Cassation from complying with the findings of the Marckx judgement, as the Court of First Instance had done. There was nothing imprecise or incomplete about the rule which prohibited discrimination against Astrid Vermeire compared with her cousins […] on the grounds of the "illegitimate" nature of the kinship between her and the deceased.'

46 Van Kempen, p. 38-40, maar zie ook: Van der Velde, p. 38-39.
47 EHRM 29 november 1991 in zaak nr. 12849/87 (Vermeire/België).

7.3.2.4 Acceptatie doorwerking uitleg EHRM

Zoals uit het vorenstaande volgt, stelt het EHRM zich op het standpunt dat een door hem gegeven uitleg van het EVRM, of de bij dat verdrag behorende protocollen, de autoriteiten van de Verdragsluitende Staten, inclusief de met rechtspraak belaste, bindt. Dit standpunt kan echter alleen worden geëffectueerd, indien de nationale rechterlijke instanties zich door die uitleg ook gebonden achten en bereid zijn daaraan in toekomstige zaken gevolg te geven. Evenals ten aanzien van arresten van het Hof van Justitie, (b)lijken de Nederlandse rechterlijke instanties zich ook wat betreft arresten van het EHRM voorbeeldig te gedragen, zij het dat zij daarin niet alle even uitgesproken zijn.[48]

Zoals ik hiervoor al aangaf, voorziet het EVRM, evenmin overigens als het Nederlandse recht, in een bepaling op grond waarvan arresten van het EHRM bindend zijn voor Verdragsluitende Staten die in de procedure die tot dat arrest leidde geen partij waren. Hoewel steeds werd aangenomen dat dergelijke arresten, althans wat de daarin vervatte uitleg van het EVRM betreft, voor de Nederlandse autoriteiten niet van elke betekenis ontbloot zijn, was in de literatuur lange tijd onduidelijk of niet tegen het Koninkrijk gewezen arresten van het EHRM doorwerken in de Nederlandse rechtsorde en, zo ja, op grond waarvan.

Kan een arrest worden aangemerkt als een besluit van een volkenrechtelijke organisatie, als bedoeld in artikel 94 van de Grondwet, of verloopt de eventuele binding via de incorporatie-, kenbron- dan wel een soortgelijke theorie?[49] Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de vraag naar de grondslag voor binding voornamelijk een academische is en dat de rechtspraak het bestaan van binding als gegeven beschouwt.[50]

Dat een dergelijk arrest van het EHRM, althans wat de daarin vervatte uitleg van het EVRM betreft, in de Nederlandse rechtsorde bindende kracht bezit, is het duidelijkst uitgesproken door de Hoge Raad. In een arrest van 10 november 1989 overweegt hij, na geconstateerd te hebben dat het cassatiemiddel de vraag aan de orde stelt of zijn door artikel 8 van het EVRM geïnspireerde jurisprudentie heroverweging verdient in het licht van recentere jurisprudentie van het ERHM, dat:

> 'Deze uitspraak van het Europese Hof[51] […] inderdaad tot heroverweging van de onder 3.2 vermelde rechtspraak [noopt], nu deze berust op rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 8 van het EVRM.'

48 Zie onder andere: Doorduijn, p. 139-146 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie voor een recenter overzicht over verschillende Verdragsluitende Staten: Keller & Stone Sweet. Zie voor de wijze waarop dat in Nederland gebeurt: De Wet, p. 229-306.

49 Zie voor een bespreking van de verschillende opties: Lemmens, p. 91-127, en Van Kempen, p. 47-51.

50 Zie ook: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 29-31, en De Wet, p. 237.

51 EHRM 21 juni 1988 (Berrehab/Nederland), *NJ* 1988/746, m.nt. E.A. Alkema.

Uit dit arrest wordt over het algemeen afgeleid dat de Hoge Raad aan de bindende kracht van een verdragsinterpretatie door het EHRM ten grondslag legt dat deze uitleg deel uitmaakt van de verdragsbepaling waarop deze betrekking heeft en daarmee deelt in het rechtskarakter van die bepaling.[52] Dusdoende geeft de Hoge Raad ten minste impliciet te kennen dat hij zich ook gebonden acht aan arresten van het EHRM waarbij Nederland niet betrokken is. Dit blijkt ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin hij regelmatig naar dergelijke arresten verwijst.

Dat de Hoge Raad zich aan de uitleg van het EVRM door het EHRM gebonden acht, wil uiteraard niet zeggen dat een beroep op een arrest steeds het door degene die dat beroep doet gewenste resultaat heeft. De nationale rechter zal immers steeds moeten beoordelen of het arrest waarop een beroep wordt gedaan een geldig precedent is en, zo dat het geval is, of aan de door het EHRM gestelde vereisten wordt voldaan. De rechtzoekende zal zich daarbij doorgaans beroepen op de overeenkomsten tussen zijn geval en het geval waarop het arrest van het EHRM betrekking heeft. De nationale rechter zal zich – afhankelijk van de door hem voorgestane uitkomst – richten op overeenkomsten of verschillen tussen beide gevallen. Zoals Doorduijn al in 1994 zichtbaar maakte met betrekking tot de arresten Hauschildt[53] en Kostovski[54] biedt dit in combinatie met de over het algemeen casuïstisch opgezette arresten van het EHRM de nationale rechterlijke instantie ruimschoots de gelegenheid om te komen tot een afhankelijk van de door hem gewenste uitkomst passende, want beperkte of ruime, uitleg en dus doorwerking van de jurisprudentie van het EHRM. Evenzeer is denkbaar dat de nationale rechter weliswaar uitgaat van de uitleg van het EHRM, maar dat het praktisch implementeren daarvan keuzes vergt die de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. Een voorbeeld hiervan is de jurisprudentie van de Hoge Raad over het recht op rechtsbijstand tijdens een politieverhoor.[55]

Uit de jurisprudentie leid ik af dat, indien zij dat voor de beslissing van het voorliggende geval aangewezen achten, zowel de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep als het College van Beroep voor het bedrijfsleven zonder veel omhaal van woorden of nadere toelichting toepassing geven aan interpretaties van het EHRM van bepalingen van het EVRM, ook als deze zijn neergelegd in arresten waarbij Nederland geen par-

52 Zie onder andere: Barkhuysen, van Emmerik & Loof, p. 330-331, Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 15, en De Wet, p. 237. Opgemerkt zij dat de term incorporatietheorie in het arrest niet voorkomt, zodat op basis van het arrest niet zonder meer duidelijk is of de Hoge Raad inderdaad aan deze theorie of aan de kenbrontheorie toepassing heeft gegeven.

53 EHRM 24 mei 1989 (Hauschildt/Nederland), *NJ* 1990/627, m.nt. P. van Dijk; Doorduijn, p. 49-57.

54 EHRM 20 november 1989 (Kostovski/Nederland), *NJ* 1990/245, m.nt. E.A. Alkema; Doorduijn, p. 80-90.

55 Zie: HR 1 april 2014, *NJ* 2014/268.

tij is. De slotsom is dan ook gerechtvaardigd dat ook zij daarbij de hiervoor beschreven, door het EHRM voorgestane en ook door de Hoge Raad gehanteerde, grondslag voor binding hanteren.

Net zoals ik hiervoor bij het Hof van Justitie opmerkte, is het niet vanzelfsprekend dat de nationale rechter aan een uitleg van een verdragsbepaling door het EHRM derdenwerking toekent. Bijvoorbeeld het Bundesverfassungsgericht heeft erkend dat een arrest, waarin het EHRM een verdragsschending vaststelt, niet alleen de staat als drager van volkenrechtelijke verplichtingen bindt, maar ook de overheidsorganen en gerechten. Buiten het geval waarin het EHRM de verdragsschending heeft vastgesteld heeft het arrest echter slechts betekenis als interpretatiehulp voor Duitse rechterlijke instanties.[56]

7.3.2.5 Geen taak voor het EHRM bij uitleg van zuiver nationaal recht

Zoals hiervoor uiteengezet, is de bevoegdheid van het EHRM beperkt tot uitleg van het EVRM in verband met schending van het EVRM en de daarbij behorende protocollen door één van de Verdragsluitende Staten. Daarbij is niet van belang of de desbetreffende bepaling al dan niet is omgezet in een nationaalrechtelijke bepaling. Bij het EHRM ligt steeds en ook alleen de vraag voor of een Verdragsluitende Staat in een concreet geval een verdragsschending heeft gepleegd. Dat het EVRM anders dan het unierecht niet voorziet in een verplichting tot omzetting van de daarin vervatte rechten in het nationale recht is dan ook niet vreemd. Anders dan het Hof van Justitie, kan het EHRM zich dan ook niet voor de vraag gesteld zien wat te doen met zuiver nationaalrechtelijke bepalingen die hun grondslag vinden in, of geïnspireerd zijn op een verdragsbepaling. Het is vaste jurisprudentie van het EHRM dat het zich niet bevoegd acht tot uitleg van het nationale recht.[57] Zo overwoog het in het arrest X en Y tegen Nederland:[58]

> 'The Court of Appeal did not feel able to fill this gap in the law by means of a broad interpretation to the detriment of Mr. B. It is in no way the task of the European Court of Human Rights to take the place of the competent national courts in the interpretation of domestic law […]; it regards it as established that in the case in question criminal proceedings could not be instituted on the basis of Article 248ter.'

Het kan echter wel voorkomen dat het EHRM, om te kunnen beoordelen of een Verdragsluitende Staat een bepaling van het EVRM of een van de daarbij behorende protocollen heeft geschonden, niet aan uitleg of toepassing van nationaalrechtelijke bepalingen ontkomt. Indien het EVRM vereist dat een staat overeenkomstig zijn nationale recht handelt, is het EHRM van oordeel

56 Zie over de verhouding tussen het Bundesverfassungsgericht en het EHRM: Schlaich/Korioth, p. 235-239.

57 Zie: Gerards 2011-2, p. 209-211.

58 EHRM 26 maart 1985 (X en Y/Nederland), *NJ* 1985/462, m.nt. E.A. Alkema.

dat het als *'supervisory body, [must] have this ultimate power to interpret and apply national law'*.[59] Zo stelt bijvoorbeeld artikel 5 van het EVRM als vereiste voor een rechtmatige vrijheidsontneming dat deze geschiedt 'overeenkomstig een wettelijk voorschreven procedure'. Ook in die gevallen is het EHRM in beginsel geneigd de uitleg die de nationale rechterlijke instanties hebben gegeven of die de autoriteiten van de desbetreffende staat voorstaan, over te nemen.[60]

7.3.3 Tussenconclusies

In deze paragraaf ging ik in op de vraag of tussen het EHRM en de nationale instanties die met bestuursrechtspraak zijn belast over en weer binding bestaat aan een eerder gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift. Nu het EHRM door zijn uitdrukkelijke interpretatieprimaat geen gebondenheid aanneemt aan een uitleg van het EVRM door de nationale rechter, bleef die vraag verder onbesproken. Hetzelfde geldt voor de uitleg van zuiver nationaal recht. Het EHRM laat die uitleg aan de nationale rechter. Met dien verstande dat, indien het EVRM als vereiste stelt dat de autoriteiten van de Verdragsluitende Staten overeenkomstig het nationale recht handelen, het EHRM zich niet alleen bevoegd acht het nationale recht uit te leggen, maar ook om het toe te passen.

Het EVRM kent aan het EHRM weliswaar het primaat toe voor de uitleg van het EVRM en de daarbij behorende protocollen, maar regelt niet uitdrukkelijk dat de nationale rechters aan zodanige uitleg gebonden zijn. Het EHRM hanteert echter het uitgangspunt dat een door hem gegeven uitleg deel uitmaakt van het EVRM en daarmee op dezelfde wijze doorwerkt in de nationale rechtsorde van de verschillende Verdragsluitende Staten. Aangezien het EHRM het EVRM ziet als een *living instrument*, geldt dit ook voor interpretaties die de Verdragsluitende Staten bij de totstandkoming van het EVRM wellicht niet direct hadden voorzien.

Nederlandse rechterlijke instanties volgen de uitleg die het EHRM aan verdragsbepalingen heeft gegeven, ook indien dat gebeurde in arresten waarbij Nederland geen partij was. Hoewel een dogmatische onderbouwing doorgaans ontbreekt, wordt over het algemeen aangenomen dat de zogenoemde – ook door het Hof aangehangen – incorporatietheorie daarvoor de grondslag biedt. Indien toepassing van een door het EHRM gegeven uitleg in een concreet geval tot een ongewenste uitkomst zou leiden, biedt de casuistische opzet van de jurisprudentie van het EHRM voldoende mogelijkheden tot het gewenste eindresultaat te komen, zonder in strijd met de jurisprudentie van het EHRM te handelen.

---

59 Harris, O'Boyle & Warbrick, p. 133-134. Zie ook: Kuijer.

60 Zie: Bleichrodt, p. 463-464.

7.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

7.4.1 Inleidende opmerkingen

Zoals ik in hoofdstuk 2 en in de voorgaande paragraaf opmerkte, is de verhouding tussen het EHRM en de nationale rechterlijke instanties niet gericht op samenwerking in een lopende procedure. Hoezeer dat wellicht ook wenselijk wordt geacht, voorziet het EVRM niet in een prejudiciële procedure, vergelijkbaar met die bij het Hof van Justitie. Het EHRM komt pas in beeld nadat de rechtzoekende de nationale rechtsbeschermingsmogelijkheden heeft uitgeput en moet alsdan beoordelen of de desbetreffende Verdragsluitende Staat jegens die rechtzoekende in strijd met het EVRM heeft gehandeld.

Het EHRM is door de Verdragsluitende Staten niet in het leven geroepen als hogerberoepsinstantie ten opzichte van de rechterlijke instanties van de verschillende lidstaten en ziet zichzelf ook niet als zodanig. Het EHRM positioneert zich ten opzichte van de nationale rechterlijke instanties veeleer als een *sui generis eerste en enige aanleg instantie* die beoordeelt of een Verdragsluitende Staat als geheel zijn verplichtingen krachtens het EVRM op juiste wijze nakomt, zonder dat doorgaans te relateren aan de door de nationale rechterlijke instanties geboden rechtsbescherming.

Omdat het EHRM in dit verband pas in beeld komt nadat de nationale bestuursrechterlijke procedures zijn afgerond, kan een nationale bestuursrechter zich over het algemeen niet gesteld zien voor de vraag welke betekenis hij hecht aan een eerdere vaststelling van de feiten door het EHRM in dezelfde partijconstellatie. Ik zal de derde vraag dan ook alleen beantwoorden vanuit de optiek van het EHRM. Daarmee is echter niet gezegd dat een feitenvaststelling door het EHRM voor de nationale rechter in toekomstige procedures, bijvoorbeeld in een andere partijconstellatie, zonder betekenis is. In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt voor het antwoord op de vraag hoe de algemene veiligheidssituatie in een bepaald land is regelmatig verwezen naar jurisprudentie van het EHRM.[61] Hetzelfde geldt voor de vraag of een bepaalde bevolkingsgroep in een land al dan niet systematisch wordt blootgesteld aan een behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM.[62] De Afdeling bestuursrechtspraak neemt dan de vaststelling door het EHRM als uitgangspunt en beoordeelt vervolgens of hetgeen partijen hebben aangevoerd grond biedt daar thans anders over te oordelen. Veel keuzemogelijkheden heeft de nationale rechter ook niet: de feitenvaststelling en -waardering is in dit soort zaken zo verweven met het oordeel over een verdragsschending, dat het niet volgen van het EHRM onontkoombaar zal leiden tot een (nieuwe) veroordeling. Ook al acht de nationale rech-

61 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 14 november 2011 in zaak nr. 201113076/1/V2, en ABRvS 19 februari 2014, *JV* 2014/110.

62 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 14 juli 2011 in zaak nr. 201002796/1/V3.

ter zich formeel wellicht niet gebonden aan de feitenvaststelling door het EHRM, toch noopt doelmatigheid en efficiënte inzet van schaarse nationale (of Straatsburgse) rechterlijke capaciteiten hem tot volgen.

Evenzeer is denkbaar dat een rechtzoekende die bij de nationale bestuursrechter bot heeft gevangen, als gevolg waarvan het bestreden besluit in rechte onaantastbaar is geworden, en die bij het EHRM alsnog heeft gewonnen, zich voor verder rechtsherstel tot de nationale rechter wendt. Bijvoorbeeld omdat het EHRM geen genoegdoening heeft toegekend, dan wel omdat hij de toegekende genoegdoening onvoldoende acht. Zoals in paragraaf 2.3.3.3 opgemerkt, voorziet het Nederlandse bestuurs(proces)recht echter niet in mogelijkheden om naar aanleiding van een arrest van het EHRM een afgesloten procedure te heropenen. Nu het arrest van het EHRM geen gevolgen heeft voor de geldigheid van een uitspraak van de nationale bestuursrechterlijke instantie, biedt het bestuursrecht – ook na inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten – geen mogelijkheden een schadevergoeding te krijgen. De enige mogelijkheid die een rechtzoekende rest, is het dagvaarden van de Staat voor de civiele rechter, bijvoorbeeld wegens onrechtmatige rechtspraak. De vraag welke betekenis de civiele rechter dan hecht aan een eventuele feitenvaststelling of -waardering door het EHRM laat ik onbesproken. Zoals in hoofdstuk 1 uiteengezet, vallen uitsluitend relaties waarbij tenminste één bestuursrechterlijke instantie betrokken is, binnen de reikwijdte van het onderzoek.

In deze paragraaf staat de vraag centraal welke betekenis het EHRM hecht aan een eerdere vaststelling of waardering van de feiten door de nationale bestuursrechter. Voor de duidelijkheid: ik heb hier uitsluitend het oog op de vaststelling en waardering van de feiten en niet – ook – op de kwalificatie door de nationale rechterlijke instanties of de feiten al dan niet een verdragsschending inhouden.

7.4.2 Uitgangspunt: nationale procedurele autonomie

Het EHRM acht zich formeel op generlei wijze gebonden aan een eerdere feitenvaststelling door de nationale rechterlijke instanties, in die zin dat hij een dergelijke vaststelling als een onveranderlijk gegeven beschouwt.[63] Omwille van de overzichtelijkheid scheer ik de toetsing door de rechter van de feitenvaststelling door het bestuursorgaan, zoals in Nederland gebruikelijk in bestuursrechtelijke context, en door sommigen bepleite zelfstandige feitenvaststelling door de rechter, derhalve volledig losstaand van het bestuursorgaan, over één kam.[64] Ik ga daarbij niet in op de vraag of het voor

63 Uitdrukkelijk: EHRM 8 oktober 2013 in zaak nr. 2251/11 (Kamalak/Turkije).

64 Zie hierover onder meer: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 50-52, De Bock, de reactie hierop: Daalder & Schreuder-Vlasblom, en Baldinger, p. 210-234. Zie ook: Schuurmans 2007, p. 115-142, wat betreft het unierecht.

de bestuursrechter überhaupt mogelijk is tot volledig zelfstandige feitenvaststelling over te gaan, dan wel of dat wenselijk zou zijn.

Daarmee is echter niet gezegd dat een feitenvaststelling door de nationale rechterlijke instantie voor het EHRM zonder betekenis is. Het is ook slecht verenigbaar met de hem toegedachte taak, indien het EHRM de vraag of zich een verdragsschending heeft voorgedaan, beantwoordt aan de hand van geheel andere feiten dan die, die de organen van de desbetreffende lidstaat bekend waren of hadden moeten zijn. In dit laatste ligt besloten dat het EHRM zich bevoegd acht informatie in de beoordeling te betrekken die de nationale instanties niet bij de beoordeling hebben betrokken, maar wel hadden kunnen betrekken. Uitgangspunt is derhalve een toetsing *ex tunc*.[65] Het toezicht op de naleving op het EVRM is in de eerste plaats immers opgedragen aan de autoriteiten van de Verdragsluitende Staten en het EHRM vervult daarbij slechts een subsidiaire rol. De toetsing *ex tunc* maakt het voor het EHRM ook uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk, tot hernieuwde of herhaalde feitenvaststelling *ex tunc* over te gaan, gegeven de tijd die over het algemeen zal zijn verstreken tussen de afronding van de nationale procedures en de behandeling door het Hof.[66]

Hoewel, zoals hiervoor opgemerkt, toetsing *ex tunc* voor het EHRM hoofdregel is, gaat het onder omstandigheden ook over tot toetsing *ex nunc*. Schokkenbroek constateert dat het EHRM daartoe overgaat bij klachten inzake voortdurende verdragsschendingen en klachten over potentiële schendingen.[67] Een voorbeeld van dit laatste is of een *voorgenomen* uitzetting van een vreemdeling zal leiden tot een behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM in het land van herkomst. Barkhuysen en Van Emmerik merken op dat dat goed te verdedigen is en ik kan mij daarbij ook wel iets voorstellen. Indien het EHRM ook in die gevallen met een *ex-tunc*toets zou volstaan, zou het immers een uitzetting legitimeren, terwijl die op basis van de huidige inzichten over de situatie in het land van herkomst een reëel risico inhoudt op een behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM.[68] Daartegen kan echter worden ingebracht dat, indien de situatie in het land van herkomst in algemene zin, dan wel specifiek voor de desbetreffende vreemdeling is verslechterd, het in de eerste plaats aan de nationale (rechterlijke) autoriteiten is, daartoe aangezocht door de vreemdeling of desnoods op verzoek van het EHRM, bescherming tegen uitzetting te bieden. Mag van de vreemdeling dan ook niet worden verwacht zich – nogmaals – tot die autoriteiten te wenden om alsnog voor een verblijfsvergunning in aanmerking te komen, desnoods nadat de president van het EHRM middels een *interim measure* de aanstaande uitzetting heeft verboden?[69]

65 Zie ook: Barkhuysen 2004, p. 41-45.
66 Zie ook: Schokkenbroek, p. 218-219.
67 Zie ook: Schokkenbroek, p. 216-218.
68 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 26-28.
69 Zie voor een kritische beschrijving van de wijze waarop het EHRM optreedt in vreemdelingenzaken: Bossuyt 2010. Zie ook: De Poorter 2013, p. 206-209.

Ook wat betreft de vaststelling van de feiten is het EHRM niet bedoeld als vierde instantie.[70] Los van dogmatische redenen, is het voor het EHRM – zowel financieel als praktisch – ondoenlijk in alle zaken, al dan niet aan de hand van hetgeen door partijen is aangevoerd, zelfstandig tot feitenvaststelling over te gaan.[71] In het arrest Kononov tegen Letland overwoog het EHRM:

> 'The Court recalls that, in principle, it should not substitute itself for the domestic jurisdictions. Its duty, in accordance with articel 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention. Given the subsidiary nature of the Convention system it is not the Court's function to deal with alleged errors of fact committed by a national court, unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention […] and unless that domestic assessment is manifestly arbitrary.'[72]

Het EHRM hanteert daarmee in de kern hetzelfde uitgangspunt als het Hof van Justitie, te weten dat de vaststelling van de feiten in de eerste plaats aan de nationale (rechterlijke) instanties is, overeenkomstig het nationale procesrecht.[73] Met andere woorden: het EHRM respecteert wat betreft de vaststelling van de feiten de procedurele autonomie van de lidstaten, ook wat betreft de wijze waarop feitenvaststelling plaatsvindt en hoe de bewijslast wordt verdeeld.[74]

De primaire verantwoordelijkheid van de nationale (rechterlijke) autoriteiten komt nog duidelijker naar voren in zaken waarin de vraag aan de orde is of een rechtzoekende bij uitzetting een risico loopt op een met artikel 3 van het EVRM strijdige behandeling. Ik doel dan niet op de – al dan niet veranderde – (algemene) veiligheidssituatie in het land waarnaar de vreemdeling wordt uitgezet, maar op de redenen waarom hij in eerste instantie zijn land ontvluchtte, kortom het asielrelaas. Zoals eerder opgemerkt, kan de beoordeling van het asielrelaas over het algemeen immers niet geschieden aan de hand van objectief vaststelbare feiten, maar enkel aan de hand van het verhaal van de vreemdeling over wat hem eerder in het land van herkomst is overkomen. In het arrest M.E. tegen Denemarken overwoog het EHRM:

> 'Finally, in cases concerning the expulsion of asylum seekers, the Court doen not itself examine the actual asylum applications or verify how the states honour their obligations under the Geneva Convention. It must be satisfied, though, that the assessment made by the authorities of the Contracting State is adequate and sufficiently supported by domestic

70 Zie ook: Harris, O'Boyle & Warbrick, p. 14-15.
71 Zie hierover ook: Lawson, p. 49-60.
72 EHRM 17 mei 2010 (Kononov/Letland), *EHRC* 2010/80, m.nt. H. van der Wilt.
73 Aldus ook: Harris, O'Boyle & Warbrick, p. 143-146, en 371.
74 Zie over de taakverdeling tussen het EHRM en nationale rechter ten aanzien van feitenvaststelling ook: Gerards 2011-2, p. 209-211. Zie ook: Baldinger, p. 225-226. Zie bijvoorbeeld ook: EHRM 22 september 1993 in zaak nr. 15473/89 (Klaas/Duitsland), en EHRM 5 december 2013 (Vilnes e.a./Noorwegen), *EHCR* 2014/451, m.nt. A.C. Hendriks.

> materials as well as by materials originating from other reliable and objective sources as such as, for instance, other Contracting or non-Contracting States, agencies of the United Nations and reputable non-governmental organisations.'[75]

In het arrest R.C. tegen Zweden overwoog het:

> 'The Court acknowledges that it is often difficult to establish, precisely, the pertinent facts in cases such as the present one. It accepts that, as a general principle, the national authorities are best placed to assess not just the facts but, more particulary, the credibility of witnesses since it is they who have had an opportunity to see, hear and assess the demeanour of the individuals concerned.'[76]

7.4.3 Uitzonderingen

Ook hier geldt: geen regel zonder uitzonderingen. Baldinger gaat in haar proefschrift uitgebreid in op de vraag in welke gevallen het EHRM niet – meer – uitgaat van de feitenvaststelling in de nationale procedure, maar ook overgaat tot het verrichten van eigen onderzoek.

De drie categorieën die zij op basis van de jurisprudentie onderscheidt, hebben gemeen dat een gebrek in de nationale procedure voor het EHRM de aanleiding vormt zelf onderzoek te verrichten, dan wel de feitenvaststelling in de nationale procedure terzijde te schuiven.[77] Dat tekortkomingen in de nationale procedure een uitzondering rechtvaardigen op de procedurele autonomie, volgt overigens ook rechtstreeks uit de jurisprudentie van het EHRM. In het arrest Kononov tegen Letland spreekt het Hof in dit verband over 'schendingen van de rechten en vrijheden, beschermd door het EVRM' en een nationale feitenvaststelling die *manifestly arbitrary* is. Hoewel Baldinger haar onderzoeksresultaten relateert aan uitzettingsprocedures, zijn deze derhalve ruimer toepasbaar.

De categorie 'tekortkomingen in de nationale procedure' omvat in de eerste plaats rechterlijke procedures die niet voldoen aan de minimumeisen die het EVRM stelt, derhalve dat de (rechterlijke) instantie onafhankelijk is, de procedurele waarborgen, zoals hoor en wederhoor, in acht worden genomen en dat de (rechterlijke) instantie *full jurisdiction on both law and facts* heeft. [78] Dat laatste wil overigens niet zonder meer zeggen dat de (rechterlijke) instanties steeds bevoegd of gehouden zijn zelfstandig tot feitenvaststelling over te gaan.[79] De in het Nederlandse bestuursrecht gebruikelijke taakverdeling waarbinnen de bestuursrechter niet zelf de feiten vaststelt, maar volstaat met toetsing van de feitenvaststelling door het bestuursorgaan bete-

75 EHRM 8 juli 2014 in zaak nr. 58363/10 (M.E./Denemarken).
76 EHRM 9 maart 2010 (R.C./Zweden), *JV* 2010/147, m.nt. T.P. Spijkerboer. Zie over dit arrest ook: Geertsema.
77 Baldinger, p. 194-285, en Harris, O'Boyle & Warbrick, p. 143-146.
78 Zie hierover uitgebreid: Baldinger, p. 210-225, en Van Dijk 2006-2, p. 560-563, en Arai, p. 1006-1010.
79 Zie hierover specifiek: Van Dijk 2006-2, p. 561.

kent niet dat hij geen *full jurisdiction* heeft. Bepalend hiervoor zijn de toetsingsmogelijkheden die de bestuursrechter ten dienste staan.[80] Indien de nationale rechterlijke instantie niet aan de minimumeisen voldoet, zal dit doorgaans ook leiden tot schending van artikel 6 of 13 van het EVRM.

Evenzeer is echter denkbaar dat de rechterlijke procedure in abstracto weliswaar voldoet aan de minimumeisen die het EVRM stelt, maar dat deze in het concrete geval ontoereikend is geweest. Baldinger noemt in dit verband het voorbijgaan aan bewijsstukken, het bieden van onvoldoende hoor en wederhoor doordat de feitenvaststelling eenzijdig is gebaseerd op door het bestuursorgaan aangedragen – geheime – informatie, maar ook het geval dat de feiten onvoldoende grondslag bieden voor de waardering die daaraan in de nationale procedure is gegeven. Een voorbeeld hiervoor is het al aangehaalde arrest R.C. tegen Zweden, waarin de nationale autoriteiten volgens het EHRM onvoldoende rekening hadden gehouden met een verklaring van een huisarts dat de littekens op het lichaam van de vreemdeling consistent zijn met de martelingen waaraan hij stelt te zijn onderworpen.

Indien de Nederlandse bestuursrechter tot de slotsom komt dat het bestuursorgaan de feiten onjuist heeft vastgesteld, bij de feitenvaststelling onzorgvuldig heeft gehandeld, dan wel indien de feitelijke informatie die aan het besluit ten grondslag ligt onvoldoende is om het genomen besluit te dragen, kan hij, al dan niet na toepassing van een bestuurlijke of judiciële lus, het besluit vernietigen. Artikel 8:72 van de Algemene wet bestuursrecht biedt hem vervolgens de mogelijkheid zelf in de zaak te voorzien. In dat kader kan hij nader onderzoek naar de feiten verrichten. De ervaring leert echter dat bestuursrechters er over het algemeen de voorkeur aan geven het bestuursorgaan – al dan niet met een bestuurlijke of judiciële lus – een nieuw besluit te laten nemen. Het EHRM heeft deze mogelijkheid niet. Tenzij de constatering dat de artikelen 6 en 13 van het EVRM zijn geschonden volledig rechtsherstel biedt, zal het EHRM derhalve zelf tot vaststelling of herwaardering van de feiten moeten overgaan, teneinde op basis daarvan vast te kunnen stellen of al dan niet sprake is geweest van een materiële verdragsschending. De jurisprudentie laat zien dat het EHRM bereid is daarbij ver te gaan, zeker indien kern- of absolute verdragsrechten in het geding zijn, bijvoorbeeld door één of meer rechters te laten afreizen naar de desbetreffende Verdragsluitende Staat om daar getuigen te horen.[81]

Een vanzelfsprekende uitzondering op de procedurele autonomie is dat het EHRM niet kan uitgaan van feiten bij de verkrijging waarvan het EVRM is geschonden, dan wel die de verboden vruchten van een dergelijke schen-

80 Zie over de toetsing van de feitenvaststelling uitgebreid: Schuurmans 2005, p. 273-293.

81 Zie voor een voorbeeld waarin het EHRM in een asielzaak daartoe is overgegaan: EHRM 26 juli 2005 (N./Finland), *JV* 2005/306, m.nt. T.P. Spijkerboer. In zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging haalt Lawson een ouder voorbeeld aan waarin de Commissie een delegatie naar Zweden zond, daar de betrokken vreemdeling en een aantal ambtenaren hoorde en vervolgens na drie schriftelijke rondes tot de conclusie kwam dat uitzetting in strijd zou zijn met artikel 3 van het EVRM: Lawson, p. 59.

ding vormen. In het arrest Kononov tegen Letland verwijst het EHRM in dit verband naar het arrest Gäfgen tegen Duitsland.[82] Dit aansprekende voorbeeld betrof een ontvoerder van een kind die onder bedreiging met marteling door de politie, zonder daadwerkelijk fysiek gemarteld te zijn, verklaringen had afgelegd op basis waarvan het bewijs tegen hem mede was verkregen. Vrij naar Baldinger kan deze uitzondering aldus worden veralgemeniseerd dat het EHRM de nationale feitenvaststelling in elk geval terzijde schuift, indien in de nationale (rechterlijke) procedure het absolute karakter van artikel 3 van het EVRM is miskend.[83]

7.4.4 Tussenconclusies

In deze paragraaf stond de vraag centraal of tussen het EHRM en de Nederlandse bestuursrechters binding bestaat of wordt aangenomen aan een eerdere vaststelling van de feiten. Gegeven dat het EHRM pas in beeld komt nadat de nationale procedures zijn afgerond en daarmee van binding van de Nederlandse bestuursrechters aan een feitenvaststelling door het EHRM in dezelfde partijconstellatie geen sprake kan zijn, beperkte ik mij tot de vraag of het EHRM zich gebonden acht aan een feitenvaststelling door de Nederlandse bestuursrechter. In de praktijk blijkt dat Nederlandse bestuursrechters om doelmatigheidsredenen wel degelijk gebondenheid aannemen aan een feitenvaststelling of -waardering door het EHRM in aan andere procedure. Het betreft dan doorgaans gevallen waarin de feitenvaststelling en feitenwaardering dermate verbonden is met het oordeel over de gestelde verdragsschending dat het niet aannemen van gebondenheid zou neerkomen op verspilling van schaarse rechterlijke capaciteit.

Het EHRM beantwoordt de vraag of zich een verdragsschending heeft voorgedaan op basis van de feiten en omstandigheden, zoals die bij de nationale (rechterlijke) instanties bekend waren of hadden kunnen zijn. Het betreft derhalve een toetsing *ex tunc*. Het EHRM gaat daarbij in beginsel uit van de feiten en omstandigheden, zoals in de nationale procedure vastgesteld. Bij voortdurende klachten of potentiële schendingen gaat het EHRM over tot een *ex-nunc*toetsing. Dit is bijvoorbeeld, maar niet uitsluitend, zo in het geval van een voorgenomen uitzetting van een vreemdeling naar een land waar hij een reëel risico loopt op een met artikel 3 van het EVRM strijdige behandeling. In dat geval toetst het Hof of uitzetting van de vreemdeling gelet op de huidige algemene veiligheidssituatie leidt tot een schending van artikel 3 van het EVRM.

In de jurisprudentie kan een drietal uitzonderingen op dit uitgangspunt worden onderscheiden, die alle verband houden met de kwaliteit van de nationale procedures. Het EHRM gaat niet langer uit van de feitenvaststelling in de nationale procedures, indien:

82 EHRM 1 juni 2010 (Gäfgen/Duitsland), *EHRC* 2010/105, m.nt. J. van der Velde.
83 Baldinger, p. 248.

– de nationale procedure in abstracto als geheel niet voldoet aan de minimumeisen die het EVRM stelt;
– de nationale procedure in abstracto als geheel weliswaar voldoet aan de minimumeisen die het EVRM stelt, maar in het concrete geval niet;
– indien de feitenvaststelling in strijd met de kernbepalingen van het EVRM, in het bijzonder artikel 3, heeft plaatsgevonden.

Aangezien het EHRM, anders dan de Nederlandse bestuursrechter, niet de mogelijkheid heeft het bestuursorgaan door vernietiging van een besluit een mogelijkheid te bieden gemaakte fouten te herstellen, rest hem niets anders dan zelf tot feitenvaststelling of waardering van de feiten over te gaan, tenzij de enkele constatering van een verdragsschending reeds volledig rechtsherstel oplevert.

7.5 Samenvatting en conclusies

Zowel het Hof van Justitie, als het EHRM is verantwoordelijk voor een uniforme uitleg en toepassing van het unierecht respectievelijk het EVRM en de daarbij behorende protocollen binnen de verschillende lidstaten. Waar de verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechterlijke instanties in elk geval op papier op samenwerking is gericht, is dat in de verhouding tussen het EHRM en de nationale rechterlijke instanties niet het geval. De belangrijkste reden hiervoor is dat het EHRM pas in beeld komt, nadat een rechtzoekende de nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput. In dit hoofdstuk besprak ik de verhouding tussen het EHRM en de nationale rechterlijke instanties aan de hand van de drie eerder geïntroduceerde deelvragen:

- bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

Een oordeel van de nationale rechter dat het EVRM of één van de daarbij behorende protocollen in zijn lidstaat verbindende kracht mist, omdat het niet overeenkomstig de daarvoor geldende bepalingen is goedgekeurd, bindt het EHRM niet. Hiervan moet worden onderscheiden het geval waarin de vraag rijst naar de geldigheid van een gemaakt – temporeel – voorbehoud. Dit betreft in de kern de beoordeling of een Verdragsluitende Staat een verdragsschending heeft begaan, waarvoor het EHRM in laatste instantie exclusief bevoegd is, zodat de nationale rechter aan het oordeel van het EHRM gebonden is.

Het EHRM acht zich niet bevoegd in abstracto de verbindendheid van nationale algemeen verbindende voorschriften te beoordelen. Dat laat echter onverlet dat het zich wel bevoegd acht te beoordelen of toepassing van een algemeen verbindend voorschrift in een concreet geval leidt tot strijd met het EVRM. Deze beoordeling kan aanleiding geven tot het oordeel dat geen

met het EVRM in overeenstemming zijnde toepassing van de nationale bepaling mogelijk is. In dat geval gaat het EHRM ervan uit dat de desbetreffende staat tot aanpassing van de desbetreffende regeling overgaat. Indien de staat *systemic faults* kent, maakt het EHRM in voorkomend geval ook gebruik van zogenoemde *pilot judgements*. Daarin constateert het Hof niet alleen dat en waarom sprake is van een verdragsschending, maar geeft het ook aan hoe de staat de *systemic faults* kan wegnemen en zo toekomstige veroordelingen kan voorkomen. In de tussentijd plegen de Nederlandse rechterlijke instanties vooruitlopend op een wetswijziging de doorwerking van het desbetreffende arrest te waarborgen, in het uiterste geval door het buiten toepassing laten van de nationale regeling.

Het overgrote deel van de jurisprudentie van het EHRM betreft niet zozeer de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, maar de uitleg van bepalingen van het EVRM of de daarbij behorende protocollen. Nu het EHRM door het uitdrukkelijke interpretatieprimaat geen gebondenheid aanneemt aan een uitleg van het EVRM door de nationale rechter, bleef die vraag verder onbesproken. Hetzelfde geldt voor de uitleg van zuiver nationaal recht. Het EHRM laat die uitleg in beginsel aan de nationale rechter.

Het EVRM kent aan het EHRM weliswaar het primaat toe voor de uitleg van het EVRM en de daarbij behorende protocollen, maar regelt niet dat de nationale rechters aan een door het EHRM gegeven uitleg gebonden zijn. Het EHRM hanteert echter het uitgangspunt dat een door hem gegeven uitleg deel uitmaakt van het EVRM en daarmee op dezelfde wijze doorwerkt in de nationale rechtsorde van de verschillende Verdragsluitende Staten. Aangezien het EHRM het EVRM ziet als een *living instrument* geldt dit ook voor interpretaties die door de Verdragsluitende Staten bij de totstandkoming van het verdrag wellicht niet waren voorzien.

Nederlandse rechterlijke instanties volgen de uitleg die het EHRM aan verdragsbepalingen heeft gegeven, ook indien dat gebeurde in arresten waarbij Nederland geen partij was. Hoewel een dogmatische onderbouwing doorgaans ontbreekt, wordt over het algemeen aangenomen dat de zogenoemde – ook door het EHRM aangehangen – incorporatietheorie daarvoor de grondslag biedt. Indien toepassing van een door het Hof gegeven uitleg in een concreet geval tot een ongewenste uitkomst zou leiden, biedt de casuistische opzet van de jurisprudentie voldoende mogelijkheden binnen de bestaande kaders tot een oplossing te komen.

Als laatste onderwerp kwam ook in dit hoofdstuk de gebondenheid van het EHRM en de nationale rechter aan een eerdere feitenvaststelling aan de orde. Gegeven dat het EHRM pas in beeld komt nadat de nationale procedures zijn afgerond en daarmee van binding van de Nederlandse bestuursrechters aan een feitenvaststelling door het EHRM in dezelfde feitenconstellatie geen sprake kan zijn, beperkte ik mij tot de vraag of het EHRM gebonden is, dan wel zich gebonden acht aan een feitenvaststelling door de Nederlandse bestuursrechter. Dat laat onverlet dat nationale bestuursrechters om doelmatigheidsredenen bereid zijn een feitenvaststelling of – waardering door het

EHRM over te nemen, in het bijzonder indien deze onverbrekelijk samenhangt met het al dan niet aannemen door het EHRM van een verdragsschending. Het EHRM beantwoordt de vraag of zich een verdragsschending heeft voorgedaan *ex tunc*, derhalve op basis van de feiten en omstandigheden zoals die bij de nationale rechterlijke instanties bekend waren of hadden kunnen zijn. Het gaat daarbij in beginsel uit van de feiten en omstandigheden, zoals in de nationale procedure vastgesteld. Bij voortdurende klachten of potentiële schendingen, zoals bij een voorgenomen uitzetting van een vreemdeling, gaat het EHRM evenwel over tot een *ex-nunc*toetsing.

In de jurisprudentie kan een drietal uitzonderingen op dit uitgangspunt worden onderscheiden, die alle verband houden met de kwaliteit van de nationale procedures. Het EHRM gaat niet langer uit van de feitenvaststelling in de nationale procedures, indien:

– de nationale procedure in abstracto als geheel niet voldoet aan de minimumeisen die het EVRM stelt;
– de nationale procedure in abstracto als geheel weliswaar voldoet aan de minimumeisen die het EVRM stelt, maar in dit concrete geval niet;
– indien de feitenvaststelling in strijd met de kernbepalingen van het EVRM, in het bijzonder artikel 3, heeft plaatsgevonden.

Het EHRM heeft anders dan de Nederlandse bestuursrechter niet de mogelijkheid een besluit te vernietigen en het bestuursorgaan op te dragen met inachtneming van het arrest opnieuw te beslissen, al dan niet na het verrichten van nader onderzoek. Het EHRM rest dan ook niets anders dan zelf tot feitenvaststelling of -waardering over te gaan, tenzij de enkele constatering dat een Verdragsluitende Staat een verdragsschending heeft begaan reeds volledig rechtsherstel oplevert.

8 Van algemene vuistregels en institutionele oplossingen

8.1 Inleidende opmerkingen

In de voorgaande hoofdstukken onderzocht ik of hoogste rechterlijke instanties over en weer gebondenheid aan eerdere uitspraken van een collega-instantie aannemen, dan wel zouden moeten aannemen. Het betrof steeds verhoudingen waarin op zijn minst één bestuursrechter betrokken is en waarbij tussen de instanties geen hiërarchische relatie bestaat waarmee naleving van een uitspraak eenzijdig kan worden afgedwongen. De gevallen derhalve waarin gebondenheid, indien aangenomen, berust op een keuze van de desbetreffende instantie. Deze vorm van binding duidde ik aan als horizontale binding.

Binnen Nederland onderzocht ik de verhoudingen tussen de Hoge Raad als civiele en strafrechter, enerzijds, en de Grote Drie (Afdeling bestuursrechtspraak, Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven), anderzijds, en de verhouding tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties (de Grote Drie, aangevuld met de Hoge Raad als belastingrechter). Internationaal ging ik in op de relatie tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties, enerzijds, en het Hof van Justitie en het EHRM, anderzijds.

Ik onderzocht deze verhoudingen steeds aan de hand van dezelfde, in hoofdstuk 1 geïntroduceerde deelvragen, zij het dat niet alle vragen in elke verhouding een rol speelden. De vragen waren de volgende:

- bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

In elk geval de nationale rechterlijke instanties bleken een streven naar een doelmatige en efficiënte verdeling van rechtsmacht en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken gemeen te hebben. De *leer van de meest gerede rechter* bleek bij dat streven goede diensten te doen. Deze leer, die is geënt op het in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde beginsel van de formele rechtskracht, houdt in dat de rechter tot wiens rechtsgebied de te beantwoorden vraag behoort, dan wel met wiens rechtsgebied de meeste aanknopingspunten bestaan, het voortouw neemt en wordt gegeven.

Het streven bleek echter niet steeds tot het gewenste resultaat te leiden. In dit hoofdstuk probeer ik op grond van de bevindingen uit jurisprudentie en literatuur te komen tot vuistregels aan de hand waarvan een rechter in

een concreet geval kan bepalen of en, zo ja, in welke mate hij zich gebonden acht aan een eerdere rechterlijke uitspraak. Tevens zal ik voor de nationale verhoudingen enkele institutionele voorstellen doen, om de rechtseenheid over de gehele linie te bevorderen.

Waar ik in de voorgaande hoofdstukken de verhouding tussen de nationale bestuursrechterlijke instanties, enerzijds, en het Hof van Justitie en EHRM, anderzijds, als laatste besprak, bespreek ik die verhouding in dit hoofdstuk als eerste. De reden hiervoor is dat de institutionele voorstellen betrekking hebben op de nationale relaties. Door de volgorde van bespreking om te keren, sluiten de verschillende delen van dit hoofdstuk beter op elkaar aan.

8.2 Nationale bestuursrechters – internationale hoven

De vraag of een rechter gebondenheid aanneemt aan eerdere uitspraken van andere rechterlijke instanties is het eenvoudigst te beantwoorden in de verhouding tussen de nationale bestuursrechters en de internationale hoven. Hoewel beide hoven een zekere samenwerking met de nationale rechterlijke instanties voor ogen staat, blijkt dat de inspanningen om tot dat resultaat te komen voornamelijk door de nationale bestuursrechters (moeten) worden verricht. Beide hoven achten zich, zich beroepend op de hun door de (oprichtings)verdragen toebedeelde taak, exclusief bevoegd tot uitleg van die verdragen en eventuele daarop gebaseerde nadere regelgeving. Wat betreft het Hof van Justitie zijn dit in de eerste plaats verordeningen en richtlijnen en wat betreft het EHRM gaat het om het EVRM en de daarbij behorende protocollen.

Beide hoven achten zich ook exclusief bevoegd te oordelen over de geldigheid en uitleg van de respectieve verdragen en daarop gebaseerde regelingen, zij het dat de taak van het Hof van Justitie op dit gebied ruimer is dan die van het EHRM. Anders dan de Raad van Europa, kan de Europese Unie immers ingevolge de oprichtingsverdragen voorschriften vaststellen die uit eigen hoofde, derhalve zonder implementatie in het nationale recht, algemeen verbindend zijn. Daarnaast is het Hof van Justitie onder omstandigheden bereid tot uitleg van zuiver nationale voorschriften, mits deze maar geënt zijn op het unierecht. Eén van de vereisten daarvoor is dat de nationale rechterlijke instantie zich zonder meer gebonden acht aan de door het Hof van Justitie gegeven uitleg.

Wat betreft de feitenvaststelling hanteren beide hoven het uitgangspunt dat de vaststelling en waardering van de feiten is voorbehouden aan de nationale rechter. De belangrijkste reden daarvoor is dat de nationale rechter beter geëquipeerd is de feiten vast te stellen, onder meer omdat zijn afstand tot partijen in zowel absolute, als relatieve zin kleiner is. Schijn bedriegt echter ook in dit geval. Beide hoven zijn namelijk niet altijd in staat tot een volledig van de feiten van het concrete geval geabstraheerde uitleg van het unierecht of EVRM te komen. Zij kunnen zich derhalve genoodzaakt zien over te gaan

tot herwaardering, dan wel in een uitzonderlijk geval hernieuwde vaststelling, van de door de nationale rechter vastgestelde feiten. Het EHRM gaat daarin het verst, door bij potentiële of voortdurende verdragsschendingen tot een beoordeling *ex nunc* over te gaan, hetgeen onder omstandigheden een *ex-nunc*vaststelling van de feiten veronderstelt.

De Nederlandse hoogste bestuursrechters vertonen een loyale (of lijdzame?) houding ten opzichte van beide hoven. Uitspraken waarin uitdrukkelijk afstand wordt genomen van een arrest van het Hof van Justitie of het EHRM, dan wel welbewust de confrontatie met één van beide hoven wordt gezocht, ontbreken. Ook indien het arresten betreft waarin één van de hoven getreden is in een aspect dat volgens de eigen jurisprudentie van die hoven is voorbehouden aan de nationale rechter.[1] In dit opzicht verschilt de situatie in Nederland van die in bijvoorbeeld de Bondsrepubliek Duitsland en Tsjechië. Nederlandse bestuursrechters lijken ten opzichte van het Hof van Justitie de ruimte veeleer te zoeken en ook te vinden in het achterwege laten van prejudiciële verwijzing, bijvoorbeeld omdat zij beantwoording van de aan de orde gestelde rechtsvraag niet noodzakelijk achten voor het beslechten van het voorliggende geschil, dan wel door met enige creativiteit een *acte clair* of een *acte éclairé* aan te nemen.[2] Wat betreft het EHRM biedt de casuïstische opzet van zijn arresten, ook als het arresten van een Grote Kamer betreft, de nationale rechter over het algemeen voldoende ruimte het voorliggende geval op de door hem gewenste wijze af te doen, zonder (al te opzichtig) met de jurisprudentie van het EHRM in strijd te komen. Het nobele handwerk van het onderscheiden derhalve, dat ook in landen met een klassiek precedentenstelsel goede diensten bewijst. Deze benaderingswijze wordt in de relatie tot het Hof van Justitie ook wel geduid als prudent gebruikmaken van het verwijzingsrecht (vrij naar Van Harten) of – minder positief – het duiken van prejudiciële vragen (Barents).[3]

Wellicht doet de omschrijving prudent duiken van prejudiciële vragen meer recht aan de wijze waarop in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk invulling wordt gegeven aan de onmiskenbaar uit het unierecht en jurisprudentie van het Hof van Justitie voortvloeiende verwijzingsplicht. Niettegenstaande de eenduidige uitgangspunten, verwoord in het bekende CILFIT-arrest, kan het Hof van Justitie niet daadwerkelijk voor ogen hebben gestaan dat elke gedecentraliseerde unierechter die enige twijfel heeft over de uitleg van een bepaling van unierecht tot prejudiciële verwijzing overgaat.[4] Dat was al ambitieus ten tijde van het wijzen van voormeld arrest, toen de Europese Gemeenschap uit tien lidstaten bestond. Met een Europese Unie van

1 Zie voor een overzicht van de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan arresten van het EHRM: Keller & Stone Sweet. Zie De Wet voor de wijze waarop dat in Nederland gebeurt.

2 Zie over de betekenis van deze begrippen nader: Barents 2010-1, p. 379-381, Grimbergen, p. 24-26, en Nowak & Cariat, p. 41. Zie ook: Van Harten 2007, p. 236-240.

3 Van Harten 2013, p. 126, en Barents 2013, p. 131.

4 HvJ 16 oktober 1982 (CILFIT), *NJ* 1983/55.

– op dit moment – achtentwintig lidstaten zou dit niet alleen de volledige overbelasting van het Hof van Justitie tot gevolg hebben, maar de beantwoording van prejudiciële vragen ook op onaanvaardbare wijze vertragen. Een parallel dringt zich op met de – tot voor kort steeds oplopende – werkvoorraad van het EHRM. In het jaarverslag 2013 wijst de president van het Hof van Justitie er ook op dat intensivering van de rechtsprekende activiteit zelfs in een niet zo verre toekomst de efficiëntie van het gerechtelijke bestel van de unie in zijn geheel in gevaar kan brengen.

Dat wil niet zeggen dat de relatie tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof van Justitie niet voor verbetering vatbaar is. Het Hof van Justitie zou meer werk kunnen maken van zijn credo dat de prejudiciële procedure op samenwerking met de verwijzende rechter is gericht. Het is immers opvallend dat de verwijzende rechter in een – in naam – op samenwerking gerichte procedure na verwijzing geen enkele rol meer speelt in de prejudiciële procedure en door het Hof zelfs als willekeurige derde wordt behandeld. De vraag rijst dan ook of het niet beter zou zijn de verwijzende rechter te laten participeren in de prejudiciële procedure. In het Reglement voor de procesvoering zou bijvoorbeeld een bepaling kunnen worden opgenomen op grond waarvan de verwijzende rechter de mogelijkheid heeft te reageren op de door de Commissie en lidstaten gemaakte schriftelijke opmerkingen en eventueel de gestelde vragen te verduidelijken. Thans rest hem geen andere mogelijkheid dan de vragen in te trekken, indien hij op basis van de opmerkingen of de behandeling ter zitting in Luxemburg tot de slotsom komt dat het een andere dan de door hem bedoelde kant dreigt op te gaan. Bijvoorbeeld omdat het Hof van Justitie de vragen herformuleert, al dan niet op instigatie van wél bij de prejudiciële procedure betrokken actoren. Indien het Hof van Justitie overweegt de gestelde vragen te herformuleren, zou het de verwijzende rechter op zijn minst de gelegenheid moeten bieden de vragen te verduidelijken. Dat voorkomt dat de verwijzende rechter antwoord krijgt op een vraag die hij niet heeft willen stellen en hij zich vervolgens moet afvragen wat met dat antwoord te doen bij de beslechting van het geschil.

Voor het EHRM biedt het in voorbereiding zijnde 16e Protocol evenzeer kansen om zowel de samenwerking met, als de betrokkenheid van de nationale rechterlijke instanties te vergroten. Dit protocol voorziet in de mogelijkheid dat een nationale rechterlijke instantie het EHRM bij wege van prejudiciële beslissing advies vraagt over de uitleg van het EVRM of de daarbij behorende protocollen. Het is het overwegen waard de verwijzende rechter(lijke instantie) ook na verwijzing een rol in deze procedure te geven. Hier geldt evenzeer wat ik hiervoor ten aanzien van het Hof van Justitie opmerkte over de rol van de nationale rechter. Op zijn minst zou de verwijzende instantie dan ook moeten kunnen reageren op reacties die bij het EHRM zijn ingediend naar aanleiding van haar adviesvraag. Maar zou het zo gek zijn te voorzien in de mogelijkheid dat bijvoorbeeld de president/voorzitter van de verwijzende instantie als *ad-hoc*rechter deelneemt aan de adviesprocedure? De *ad-hoc*rechter zou dan kunnen optreden als liaison tus-

sen het EHRM en de verwijzende instantie. Daarmee kan worden voorkomen dat het EHRM advies geeft over een interpretatievraag, waarvan het meent dat de verwijzende rechter die in wezen beoogde stellen, maar die de verwijzende rechter niet heeft willen stellen.

8.3 Nationale rechters onderling

8.3.1 Stand van zaken

Tussen de hoogste civiele rechter en strafrechter, enerzijds, en de hoogste bestuursrechterlijke instanties, anderzijds, en de hoogste bestuursrechterlijke instanties onderling bestaat evenmin een hiërarchische relatie. In de relatie tussen de hoogste civiele rechter en strafrechter en de hoogste bestuursrechterlijke instanties is van formele gebondenheid over en weer aan elkaars uitspraken dan ook geen sprake. Zo een instantie binding aanneemt, berust dat derhalve op een eigen keuze van de desbetreffende instantie. De betekenis van het niet aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen, terwijl die wel hebben opengestaan, laat ik in dit hoofdstuk onbesproken. De belangstellende lezer verwijs ik daarvoor graag naar de desbetreffende hoofdstukken.[5]

Denkbaar zou zijn dat elk van de instanties rechtspreekt zonder zich enige rekenschap te geven van eerdere uitspraken van de andere instanties. Het blijkt echter dat het streven naar een efficiënte en doelmatige verdeling van rechtsmacht en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken vooropstaat. De verschillende hoogste rechterlijke instanties noemen dit streven ook regelmatig in hun uitspraken als reden om te kiezen voor een bepaalde uitleg of uitkomst. Toepassing van de *leer van de meest gerede rechter* leidt over het algemeen dan ook tot goede uitkomsten.

Deze leer is geënt op het in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde beginsel van de formele rechtskracht en houdt in dat de rechter tot wiens rechtsgebied de te beantwoorden vraag behoort, dan wel met wiens rechtsgebied de meeste aanknopingspunten bestaan, het voortouw neemt en wordt gegeven. Indien een meest gerede rechter kan worden aangewezen, blijken rechterlijke instanties doorgaans bereid gebondenheid aan te nemen aan een uitspraak van die rechter. Deze gebondenheid is echter niet absoluut en berust steeds op een eigen keuze van de desbetreffende rechterlijke instantie.

In het bijzonder oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en de uitleg van een wettelijk voorschrift lenen zich naar hun aard voor herhaalde toepassing. Denkbaar is dat de meest gerede rechter

5 Hoofdstuk 3, in het bijzonder paragraaf 3.1.6 voor de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter en hoofdstuk 4, in het bijzonder paragraaf 4.2.2 voor de verhouding tussen strafrechter en de bestuursrechter.

in dezelfde partijconstellatie eerder een uitspraak deed, dan wel dat hij die eerdere uitspraak deed in een procedure met een andere partijconstellatie. Het streven naar rechtseenheid op deze gebieden kan ook worden aangeduid als rechtseenheid op *macroniveau*. Hiervan moet (het streven naar) rechtseenheid op *microniveau* worden onderscheiden. Hiermee doel ik op de doorwerking van eerdere rechterlijke oordelen in dezelfde partijconstellatie, derhalve in die gevallen waarin gedeelde rechtsmacht in zuivere vorm aan de orde is.

Gevolg van de beperking van het onderzoek tot relaties waarbij op zijn minst één hoogste bestuursrechterlijke instantie betrokken is, is dat het onderzoek in het overgrote deel van de gevallen om de vraag gaat of de civiele rechter of de strafrechter zich gebonden (zou moeten) acht(en) aan een eerder oordeel van de bestuursrechter. De belangrijkste reden hiervoor is dat in de gevallen waarin de paden van de civiele rechter en de strafrechter dat van de bestuursrechter kruisen, de bestuursrechter onmiskenbaar de meest gerede rechter is. Bijvoorbeeld omdat de civiele rechter moet oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift dat een bestuursorgaan moet instrumentaliseren door het nemen van besluiten, dan wel als restrechter voor een rechtzoekende die geen toegang had tot de procedure waarin de bestuursrechter heeft geoordeeld. De strafrechter zal in gevallen waarin zijn pad dat van de bestuursrechter kruist, vaak optreden als sluitstuk van het bestuursrechtelijk handhavingstraject. Het betreft derhalve gevallen waarin naast het civiele en strafrechtelijke traject steeds een bestuursrechtelijk traject loopt, heeft gelopen of had kunnen lopen.

Omdat de bestuursrechter in deze gevallen de meest gerede rechter is, is het niet zo vreemd dat de Hoge Raad op macroniveau, dus *erga omnes*, als zowel hoogste civiele rechter, als strafrechter gebondenheid aanneemt aan het oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *on*verbindend is. Voor bestuursorganen houdt dit een risico-aansprakelijkheid in. Het onverbindendheidsoordeel van de bestuursrechter geldt voor alle bestuursorganen die met de uitvoering van het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift zijn belast, derhalve ook bestuursorganen (inclusief het Openbaar Ministerie) die niet betrokken waren bij de procedure waarin het verbindendheidsoordeel werd geveld.

Wat betreft de betekenis van het oordeel van de bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *ver*bindend is moet blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad een onderscheid worden gemaakt tussen de gevallen waarin de rechtzoekende wél of geen gebruik heeft gemaakt of had kunnen maken van de bestuursrechtelijke rechtsgang. In het eerste geval is zowel de civiele rechter, als de strafrechter op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter. Ten aanzien van een rechtzoekende die geen toegang had (of had kunnen hebben) tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming neemt de Hoge Raad geen gebondenheid aan. Dat laat de mogelijkheid onverlet dat de civiele rechter en strafrechter tot hetzelfde resultaat komen als eerder de bestuursrechter, zodat tegenstrijdige uitspraken worden voorkomen.

Voor de civiele rechter betreft dit het *ver*bindendheidsoordeel als zodanig, zodat de gebondenheid zich ook uitstrekt tot toekomstige procedures tussen dezelfde partijen. De strafrechter neemt slechts *de-facto*gebondenheid aan het verbindendheidsoordeel aan over de band van de rechtmatigheid van het bij de bestuursrechter bestreden besluit. Ofwel: de strafrechter acht zich gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter dat het besluit rechtmatig is, ook indien hij zelf van oordeel zou zijn dat het algemeen verbindend voorschrift op basis waarvan dat besluit is genomen onverbindend is. Het – al dan niet expliciete – oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift bindt de strafrechter in toekomstige gevallen echter niet.

Omdat de bestuursrechter – ook in de optiek van de Hoge Raad – in deze gevallen de meest gerede rechter is, is het niet zo vreemd dat bij de vraag naar gebondenheid aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift van wederkerigheid geen sprake is. De hoogste bestuursrechters achten zich dan ook niet gebonden aan een eerder oordeel van de civiele rechter of strafrechter dat een algemeen verbindend voorschrift (on)verbindend is. Dat laat uiteraard onverlet dat zij – wederom vanuit het streven tegenstrijdige uitspraken te voorkomen – tot dezelfde uitkomst kunnen komen.

Hiervoor betrof het steeds gevallen waarin naast het civiele en strafrechtelijke traject er steeds ook een bestuursrechtelijk traject loopt, heeft gelopen of had kunnen lopen. In die gevallen is duidelijk dat de bestuursrechter de meest gerede rechter is. Dat hoeft niet steeds het geval te zijn bij beantwoording van de bindingsvraag ten aanzien van de uitleg van wettelijke voorschriften. Er zijn voorschriften waarvan duidelijk is dat zij behoren tot – bijvoorbeeld – het rechtsgebied van de civiele rechter. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan bepalingen uit Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, die niettemin ook in bestuursrechtelijke zaken van belang kunnen zijn. Er zijn evenwel ook voorschriften die niet tot één rechtsgebied gerekend kunnen worden, zoals het EVRM.

Indien duidelijk is tot wiens rechtsgebied een te interpreteren wettelijk voorschrift behoort, dan wel met wiens rechtsgebied het voorschrift de meeste aanknopingspunten heeft, passen zowel de Hoge Raad, als de hoogste bestuursrechterlijke instanties de leer van de meest gerede rechter onverkort toe. Dit leidt er bijvoorbeeld toe dat de hoogste bestuursrechterlijke instanties zich aansluiten bij de uitleg door de Hoge Raad van wettelijke voorschriften die behoren tot het civiele recht of strafrecht. De Hoge Raad doet dit als hoogste civiele rechter en strafrechter ook. Daarbij maakt hij geen onderscheid tussen toepassing op macro- of microniveau.

De leer van de meest gerede rechter vormt voor de civiele rechter en bestuursrechterlijke instanties ook uitgangspunt bij beantwoording van de vraag of binding bestaat aan een eerdere vaststelling van de feiten. Beiden gaan in beginsel uit van de feitenvaststelling door de meest gerede rechter, tenzij deze evident onjuist is.

De leer van de meest gerede rechter biedt vanzelfsprekend geen oplossing, indien geen meest gerede rechter kan worden aangewezen. Dit is in het bijzonder, maar niet alleen, het geval in de relatie tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties wat betreft de uitleg van de Algemene wet bestuursrecht en de algemene bestuursrechtelijke leerstukken. Evenzeer is dit het geval in de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter op het terrein van de uitleg van bijvoorbeeld verdragsbepalingen. Het betreft dan, wellicht niet geheel toevallig, gevallen waarin geen gedeelde rechtsmacht bestaat. Ook in die gevallen is het streven gericht op het bereiken van rechtseenheid. Een voorbeeld hiervan is het streven van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties om verschillen in jurisprudentie op macroniveau weg te werken of op zijn minst te verklaren. Is dat niet mogelijk, dan lijkt ieder zijn eigen weg te gaan.

Ten aanzien van de vaststelling van de feiten is in de verhouding tussen de straf- en de bestuursrechter van een streven naar rechtseenheid en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken tot nu toe nog geen sprake. De Hoge Raad acht zich als strafrechter op generlei wijze gebonden aan een feitenvaststelling door de bestuursrechter, ook niet als hijzelf de hoogste bestuursrechter was. De Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad als belastingrechter achten zich evenmin op enigerlei wijze gebonden aan een eerdere feitenvaststelling door de strafrechter. Rechtvaardiging hiervoor vinden zij in het verschil in taak van de straf- en bestuursrechter en de verschillende eisen die het straf- en bestuursrecht stellen aan de vaststelling en waardering van de feiten. De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert een gedifferentieerde benadering. Deze komt erop neer dat, gelet op de hoge eisen die de strafrechter aan bewijs stelt, een bewezenverklaring door de strafrechter de bestuursrechter bindt. Gegeven dat het bestuursrecht andere, lagere, eisen aan bewijs stelt, bindt een vrijspraak door de strafrechter de bestuursrechter volgens de Afdeling bestuursrechtspraak echter niet. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven is minder uitgesproken, maar lijkt aan te sluiten bij de benaderingswijze van de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad.

8.3.2 Algemene regel?

Inleidende opmerkingen

Hoezeer het streven van de hoogste rechterlijke instanties ook gericht is op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, de praktijk leert ons dat zich verschillen blijven voordoen. Een verklaring hiervoor kan deels worden gevonden in de toegangsbeperkingen die het huidige bestuursrechtelijke stelsel kent en waardoor niet iedere rechtzoekende die meent door een besluit te worden benadeeld zich ook toegang tot de bestuursrechter heeft. Deels kunnen deze verschillen ook worden verklaard door de eisen die de verschillende rechtsgebieden stellen aan de taak van de rechter. In deze paragraaf zal ik bezien of algemeen toepasbare vuistregels kunnen worden geformuleerd aan de hand waarvan een rechter kan bepalen of en, zo ja, welke betekenis hij dient te hechten aan een eerdere rechterlijke uitspraak. Het gaat dan om

de betekenis voor de in hoofdstuk 1 geïntroduceerde onderzoeksvragen, te weten of binding bestaat aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift en een eerdere vaststelling van de feiten. De in de vorige paragraaf beschreven uitgangspunten in de jurisprudentie vormen daarbij weliswaar een inspiratiebron, maar voor de duidelijkheid zij opgemerkt dat de in deze paragraaf geformuleerde vuistregels niet volledig overeenstemmen met de huidige jurisprudentie.

Leer van de meest gerede rechter

Hiervoor bleek dat alle hoogste rechterlijke instanties impliciet of expliciet gebruikmaken van de leer van de meest gerede rechter om te bepalen of en, zo ja, in welke mate zij gebondenheid aannemen aan eerdere uitspraken van een collega-instantie. Deze leer houdt in dat de rechter tot wiens rechtsgebied de te beantwoorden vraag behoort, dan wel met wiens rechtsgebied de meeste aanknopingspunten bestaan, het voortouw neemt en wordt gegeven en vormt ook voor mij het uitgangspunt bij het ontwikkelen van de vuistregels.

Indien een rechterlijke instantie bij de berechting van een voorliggend geval wordt geconfronteerd met een eerdere uitspraak van een andere rechterlijke instantie is de eerste vraag die zij zou moeten beantwoorden wie de meest gerede rechter is. Met andere woorden: tot wiens rechtsgebied behoort de te beantwoorden (rechts)vraag of met wiens rechtsgebied vertoont de vraag de meeste aanknopingspunten. Het antwoord op deze vraag bepaalt of de rechter zelf het voortouw kan nemen, dan wel een andere rechterlijke instantie het voortouw zou moeten geven.

Wie is de meest gerede rechter?

De keuze om dit onderzoek te beperken tot die relaties waarbij een bestuursrechterlijke instantie betrokken is, vereenvoudigt het antwoord op deze vraag aanmerkelijk. Immers, in het geval waarin de overheid de rechtsverhouding met de rechtzoekende eenzijdig vaststelt of heeft vastgesteld middels het nemen van een besluit, is de bestuursrechter steeds de meest gerede rechter. Ook, indien het de vraag naar de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften betreft die langs bestuursrechtelijke weg geïnstrumentaliseerd worden door het nemen van – beroepbare – besluiten. Weliswaar staat ingevolge artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht tegen algemeen verbindende voorschriften als zodanig geen beroep op de bestuursrechter open, maar als hoofdregel wel tegen de besluiten die een bestuursorgaan krachtens dat algemeen verbindend voorschrift neemt. In het kader van zodanig beroep kan de bestuursrechter middels exceptieve toetsing een oordeel geven over de verbindendheid van het onderliggende algemeen verbindend voorschrift. De bestuursrechter is ook de meest gerede rechter, indien de overheid ervoor kiest bestuursrechtelijke normen te handhaven door middel van het strafrecht in plaats van het bestuursrecht. Het strafrecht vormt dan het sluitstuk van het bestuursrechtelijke traject.

De leer van de meest gerede rechter zou op zichzelf ook toegepast kunnen worden in de verhouding tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof van Justitie en het EHRM. In elk geval wat betreft de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften en de uitleg van wettelijke voorschriften zullen deze beide hoven echter over het algemeen de meest gerede rechter zijn.

De bestuursrechter is ook de meest gerede rechter, in het geval een rechtzoekende niet voldoet aan de vereisten om in de bestuursrechtelijke procedure als belanghebbende te worden aangemerkt. De keuze van de wetgever de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg uitsluitend open te stellen voor belanghebbenden, betekent weliswaar dat die rechtzoekende voor zijn rechtsbescherming op de civiele rechter is aangewezen, maar dat maakt nog niet dat de bestuursrechter ophoudt voor de achterliggende rechtsverhouding de meest gerede rechter te zijn. Dit leidt ertoe dat ook in die gevallen de civiele rechter zijn bestuursrechtelijke collega het voortouw moet laten nemen, in die zin dat hij zich zoveel mogelijk bij diens jurisprudentie aansluit. Een efficiënte en doelmatige verdeling van rechtsmacht brengt met zich dat van elke rechtzoekende in beginsel ook mag worden verwacht dat hij zich tot de meest gerede rechter wendt, alvorens een alternatieve rechtsgang te bewandelen. In beginsel, want een efficiënte en doelmatige inzet van schaarse rechterlijke capaciteiten is er niet mee gediend als een rechtzoekende beroep instelt bij de bestuursrechter, terwijl hij volgens vaste jurisprudentie van diezelfde bestuursrechter evident geen belanghebbende is. Indien een rechtzoekende echter slechts twijfelt over zijn belanghebbendheid, mag van hem worden verwacht dat hij zich tot de bestuursrechter wendt. Op die manier wordt de bestuursrechter de gelegenheid geboden die twijfel weg te nemen. Indien al een bestuursrechtelijke procedure aanhangig is, mag van elke rechtzoekende worden verwacht dat hij alsnog probeert aan die procedure deel te nemen alvorens zich tot de civiele rechter te wenden.

In het overgrote deel van de gevallen komt dit erop neer dat de Hoge Raad een rechtzoekende moet tegenwerpen dat hij zich niet eerst tot de bestuursrechter heeft gewend. Zolang de rechtzoekende de bestuursrechter niet geadieerd heeft, dan wel de bestuursrechtelijke procedure nog niet is afgerond, moet de civiele rechter hem in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaren. Op deze wijze is gewaarborgd dat de meest gerede rechter daadwerkelijk de mogelijkheid heeft het voortouw te nemen. Dit geldt uiteraard slechts indien de rechtzoekende een keuzemogelijkheid heeft en niet als hij door het Openbaar Ministerie wordt gedagvaard. Het is dan immers de keuze van de overheid de strafrechtelijke weg te bewandelen en niet die van de rechtzoekende. De betekenis van deze optie is echter beperkt. In die gevallen waarin de paden van de strafrechter en de bestuursrechter elkaar kruisen, vormt het strafrecht immers doorgaans het sluitstuk van het bestuursrechtelijke handhavingstraject en is de bestuursrechter daarom de meest gerede rechter. Over het algemeen zal de rechtzoekende ook eerder de mogelijkheid hebben gehad zich tot de bestuursrechter te wenden. Dat betekent dat de strafrechter zou moeten uitgaan van het oordeel van zijn bestuursrechtelijke

collega, dan wel zich daar op zijn minst zoveel mogelijk bij moet aansluiten. Indien de bestuursrechtelijke procedure nog loopt, dan wel de termijn voor het aanwenden van rechtsmiddelen nog niet is verstreken, zou de strafrechter het oordeel van de bestuursrechter moeten afwachten, dan wel moeten afwachten of alsnog bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden ingesteld.

De bestuursrechter is de meest gerede rechter

Voor gevallen, waarin de civiele rechter, de strafrechter en de bestuursrechter rechtsmacht delen is, zoals ik hiervoor al opmerkte, de bestuursrechter steeds de meest gerede rechter. Dat betekent dat de civiele rechter en strafrechter de bestuursrechter het voortouw moeten geven. Dit betreft in elk geval de eerste twee onderzoeksvragen, te weten: bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift. Dit komt erop neer dat de civiele rechter en strafrechter zich zonder meer en *erga omnes* gebonden moeten achten aan het oordeel van een hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *on*verbindend is en dat zij moeten uitgaan van de door de bestuursrechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift. Dit is overigens in lijn met de jurisprudentie. Ik stel dus geen wijziging voor.

Echter, mijns inziens zou zowel de civiele rechter, als de strafrechter zich evenzeer *erga omnes* gebonden moeten achten aan het oordeel van een hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *ver*bindend is, dan wel een uitspraak waarin de bestuursrechter impliciet van verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift uitgaat door de toepassing ervan in het concrete geval te toetsen. Voor de duidelijkheid: ik heb hier niet het oog op de gevallen waarin de bestuursrechter aan een inhoudelijk oordeel niet is toegekomen, bijvoorbeeld omdat het beroep te laat is ingediend of geen gronden zijn voorgedragen, dan wel het griffierecht niet is betaald.

De vraag naar de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften is weliswaar niet meer van openbare orde, maar indien de bestuursrechter inhoudelijk uitspraak heeft gedaan, moet worden aangenomen dat hij, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend, het door hem toegepaste algemeen verbindend voorschrift op verbindendheid heeft onderzocht. Dit is uiteraard een fictie, maar de rechtszekerheid vereist mijns inziens dat, indien een rechtzoekende meent dat een (eerder) verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter onjuist is, hij dat in een bestuursrechtelijke procedure aan de orde stelt. Aldus kan de bestuursrechter als meest gerede rechter het belang van omgaan afwegen tegen de inbreuk op de rechtszekerheid die hij daarmee zou maken. Van de bestuursrechter mag daarbij worden verwacht dat hij waarborgt dat degene, die over een rechtens te honoreren belang beschikt zich tot de civiele rechter te wenden, dan wel het onderwerp kan zijn van strafrechtelijke handhaving van een besluit, ook toegang heeft tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Dit kan er onder omstandigheden toe leiden dat de bestuursrechter een ruimere invulling aan het belanghebbendebegrip zal moeten geven.

Wat betreft de vraag of binding bestaat aan een eerdere vaststelling van de feiten, kan de voor de verhouding tussen de civiele rechter en bestuursrechter geldende lijn in de jurisprudentie worden voortgezet. Deze houdt in, dat in beginsel moet worden uitgegaan van de feitenvaststelling door de meest gerede rechter. Voor de verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter heeft de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak mijn voorkeur boven die van de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. In die benadering is de bestuursrechter gebonden aan een bewezenverklaring door de strafrechter, maar niet aan een vrijspraak. De strafrechter is zijnerzijds gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter dat de rechtzoekende de aan het besluit ten grondslag liggende gedraging niet heeft verricht, dan wel dat het bestuursorgaan het bewijs op onrechtmatige wijze heeft verkregen. Gegeven echter de lagere eisen die het bestuursrecht aan bewijs en de wijze waarop dat verkregen is, stelt, is de strafrechter niet gebonden aan een voor de rechtzoekende belastende feitenvaststelling. Ik realiseer mij dat dat niet in overeenstemming is met de leer van de meest gerede rechter. Op grond daarvan zou de strafrechter zich immers ook in die gevallen gebonden moeten achten aan de feitenvaststelling door de bestuursrechter, ook als daarbij de strafvorderlijke eisen niet in acht zijn genomen. Mede gezien de aard van de straffen die de strafrechter kan opleggen, biedt het belang van de rechtsbescherming van een rechtzoekende echter voldoende rechtvaardiging voor het maken van een – beperkte – uitzondering op de leer van de meest gerede rechter.

Bestuursrechter is niet de meest gerede rechter

Tot nu toe had ik het oog op de gevallen waarin de bestuursrechter onmiskenbaar de meest gerede rechter is en waarbij de civiele rechter uitsluitend in beeld komt als restrechter, en de strafrechter omdat de bestuursrechtelijke rechtsvaststelling ook strafrechtelijk wordt gehandhaafd. Het komt echter evenzeer voor dat de bestuursrechter niet de meest gerede rechter is, bijvoorbeeld bij de uitleg van wettelijke voorschriften voorschriften die zijn geënt op bepalingen uit het strafrecht of het civiele recht. Indien de bestuursrechter geroepen wordt tot uitleg van wettelijke voorschriften die zonder meer behoren tot het terrein van het civiele recht of het strafrecht of daarmee de meeste aanknopingspunten hebben, dan brengt de leer van de meest gerede rechter met zich dat hij zich zonder meer aansluit bij uitleg die de civiele rechter of strafrechter blijkens de jurisprudentie voorstaan.

Geen meest gerede rechter, en dan?

Indien geen meest gerede rechter kan worden aangewezen, mag van de verschillende rechterlijke instanties worden verwacht dat zij hun beslissing om af te wijken van een eerdere uitspraak van een collega- instantie motiveren. Niet alleen waarom zij tot een ander oordeel zijn gekomen, maar ook waarom zij dat oordeel beter vinden. Op die manier kan middels een dialoog

over de band van de uitspraken wellicht alsnog eenheid worden bereikt.[6] Die eenheid kan op deze manier echter niet worden afgedwongen; daarvoor zijn institutionele aanpassingen vereist. Daartoe doe ik in de volgende paragraaf een voorstel.

8.4 Institutionele oplossingen

8.4.1 Inleidende opmerkingen

Ondanks het streven van de hoogste nationale rechterlijke instanties naar een doelmatige en efficiënte rechtsmachtverdeling en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken en de resultaten die daarmee bereikt zijn, is het tot nu toe niet gelukt over de gehele linie rechtseenheid te bereiken. Hoewel het gewicht van de nog bestaande verschillen niet moet worden overdreven, liggen de knelpunten voornamelijk op die gebieden waar geen meest gerede rechter kan worden aangewezen. Het betreft zowel de verhouding tussen de civiele rechter en strafrechter, enerzijds, en de bestuursrechter, anderzijds, als de verhouding tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties.

De vuistregels die ik in de vorige paragraaf formuleerde, gaan uit van handhaving van de bestaande – institutionele – structuren. Derhalve een situatie waarin naast elkaar meerdere hoogste bestuursrechterlijke instanties bestaan en een rechtseenheidsvoorziening tussen die instanties en de Hoge Raad als hoogste civiele en strafrechter ontbreekt. In die situaties is het bereiken van rechtseenheid afhankelijk van de bereidheid van de verschillende rechterlijke instanties niet alleen rechtseenheid na te streven, maar ook daadwerkelijk tot rechtseenheid te komen. Om rechtseenheid tussen de verschillende rechterlijke instanties daadwerkelijk te kunnen garanderen, zijn ingrijpender maatregelen vereist. Voor het realiseren van die maatregelen is ingrijpen van de wetgever onvermijdelijk.

In deze paragraaf zal ik bezien of en, zo ja, welke institutionele wijzigingen mogelijk en wenselijk zijn waarmee rechtseenheid gegarandeerd kan worden. Ik zal daarbij allereerst ingaan op rechtseenheidsvoorzieningen voor het bestuursrecht en daarna voor het civiele recht, het strafrecht en het bestuursrecht.

8.4.2 Rechtseenheid binnen het bestuursrecht

Zoals reeds opgemerkt in hoofdstuk 5 hebben de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties de afgelopen jaren een waar rechtseenheidsoffensief gevoerd. Met De Poorter ben ik van mening dat daarmee de belangrijkste verschillen in de jurisprudentie van die instanties zijn wegge-

6 Zie hierover ook: De Poorter & De Graaf, p. 232-233, Scheltema 2005, en Scheltema 2006.

nomen.[7] Voor de verschillen die resteren, bestaat over het algemeen een duidelijke verklaring, zij het dat voor discussie vatbaar is of die verklaring in alle gevallen het laten voortbestaan van de verschillen rechtvaardigt. Zoals ik in hoofdstuk 2 opmerkte, bestaan er daarnaast verschillen tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties die niet zozeer te herleiden zijn tot dogmatische verschillen, maar veeleer het gevolg zijn van verschillen in uitvoeringsmodaliteiten. Dit alles laat onverlet dat het bewaren en bereiken van rechtseenheid binnen het bestuursrecht niet alleen het resultaat zou moeten zijn van informeel overleg tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties, hoe goed dat in het verleden ook gewerkt heeft.

8.4.2.1 Wet aanpassing bestuursprocesrecht: grote kamer en Advocaat-Generaal

Met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht is het voor het hoger beroep geldende procesrecht uniform in hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht geregeld in plaats van in de Wet op de Raad van State, de Beroepswet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. Verder is in bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak opgenomen, waarin naast het overzicht van de van beroep uitgezonderde besluiten de bijzondere competenties van de verschillende rechterlijke instanties zijn vermeld. Dit betreft niet alleen de gevallen waarin beroep in eerste en enige aanleg en hoger beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de gerechtshoven openstaat, maar ook de gevallen waarin een specifieke rechtbank bij uitsluiting bevoegd is in eerste aanleg. Dit draagt bij aan een overzichtelijke rechtsmachtverdeling en daarmee ook aan het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, indien twijfel bestaat over het antwoord op de vraag welke instantie bevoegd is.

De Wet aanpassing bestuursprocesrecht heeft verder voor het bestuursrecht de mogelijkheid geïntroduceerd om één van de leden van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven een conclusie te laten nemen (artikel 8:12a van de Algemene wet bestuursrecht).[8] Blijkens de memorie van toelichting is bedoeld de conclusie te laten nemen als in een zaak een vraag rijst die van belang is voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling binnen het algemeen bestuursrecht.[9] Niet is voorzien in de instelling van een onafhankelijk parket, zoals dat van de procureur-generaal bij de Hoge Raad, zoals onder meer bepleit door Van Ettekoven.[10] Beter is het wellicht te spreken van nog niet voorzien, nu uit de memorie van toelichting volgt dat is volstaan met

7 De Poorter 2012, p. 271.
8 Zie over het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht onder meer: Albers 2011, de *NTB*-special 2011-7, Timmermans 2012-2, en Barkhuysen & Claessens.
9 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 17.
10 Onder meer: Van Ettekoven 2008, en Van Ettekoven 2010, p. 290-293.

een summiere regeling, omdat het nemen van conclusies in het bestuursrecht een nieuw fenomeen is waarmee nog ervaring moet worden opgedaan.[11] In het eerste jaar heeft de Advocaat-Generaal op verzoek van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak in drie zaken conclusie genomen.[12]

Eveneens is met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht voor de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven een zogenoemde *grote kamer* geïntroduceerd, bestaande uit vijf in plaats van drie leden (artikel 8:10a van de Algemene wet bestuursrecht).[13] Ook voor inwerkingtreding van voormelde wet was het niet ongebruikelijk voor zaken waarin rechtsgebied overstijgende vragen spelen een kamer samen te stellen met rechters afkomstig uit de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties. Aangezien een dergelijke kamer op grond van het toen geldende recht maar uit drie leden kon bestaan, was het echter niet mogelijk een kamer samen te stellen waarin een vertegenwoordiger van alle hoogste bestuursrechterlijke instanties zitting heeft, derhalve inclusief een vertegenwoordiger van de (belastingkamer van de) Hoge Raad.[14] De introductie van de grote kamer heft deze beperking op. In de memorie van toelichting vermeldt de regering uitdrukkelijk dat deze kamer niet alleen een bijdrage kan leveren aan interne rechtseenheid, dat wil zeggen de rechtseenheid *binnen* deze instanties (tussen de verschillende kamers van een instantie), maar ook aan het vergroten van de rechtseenheid *tussen* de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties, indien zij wordt samengesteld uit leden die afkomstig zijn uit die instanties.[15] Opvallend is dat de Hoge Raad in dit rijtje niet voorkomt. De regering heeft hiervoor als reden gegeven dat de belastingkamer van de Hoge Raad als cassatierechter en bovendien als derde instantie al is toegerust op de beantwoording van rechtsvragen en het bevorderen van de rechtseenheid en dat de zaken ook over veel minder worden kamers verdeeld dan bijvoorbeeld bij de Afdeling bestuursrechtspraak het geval is.[16] Deze reden geldt weliswaar voor de interne rechtseenheid, maar niet voor de behoefte aan rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties.

---

11 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 17.

12 A-G Widdershoven op 23 oktober 2013 in zaak nr. 201302106/2/A2 en A-G Keus op 12 november 2013 in zaken nrs. 201303197/2/V3 en 201303198/2/V3 en op 24 december 2013 in zaken nrs. 201304752/2/A3, 201304645/2/A3 en 201301818/2/A3.

13 Op 29 januari 2014 heeft een grote kamer oor de eerste keer uitspraak gedaan: ABRvS 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

14 Bijvoorbeeld: ABRvS 6 maart 2013, *JB* 2013/78.

15 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 16-17. De grote kamer is blijkens de memorie van toelichting mede bedoeld de rechtseenheid binnen de verschillende instanties te bewaken en bevorderen. De Raad van State merkt daarover in zijn advies op dat van het bestaan van een behoefte voor een grote kamer voor dat doel niet is gebleken (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 4, p. 13-14. Zie over de figuur van een grote kamer ter bereiking van coördinatie van rechtspraak ook: Köhne, hoofdstukken 5 en 8.

16 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 450, nr. 7, p. 16.

Van Ettekoven merkt op dat de Hoge Raad niet wil participeren in de grote kamer omdat 'hij [intern, OvL] niet uiteen gespeeld wil worden. Zijn eerste zorg is rechtseenheid tussen zijn burgelijke kamer, strafkamer en belastingkamer en niet rechtseenheid binnen het bestuurs(proces)recht'.[17] Daalder merkt op dat de reden waarom de Hoge Raad niet wil meedoen schijnt te zijn dat tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven een beperkte cassatiemogelijkheid bestaat.[18] Het belang van interne rechtseenheid kan mijns inziens niet worden overschat. Streven naar rechtseenheid tussen de verschillende hoogst rechterlijke instanties is tot mislukking gedoemd als binnen de verschillende instanties de neuzen niet dezelfde kant op staan. Dit is echter voor instanties waarin verschillende onderdelen van het bestuursrecht worden beoefend, in het bijzonder de Afdeling bestuursrechtspraak, niet anders dan voor instanties wier taak rechtsgebiedoverschrijdend is, zoals de Hoge Raad.

Het zou mijn voorkeur hebben gehad als de wetgever, al dan niet vooruitlopend op een structurelere oplossing, met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht had voorzien in een rechtsbasis voor deelname van de Hoge Raad aan de grote kamer. Aangezien de wettelijke regeling van de grote kamer uitgaat van vrijwillige deelname van de verschillende instanties aan een grote kamer in een concreet geval, leidt de onwil van de Hoge Raad er weliswaar toe dat een grote kamer binnen de Hoge Raad op dit moment slechts op papier zou bestaan, maar dat kan in de toekomst veranderen. Mijns inziens is derhalve sprake van een gemiste kans, temeer nu een evenwichtige, geformaliseerde betrokkenheid van de belastingkamer van de Hoge Raad niet op een andere wijze kan worden bereikt. Ook niet, indien de Hoge Raad in een concreet geval de wenselijkheid van een grote kamer binnen de Hoge Raad wel zou onderschrijven. Ik licht dit toe.

Zoals bekend mag worden verondersteld, is een aantal staatsraden tevens raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, en zijn enkele raadsheren uit de Hoge Raad tevens benoemd tot staatsraad in buitengewone dienst. Geen van de staatsraden is echter benoemd tot raadsheer (in buitengewone dienst) in de Hoge Raad.[19] Dit geldt weliswaar evenzeer voor raadsheren uit de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, maar dat bevreemdt niet, gegeven het feit dat de Hoge Raad een – beperkte –

17 Van Ettekoven 2010, p. 289.

18 Daalder, p. 47.

19 Zie ook: Van Ettekoven 2011-1, p. 274, die voorstelt – zij het in het kader van het openstellen van een beperkte cassatiemogelijkheid voor het bestuursrecht – dat aan de behandeling van een cassatieberoep tevens wordt 'deelgenomen door raadsheren in buitengewone dienst, afkomstig uit de hoogste "klassieke" bestuursrechterlijke instanties, die de expertise inbrengen benodigd om de rechtsvraag gelet op de onderliggende materie met gezag te kunnen beantwoorden. Deze raadsheren i.b.d. participeren ook in de beoordeling van verlofverzoeken, dan wel in de 80a-beoordeling; ook dat in het belang van rechtseenheid.' Zie ook: De Poorter & De Graaf, p. 233.

cassatietaak heeft voor deze instanties.[20] Op dit moment lijkt het uitsluitend mogelijk een staatsraad als raadsheer in de Hoge Raad te benoemen en niet als raadsheer in buitengewone dienst. Artikel 72, eerste lid, van de Wet op de rechterlijke organisatie spreekt weliswaar in algemene zin over de mogelijkheid raadsheren in buitengewone dienst te benoemen, maar uit artikel 5a, eerste lid, van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren blijkt dat de wetgever hierbij het oog had op personen die eerder als raadsheer in de Hoge Raad benoemd waren. Het louter omwille van de grote kamer benoemen van een staatsraad tot raadsheer in de Hoge Raad is echter geen efficiënte invulling van de ingevolge de Wet op de rechterlijke organisatie beperkt beschikbare raadsheerplaatsen. Dit kan overigens met een eenvoudige wetswijziging worden verholpen. Gegeven dat toch al een wetswijziging nodig is om een grote kamer binnen de Hoge Raad mogelijk te maken, lijkt mij dit geen onoverkomelijk probleem te moeten zijn.

Door het ontbreken van dubbelbenoemingen in de Hoge Raad is het niet mogelijk binnen de Hoge Raad een rechtseenheidkamer in te stellen, met daarin leden afkomstig uit alle hoogste bestuursrechterlijke instanties, die hun hoofdaanstelling buiten de Hoge Raad hebben. Het maximaal haalbare is een kamer met raadsheren uit de Hoge Raad, die tevens zijn benoemd tot staatsraad in buitengewone dienst, dan wel tot raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven.[21] Dat oogt in elk geval op papier weinig evenwichtig, terwijl het realiseren van de mogelijkheid te komen tot een evenwichtige samenstelling met leden uit de verschillende instanties nu juist één van de redenen was te kiezen voor een grote kamer met vijf leden.[22]

8.4.2.2 Cassatie

De in de Algemene wet bestuursrecht opgenomen mogelijkheden om zaken te verwijzen naar een grote kamer en de Advocaat-Generaal te vragen om een conclusie te nemen, zijn zonder meer goede eerste stappen om op een meer geïnstitutionaliseerde wijze tot rechtseenheid te komen. Voor zowel de grote kamer, als de Advocaat-Generaal geldt echter dat één van de bestuursrechterlijke instanties moet besluiten dat de rechtseenheid inzet ervan vergt. Door het ontbreken van een eenduidige rechtseenheidsvoorziening voor

20 Zie over de grote kamer (en conclusies) nader: Konijnenbelt 2011.

21 Voor zover ik weet is op dit moment geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid leden van de Hoge Raad te benoemen tot raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Begrijpelijk wellicht, gezien de beperkte cassatietaak van de Hoge Raad jegens deze instanties. Gevolg hiervan is wel dat de op rechtseenheid gerichte informele kruisbestuiving waarbij alle hoogste bestuursrechterlijke instanties betrokken zijn louter plaatsvindt in de Afdeling bestuursrechtspraak. Het komt wel voor dat een A-G bij de Hoge Raad tevens raadsheer-plaatsvervanger is, zij zijn echter geen staatsraad, anders dan staatsraad Advocaat-Generaal. Zie ook: Van Ettekoven 2013.

22 *Kamerstukken II*, 2011/12, 32 450, nr. 17, p. 21-23.

alle hoogste bestuursrechterlijke instanties, die onafhankelijk van de instanties tot inzet kan komen, is rechtseenheid niet gewaarborgd. Eén manier om rechtseenheid te waarborgen is in alle gevallen tegen uitspraken van de – nu nog – hoogste bestuursrechterlijke instanties beroep in cassatie open te stellen, zoals onder meer is bepleit door Barkhuysen, Van Ettekoven en Hammerstein.[23] De discussie hierover is niet nieuw; de daarbij gebruikte argumenten grotendeels evenmin. In de preadviezen voor de vergadering van de NJV in 1997 gingen bijvoorbeeld alle preadviseurs al in op de (on) wenselijkheid van het openstellen van beroep in cassatie voor bestuursrechtelijke zaken, deels onder verwijzing naar nog oudere publicaties.[24]

In het kader van de behandeling van het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht heeft de regering te kennen gegeven vertrouwen te hebben in de in het wetsvoorstel al voorziene rechtseenheidmaatregelen. Op dit moment achten zij een fundamentele stelselherziening, onder meer in verband met de hoge kosten die daarmee gemoeid zijn, niet opportuun. Bovendien vreest de regering dat het openstellen van cassatieberoep in alle bestuursrechtelijke zaken, dus inclusief de zaken waarin op dit moment beroep in eerste en enige aanleg openstaat, zal leiden tot een verlenging van de procedures.[25] In het regeerakkoord van het kabinet Rutte II is wel opgenomen dat de regering splitsing van de Raad van State in een rechtsprekend en adviserend deel en samenvoeging van de Grote Drie nastreeft.[26] Het regeerakkoord zwijgt overigens over de vorm waarin dit zou moeten gebeuren. Aan de tekst van het regeerakkoord kan dan ook niet worden ontleend dat een (ingrijpende) verbouwing van het stelsel beoogd is. Steun voor deze lezing kan worden gevonden in de omstandigheid dat de minister van Veiligheid en Justitie daags na de presentatie van het regeerakkoord aan de Eerste Kamer heeft bericht dat er 'geen indicaties zijn dat de huidige institutionele vormgeving van de bestuursrechtspraak in de weg staat aan rechtseenheid'.[27] Zoals Van de Sande opmerkt, verzet de tekst van het regeerakkoord zich echter evenmin tegen een ingrijpende stelselherziening.[28] Bij brief van 26 juni 2014 hebben de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Veiligheid en Justitie de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal bericht op welke wijze de regering uitvoering aan voormelde passage uit het regeerakkoord wil geven.[29] Ik kom hier in een volgende para-

23 Barkhuysen 2010, Van Ettekoven 2009, p. 49-53, Van Ettekoven 2010, p. 293-296, Van Ettekoven 2011-1, p. 263-274, Hammerstein, p. 337-338, Verbeek 2013, en Barkhuysen 2013. Zie ook Van de Sande, die het openstellen van beroep in cassatie ziet als een 'verlossing' van de hoogste bestuursrechterlijke instanties van de dubbelrol van hogerberoepsinstantie en rechtseenheidvoorziening.

24 De preadviseurs waren: R.W.L. Loeb, H.F. van den Haak en J.G. de Vries Robbé.

25 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 450, nr. 7, p. 15.

26 Regeerakkoord 2012, p. 29.

27 *Kamerstukken I* 2012/13, 32 450, E, p. 1.

28 Van de Sande, p. 86.

29 *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 200.

graaf op terug, maar reeds nu zij gezegd dat het openstellen van een vorm van cassatie over de gehele linie van het bestuursrecht (nog) niet is voorzien. Wel is de regering voornemens de Centrale Raad van Beroep op te heffen en zijn rechtsprekende taken onder te brengen binnen de rechterlijke macht. Het ligt voor de hand dat dit op het niveau van een gerechtshof gebeurt. Denkbaar is dat vervolgens tegen arresten van dat hof beroep in cassatie openstaat. Evenzeer is echter denkbaar dat de regering kiest voor een beperkte vorm van cassatie, vergelijkbaar met die in zogenoemde Mulderzaken.

Wat betreft het openstellen van beroep in cassatie deel ik de bezwaren die Loeb al verwoordde in zijn preadvies voor de NJV. Deze komen erop neer dat bestuursrechtspraak, zeker waar het de uitoefening van bevoegdheden betreft waarbij het bestuursorgaan beoordelings- dan wel beleidsvrijheid is toegekend, doorgaans dermate verweven is met de feiten, dat de cassatierechter door de aard van de cassatierechtspraak geen rechtseenheid kan bereiken.[30] In zekere zin verzet niet – alleen – de aard van het bestuursrecht zich tegen het openstellen van beroep in cassatie in alle bestuursrechtelijke zaken, maar ook – of wellicht zelfs in het bijzonder – de aard van het rechtsmiddel cassatie. Ook Schueler wijst erop dat het op het terrein van het bestuursrecht een voordeel is dat de rechtseenheidrechter ook feitenrechter is, die in relatief korte tijd veel zaken met verschillende feitenconstellaties ter beoordeling krijgt voorgelegd.[31] Juist hierdoor is de rechtseenheidrechter in staat verantwoorde en praktisch toepasbare keuzes te maken.

Het openstellen van een extra rechtsmiddel leidt bovendien hoe dan ook tot een verlenging van de duur van procedures. Het is een groot goed dat rechterlijke procedures binnen een redelijke termijn worden afgerond, maar dit geldt temeer op het terrein van het ordenend bestuursrecht en het vreemdelingenrecht. Besselink haalt in dit verband als voorbeeld aan dat een willekeurige WOZ-zaak, vaak niet van het alleringewikkeldste soort, met terugwijzing na cassatie kan leiden tot een procedure die 8 tot 9 jaar duurt.[32] Verlenging, en bovendien vergroting van de complexiteit, van procedures, indien in bestuursrechtelijke procedures cassatieberoep zou worden opengesteld, ziet ook Schueler als een niet te onderschatten probleem.[33] Voor elke stelselwijziging die tot een aanmerkelijke verlenging van procedures kan leiden, dienen overtuigende en zwaarwegende redenen te bestaan. Die zijn er mijns inziens niet. Met onder andere De Poorter ben ik van mening dat de nadelen die aan het openstellen van deze mogelijkheid kleven, groter zijn

30 Loeb, p. 32-34..
31 Schueler 2012, p. 1460.
32 Besselink, p. 95.
33 Schueler 2012, p. 1461. Zie voor kritische opmerkingen over de (on)wenselijkheid van het openstellen van cassatieberoep in bestuursrechtelijke zaken ook: Widdershoven 2011, p. 275-285, Daalder, p. 41-47, De Poorter 2012, Koeman, De Moor-van Vugt 2013, Schueler 2014-2, en Besselink, die een fusie van de Grote Drie weliswaar onnodig, maar onontkoombaar acht en ervoor pleit af te zien van grotere herzieningen, zoals het openstellen van beroep in cassatie.

dan de voordelen ervan, en de bestaande verschillen een dergelijke ingrijpende systeemwijziging niet rechtvaardigen.[34] Nog los van het feit dat het openstellen van beroep in cassatie het curieuze resultaat zou zijn van de weigering van de Hoge Raad om medewerking te verlenen aan de grote kamer, als alternatief middel om tot rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties te komen en rechtseenheid tussen het bestuursrecht, civiele recht en strafrecht te bevorderen.

Uitvoeringsproblemen

De invoeringskosten en mogelijke verlenging van procedures door het toevoegen van een extra instantie daargelaten, is het ook de vraag of de Hoge Raad de extra toestroom van zaken zou kunnen verwerken, indien in álle bestuursrechtelijke zaken beroep in cassatie zou worden opengesteld. De aandacht in de literatuur gaat weliswaar uit naar de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, maar zoals ik in hoofdstuk 2 uiteenzette, bestaat daarnaast nog het College van Beroep voor het hoger onderwijs als hoogste bestuursrechter. De instroom bij de Grote Drie en het College van Beroep voor het hoger onderwijs bedroeg in 2013 ongeveer 21.500 zaken.[35] De totale instroom aan cassatieberoepen bedroeg blijkens het jaarverslag van de Hoge Raad in 2013 6.1136, waarvan 1.083 in belastingzaken.[36]

De schattingen van het aantal cassatieberoepen dat zou worden ingesteld als over de gehele linie van het bestuursrecht beroep in cassatie zou worden ingesteld, variëren – inclusief de cassatieberoepen in het belang der wet – van vijftig zaken per jaar (Van Ettekoven) tot meer dan duizend (Widdershoven).[37] Ook als we het gemiddelde nemen van de verwachtingen van Van Ettekoven en Widdershoven behoeft het geen toelichting dat het openstellen van beroep in cassatie in bestuursrechtelijke zaken zal leiden tot een aanmerkelijke extra belasting van de Hoge Raad. De introductie van artikel 80a, naast artikel 81 van van de Wet op de rechterlijke organisatie, maakt dit niet anders.[38] Ook de beoordeling of degene die beroep in cassatie instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het beroep, dan wel of de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden, kost immers tijd en daarmee schaarse rechterlijke capaciteit.[39] Althans, indien dat op zorgvuldige wijze gebeurt en niet wordt volstaan met een beoordeling of de rechtzoekende ten gronde het gelijk aan zijn zijde heeft, met voorbijgaan aan hetgeen

34 De Poorter 2012, p. 279-281. Zie ook: De Poorter & De Graaf, p. 240-245, Schueler 2012, Widdershoven 2011, p. 275-285, en Daalder, p. 41-47.

35 De aantallen van de Grote Drie ontleende ik de jaarverslagen over 2013 van de Raad van State respectievelijk de Raad voor de Rechtspraak; die van het CBHO aan de het jaarverslag 2010 opgenomen meerjarengrafiek.

36 www.rechtspraak.nl.

37 Van Ettekoven 2011-1, p. 273-274, en Widdershoven 2011, p. 279.

38 Zie hierover: Borgers.

39 Positiever: Corstens & Kuiper, en Corstens 2013. Zie ook: Van Schendel, p. 19-31.

de feitenrechters al dan niet hebben overwogen en de daartegen gerichte grieven of middelen.[40]

De ervaringen die sinds 1 april 2001 bij de Afdeling bestuursrechtspraak zijn opgedaan bij de behandeling van het hoger beroep in vreemdelingenzaken, stemmen in dit opzicht niet hoopvol. Mede in verband met de verwachte grote toestroom van zaken heeft de wetgever de Afdeling bestuursrechtspraak in artikel 91, tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000 de bevoegdheid toegekend een aangevallen uitspraak ongemotiveerd te bevestigen, indien de grieven niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak kunnen leiden. Een bevoegdheid vergelijkbaar met die van de Hoge Raad, neergelegd in artikel 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie derhalve. Een verschil met de Hoge Raad is evenwel dat de wetgever voor de Afdeling bestuursrechtspraak uitdrukkelijk het oog had op grootschalige toepassing ervan, mede in verband met de verwachte grote instroom van – op enig moment tienduizenden – zaken per jaar.

Deze instroom is op jaarbasis bij lange na niet gehaald, maar desalniettemin is het in de praktijk ook met ruimhartige toepassing van voormelde bevoegdheid voor de Afdeling bestuursrechtspraak lastig gebleken de wél gerealiseerde instroom van maar 5000 tot 8000 vreemdelingenzaken per jaar te verwerken. Blijkens het jaarverslag van de Raad van State 2013 houdt 8,57 fte (op een totaal van 36,80 fte) staatsraden en 101,8 fte (op een totaal van 282,9 fte) juristen zich bezig met de afhandeling van hoger beroepen in vreemdelingenzaken.[41] Ook indien het bij eerste lezing van de aangevallen uitspraak en de grieven in het hogerberoepschrift evident is dat de desbetreffende vreemdeling terecht een verblijfsvergunning is onthouden, is immers niet ondenkbaar dat hij er wél met recht over klaagt dat de rechtbank door hem in eerste aanleg aangevoerde beroepsgronden niet heeft besproken of anderszins (procedurele) steken heeft laten vallen. De Commissie Hammerstein spreekt in dit verband over 'de klassieke taak van de cassatierechter: de bescherming van de wet tegen de rechter'.[42] Dit geldt echter niet alleen voor de cassatierechter, maar voor elke rechter die in hoogste instantie rechtspreekt. Of een geconstateerd gebrek al dan niet tot vernietiging van de uitspraak van de lagere rechter moet leiden, vergt een nadere afweging en daarmee tijd. De, op zichzelf niet te onderschatten, tijdwinst zit alleen in het niet verder hoeven motiveren van de uitspraak.

Wellicht hebben Van Ettekoven en Widdershoven wat betreft de aantallen zaken beiden gelijk en leidt het openstellen van cassatieberoep in het

40 Zie hierover ook: Asser, p. 74-92. Zie over de (on)mogelijkheden van en grenzen aan efficiënte zaaksafdoening ook: Hammerstein e.a. In het jaarverslag 2013 gaat de Hoge Raad uitgebreid in op de ervaringen die met deze instrumenten zijn opgedaan. Opgemerkt wordt onder meer dat, behoudens wat betreft de strafsector, de verwachting is bewaarheid dat het percentage zaken dat zich voor toepassing van artikel 80a van de Wet op de rechterlijke organisatie leent, beperkt is.

41 Raad van State 2013.

42 Hammerstein e.a., p. 25.

gunstigste geval tot een extra instroom van duizend zaken, waarin de Hoge Raad na toepassing van de artikelen 80a en 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie in vijftig – op het bereiken van rechtseenheid – gemotiveerd arrest moet wijzen. Mijns inziens is ook dit reeds een niet te onderschatten toename van de werkbelasting voor de Hoge Raad. Niet alleen omdat de overige 950 zaken op de een of andere manier door een raadsheer moeten worden beoordeeld, maar ook omdat de vijftig rechtseenheidzaken die overblijven naar hun aard bewerkelijker zullen zijn dan gewone cassatieberoepen.[43]

Oplossing: het alleen openstellen van cassatie in het belang der wet?
Een deel van de problemen die kleven aan het openstellen van beroep in cassatie in alle bestuursrechtelijke zaken kan worden ondervangen door uitsluitend beroep in cassatie in het belang der wet open te stellen. Dit heeft onder meer Verbeek bepleit.[44] Dit betreft in het bijzonder de potentiële overbelasting van de Hoge Raad en de verlenging van procedures. De Procureur-Generaal heeft dan immers de mogelijkheid een selectie te maken van zaken die zijns inziens een rechtseenheidsoordeel van de Hoge Raad rechtvaardigen. Omdat een arrest in het belang der wet geen gevolgen heeft voor het voorliggende geval (de uitspraak van de laatste rechter blijft immers intact) leidt dit ook niet tot een verlenging van de doorlooptijden voordat het voorliggende geval finaal is beslist. Schueler merkt terecht op dat een arrest in het belang der wet weliswaar geacht wordt geen gevolgen voor partijen te hebben, maar dat die gevolgen er wel degelijk zijn. Indien de bestuursrechter het besluit in stand heeft gelaten, terwijl uit het arrest van het Hoge Raad blijkt dat het vernietigd had moeten worden, zal een belanghebbende er ongetwijfeld op aandringen dat het bestuursorgaan het besluit terugneemt. Ongeacht welke beslissing het bestuursorgaan ook neemt, zal dit ertoe leiden dat langer dan thans het geval is onzekerheid bestaat over de status van het besluit.[45]

Hetgeen ik hiervoor opmerkte over de aard van het rechtsmiddel cassatie geldt evenzeer voor cassatie in het belang der wet. Het voordeel dat cassatie in het belang der wet zal leiden tot minder cassatieberoepen is tegelijkertijd ook een nadeel. De Hoge Raad zal aldus niet in dezelfde mate als – thans – de hoogste bestuursrechterlijke instanties een variatie aan zaken krijgen aangereikt waarmee goed inzicht in de mogelijke gevolgen van een arrest kan worden verkregen.[46] Evenmin heeft de Hoge Raad minder gele-

43 Loeb, p. 27, merkt op dat bij het openstellen van beroep in cassatie over de gehele linie van het bestuursrecht de Hoge Raad zou moeten worden uitgebreid met een nieuwe kamer, speciaal voor het andere bestuursrecht dan het belastingrecht. Dat zou de Hoge Raad ook de kans bieden om raadsheren met voldoende ervaring op het gebied van de algemene bestuursrechtspraak aan te trekken om die taak te kunnen vervullen.
44 Verbeek 2013.
45 Schueler 2014-2, paragraaf 5.2.
46 Zie Loeb, p. 32-34.

genheid bij te sturen als mocht blijken dat het in het belang der wet gegeven arrest tot onverwachte complicaties leidt.

Belangrijker vind ik echter dat, door alleen voor het bestuursrecht uitsluitend en om louter doelmatigheidsredenen te volstaan met cassatie in het belang der wet, een ongerechtvaardigd onderscheid ontstaat ten opzichte van civiele zaken en strafzaken.[47] Daarvoor geldt immers dat rechtzoekenden na twee feitelijke instanties de mogelijkheid hebben om beroep in cassatie in te stellen. Dit geldt temeer, als in aanmerking wordt genomen dat de voorstanders van het openstellen van cassatieberoep ook zien als middel om rechtseenheid tussen het bestuursrecht, enerzijds, en het civiele recht en strafrecht, anderzijds, te bereiken.

Oplossing: naar een verlofstelsel?

Tenzij slechts wordt voorzien in cassatie in het belang der wet, behoeft het geen toelichting dat het openstellen van cassatieberoep over de gehele linie van het bestuursrecht zal nopen tot een aanzienlijke uitbreiding van de personele capaciteit van de Hoge Raad en versterking van de (algemene en sectorale) bestuursrechtelijke kennis binnen de Hoge Raad. Dit zal gevolgen hebben voor de rechtseenheid en de vraag doen rijzen of de instroom niet moet worden beperkt, bijvoorbeeld met een aanmerkelijke verhoging van de griffierechten, waarmee het recht op toegang tot de rechter onder druk komt te staan. Een alternatief om te komen tot een beperking van de instroom kan het invoeren van een verlofstelsel zijn, waarbij het geven van verlof afhankelijk is van het antwoord op de vraag of het beroep in cassatie vragen aan de orde stelt die in het belang van de rechtseenheid, de rechtszekerheid of de rechtsontwikkeling in algemene zin beantwoording behoeven. Dit heeft onder meer Barkhuysen bepleit.[48] Introductie van een verlofstelsel, dat bovendien niet erg bekend is in de Nederlandse rechtstraditie, is eenvoudiger gezegd, dan gedaan.

Invoering van een verlofstelsel ondervangt een capaciteitsprobleem bij de Hoge Raad namelijk alleen, indien een hoogste feitelijke instantie bij uitsluiting bevoegd is verlof voor het instellen van beroep in cassatie te verlenen, eventueel met een bevoegdheid van de Hoge Raad het beroep in cassatie vervolgens toch niet in behandeling te nemen. Het risico is immers niet denkbeeldig dat een zorgvuldige beoordeling of een vraag voorligt die in het belang van de rechtseenheid, de rechtszekerheid of de rechtsontwikkeling in algemene zin inderdaad beantwoording behoeft en derhalve het geven van verlof gerechtvaardigd is, een meer dan slechts oppervlakkige beoordeling vergt.[49] Hier doet zich hetzelfde probleem voor dat ik reeds schetste bij de toepassing van artikel 80a van de Wet op de rechterlijke orga-

47 Aldus ook: Koeman.

48 Barkhuysen 2013.

49 Zie ook: Van Ettekoven 2013, die overigens van mening is dat rechtseenheid van het grootste belang is en dus wat mag kosten. Zie voor een positiever beeld: De Vries Robbé, p. 193-195.

nisatie.[50] Daarmee ligt de sleutel voor toegang tot de rechtseenheidsrechter niet bij de instantie die belast is met het bewaken daarvan.[51] Het alternatief de Hoge Raad de bevoegdheid te geven een cassatieberoep in behandeling te nemen, terwijl de laatste feitenrechter verlof heeft geweigerd, bergt het risico in zich dat het zwaartepunt van de werkzaamheden wederom verschuift naar de Hoge Raad. Ook het afwijzen van een kansloos verzoek om verlof kost schaarse rechterlijke capaciteit. Logisch gevolg van het openstellen van beroep in cassatie op de Hoge Raad met een verlofstelsel zou mijns inziens moeten zijn dat dit ook geldt voor belastingzaken, en wellicht zelfs ook voor civiele zaken en strafzaken. Ik zie geen redenen waarom alleen voor bestuursrechtelijke zaken, niet zijnde belastingzaken, een afwijkende regeling zou moeten gelden.[52]

8.4.3 Rechtseenheid binnen het bestuursrecht: één instantie

Dat de wetgever heeft voorzien in een grote kamer en de Advocaat-Generaal is een eerste stap om te komen tot rechtseenheid binnen het bestuursrecht. Een goede eerste stap, maar niet meer dan dat. Het samenvoegen van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties tot één nieuwe instantie is mijns inziens op termijn onvermijdelijk. Niet omdat de politiek dat lijkt te wensen; de wil van een politicus is veranderlijk. Maar omdat dat de enige manier is om op een praktisch uitvoerbare manier structureel rechtseenheid over de gehele linie van het bestuursrecht te garanderen.[53] In die ene hoogste bestuursrechterlijke instantie zouden in elk geval de huidige Grote Drie, het College van beroep voor het hoger onderwijs en – eventueel op termijn – de belastingkamer van de Hoge Raad moeten opgaan. Daalder stelt 'Hoog Administratief Gerechtshof' voor als naam van de nieuwe instantie.[54]

---

50 Zie ook: Loeb, p. 27.

51 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de (verschillen tussen de) verlofstelsels in de Verenigde Staten van Amerika, Frankrijk en de Bondsrepubliek Duitsland: Köhne. Zie ook: Marseille, De Graaf & Smit, p. 24-25, p. 40-65 en p. 173-174.

52 Zie over het openstellen van cassatie in het belang der wet ook: Schueler 2014-1, paragraaf 5.2.

53 Gelet op wat ik hiervoor opmerkte over de (on)wenselijkheid van het openstellen van cassatieberoep in bestuursrechtelijke zaken laat ik de optie om de bestuursrechtspraak bij (één van) de gerechtshoven onder te brengen onbesproken. Tenzij wordt voorzien in beroep in cassatie verschilt deze optie immers niet van de vorming van één nieuwe hoogste instantie, behoudens wat betreft de rol van de Raad voor de Rechtspraak.

54 Zie wat de mogelijkheid van cassatie in belastingzaken betreft: en Daalder, p. 46. Hij roept in dit verband in herinnering dat de enige reden waarom de wetgever in 1914 ervoor heeft gekozen belastingrechtspraak bij de burgerlijke rechter onder te brengen het ontbreken van een 'algemeene regeling der administratieve rechtspraak' was. Schlössels lijkt ook wel wat te voelen voor één hoogste bestuursrechterlijke instantie, maar acht het wel aangewezen dat het belastingrecht zijn *status aparte* behoudt. Hij ziet overigens evenmin onoverkomelijke bezwaren tegen het openstellen van een vorm van cassatie voor het bestuursrecht.

Om verwarring met de gewone gerechtshoven te voorkomen, zou ik een voorkeur hebben voor 'Hoog Administratief Hof'.

Zoals ik hiervoor opmerkte, is een fusie van de Grote Drie een ambitie van het kabinet Rutte II. Lange tijd was onduidelijk op welke termijn dit zou moeten plaatsvinden en hoe de fusie zou moeten worden vormgegeven. Duidelijk is wel dat in elk geval de Raad van State inzet op het onderbrengen van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven in de organisatiestructuur van de Afdeling bestuursrechtspraak. Ervan uitgaande dat daarmee de binnen de Afdeling bestuursrechtspraak gebruikelijke werkwijze wordt behouden, valt daar uit een oogpunt van doorlooptijden zeker iets voor te zeggen. Zoals Barkhuysen opmerkt, zou na de samenvoeging 'de efficiënte werkwijze van de ABRvS maatgevend moeten worden. Onder meer door de grote rol die de staf speelt bij het voorbereiden van uitspraken zijn de doorlooptijden daar namelijk heel goed'.[55] Voor de duidelijkheid: Barkhuysen is tegen het onderbrengen van de nieuwe hoogste bestuursrechterlijke instantie in de organisatiestructuur van de Raad van State en stelt verder dat 'de uitgebreide motivering van uitspraken van de CRvB en het CBB tot voorbeeld kunnen strekken'. De Moor-van Vugt volgt hem hierin.[56]

De Raad voor de Rechtspraak spreekt in zijn *position paper* 'De organisatie van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie' van mei 2013 een voorkeur uit voor oprichting van een nieuw, tot de rechterlijke macht behorend, hoogste bestuursrechterlijke instantie. Hij spreekt zich daarin niet uit over de wenselijkheid nu ook institutionele voorzieningen te treffen voor de rechtseenheid tussen bestuursrechtspraak, enerzijds, en de civiele rechtspraak, de strafrechtspraak en de belastingrechtspraak, anderzijds.[57] Is de Raad voor de Rechtspraak in zijn position paper nog voorzichtig over de organisatorische inbedding van de nieuw te vormen hoogste bestuursrechterlijke instantie, in zijn brief van 14 november 2013 laat hij die varen.[58] In deze brief, die een reactie is op een adviesaanvraag van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, spreekt de Raad voor de Rechtspraak onomwonden een voorkeur uit voor het onderbrengen van de nieuw te vormen instantie in een gerechtshof. Daarmee zou die nieuwe instantie ook onder de verantwoordelijkheid van de Raad voor de Rechtspraak komen te vallen, zoals in de huidige situatie het geval is voor de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, maar niet voor de Afdeling bestuursrechtspraak. Tevens stelt de Raad voor de Rechtspraak voor tegen uitspraken van de nieuwe instantie cassatie in het belang der wet open te stellen.[59]

---

55 Barkhuysen 2013. Zie over de werkwijze binnen de Afdeling bestuursrechtspraak ook: Schueler 2014-1, paragraaf 4.3.

56 De Moor-van Vugt 2013.

57 www.rechtspraak.nl.

58 www.rechtspraak.nl.

59 Zie voor een kritische waardering van de brief van 14 november 2013: Koeman.

Op 25 juni 2014 heeft de regering aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal bericht op welke wijze het voornemens is invulling aan het regeerakkoord te geven.[60] De regering merkt allereerst op dat het het belang onderschrijft van het functioneel scheiden van de adviserende en rechtsprekende taken van de Raad van State en wijst erop dat op dat gebied al vergaande stappen gezet zijn met de Wet herstructurering Raad van State, die op 1 oktober 2010 in werking is getreden. Mede in het licht van enkele in de Eerste Kamer der Staten-Generaal aanvaarde moties acht de regering het evenwel gewenst 'dat een stap verder wordt gezet'. Dit zal onder meer ertoe leiden dat de nog bestaande mogelijkheid dat maximaal tien leden van de Raad van State of staatsraden in beide afdelingen zitting kunnen hebben wordt beëindigd. Verder zal in de wet uitdrukkelijk worden bepaald dat de (vice-president en) Raad van State niet treden in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van en de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken. Voor het overige komt het erop neer dat de taken van de (vice-president van de) Raad van State met betrekking tot de Afdeling bestuursrechtspraak voortaan zullen worden gelegd bij de (voorzitter van de) Afdeling bestuursrechtspraak. Dit betreft zowel het aanbevelingsrecht voor de benoeming van de voorzitter en leden van de Afdeling bestuursrechtspraak als het bevoegd gezag ten aanzien van de leden van de Afdeling bestuursrechtspraak. Verder stelt de regering enkele aanpassingen voor van meer cosmetische aard, die geen wetswijziging vergen. Dit betreft onder meer het uitsplitsen in de begroting van de kosten voor wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak en de gescheiden presentatie van beide afdelingen naar het publiek. Wat betreft de herinrichting van de bestuursrechtspraak is de regering voornemens de rechtsprekende taken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven over te dragen aan de Afdeling bestuursrechtspraak. De Centrale Raad van Beroep zal worden opgeheven en de taken van de Centrale Raad zullen bij de gewone rechterlijke macht worden ondergebracht. Na realisering van deze plannen zal het aantal hoogste bestuursrechterlijke instanties van drie zijn teruggebracht tot één, hetgeen – volgens de regering – bijdraagt aan meer rechtseenheid en een overzichtelijker stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Het lijkt mij juist dat de regering voorstelt verdere stappen te zetten voor de splitsing van de Afdeling bestuursrechtspraak en Afdeling advisering, waarmee de door sommigen geroemde en door anderen versmade kruisbestuiving tussen beide afdelingen, althans formeel, tot een einde komt. Dat is een prijs die moet worden betaald voor het bereiken van een uniform stelsel van rechtsbescherming. De combinatie van functies, hoe waardevol wellicht ook, maakt niet alleen de Raad van State als organisatie, maar ook zijn positie als hoogste algemene bestuursrechter vatbaar voor kritiek, of die nu terecht is of niet. Van die gelegenheid zou tevens gebruik kunnen worden

60 *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 200.

gemaakt de beperkte wetgevingsadviesfunctie van de Hoge Raad te beëindigen.[61] Spijtig is mijns inziens dat de regering er niet voor kiest door te pakken en alle bestuursrechtspraak binnen één instantie samen te brengen. Ik kan mij niet geheel aan de indruk onttrekken dat de regering ervoor heeft gekozen de kool en de geit te sparen en zowel de Raad van State als de Raad voor de Rechtspraak te vriend te (willen) houden. Onmiskenbaar betreft een deel van het zaakpakket van de Afdeling bestuursrechtspraak evenals dat van het College van Beroep voor het bedrijfsleven het zogenoemde ordenend bestuursrecht. Het samenvoegen van deze instanties ligt dan ook in de rede. Daarnaast heeft de Afdeling bestuursrechtspraak echter ook een aanzienlijk zaakpakket in 'tweepartijengeschillen over materiële aanspraken van individuele belanghebbenden'. Naast toeslagen en subsidies kan hierbij onder meer worden gedacht aan het zaakpakket van de vreemdelingenkamer. Evenzeer is derhalve denkbaar de Grote Drie samen te voegen tot één hoogste bestuursrechterlijke instantie. Dat leidt in elk geval tot een uniform stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Hoe dan die ene instantie vorm te geven?

Indien de dubbelbenoemingen zouden zijn beëindigd, zie ik geen bezwaren tegen het binnen het Hoog College van Staat Raad van State laten voortbestaan van twee, organisatorisch volledig van elkaar losstaande, afdelingen: advisering en bestuursrechtspraak, zoals de regering thans kennelijk voor ogen staat. Evenmin zie ik bezwaren tegen het volledig van de Raad van State loskoppelen van de gefuseerde instantie. Met Koeman ben ik van mening dat het gaat om de vraag hoe het fusieproces het meest efficiënt en met de minste kosten kan worden vormgegeven.[62] Emotionele argumenten zouden bij de te maken keuzes geen, althans geen doorslaggevende, rol moeten spelen.

Indien gekozen wordt voor het onderbrengen van de fusie-instantie binnen de Raad van State onderschrijf ik de keuze van de regering om de splitsing van beide afdelingen meer tot uitdrukking te brengen. Naast de al in de brief opgenomen plannen zou overwogen kunnen worden in de Wet op de Raad van State tot uitdrukking te brengen dat de secretaris en niet de vicepresident materieel én formeel de hoogste ambtelijk leidinggevende is en eindverantwoordelijk is voor (de verdeling van) het budget (over de beide afdelingen). Denkbaar is evenzeer om naast de secretaris binnen de organisatie van de Raad van State de positie van griffier te introduceren, zoals ook bij de Hoge Raad bestaat. De griffier zou dan voor de ambtelijke ondersteuning van de Afdeling bestuursrechtspraak (de directie Bestuursrechtspraak) als hoogste ambtelijk leidinggevende fungeren.

De wenselijkheid van het al dan niet vormen van een nieuwe hoogste bestuursrechterlijke instantie en de wijze waarop dit vorm moet krijgen (een fusie met de Afdeling bestuursrechtspraak, dan wel het oprichten van een volledig nieuwe instantie) staat los van de vraag of de nieuwe instantie al

61 Aldus ook: Barkhuysen 2013.
62 Koeman.

dan niet tot de rechterlijke macht moet behoren. Middels een eenvoudige wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie kan immers ook de Afdeling bestuursrechtspraak (of het Hoog Administratief Hof) onderdeel van de rechterlijke macht worden gemaakt (zie ook: artikel 116 van de Grondwet). Daarvoor is geen vereiste dat een instantie onder de verantwoordelijkheid van de Raad voor de Rechtspraak valt. Noodzakelijk is dit echter niet.[63] De rechtspositie en de wijze waarop de onafhankelijkheid van staatsraden gewaarborgd is, verschilt materieel niet van die van de wél tot de rechterlijke macht behorende raadsheren van Hoge Raad, Centrale Raad van Beroep en College van Beroep voor het bedrijfsleven.[64] Ten opzichte van de Raad voor de Rechtspraak zou de Afdeling bestuursrechtspraak dan, na de fusie, een soortgelijke positie kunnen innemen als de Hoge Raad nu heeft.

Ook met de fusie van de Grote Drie, in welke vorm ook, zou over de gehele linie van het bestuursrecht echter nog steeds geen uniform stelsel van rechtsbescherming bestaan. Daartoe zal in elk geval ook het College van Beroep voor het hoger onderwijs deel moeten uitmaken van de fusie-instantie. Daarnaast zal op enig moment de rechtsprekende taak van de gerechtshoven en de cassatiemogelijkheid in belastingzaken moeten worden beëindigd. Voorts moet voor de zogenoemde Mulderzaken worden bezien of deze binnen het bestuursrecht blijven, dan wel of het opnieuw onderbrengen van deze zaken in de strafrechtelijke keten de voorkeur heeft.[65] Ervan uitgaande dat het Hoog Administratief Hof in belastingzaken niet als cassatierechter zal optreden, rijst wel de vraag of het de extra toestroom van zaken, die het gevolg zal zijn van de overheveling, kan verwerken. Ik kan mij dan ook iets voorstellen bij de kanttekening van Van Ettekoven dat de belastingrechtspraak op dit moment buiten beschouwing moet worden gelaten om het project overzichtelijk te houden en daarmee het afbreukrisico te beperken en te voorkomen dat de nieuwe instantie reeds vanaf de oprichting te groot wordt.[66]

Wat mij betreft komt van uitstel geen afstel. De gewenste eindsituatie, waarop men volgens Van Ettekoven bij een verbouwing steeds zicht moet hebben, is het onderbrengen van de volledige bestuursrechtspraak in één hoogste rechterlijke instantie. Uiteindelijk dan zal ook een oplossing moeten worden gevonden voor de rechtsprekende taken van de gerechtshoven

63 Zie ook: Schueler 2014-1, paragraaf 4.1.

64 Voor deelname aan de rechtsprekende taak van de Raad van State gelden ingevolge artikel 2, vierde lid, van de Wet op de Raad van State dezelfde opleidingsvereisten als die voor benoeming tot rechter. Het zesde lid biedt de mogelijkheid om in bijzondere gevallen van de opleidingsvereisten af te wijken. Alle leden die voltijds worden ingezet voor bestuursrechtspraak voldoen aan deze opleidingsvereisten. De uitzonderingsregeling is alleen toegepast voor leden met een dubbelbenoeming of leden die voor inwerkingtreding van voormelde opleidingsvereisten reeds als staatsraad benoemd waren.

65 Zie: Schueler 2014-1, paragraaf 5.3, die zich afvraagt of het niet beter zou zijn het punitieve handhavingsrecht – opnieuw – onder te brengen in de strafrechtelijke kolom. Zie ook: Albers 2014, p. 96-106, en Loeb, p. 14-15.

66 Van Ettekoven 2013, p. 599.

in bestuursrechtelijke zaken: drie feitelijke instanties (rechtbank, gerechtshof en Afdeling bestuursrechtspraak/Hoog Administratief Hof) is er op zijn minst één teveel. In het verlengde hiervan moeten de thans bestaande – beperkte – cassatiemogelijkheden tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven – al dan niet op termijn – eveneens worden opgeheven. Op de gewenste coördinatie met het civiele recht, die de wetgever met deze cassatiemogelijkheid wilde waarborgen, kan op andere wijze worden voorzien.

Op deze manier wordt voor het gehele bestuursrecht voorzien in een uniform stelsel van rechtsbescherming, waarin na bezwaar of administratief beroep, beroep op de rechtbank en hoger beroep openstaat. Een piramidemodel, derhalve. In de volgende paragraaf zal ik er nader op ingaan hoe in die situatie rechtseenheid tussen de nieuwe hoogste bestuursrechterlijke instantie enerzijds en de Hoge Raad, als hoogste instantie voor het civiele en het strafrecht, anderzijds kan worden bereikt.[67]

8.4.4 Rechtseenheid over de gehele linie: de verenigde kamer

8.4.4.1 Inleidende opmerkingen

Voorvechters van het openstellen van beroep in cassatie voeren aan dat daarmee niet alleen rechtseenheid op het terrein van het bestuursrecht kan worden bereikt, maar ook in de relatie met het civiele en strafrecht. Dat is onmiskenbaar het geval. Met onder andere De Poorter ben ik echter van mening dat de nadelen die aan het openstellen van deze mogelijkheid kleven groter zijn dan de voordelen ervan en dat de bestaande verschillen een dergelijke ingrijpende systeemwijziging niet rechtvaardigen.[68] Te minder, nu een andere, minder ingrijpende, oplossing bestaat om rechtseenheid over de gehele breedte van het recht te bereiken, maar die tot nu toe onderbelicht is gebleven.

Ik doel hierbij op de introductie van een gemengde of verenigde kamer, in zekere zin een uitbreiding van de per 1 januari 2013 bestaande grote kamer. Het idee voor instelling van een verenigde kamer voor de rechtseenheid tussen het civiele recht, straf- en bestuursrecht is niet nieuw. Het was reeds als optie opgenomen in de discussienota 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak'.[69] De inhoudelijke discussie over deze optie lijkt echter ten onder te zijn gegaan in het geweld in de discussie over de toekomstige struc-

67 Zie over het *tweekolommen-* of *twin peaksmodel*, waarin de Hoge Raad de hoogste rechter is op het gebied van het civiele recht en het strafrecht en de nieuw te vormen hoogste bestuursrechterlijke instantie voor het bestuursrecht, inclusief het belastingrecht, beknopt: Van Ettekoven 2011-1, p. 322-323.

68 De Poorter 2012. Zie ook: Schueler 2014-2, Widdershoven 2011, p. 275-285, en Daalder, p. 41-47.

69 Zie over deze rechtseenheidsvoorziening ook: VAR-Commissie Rechtsbescherming, p. 150-151.

tuur van de bestuursrechtspraak in algemene zin en is door de regering beëindigd met de brief van 28 april 2004 aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.[70] In deze brief nam de regering het standpunt in dat zich tussen het civiele recht, straf- en bestuursrecht per saldo geen grote verschillen voordoen, zodat zij geen grond ziet om voor de grenzen van de drie grote rechtsgebieden overschrijdende vragen een institutionele rechtseenheidsvoorziening in het leven te roepen. Nu samenvoeging van de hoogste bestuursrechterlijke instanties, evenals de vraag of in bestuursrechtelijke zaken cassatie moet worden opengesteld, weer hoog op de – politieke – agenda staat, is dit een goed moment ook de discussie over de verenigde kamer te heropenen.

8.4.4.2 Verenigde kamer in Frankrijk en Duitsland

In zijn proefschrift beschrijft Köhne deze rechtseenheidsvoorziening, die onder meer in Frankrijk en Duitsland al bestaat, uitgebreid.[71] Voor de wijze waarop de rechterlijke organisatie in Frankrijk en Duitsland is ingericht, verwijs ik graag naar dit proefschrift. Ik volsta hier met een samenvatting.

Zowel Frankrijk, als Duitsland kent een scheiding tussen de civiele rechtspraak, de straf- en bestuursrechtspraak met niet steeds dezelfde hoogste instanties. Een soortgelijke situatie als in Nederland derhalve. Zoals bekend, kent Frankrijk een strikte scheiding tussen rechtsverhoudingen waar de overheid wel en niet bij betrokken is. Voor de eerste categorie is de *Conseil d'Etat* de hoogste rechterlijke instantie, voor de tweede het *Cour de Cassation*. Binnen beide instanties bestaan voorzieningen om interne rechtseenheid te bereiken, onder meer in de vorm van een verenigde kamer. Indien een zaak wordt voorgelegd aan een verenigde kamer neemt zij de behandeling ervan over en doet zij einduitspraak. De rechtseenheid tussen de beide hoogste instanties wordt gewaarborgd door het *Tribunal des Conflicts*. Deze instantie is paritair samengesteld uit rechters van het *Cour de Cassation* en de *Conseil d'Etat*. Köhne merkt op dat het *Tribunal des Conflicts* rechtseenheid primair tracht te bereiken over de band van de bevoegdheidsafbakening tussen het administratieve recht, enerzijds, en het civiele rechter en strafrecht, anderzijds: een geïnstitutionaliseerde versie van de leer van de meest gerede rechter, met dien verstande dat het erom gaat wie de bevoegde instantie is en niet welke instantie op inhoudelijke gronden bevoegd zou moeten zijn.

Zoals in dit proefschrift eerder duidelijk werd, bestaat de behoefte aan een rechtseenheidsvoorziening in Nederland nu juist in die gevallen waarin niet eenduidig is tot wiens rechtsgebied het voorliggende geschil behoort en wie dus de meest gerede rechter is. Anders dan Frankrijk kent Nederland – nog – geen eenduidige scheiding tussen het bestuursrecht, enerzijds, en het civiele recht en het strafrecht, anderzijds. Verder ontbreekt een duidelijke

70 *Kamerstukken II*, 2003/04, 25 425, nr. 7.
71 Köhne, p. 53-104.

keuze van de overheid voor één van deze rechtsgebieden. Steeds vaker kiest de overheid bijvoorbeeld voor strafrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen of bestuursrechtelijke afdoening van overtredingen die eerder onder het strafrecht vielen. Daarmee is de werkwijze van het *Tribunal des Conflicts* niet geschikt om als voorbeeld te dienen voor de rechtseenheidsvoorziening die in Nederland nodig is om rechtseenheid tussen het civiele recht, het strafrecht en het bestuursrecht te bereiken.

Duitsland kent weliswaar het *Bundesverfassungsgericht* als hoogste rechterlijke instantie, maar de bevoegdheid van deze instantie is beperkt tot toetsing aan het *Grundgesetz* en kan daarmee in Duitsland niet de rol van rechtseenheidsrechter vervullen. Direct onder het *Bundesverfassungsgericht* kent Duitsland vijf federale rechterlijke instanties die elk als hoogste instantie optreden op het aan hen toebedeelde rechtsgebied ofwel *Gerichtsbarkeit*. Dit zijn: het *Bundesgerichtshof*, het *Bundesverwaltungsgericht*, het *Bundessozialgericht*, het *Bundesarbeitsgericht* en het *Bundesfinanzhof*. Elk van deze instanties vormt de top van een eigen rechterlijke priramide en elke instantie bestaat uit verschillende kamers.[72]

Om rechtseenheid tussen deze veelheid van instanties te bereiken, kent het Duitse recht verschillende verenigde kamers. Alle instanties kennen een zogenoemde *Grosse Senat* om rechtseenheid tussen de verschillende kamers binnen de instantie te bereiken. Het Bundesgerichtshof, dat zowel hoogste civiele rechter, als hoogste strafrechter is, kent daarnaast de *Vereinigte Senat* om rechtseenheid tussen het civiele recht en strafrecht te waarborgen. Ten behoeve van de rechtseenheid tussen de vijf *Gerichtsbarkeiten* kent Duitsland een *Gemeinsame Senat*. De *Grosse Senat* is samengesteld uit telkens één rechter afkomstig uit de verschillende kamers binnen de desbetreffende instantie. De *Vereinigte Senat* is een samenvoeging van de beide *Grosse Senaten* van het *Bundesgerichtshof*. De *Gemeinsame Senat* wordt gevormd door de voorzitters van de vijf hoogste instanties, aangevuld met de voorzitter en één van de leden van de federale rechterlijke instanties waartussen het verschil van rechtsopvatting bestaat. De *Gemeinsame Senat* wordt voorgezeten door de *lebensälteste Präsident* van een van de niet betrokken federale rechterlijke instanties. Anders dan in Frankrijk neemt een verenigde kamer, in welke vorm ook, niet de behandeling van de zaak over, maar geeft zij haar oordeel in de vorm van een prejudiciële beslissing. De verwijzende rechter is bij de berechting van de zaak gebonden aan de door de verenigde kamer gegeven uitleg van het recht.[73] Ongetwijfeld mede als gevolg van de omvang van de verenigde kamer en de praktische problemen die daarmee gepaard gaan, is het gebruik van de verenigde kamer in de rechtspraktijk beperkt.

72 Zie voor een overzichtelijk schema: Köhne, p. 78.

73 Zie: het *Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes*, *BGBl. I S.* 661.

De bij zowel het Hof van Justitie, als het EHRM bestaande Grote Kamers kunnen als een verenigde kamer worden beschouwd, zij het slechts voor de interne rechtseenheid.

8.4.4.3 Verenigde kamer in Nederland

Zoals hiervoor opgemerkt, bestaat ook in Nederland sinds 1 januari 2013 een formele verenigde kamer, de grote kamer, gericht op het bereiken van rechtseenheid binnen het bestuursrecht. Met een kleine uitbreiding van die regeling zou in Nederland een *Gemeinsame Senat*, ofwel *verenigde kamer*, ontstaan waarin zowel de hoogste bestuursrechterlijke instanties, als de verschillende kamers van de Hoge Raad zitting zouden moeten hebben. Uitgaande van het huidige systeem, derhalve vóór oprichting van het Hoog Administratief Hof, zou de verenigde kamer moeten worden gevormd door een voorzitter, één raadsheer uit respectievelijk de civiele kamer, de strafkamer en de belastingkamer van de Hoge Raad, één staatsraad, en één raadsheer uit respectievelijk de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het toeval wil dat in de huidige situatie wat betreft het aantal leden de Hoge Raad en Grote Drie elkaar in evenwicht houden, zodat bij het staken der stemmen de stem van de voorzitter de doorslag geeft. Voor de duidelijkheid: in mijn optiek is de verenigde kamer een aanvullend instrument voor het bereiken van rechtseenheid, naast de reeds bestaande wettelijke instrumenten, zoals de grote kamer en de Advocaat-Generaal.[74] De verenigde kamer is derhalve een *ultimum remedium* voor die gevallen waarin rechtseenheid niet op andere wijze kan worden bereikt. Dezelfde gevallen derhalve waar de voorstanders van het openstellen van beroep in cassatie in het belang der wet het oog hebben.

De verenigde kamer wordt voorgezeten door de President van de Hoge Raad of de voorzitter/president van één van de bestuursrechterlijke instanties, dan wel het Hoog Administratief Hof. Bepalend voor de keuze van de voorzitter is dat de instantie die wil afwijken van de jurisprudentie van één van de andere instanties niet de voorzitter van de verenigde kamer levert, zodat om een meerderheid te bereiken op zijn minst één van de andere leden moet worden overtuigd van de noodzaak en wenselijkheid van afwijken. Met andere woorden: indien één van de bestuursrechterlijke instanties wil afwijken van de jurisprudentie van de civiele kamer, de strafkamer of de belastingkamer, dan levert de Hoge Raad de voorzitter en omgekeerd. Een vergelijkbare regeling als in Duitsland derhalve. Wat betreft de verdeling van het voorzitterschap onder de Grote Drie ligt dezelfde regeling voor de hand. Dat wil zeggen dat de voorzitter of president van de instantie van

74 Na oprichting van het Hoog Administratief Hof kunnen de grote kamer en de A-G een belangrijke bijdrage leveren aan het op transparante wijze bereiken/waarborgen van de interne rechtseenheid. Aan inzet van een verenigde kamer bestaat verder geen behoefte als rechtseenheid via overleg tussen de verschillende rechterlijke instanties kan worden bereikt. Zie ook: Loeb, p. 26.

wier jurisprudentie zou moeten worden afgeweken de voorzitter van de verenigde kamer wordt. Indien tussen de Grote Drie rechtseenheid bestaat, zou anciënniteit bepalend moeten zijn. Anders dan in Duitsland, zou mijn voorkeur uitgaan naar anciënniteit van benoeming en niet in leeftijd. Dit is binnen de Nederlandse rechtspraak gebruikelijk. Een en ander kan in de procesregeling nader worden uitgewerkt.

De verenigde kamer zou in de eerste plaats een taak als rechtseenheidsvoorziening moeten hebben. Niettemin zouden de betrokken rechterlijke instanties ook om andere redenen een zaak naar de verenigde kamer moeten kunnen verwijzen. Evenzeer zou de wetgever ervoor kunnen kiezen taken aan de verenigde kamer op te dragen die geen verband houden met rechtseenheidskwesties. In dat geval zou de verenigde kamer voorgezeten moeten worden door de president of voorzitter die het meest ancien is.

In de huidige situatie zou de verenigde kamer, inclusief de voorzitter, derhalve in totaal uit zeven raadsheren bestaan. Uitgaande van samenvoeging van de thans bestaande hoogste bestuursrechterlijke instanties, inclusief de belastingkamer van de Hoge Raad, in het Hoog Administratief Hof, zou de verenigde kamer worden samengesteld uit twee raadsheren uit de Hoge Raad en twee raadsheren uit het Hoog Administratief Hof. De regeling van het voorzitterschap behoeft geen aanpassing. In die situatie zou de verenigde kamer derhalve in totaal uit vijf raadsheren bestaan.

Wat betreft de wijze waarop de verenigde kamer haar taken uitvoert, zou ik niet willen aansluiten bij de werkwijze in Duitsland. De prejudiciële procedure leidt mijns inziens tot een onnodige verlenging van de procedure. Evenals in Frankrijk en bij de Nederlandse grote kamer zou de verenigde kamer derhalve de behandeling van de zaak moeten overnemen.

Ervan uitgaande dat de verenigde kamer primair wordt ingezet als de rechtseenheid of rechtsontwikkeling dat vergt, ligt het voor de hand dat de Advocaat-Generaal in alle gevallen conclusie neemt. Evenals in Duitsland en anders dan in de huidige regeling voor de Nederlandse grote kamer, zou een wettelijke verplichting moeten bestaan om de zaak naar de verenigde kamer te verwijzen als de hoogste rechterlijke instantie waarbij de zaak aanhangig is overweegt af te wijken van jurisprudentie van één van de andere hoogste instanties. Uiteraard verdient een en ander nadere uitwerking, maar dat gaat het bestek van dit onderzoek te buiten.

Ik vermoed dat ook invoering van een verenigde kamer op – al dan niet terechte – bezwaren in verband met gevestigde belangen zal stuiten. Ongetwijfeld heb ik ook niet alle complicaties voorzien. Echter, aan de verenigde kamer kleeft in elk geval niet het bezwaar dat de Hoge Raad heeft tegen deelname aan de grote kamer, namelijk dat de interne rechtseenheid binnen de Hoge Raad daarmee niet gewaarborgd is. Rest het andere bezwaar dat de Hoge Raad – naar het schijnt – heeft tegen deelname aan de grote kamer, namelijk dat een beperkte cassatiemogelijkheid bestaat tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfs-

leven.[75] Zoals ik eerder opmerkte, past deze cassatiemogelijkheid niet in een *twin peaks*model en zou die mogelijkheid met de oprichting van het Hoog Administratief Hof moeten vervallen. Indien de verenigde kamer evenwel wordt geïntroduceerd vóór de oprichting van het Hoog Administratief Hof, dan bestaat voor deze cassatiemogelijkheid hoe dan ook geen noodzaak meer. Doel van deze cassatiemogelijkheid is immers het waarborgen van eenheid tussen het civiele recht en bestuursrecht op specifieke onderdelen. Met de verenigde kamer zou in die rechtseenheid al op andere wijze zijn voorzien.

De verenigde kamer blijft een kamer van de rechterlijke instantie die tot verwijzing overgaat. Een aantal staatsraden en een aantal raadsheren uit de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven (en te zijner tijd het Hoog Administratief Hof) zal derhalve moeten worden benoemd tot raadsheer i.b.d. in de Hoge Raad. Zoals eerder opgemerkt, zou dat niet op onoverkomelijke bezwaren moeten stuiten.

Instelling van een verenigde kamer kan worden gerealiseerd bij wet in formele zin; wijziging van de grondwet is daarvoor niet vereist. Een wijziging van artikel 8:10a van de Algemene wet bestuursrecht, dat de grote kamer regelt, ligt daarbij voor de hand. Voor de Hoge Raad moet dan een vergelijkbare regeling worden opgenomen in de Wet op de rechterlijke organisatie. Ik doe een voorstel voor de regeling in de Algemene wet bestuursrecht, voor zowel de situatie vóór, als na oprichting van het Hoog Administratief Hof.

Artikel 8:10a

1. De zaken die bij een andere bestuursrechter dan de rechtbank aanhangig worden gemaakt, worden in behandeling genomen door een meervoudige kamer.
2. Indien een zaak naar het oordeel van de meervoudige kamer geschikt is voor verdere behandeling door één rechter, kan zij deze verwijzen naar een enkelvoudige kamer. De enkelvoudige kamer is aan deze verwijzing gebonden.
3. De meervoudige kamer kan een zaak voorts verwijzen naar een grote kamer, indien haar dit met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling binnen het bestuursrecht geraden voorkomt. Verwijzing naar een grote kamer blijft achterwege, indien de zaak aanhangig is bij een gerechtshof.
4. De meervoudige kamer verwijst een zaak naar de verenigde kamer, indien haar dit met het oog op de rechtseenheid of rechtsontwikkeling in algemene zin geraden voorkomt, dan wel indien zij overweegt voor beslechting van het geschil af te wijken van jurisprudentie van de Hoge Raad. Verwijzing naar de verenigde kamer blijft achterwege, indien de zaak aanhangig is bij een gerechtshof.

75 Daalder, p. 47.

5. De verenigde kamer bestaat naast de voorzitter uit drie raadsheren afkomstig uit de civiele kamer, strafkamer en belastingkamer van de Hoge Raad, één staatsraad, één raadsheer, afkomstig uit de Centrale Raad van Beroep, en één raadsheer, afkomstig uit het College van Beroep voor het bedrijfsleven.[76]
6. Indien de zaak door een kamer van de Hoge Raad naar de verenigde kamer wordt verwezen, wordt het voorzitterschap van de verenigde kamer vervuld door de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, de president van de Centrale Raad van Beroep of de president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. In de procesregeling worden hiertoe nadere regels gesteld.
7. Indien de zaak door een meervoudige kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven naar de verenigde kamer wordt verwezen, wordt het voorzitterschap van de verenigde kamer vervuld door de president van de Hoge Raad.
8. Verwijzing kan geschieden in elke stand van het geding. Een verwezen zaak wordt voortgezet in de stand waarin zij zich bevindt.

Zou het Hoog Administratief Hof zijn opgericht, dan ziet het voorstel er als volgt uit:

Artikel 8:10a
1. De zaken die bij een andere bestuursrechter dan de rechtbank aanhangig worden gemaakt, worden in behandeling genomen door een meervoudige kamer.[77]
2. Indien een zaak naar het oordeel van de meervoudige kamer geschikt is voor verdere behandeling door één rechter, kan zij deze verwijzen naar een enkelvoudige kamer. De enkelvoudige kamer is aan deze verwijzing gebonden.
3. De meervoudige kamer verwijst een zaak naar de verenigde kamer, indien haar dit met het oog op de rechtseenheid of rechtsontwikkeling in algemene zin geraden voorkomt, dan wel indien zij overweegt voor de beslechting van het geschil af te wijken van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Verwijzing blijft achterwege, indien de zaak aanhangig is bij een gerechtshof.

---

76 Indien het kabinetsplan, neergelegd in de brief van 25 juni 2014 zou worden uitgevoerd, bestaat de verenigde kamer naast de voorzitter uit drie raadsheren uit de Hoge Raad en drie staatsraden. In het vijfde, zesde en zevende lid vervallen de verwijzingen naar de (president van de) Centrale Raad van Beroep en (de president van) het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

77 In de instellingswet, dan wel de Wet op de rechterlijke organisatie moet een bepaling worden opgenomen, vergelijkbaar met het huidige artikel 42, tweede lid, van de Wet op de Raad van State.

4. De verenigde kamer bestaat naast de voorzitter uit twee raadsheren afkomstig uit de civiele kamer en de strafkamer van de Hoge Raad en twee raadsheren afkomstig uit het Hoog Administratief Hof.
5. Indien de zaak door een kamer van de Hoge Raad naar de verenigde kamer wordt verwezen, wordt het voorzitterschap van de verenigde kamer vervuld door de president van het Hoog Administratief Hof.
6. Indien de zaak door een meervoudige kamer van het Hoog Administratief Hof naar de verenigde kamer wordt verwezen, wordt het voorzitterschap van de verenigde kamer vervuld door de president van de Hoge Raad.
7. Verwijzing kan geschieden in elke stand van het geding. Een verwezen zaak wordt voortgezet in de stand waarin zij zich bevindt.

Indien op enig moment de rechtsprekende taken van de sector bestuursrecht van de gerechtshoven in belasting- en Mulderzaken zouden zijn beëindigd en dus over de gehele linie van het bestuursrecht rechtspraak in twee instanties bestaat, kan de slotzin in het derde lid vervallen. Na oprichting van het Hoog Administratief Hof bestaat voor een afzonderlijke regeling voor een grote kamer geen noodzaak meer. In de Wet op het Hoog Administratief Hof, dan wel in de Wet op de rechterlijke organisatie kan worden opgenomen dat de president kan bepalen dat de meervoudige kamer uit vijf leden bestaat. Op deze wijze blijft de huidige grote kamer materieel gehandhaafd.

Het ligt voor de hand de verenigde kamer ook te belasten met competentiegeschillen tussen de civiele rechter en strafrechter, enerzijds, en de bestuursrechter(s), anderzijds. De taak derhalve die ingevolge artikel 77 van de Wet op de rechterlijke organisatie thans is opgedragen aan de Hoge Raad. Mocht op enig moment tot invoering van constitutionele toetsing worden besloten, dan kan de verenigde kamer ook optreden als constitutionele rechter. In dat geval zou het voorzitterschap van de verenigde kamer op basis van anciënniteit kunnen worden opgedragen aan de president van de Hoge Raad of de president van het Hoog Administratief Hof.[78]

8.5 Samenvatting en conclusies

In de voorgaande hoofdstukken onderzocht ik of hoogste rechterlijke instanties over en weer gebondenheid aan eerdere uitspraken van een collega-instantie aannemen, dan wel zouden moeten aannemen. Het betrof steeds verhoudingen waarin op zijn minst één bestuursrechter betrokken is. In dit hoofdstuk ging ik na of op grond van deze bevindingen tot algemene vuistregels kan worden gekomen. Voor de nationale verhoudingen deed ik enkele institutionele voorstellen, om de rechtseenheid over de gehele linie te bevorderen.

78 Of, indien op dat moment de samenvoeging nog niet gerealiseerd is: de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, de president van de Centrale Raad van Beroep of de president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Internationale relaties

Voor de verhouding tussen de Nederlandse bestuursrechterlijke instanties, enerzijds, en het Hof van Justitie en het EHRM, anderzijds, bleek dat beide hoven weliswaar een zekere samenwerking met de nationale rechterlijke instanties voor ogen staat, maar dat de inspanningen daarvoor voornamelijk door de nationale bestuursrechters (moeten) worden verricht. Beide hoven achten zich namelijk exclusief bevoegd te oordelen over de geldigheid van algemeen verbindende voorschriften en tot uitleg daarvan en zien in dat kader geen taak weggelegd voor de nationale rechterlijke instanties. Wat betreft het Hof van Justitie zijn dit in de eerste plaats verordeningen en richtlijnen en wat betreft het EHRM gaat het om het EVRM en de daarbij behorende protocollen.

In de verhouding tussen de internationale hoven en de nationale bestuursrechterlijke instanties bleek de feitenvaststelling een bijzondere positie in te nemen. Omdat de nationale rechter beter geëquipeerd is om de feiten vast te stellen, hanteren beide hoven het uitgangspunt dat de vaststelling en waardering van de feiten is voorbehouden aan de nationale rechter. Beide zien echter ruimte over te gaan tot herwaardering van de door de nationale rechter vastgestelde feiten, dan wel in een uitzonderlijk geval tot hernieuwde vaststelling daarvan. Het EHRM gaat daarin het verst, door bij potentiële of voortdurende verdragsschendingen tot een beoordeling *ex nunc* over te gaan, hetgeen onder omstandigheden een *ex-nunc*vaststelling van de feiten veronderstelt.

De Nederlandse hoogste bestuursrechters bleken loyaal ten opzichte van beide hoven. Ook, indien het arresten betreft waarin één van de hoven getreden is in een aspect dat volgens de jurisprudentie van die hoven is voorbehouden aan de nationale rechter. De Nederlandse bestuursrechters lijken ten opzichte van het Hof van Justitie de ruimte veeleer te vinden in het – binnen de door het Hof van Justitie gestelde kaders – achterwege laten van prejudiciële verwijzing. Wat betreft het EHRM biedt de casuïstische opzet van arresten de nationale rechter voldoende ruimte het voorliggende geval op de door hem gewenste wijze af te doen, zonder in strijd met de jurisprudentie van het EHRM te komen. Het nobele handwerk van het onderscheiden derhalve.

Dat wil overigens niet zeggen dat de relatie niet voor verbetering vatbaar is. Het Hof van Justitie zou praktisch meer werk kunnen maken van zijn credo dat de prejudiciële procedure op samenwerking tussen de verwijzende rechter en hem is gericht en daarmee de samenwerking wat minder eenrichtingsverkeer laten zijn. Voorzien zou moeten worden in een mogelijkheid voor de verwijzende rechter om te participeren in de prejudiciële procedure, bijvoorbeeld door hem de gelegenheid te bieden te reageren op de door de Commissie en lidstaten gemaakte schriftelijke opmerkingen en eventueel de gestelde vragen te verduidelijken. Zeker indien het Hof van Justitie overweegt de gestelde vragen te herformuleren, zou de verwijzende rechter op zijn minst de gelegenheid moeten krijgen de gestelde vraag te verduidelijken. Voor het EHRM geldt dat het meer dan thans het geval is

middels zijn arresten de dialoog met de nationale rechterlijke instanties zou moeten zoeken door niet alleen te beoordelen of de desbetreffende Verdragsluitende Staat een verdragsschending heeft begaan, maar tevens te duiden waar de nationale rechterlijke instanties het naar het oordeel van het EHRM fout hebben gedaan. Verder zou overwogen kunnen worden om in het kader van de *advisory-opinion*procedure de president of voorzitter van de verwijzende nationale rechterlijke instantie als *ad-hoc*rechter aan het EHRM toe te voegen. Deze rechter zou dan fungeren als liaison tussen het EHRM en de verwijzende instantie, waarmee voorkomen kan worden dat het EHRM antwoord geeft op een vraag die de verwijzende rechter niet heeft gesteld.

Nationale relaties

De uitkomsten van het onderzoek naar de nationale relaties vormden voor mij een inspiratiebron om te trachten algemene vuistregels te formuleren aan de hand waarvan een rechter kan beoordelen of hij zich gebonden zou moeten achten aan een eerdere rechterlijke uitspraak. De door alle hoogste rechterlijke instanties omarmde leer van de meest gerede rechter vormde daarbij voor mij het uitgangspunt.

Indien een rechterlijke instantie wordt geconfronteerd met een eerdere rechterlijke uitspraak, dan moet hij eerst beoordelen wie de meest gerede rechter is. Het antwoord op deze vraag bepaalt of hij zelf het voortouw kan nemen, dan wel de andere rechterlijke instantie het voortouw geven.

In het geval dat de overheid de rechtsverhouding met de rechtzoekende eenzijdig vaststelt of heeft vastgesteld middels het nemen van een besluit, is de bestuursrechter steeds de meest gerede rechter. Dit geldt ook, indien de overheid besluit naleving door de rechtzoekende te handhaven door middel van het strafrecht. Het strafrecht vormt dan het slotstuk van het bestuursrechtelijke traject. Een efficiënte en doelmatige verdeling van rechtsmacht brengt met zich dat van een rechtzoekende mag worden verwacht dat hij zich tot de meest gerede rechter wendt, alvorens een alternatieve rechtbeschermingsweg te bewandelen.

Dit leidt ertoe dat ook de civiele rechter zijn bestuursrechtelijke college het voortouw moet geven. Een efficiënte en doelmatige verdeling van rechtsmacht brengt met zich dat van elke rechtzoekende in beginsel ook mag worden verwacht dat hij zich tot de meest gerede rechter wendt, alvorens zijn heil bij alternatieven te zoeken. Dit geldt niet, indien de rechtzoekende volgens vaste jurisprudentie van de bevoegde bestuursrechterlijke instantie geen belanghebbende is. Indien bij een rechtzoekende echter slechts twijfel bestaat of hij al dan niet belanghebbende is, mag van hem worden verwacht dat hij zich tot de bestuursrechter wendt. Op die manier wordt de bestuursrechter de gelegenheid geboden de bestaande twijfel weg te nemen. Indien al een bestuursrechtelijke procedure aanhangig is, mag van elke rechtzoekende worden verwacht dat hij probeert aan die procedure deel te nemen alvorens zich tot de civiele rechter te wenden.

Voor deze gevallen, waarin de civiele rechter, de strafrechter en de bestuursrechter in zuivere vorm rechtsmacht delen, moeten de civiele rechter

en strafrechter de bestuursrechter het voortouw geven. Dit betreft in elk geval de vragen of binding bestaat aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en of binding bestaat aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift. De civiele rechter en strafrechter zouden zich zonder meer en *erga omnes* gebonden moeten achten aan een uitspraak van de bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *on*verbindend is en moeten uitgaan van de door de bestuursrechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift. Ik stel dan ook geen wijziging voor.

Ik kwam echter tevens tot de conclusie dat zowel de civiele rechter, als de strafrechter zich *erga omnes* gebonden moet achten aan een uitspraak van de bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *ver*bindend is, dan wel een uitspraak waarin de bestuursrechter impliciet van verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift uitgaat door toepassing ervan in het concrete geval. Indien een rechtzoekende meent dat het oordeel van de bestuursrechter onjuist is, dan moet hij dat in een bestuursrechtelijke procedure aan de orde stellen. Aldus kan de bestuursrechter als meest gerede rechter het belang van omgaan afwegen tegen de inbreuk op de rechtszekerheid die hij daarmee zou maken. Complementair hieraan is dat de bestuursrechter waarborgt dat degene die over een rechtens te honoreren belang beschikt zich tot de civiele rechter te wenden, dan wel onderwerp is van strafrechtelijke handhaving van een besluit ook toegang heeft tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Wat betreft de vraag of binding bestaat aan een eerdere vaststelling van de feiten, kan voor de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter de geldende lijn in de jurisprudentie worden voortgezet. Voor de verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter heeft de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak mijn voorkeur.

Indien de bestuursrechter geroepen wordt tot uitleg van wettelijke voorschriften die zonder meer behoren tot het terrein van het civiele recht of het strafrecht, dan wel daarmee de meeste aanknopingspunten hebben, brengt de leer van de meest gerede rechter met zich dat hij zich zonder meer aansluit bij de uitleg die de civiele rechter of strafrechter voorstaat.

De leer van de meest gerede rechter kan op zichzelf ook worden toegepast op de verhouding tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof van Justisitie en het EHRM, met dien verstande dat de beide hoven in elk geval wat betreft de vraag naar de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en de uitleg van een wettelijk voorschrift vaak de meest gerede rechter zullen zijn.

Indien geen meest gerede rechter kan worden aangewezen, mag van de verschillende rechterlijke instanties op zijn minst worden verwacht dat zij niet alleen motiveren waarom zij afwijken van een eerdere uitspraak, maar ook waarom zij hun oordeel beter vinden. Op die manier kan middels een dialoog over de band van uitspraken wellicht alsnog eenheid worden bereikt. Afgedwongen worden kan eenheid op deze manier echter niet; daarvoor zijn institutionele aanpassingen vereist.

Institutionele wijzigingen

Voorstaande vuistregels gaan uit van handhaving van de bestaande – institutionele – structuren en diversiteit aan rechterlijke instanties. In die situatie is het bereiken van rechtseenheid afhankelijk van de bereidheid van de verschillende rechterlijke instanties om niet alleen rechtseenheid na te streven, maar ook daadwerkelijk tot rechtseenheid te komen. Om daadwerkelijk rechtseenheid te garanderen zijn ingrijpender maatregelen vereist, waarvoor ingrijpen van de wetgever onvermijdelijk is. Inmiddels heeft de wetgever voor de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven voorzien in de mogelijkheid om een Advocaat-Generaal conclusie te laten nemen en om een zaak te verwijzen naar een grote kamer met vijf in plaats van drie leden.

Beide mogelijkheden hebben echter als beperking dat één van de bestuursrechterlijke instanties moet besluiten dat de rechtseenheid inzet ervan vergt. Eén manier om in alle gevallen rechtseenheid te waarborgen zou zijn om tegen uitspraken van de – nu nog – hoogste bestuursrechterlijke instanties beroep in cassatie open te stellen. De nadelen die aan het openstellen van deze mogelijkheid kleven, zijn echter groter dan de voordelen ervan. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan verlenging van bestuursrechtelijke procedures, vergroting van de complexiteit ervan en capaciteitsproblemen bij de Hoge Raad. De nog bestaande verschillen in jurisprudentie rechtvaardigen een dergelijke ingrijpende systeemwijziging ook niet.

De nieuwe rechtseenheidsinstrumenten ten spijt is het samenvoegen van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties tot één nieuwe instantie mijns inziens onvermijdelijk. In die ene hoogste bestuursrechterlijke instantie, het Hoog Administratief Hof, zouden in elk geval de huidige Grote Drie, het College van Beroep voor het hoger onderwijs en de belastingkamer van de Hoge Raad moeten opgaan. Om over de gehele linie van het bestuursrecht een uniform stelsel van rechtsbescherming te bereiken, zouden op enig moment, de rechtsprekende taak van de gerechtshoven in belastingzaken en zogenoemde Mulderzaken moeten worden beëindigd en de – beperkte – cassatiemogelijkheden tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven moeten vervallen.

Het openstellen van beroep in cassatie zou niet alleen moeten leiden tot rechtseenheid op het terrein van het bestuursrecht, maar ook tot rechtseenheid tussen het bestuursrecht, het civiele recht en het strafrecht. Er is echter een andere, minder ingrijpende, oplossing om rechtseenheid over de gehele breedte van het recht te bereiken.

Ik heb hierbij het oog op de introductie van een gemengde of verenigde kamer zoals Duitsland en Frankrijk die kennen. Met een kleine uitbreiding van de wettelijke regeling voor de grote kamer zou in Nederland een *Vereinigte Senat*, ofwel verenigde kamer, ontstaan waarin zowel de hoogste bestuursrechterlijke instanties, als de verschillende kamers van de Hoge Raad zitting zouden moeten hebben. In de huidige situatie zou de verenigde kamer bestaan uit zeven leden. Na oprichting van het Hoog Administratief

Hof (inclusief de belastingkamer van de Hoge Raad) zou zij uit vijf leden bestaan.

Wat betreft de wijze waarop de verenigde kamer zijn taken zou moeten uitvoeren, stelde ik voor om de verenigde kamer de behandeling van de zaak te laten overnemen. Het ligt voor de hand dat in alle gevallen de Advocaat-Generaal conclusie neemt. Evenals in Duitsland en anders dan in de huidige regeling voor de grote kamer zou een wettelijke verplichting moeten bestaan om de zaak naar de verenigde kamer te verwijzen, indien de rechterlijke instantie waarbij de zaak aanhangig is overweegt af te wijken van jurisprudentie van één van de andere instanties.

Alle eventuele andere bezwaren daargelaten, kleeft aan de verenigde kamer in elk geval niet het bezwaar dat de Hoge Raad heeft tegen deelname aan de grote kamer, namelijk dat de interne rechtseenheid binnen de Hoge Raad daarmee niet gewaarborgd is. Indien de verenigde kamer zou worden geïntroduceerd vóór de oprichting van het Hoog Administratief Hof, dan bestaat voor de beperkte cassatiemogelijkheid tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven geen noodzaak meer. Doel van die cassatiemogelijkheid is immers het waarborgen van eenheid tussen het civiele recht en bestuursrecht op specifieke onderdelen. Met de verenigde kamer zou in die rechtseenheid al op andere wijze zijn voorzien.

Omdat de verenigde kamer een kamer is van de rechterlijke instantie die tot verwijzing overgaat, zal een aantal staatsraden en raadsheren uit de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven of het Hoog Administratief Hof moeten worden benoemd tot raadsheer i.b.d. in de Hoge Raad. De instelling van de verenigde kamer kan worden gerealiseerd bij wet in formele zin; wijziging van de Grondwet is daarvoor niet vereist. Ik deed een voorstel voor een regeling in de Algemene wet bestuursrecht, voor zowel de situatie vóór, als na oprichting van het Hoog Administratief Hof. Voor de Hoge Raad moet dan een soortgelijke regeling worden opgenomen in de Wet op de rechterlijke organisatie.

Het ligt voor de hand de verenigde kamer ook te belasten met competentiegeschillen tussen de civiele rechter en de strafrechter, enerzijds, en de bestuursrechter(s), anderzijds; de taak derhalve die ingevolge artikel 77 van de Wet op de rechterlijke organisatie thans is opgedragen aan de Hoge Raad. Mocht op enig moment tot invoering van constitutionele toetsing worden besloten, dan kan de verenigde kamer ook optreden als constitutionele rechter. In dat geval zou het voorzitterschap van de verenigde kamer op basis van anciënniteit kunnen worden opgedragen aan de president van de Hoge Raad of de president van het Hoog Administratief Hof.

9 Samenvattende slotbeschouwing

9.1 Inleidende opmerkingen

In dit proefschrift staat de vraag centraal of hoogste rechterlijke instanties over en weer gebondenheid aan eerdere uitspraken van een collega-instantie aannemen, dan wel zouden moeten aannemen. Het onderzoek is verricht aan de hand van de volgende vragen:

- bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?
- bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

Twee van deze vragen verdienen een nadere toelichting. De vraag naar de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften vertoont sterke verwantschap met de vraag of een verdragsbepaling eenieder verbindend is. In beide gevallen leidt een ontkennend antwoord op de vraag er immers toe dat de rechtzoekende aan het desbetreffende voorschrift geen in rechte afdwingbare aanspraken kan ontlenen. Daarom ging ik in voorkomend geval bij de bespreking van de eerste vraag dan ook tevens in op de vraag of hoogste rechterlijke instanties gebondenheid aannemen aan een eerder rechterlijk oordeel over de eenieder verbindendheid van een verdragsbepaling. Bij de tweede vraag heb ik het oog op een eerdere rechterlijke uitleg van hetzelfde wettelijk voorschrift. Dit kan zowel het voorschrift als geheel zijn, als één of meer termen uit dat voorschrift. Het onderzoek betrof derhalve niet het geval waarin de wetgever wel heeft beoogd in materieel opzicht tot hetzelfde resultaat te komen, maar de tekst van de wettelijke voorschriften niet overeenkomt.

Het onderzoek betrof in de eerste plaats de vraag of hoogste rechterlijke instanties over en weer gebondenheid aan eerdere uitspraken van een collega-instantie aannemen, dan wel zouden moeten aannemen. Omdat ik het onwaarschijnlijk achtte dat hoogste rechterlijke instanties zonder meer gebondenheid aan uitspraken van collega-instanties aannemen, ben ik tevens ingegaan op de vraag op welke wijze verschillen kunnen worden voorkomen. Aan de hand van de resultaten van het onderzoek formuleerde ik enkele vuistregels aan de hand waarvan een rechter kan beoordelen of hij zich in een voorkomend geval gebonden acht of zou moeten achten aan een eerdere uitspraak van een collega-rechterlijke instantie. Ook heb ik enkele institutionele voorstellen gedaan waarmee verschillen tussen rechterlijke instanties kunnen worden voorkomen.

Ik beperkte mij bij het onderzoek tot relaties tussen rechterlijke instanties, waarbij op zijn minst één bestuursrechterlijke instantie betrokken is. De relatie tussen de civiele en strafrechter bleef daarom onbesproken, evenals die tussen het EHRM en het Hof van Justitie en tussen gedecentraliseerde unierechters uit verschillende lidstaten. Evenzeer buiten het onderzoek vielen de instanties die zich weliswaar bezighouden met (individuele) klachtbehandeling, maar die niet voldoen aan de eisen om als rechterlijke instantie te worden aangemerkt en de beroepsgroepenrechtspraak, zoals bijvoorbeeld het notarieel en het medisch tuchtrecht. Verder beperkte ik mij beperkt tot relaties tussen hoogste rechterlijke instanties. De verhouding tussen de sectoren bestuurs- en strafrecht binnen de rechtbanken en de gerechtshoven liet ik derhalve buiten beschouwing. Omwille van de overzichtelijkheid liet ik evenzeer buiten beschouwing dat tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven in een beperkt aantal gevallen beroep in cassatie bij de Hoge Raad openstaat. Deze beperkte cassatiemogelijkheid betekent dat de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet altijd hoogste rechterlijke instantie in de letterlijke betekenis van het woord zijn.

Tenzij anders aangegeven, heb ik voor het onderzoek de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (ook: de Grote Drie) en de belastingkamer van de Hoge Raad voor de relatie tot het Hof van Justitie en het EHRM als eenheid aangemerkt.

9.2 Uitgangspunten

9.2.1 Horizontale en verticale relaties

In het tweede hoofdstuk introduceerde ik de begrippen *horizontale* en *verticale relatie* tussen rechterlijke instanties. Het maken van dit onderscheid was van belang, omdat uitsluitend horizontale relaties tussen rechterlijke instanties onderwerp van onderzoek zijn. Onder horizontale relaties versta ik de relaties waarin een rechterlijke instantie de naleving van een eerdere uitspraak door een andere rechterlijke instantie niet kan afdwingen.

Uitgangspunt van dit onderzoek was dat elke relatie tussen rechterlijke instanties verticaal of horizontaal is. Bepalend daarvoor is het bestaan van een vernietigingsbevoegdheid, dan wel een gelijkwaardige bevoegdheid om effectief naleving af te dwingen. Bestaat een dergelijke bevoegdheid, dan is een relatie verticaal; in alle andere gevallen is de relatie horizontaal. Om te kunnen beoordelen welke rechterlijke instanties een horizontale relatie hebben, en daarmee binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen, heb ik eerst in kaart gebracht welke relaties tussen rechterlijke instanties mogelijk zijn.

9.2.1.1 Relaties tussen nationale rechterlijke instanties

Nederland kent op het terrein van het civiele en strafrecht een systeem van rechtsbescherming met een zuiver piramidale structuur, waarbij de Hoge Raad de hoogste rechterlijke instantie is. Dat is niet het geval op het terrein van het bestuursrecht. Op dat terrein bestaat een historisch verklaarbare, lappendeken. In het verleden zijn meerdere pogingen gedaan ook op dit terrein tot organisatorische eenheid te komen. Deze pogingen hebben tot een aanzienlijke vereenvoudiging van het stelsel geleid, maar een piramidale structuur met één hoogste instantie, is er nog niet. Wel heeft de regering kenbaar gemaakt voornemens te zijn de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven samen te voegen en de Centrale Raad van Beroep op te heffen. Het zaakpakket van de Centrale Raad van Beroep zou moeten worden ondergebracht bij de gewone rechterlijke macht. Wat de hoogste bestuursrechterlijke instanties betreft, richtte het onderzoek zich op de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de belastingkamer van de Hoge Raad. Elk van deze instanties beschikt over een door de wetgever als exclusief bedoelde rechtsmacht.

9.2.1.2 Relaties tussen nationale en internationale rechterlijke instanties

Een onderzoek naar gebondenheid aan rechterlijke uitspraken is niet compleet, indien daarbij internationale rechterlijke instanties buiten beschouwing worden gelaten. Omwille van de overzichtelijkheid koos ik ervoor alleen die internationale rechterlijke instanties die zowel voor rechtzoekenden als voor de verhouding tot de Nederlandse hoogste bestuursrechterlijke instanties van het grootste belang zijn binnen het bestek van het onderzoek te laten vallen: het Hof van Justitie en het EHRM.

Het Hof van Justitie
De oprichtingsverdragen kennen het Hof van Justitie niet de bevoegdheid toe om uitspraken van nationale rechterlijke instanties te vernietigen. Evenmin heeft het Hof van Justitie zich die bevoegdheid toegeëigend. Weliswaar is een lidstaat voor het handelen van zijn (hoogste) nationale rechterlijke instanties onder omstandigheden aansprakelijk, maar een uitspraak van die instantie blijft ook na een eventuele veroordeling van de lidstaat door het Hof van Justitie onverkort in stand. Artikel 260 van het EU-Werkingsverdrag verplicht lidstaten weliswaar die maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van een arrest van het Hof van Justitie, desnoods onder verbeurte van een door het Hof van Justitie op te leggen forfaitaire som of dwangsom, maar deze maatregelen richten zich tot de lidstaat als zodanig en niet tot de in gebreke blijvende rechterlijke instantie. Zij tasten de rechtsgeldigheid, dat wil zeggen de bindende kracht, van de nationale rechterlijke uitspraak niet aan. Nu een vernietigingsbevoegdheid ontbreekt en het Hof van Justitie

evenmin over andere mogelijkheden beschikt om naleving door de nationale rechter van het unierecht eenzijdig effectief af te dwingen, is de verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter voor dit onderzoek een horizontale.

Het EHRM
Ook het EHRM is op grond van het EVRM niet bevoegd een uitspraak van een Nederlandse rechterlijke instantie die het in strijd met het EVRM acht op deze of enige andere (rechts)grond te vernietigen. Evenmin beschikt het EHRM over andere bevoegdheden om eenzijdig effectief naleving van arresten door nationale rechterlijke instanties af te dwingen. Ik kwam tot de slotsom dat de positie van het ERHM in dit opzicht lijkt op die van het Hof van Justitie. In zeker opzicht is de positie van het EHRM wellicht zwakker. Daar staat tegenover dat in ons land en enkele omringende landen een arrest van het EHRM wel een wettelijke grond voor herziening van een rechterlijke uitspraak in een afgesloten strafzaak is en een arrest van het Hof van Justitie niet. Gegeven de keuze om in dit onderzoek elke relatie als verticaal óf horizontaal te beschouwen, betekende dit dat ook de relatie tussen het EHRM en de Nederlandse rechterlijke instanties een horizontale is.

9.2.2 Toelichting terminologie

9.2.2.1 Onverbindend verklaren en buiten toepassing laten

Hoewel in rechterlijke uitspraken waarin de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift aan de orde is de termen *onverbindend verklaren* en *buiten toepassing laten* vaak als synoniemen worden gebruikt, bestaat er in elk geval in de literatuur overeenstemming over dat zij dat inhoudelijk niet zijn. Ik sloot mij hierbij aan. Onder onverbindendheid verstond ik uitsluitend dat een wettelijk voorschrift in strijd is met hoger recht (of bij niet van de wetgever in formele zin afkomstige voorschriften een algemeen rechtsbeginsel) en daarom ongeldig. Het gebrek kleeft met andere woorden aan het voorschrift als zodanig en niet aan de toepassing ervan in een concreet geval. Dit leidt ertoe dat een rechtmatige toepassing van het voorschrift in het geheel niet mogelijk is. Het buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift is aan de orde, indien het voorschrift als zodanig weliswaar niet in strijd is met een hogere regeling, maar bijzondere omstandigheden ertoe leiden dat de toepassing ervan in een concreet geval niet op rechtmatige wijze mogelijk is. In de tweede plaats kan een algemeen verbindend voorschrift in een concreet geval buiten toepassing worden gelaten, indien een ander voorschrift van gelijke rang in een concreet geval bij voorrang wordt toegepast, het bestuursorgaan het recht op toepassing van het voorschrift heeft verwerkt of nog niet aan alle toepassingsvereisten van het voorschrift is voldaan.

9.2.2.2 Soorten toetsing van algemeen verbindende voorschriften

Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften kan verschillende gedaanten aannemen. Welke dat zijn, wordt in belangrijke mate bepaald door de historische ontwikkeling van en juridische traditie in de verschillende rechtsstelsels. De volgende vier vormen werden in dit onderzoek onderscheiden:

- Het *vernietigingsberoep*, waarbij in rechte kan worden opgekomen tegen het algemeen verbindend voorschrift als zodanig, bijvoorbeeld omdat dat in strijd is met de Grondwet. Vernietiging van het algemeen verbindend voorschrift, dan wel het besluit tot vaststelling ervan, leidt ertoe dat het geacht wordt nimmer deel te hebben uitgemaakt van de rechtsorde.

- De *actie uit onrechtmatige daad (directe toetsing)*, waarbij de rechter wordt verzocht te beoordelen of het uitvaardigen en handhaven van het algemeen verbindend voorschrift een onrechtmatige daad oplevert. Indien de rechter deze vordering toewijst, blijft het algemeen verbindend voorschrift weliswaar deel uitmaken van de rechtsorde, maar is rechtmatige toepassing ervan niet meer mogelijk zonder schadeplichtig te worden.

- De *exceptieve toetsing*, waarbij de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift in rechte aan de orde wordt gesteld over de band van een beroep tegen een op basis van dat algemeen verbindend voorschrift genomen – uitvoerings – besluit. Hierbij geldt evenals bij voormelde directe toetsing dat het oordeel van de rechter dat het algemeen verbindend voorschrift onverbindend is er niet toe leidt dat dat voorschrift uit de rechtsorde verdwijnt. Rechtmatige toepassing ervan, bestaande uit het nemen van besluiten op basis van dat voorschrift, dan wel het op andere wijze uitvoering geven aan het algemeen verbindend voorschrift, is evenwel niet meer toegestaan.

- *Declaratoire toetsing*, waarbij de rechter weliswaar tot het oordeel kan komen dat een algemeen verbindend voorschrift wegens strijd met hoger recht onverbindend is, maar desalniettemin gehouden is daaraan toepassing te geven. De uitspraak van de rechter vormt in dat geval een advies aan de wetgever zich te beraden of een wetswijziging aangewezen is.

In de Nederlandse rechtsorde maakt de civiele rechter doorgaans gebruik van directe toetsing, terwijl de bestuursrechters en strafrechters gebruik maken van exceptieve toetsing. De reden hiervoor is de verschillende rechtsingang die de wetgever op de instantie heeft opengesteld. Hierbij is in het bijzonder van belang dat in het bestuursrecht rechterlijke toetsing steeds loopt over de band van toetsing van een beroepbaar besluit of daarmee op

één lijn te stellen handeling. Het vernietigingsberoep komt in Nederland niet voor. De zogenoemde abstinentiejurisprudentie kan als een milde vorm van declaratoire toetsing worden beschouwd.

9.3 Verhouding bestuursrechter – Hoge Raad (civiele rechter)

9.3.1 Inleidende opmerkingen

Hoewel de rechtsmacht van bestuursrechters van oudsher in bijzondere wetten is afgebakend, is er tussen de bestuursrechter en de civiele rechter toch sprake van gedeelde rechtsmacht. Dit is het gevolg van de in artikel 112 van de Grondwet neergelegde ruime bevoegdheid van de civiele rechter kennis te nemen van alle geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. Onder *gedeelde rechtsmacht* versta ik dat meerdere rechterlijke instanties bevoegd zijn of zich bevoegd achten ten aanzien van dezelfde (soort) geschillen, met dezelfde feitelijke grondslag, al dan niet in dezelfde partijconstellatie.

9.3.2 Formele rechtskracht

9.3.2.1 Eén term, drie concepten

Met de ontwikkeling van de formele rechtskracht heeft de civiele rechter het voortouw genomen om voor gevallen waarin sprake is van gedeelde rechtsmacht een doelmatige afbakening tussen de bestuursrechter en de civiele rechter te realiseren. Formele rechtskracht is een overkoepelend begrip, waaronder drie concepten schuilgaan, te weten:

- de *ontvankelijkheidsleer*, op grond waarvan de civiele rechter een rechtzoekende niet-ontvankelijk verklaart in zijn vordering als nog een bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat;
- de *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter*, op grond waarvan de civiele rechter uitgaat van de juistheid van een door de bestuursrechter gegeven oordeel;
- de *leer van de formele rechtskracht*, op grond waarvan de civiele rechter de fictie hanteert dat een besluit, waartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan, maar niet is benut naar inhoud en wijze van totstandkoming rechtmatig is.

9.3.2.2 Uitzonderingen op de formele rechtskracht

Het maken van onderscheid tussen deze concepten is voornamelijk van belang voor de uitzonderingen die de Hoge Raad op de formele rechtskracht maakt, dan wel de gevallen waarin hij de formele rechtskracht niet tegen-

werpt. De Hoge Raad werpt de formele rechtskracht niet tegen aan een rechtzoekende die door toedoen van een bestuursorgaan heeft afgezien van het – tijdig – aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen. Dit omvat zowel het geval dat een bestuursorgaan onjuiste informatie heeft verschaft over de openstaande rechtsmiddelen, als het geval dat het verwarring heeft veroorzaakt over de beroepbaarheid van een bestuurshandeling, als het geval dat het de onrechtmatigheid van een bestuurshandeling heeft erkend. Op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter heeft de Hoge Raad slechts één, tot nu toe theoretisch gebleken, uitzondering aanvaard voor het geval de bestuursrechter in de procedure fundamentele rechtsbeginselen heeft geschonden.

Indien duidelijk is dat voor een rechtzoekende een bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg openstaat, kwam ik tot de conclusie dat de civiele rechter geen uitzondering zou moeten aannemen. In plaats daarvan zou hij van de rechtzoekende moeten verlangen dat hij – alsnog – van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg gebruik maakt. Indien de daarvoor geldende termijn is verstreken, voorziet artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering in de mogelijkheid van een de bestuursrechter bindende verwijzing, waarin een nieuwe termijn wordt gegeven. Ik zag daarbij geen reden voor een andere benadering, indien het de rechtzoekende alleen nog ging om het verkrijgen van schadevergoeding, gebaseerd op bestuursrechtelijk onrechtmatig handelen door het bestuursorgaan. De bestuursrechter is immers bij uitstek geroepen te beoordelen of daarvan sprake is. Uit de jurisprudentie blijkt evenwel dat de Hoge Raad onder omstandigheden bereid is te accepteren dat een rechtzoekende de bestuursrechtelijke weg overslaat, indien het hem uitsluitend om een schadevergoeding in geld is te doen. Het vorenstaande betrof gevallen waarin een rechtzoekende weliswaar toegang had tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, maar daarvan om wat voor reden dan ook geen gebruik maakte, dan wel daarin niet het gewenste resultaat bereikte.

De Hoge Raad werpt de formele rechtskracht niet tegen aan rechtzoekenden die geen toegang hadden tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, omdat zij geen bestuursrechtelijk belanghebbenden zijn. In die gevallen moet de civiele rechter zich derhalve een zelfstandig oordeel vormen. Om tegenstrijdige uitspraken tussen de civiele rechter en bestuursrechter te voorkomen, zal eerstgenoemde zich bij de oordeelsvorming zoveel mogelijk moeten richten op de uitspraak van laatstgenoemde, indien beschikbaar.

Ik kwam tot de conclusie dat, indien een niet-belanghebbende zich tot de civiele rechter wendt en de bestuursrechter nog geen uitspraak heeft gedaan, de civiele rechter de zaak in elk geval zou moeten aanhouden. Ik stelde tevens de vraag of het wel voor de hand ligt dat de civiele rechter, ook na het tot volle wasdom komen van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, aanvullende rechtsbescherming blijft bieden aan een rechtzoekende die niet voldoet aan de vereisten om voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming in aanmerking te komen. De slotsom was dat het meer

voor de hand ligt dat de bestuursrechter waakt voor het ontstaan van een tekort aan rechtsbescherming, zo nodig door een ruimere uitleg aan het begrip belanghebbende te geven. Indien reeds een procedure bij de bestuursrechter aanhangig is, mag ook van een rechtzoekende die volgens vaste jurisprudentie van de bestuursrechter geen belanghebbende is worden gevergd te proberen – alsnog – aan die procedure deel te nemen.

Voormelde uitgangspunten voor toepassing van formele rechtskracht gelden voor alle drie door mij onderscheiden vragen, indien en voor zover de civiele rechter optreedt als *restrechter*. Met andere woorden: in die gevallen waarin hij de gaten opvult die de bestuursrechter – gedwongen door de ontvankelijkheidsvereisten – liet vallen. Dat is in strikte zin niet het geval voor oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften. Ingevolge artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht staat tegen algemeen verbindende voorschriften immers geen beroep op de bestuursrechter open. Dat de civiele rechter bereid is geweest de bestuursrechter hier het voortouw te geven, kan worden verklaard doordat in de gevallen waarin de civiele rechter en de bestuursrechter rechtsmacht delen de algemeen verbindende voorschriften moeten worden geïnstrumentaliseerd door op grond van die voorschriften genomen besluiten. Tegen die besluiten staat doorgaans wel beroep bij de bestuursrechter open, in welk kader de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift exceptief kan worden getoetst. Van een rechtzoekende die ervan overtuigd is dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, kan volgens de Hoge Raad echter niet worden gevergd om toch op basis van dat voorschrift een vergunning aan te vragen, dan wel het te laten aankomen op strafrechtelijke vervolging of de toepassing van bestuursdwang, enkel en alleen om de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift bij wege van exceptief verweer bij de straf- of bestuursrechter aan de orde te kunnen stellen.

Indien een rechtzoekende voor het verrichten van een door hem gewenste activiteit hoe dan ook een besluit nodig heeft, maar bijvoorbeeld met het bestuursorgaan van mening verschilt of nadere voorwaarden kunnen worden gesteld, concludeerde ik dat niet valt in te zien waarom van hem niet kan worden gevergd het bestuursorgaan te verzoeken het vereiste besluit te nemen en vervolgens bij de bestuursrechter te procederen over de uitvoeringsaspecten. Ik kan mij echter voorstellen dat ook in dat geval een uitzondering gerechtvaardigd is, indien het bestuursorgaan van de rechtzoekende buitengewoon kostbaar onderzoek vergt om te kunnen beoordelen welke voorschriften aan de vergunning moeten worden verbonden.

In die gevallen waarin de civiele rechter zijn bestuursrechtelijke collega niet het voortouw geeft, bleek dat beiden hun eigen weg gaan. De SGP-zaak laat zien dat, hoezeer het streven van beide rechterlijke instanties ook gericht is op het voorkomen van uiteenlopende, laat staan tegenstrijdige uitspraken, dat niet in alle gevallen lukt.

9.3.3 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?

9.3.3.1 Civiele rechter

Voor algemeen verbindende voorschriften hanteert de civiele rechter het uitgangspunt dat een oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *on*verbindend is, *erga-omnes*werking heeft. Een oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *ver*bindend is, geldt evenwel slechts voor alle organen van de rechtspersoon waarbinnen het voorschrift is vastgesteld en degenen die belanghebbenden waren bij de bestuursrechtelijke procedure en derhalve aan die procedure hadden kunnen deelnemen. De civiele rechter neemt ten opzichte van de rechtzoekende die aan de bestuursrechtelijke procedure geen deel kon nemen, aan het *ver*bindendheidsoordeel van de bestuursrechter geen gebondenheid aan. Dat laat uiteraard onverlet dat hij tot dezelfde slotsom als de bestuursrechter kan komen.

9.3.3.2 Bestuursrechter

Jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties waarin zij uitdrukkelijk gebondenheid aannemen aan oordelen van de Hoge Raad over de (on)verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften trof ik niet aan. Ik kwam tot de slotsom dat het – op basis van wederkerigheid – aannemen van zodanige gebondenheid, zoals in de literatuur wel wordt voorgesteld, ook niet in de rede ligt. Doorslaggevend daarvoor is dat de reden voor de Hoge Raad gebondenheid aan te nemen er juist in is gelegen dat hij de bestuursrechter de meest gerede rechter acht een oordeel te geven over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften die binnen de bestuursrechtelijke keten geïnstrumentaliseerd moeten worden door het nemen van besluiten. Indien de bestuursrechter zich op dezelfde wijze gebonden acht aan een (on)verbindendheidsoordeel van de civiele rechter erkent hij daarmee de civiele rechter als de meest gerede rechter. Uiteraard is het ongewenst als twee hoogste rechterlijke instanties tot afwijkende oordelen komen over de (on)verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften. De rechtszekerheid is daarmee niet gediend. Voorstelbaar is dan ook dat de bestuursrechter zich laat inspireren door het (on)verbindendheidsoordeel van de civiele rechter en vervolgens tot dezelfde uitkomst komt. Indien de bestuursrechter niet tot dezelfde uitkomsts komt, moet hij zijn oordeel in elk geval gemotiveerd afzetten tegen dat van de civiele rechter.

9.3.3.3 Vuistregels

Aan de jurisprudentie kunnen voor de civiele rechter de volgende vuistregels worden ontleend:

- Indien de hoogste bestuursrechter de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken, is de civiele rechter ten opzichte van de rechtspersoon waarbinnen het voorschrift is vastgesteld steeds aan dat oordeel gebonden; ten opzichte van de rechtzoekende is van gebondenheid slechts sprake, indien deze aan de bestuursrechtelijke procedure heeft deelgenomen of had kunnen deelnemen.

- Ten opzichte van een rechtzoekende die niet kon deelnemen aan de bestuursrechtelijke procedure waarin de verbindendheid werd uitgesproken en voor wie ook geen andere bestuursrechtelijke procedure openstaat of -stond, dient de civiele rechter zelfstandig een oordeel te geven over de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift, daarbij zoveel mogelijk aansluitend bij het oordeel van de hoogste bestuursrechter.

De jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties is aanmerkelijk minder eenduidig over wat voor hen de betekenis is van een verbindendheidsoordeel van de hoogste civiele rechter. Mijns inziens zou daarvoor de volgende vuistregel kunnen worden gehanteerd:

- Indien de civiele rechter de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken, moet de hoogste bestuursrechter met dat oordeel weliswaar rekening houden, maar staat het hem vrij zich een eigen oordeel over de verbindendheid van dat voorschrift te vormen. Indien hij daarbij afwijkt van het oordeel van de civiele rechter dient hij dat echter te motiveren.

9.3.4 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?

De uitleg van wettelijke voorschriften is een categorie, waarvoor evenzeer het uitgangspunt geldt dat tegenstrijdige uitspraken tussen de civiele rechter en bestuursrechter moeten worden voorkomen, maar de algemene benadering niet zonder meer toepasbaar is. De reden hiervoor is dat het wettelijk voorschrift niet in alle gevallen eenduidig behoort tot een rechtsgebied waarop de civiele rechter, dan wel de bestuursrechter exclusief bevoegd is. Indien de civiele rechter optreedt als restrechter hanteert hij ook bij de beantwoording van interpretatievragen de formele rechtskracht, inclusief de eerder vermelde uitzonderingen daarop. Aan de jurisprudentie kunnen de volgende vuistregels worden ontleend:

- Indien een rechtzoekende die een bestuursrechtelijke procedure heeft doorlopen, zich wat betreft het desbetreffende besluit met een onrechtmatigedaadsactie tot de civiele rechter wendt, gaat deze op grond van de *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter* uit van de door de bestuursrechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift.

- Indien een rechtzoekende die een bestuursrechtelijke procedure had kunnen doorlopen maar dat niet heeft gedaan, zich wat betreft het des-

betreffende besluit met een onrechtmatigedaadsactie tot de civiele rechter wendt, gaat deze op grond van de *leer van de formele rechtskracht* uit van de uitleg van het wettelijk voorschrift, neergelegd in dat besluit.

- Indien een rechtzoekende die geen toegang heeft tot een bestuursrechtelijke procedure zich wat betreft het desbetreffende besluit met een onrechtmatigedaadsactie tot de civiele rechter wendt, gaat deze in beginsel uit van de *door de bestuursrechter gehanteerde uitleg* van een wettelijk voorschrift. Is er over het desbetreffende wettelijk voorschrift (nog) geen jurisprudentie van de bestuursrechter, dan geeft de civiele rechter zijn eigen uitleg.

Indien niet eenduidig is tot wiens rechtsgebied een wettelijk voorschrift behoort, pleegt voor de beantwoording van de vraag welke rechter het voortouw moet nemen te worden bezien met welk rechtsgebied het desbetreffende voorschrift de meeste aanknopingspunten heeft, zij het zonder dat dit wordt gemotiveerd. Deze benaderingswijze leidt in de praktijk over het algemeen tot bevredigende uitkomsten. Het kan echter een probleem opleveren, indien een wettelijk voorschrift tot het rechtsgebied van zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter behoort, zoals het geval kan zijn bij verdragsbepalingen. Het streven naar het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken ten spijt bleek het voor te komen dat in die gevallen hetzelfde voorschrift op verschillende wijzen wordt uitgelegd, zonder dat duidelijk is of daarvoor een rechtvaardiging bestaat en, zo ja, welke. Ik kwam tot de conclusie dat uit een oogpunt van rechtszekerheid van de rechter die een van zijn civiele of bestuursrechtelijke collega afwijkende uitleg voorstaat, niet alleen mag worden verlangd dat hij motiveert waarom hij een afwijkende uitleg voorstaat, maar ook waarom die uitleg beter is. Alleen op die wijze kan een publieke, op het bereiken van rechtseenheid gerichte dialoog tussen de verschillende rechterlijke instanties tot stand komen.

9.3.5 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

Wat betreft de vaststelling van de feiten kwam ik tot de slotsom dat de civiele rechter voor belanghebbenden op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken uitgaat van het oordeel van de bestuursrechter. Is van de openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang toerekenbaar geen gebruik gemaakt, dan strekt de leer van de formele rechtskracht zich ook uit over de in het desbetreffende besluit vervatte feitenvaststelling. Voor derden, voor wie de bestuursrechtelijke rechtsgang niet openstaat of -stond, geldt ook hier dat de civiele rechter de formele rechtskracht niet tegenwerpt, maar zich wel zoveel mogelijk aansluit bij de rechtspraak van de bestuursrechter. Ook bij deze categorie rees de vraag of thans nog plaats is voor het bieden van aanvullende rechtsbescherming door de civiele rechter, of dat een oplossing door de bestuursrechter in de bestuursrechtelijke rechtsgang moet worden gevonden. Ik concludeerde dat dat laatste het geval is. In de andere gevallen

hanteert zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter de leer van de meest gerede rechter om vast te stellen wiens vaststelling van de feiten leidend is.

9.4 Verhouding bestuursrechter – Hoge Raad (strafrechter)

9.4.1 Inleidende opmerkingen

In hoofdstuk 4 stond de verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter centraal. Wat betreft de strafrechter bleek uitgangspunt te zijn dat hij slechts binding aanvaardt op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter. Indien een rechtzoekende een voor hem openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang niet heeft gevolgd, werpt de strafrechter hem de leer van de formele rechtskracht niet tegen, maar gaat hij over tot een zelfstandige beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit als vereiste voor strafbaarheid.

9.4.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?

Wat betreft de gebondenheid aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift kwam ik tot de conclusie dat de Hoge Raad als strafrechter slechts gebondenheid aanneemt – en wel *erga omnes* – aan een oordeel van een hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *on*verbindend is. Van een zodanig oordeel van een eerstelijnsbestuursrechter gaat voor de strafrechter geen *erga-omnes*binding uit, maar het heeft *inter partes* wel betekenis. Op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter is de strafrechter ook aan dat oordeel gebonden, mits het onherroepelijk is.

Ook als strafrechter aanvaardt de Hoge Raad slechts uitzonderingen op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter bij evidente strijd met het EVRM- of unierecht. Jurisprudentie van één van de hoogste bestuursrechters, waarin uitdrukkelijk wordt ingegaan op de vraag of de bestuursrechter gebonden is aan een oordeel van de (hoogste) strafrechter over de verbindendheid van een bestuursrechtelijk algemeen verbindend voorschrift kwam ik niet tegen.

9.4.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?

Ook bij de vraag of binding wordt aangenomen aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift bleek de leer van de meest gerede rechter voor de verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter goede dienst te doen. Zowel de strafrechter, als de bestuursrechters pleegt zich aan te sluiten bij de uitleg gegeven door de instantie tot wiens rechtsgebied het voorschrift behoort, dan wel waarmee het het meest verband houdt. Opmerking verdient in dit verband dat ik de voor de praktijk niet onbelangrijke categorie

van de standaardvergunningvoorschriften buiten beschouwing heb gelaten, omdat de Hoge Raad om cassatietechnische redenen voor zichzelf geen taak ziet weggelegd bij de uitleg daarvan.

9.4.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

Speelde bij beantwoording van de eerste twee vragen een doelmatige taakverdeling en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken tussen de strafrechter en de bestuursrechter een belangrijke rol, bij beantwoording van de derde vraag lijken deze belangen geen rol te spelen.

Uit de jurisprudentie bleek dat de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven zich niet gebonden achten aan een eerdere feitenvaststelling door een andere instantie. De belangrijkste reden daarvoor is de verschillende eisen die zij aan bewijs stellen, in het bijzonder de wijze waarop feiten vergaard worden. De Afdeling bestuursrechtspraak bleek een genuanceerdere benadering te volgen. Zij acht zich gebonden aan een bewezenverklaring, dan wel veroordeling door de strafrechter, maar niet aan een vrijspraak. Opvallend is dat ook voor de Afdeling bestuursrechtspraak de reden voor de gekozen benadering juist blijkt te zijn gelegen in de verschillende eisen die in de straf- en de bestuursrechtelijke procedure worden gesteld aan de bewezenverklaring en de wijze waarop het bewijs is verkregen.

Ik kwam tot de conclusie dat de door de Afdeling bestuursrechtspraak gehanteerde benaderingswijze van eerdere oordelen over de vaststelling van feiten, over de gehele linie van het straf- en bestuursrecht zou moeten gelden. Voor de strafrechter leidt dit tot de spiegelbeeldige situatie: de strafrechter zou zich gebonden moeten achten aan een onherroepelijk oordeel van de bestuursrechter dat betrokkene de hem verweten gedraging niet heeft verricht, dan wel dat het bewijs op onrechtmatige wijze is verkregen. Het tegenovergestelde oordeel van de bestuursrechter bindt de strafrechter evenwel niet.

9.5 Verhouding bestuursrechter – bestuursrechter

9.5.1 Inleidende opmerkingen

Bij de relaties die ik hiervoor besprak, was steeds deels sprake van gedeelde rechtsmacht. De verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties bezitten echter elk op de door de wetgever toegekende deelgebieden een exclusieve bevoegdheid. In deze relatie kan daarom van gedeelde rechtsmacht geen sprake zijn. Indien en voor zover deze instanties, bijvoorbeeld door een omissie van de wetgever, toch rechtsmacht delen, bleek dat zij daarvoor een oplossing vinden via een *bloc de-competence*redenering. Daarbij verklaart de ene instantie zich ten gunste van de andere onbevoegd en de andere aanvaardt dat. Mocht een competentiegeschil onverhoopt niet op deze wijze

kunnen worden opgelost, dan heeft de wetgever voorzien in een bevoegdheid van de Hoge Raad om dat geschil bindend te beslechten.

Het ontbreken van gedeelde rechtsmacht leidde ertoe dat de vraag of de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties zich gebonden achten aan een eerdere feitenvaststelling geen bespreking behoefde. De twee andere onderzoeksvragen behandelde ik wel.

9.5.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?

In het oog lopende verschillen bij de beoordeling of een algemeen verbindend voorschrift, waarvoor verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties gelijkelijk bevoegd zijn, verbindende kracht bezit, kwam ik bij het onderzoek niet tegen. Hierbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht of – tot 1 januari 2013 – de diverse wetten die het procesrecht in hoger beroep bevatten. Ook wat betreft het antwoord op de vraag of een bepaalde verdragsbepaling eenieder verbindend is, zijn de hoogste bestuursrechterlijke instanties opmerkelijk eensgezind. Dat wil uiteraard niet zeggen dat er geen verschillen kunnen bestaan bij de toepassing van die bepalingen in het concrete geval.

9.5.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?

Het bleek dat door het ontbreken van gedeelde rechtsmacht verschillen in jurisprudentie tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties vooral zichtbaar zijn bij de uitleg van de wettelijke voorschriften die zij delen, zoals bijvoorbeeld de Algemene wet bestuursrecht. Echter, niet alles wat op het eerste gezicht een verschil in jurisprudentie lijkt, blijkt dat bij nadere beschouwing ook te zijn. Vaker betreft het een verschillende wijze van toepassing van een wettelijk voorschrift in het concrete geval, uitgaande van dezelfde uitleg van dat voorschrift, dan wel een – al dan niet bewuste – *slip of the pen*.

Dat laat echter onverlet dat op onderdelen wel degelijk sprake was en soms ook nog steeds is van uiteenlopende uitleg. Juist dáár is de laatste jaren evenwel sprake van een rechtseenheidsoffensief van de hoogste bestuursrechterlijke instanties, vooral wat betreft de Algemene wet bestuursrecht en algemeen bestuursrechtelijke leerstukken. Daarbij werken deze instanties in elk geval de meest in het oog lopende en voor de rechtzoekende nadelig uitwerkende verschillen voortvarend weg. Steeds wordt impliciet, maar vaak ook expliciet, gewezen op het streven naar rechtseenheid als één van de redenen voor omgaan, dan wel nuancering van de jurisprudentie.

We zagen echter evenzeer dat het rechtseenheidsoffensief nog niet heeft geleid tot rechtseenheid over de gehele linie. Spijtig is dat dat in het bijzonder aspecten betreft waaraan de bestuursrechter ambtshalve toepassing moet geven, dan wel waarop hij ambtshalve moet toezien. Hierbij kan onder meer worden gewezen op de verschillen in de wijze waarop de Centrale

Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak omgaan met artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht, herhaalde aanvragen en verzoeken om heroverweging van besluiten. Deze verschillen springen in het oog omdat in elk geval de Centrale Raad van Beroep in het verleden juist publiekelijk heeft beleden dat hij zijn jurisprudentie geheel in lijn brengt met die van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Hoewel te verkiezen boven schijneenheid, waarop de rechtzoekende zich niet kan instellen, is openlijk beleden rechtsoneenheid tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties moeilijk uit te leggen aan rechtzoekenden. Daarvan is nog steeds sprake bij de zogenoemde Brummen-jurisprudentie, betreffende de omvang van het geding na vernietiging (artikelen 8:1 en 8:69 van de Algemene wet bestuursrecht). Met uitzondering van de Hoge Raad eisen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties van een rechtzoekende dat hij opkomt tegen de uitdrukkelijke en onvoorwaardelijke verwerping van beroepsgronden en – wat betreft het bestuursorgaan – verweren door de eerstelijnsrechter. Indien zij dit nalaten, leidt dit ertoe dat zij die beroepsgronden of verweren later niet opnieuw aan de orde kunnen stellen. Hierop maken voormelde instanties slechts een uitzondering ingeval van nauwe verwevenheid tussen de wel en niet besproken gronden en verweren.

De Hoge Raad acht de Brummen-jurisprudentie niet van toepassing in fiscale procedures. Tenzij een rechtzoekende een grond uitdrukkelijk heeft prijsgegeven, kan hij deze in een latere fase van de procedure steeds opnieuw aan de orde stellen. Hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden heeft overwogen, zou een verklaring voor de afwijkende benadering kunnen worden gevonden in de door de wetgever uitdrukkelijk beoogde herkansingsfunctie van het hoger beroep in belastingzaken. Gegeven dat in elk geval ook de Centrale Raad van Beroep de herkansingsfunctie van het hoger beroep vooropstelt, is de bedoeling van de wetgever wellicht een verklaring, maar geen rechtvaardiging voor het instandhouden van het verschil in benadering. Met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht kent ook het niet-fiscale bestuursrecht het incidenteel appel en is finale geschilbeslechting ook daar wettelijk uitgangpunt. Een andere verklaring – bijvoorbeeld ingegeven door de eigen aard – van het belastingrecht heeft de Hoge Raad nog niet gegeven.

Ik kwam tot de slotsom dat het instandhouden of zelfs creëren van verschillen in jurisprudentie tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties over de uitleg van wettelijke voorschriften en daarop gebaseerde leerstukken die zij gemeen hebben ongewenst is en zou moeten worden vermeden. Het zij herhaald: van de verschillende instanties mag in elk geval worden verwacht dat zij motiveren waarom op een bepaald gebied geen rechtseenheid kan worden bereikt en waarom zij kiezen voor een afwijkende uitleg van hetzelfde wettelijk voorschrift. Alleen op die manier kan tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties een publieke dialoog ontstaan, die kan bijdragen aan een verantwoorde keuze voor een uniforme uitleg, dan wel het laten voortbestaan van de verschillen.

9.6 Verhouding Hof van Justitie – nationale bestuursrechter

9.6.1 Inleidende opmerkingen

Het Hof van Justitie heeft als primaire taak het bevorderen van de uniforme uitleg en toepassing van het unierecht binnen de verschillende lidstaten van de Europese Unie. Elke nationale rechter is tevens een gedecentraliseerde unierechter en speelt een belangrijke rol bij de daadwerkelijke effectuering van het unierecht in de dagelijkse rechtspraktijk. In hoofdstuk 6 ging ik in op de vraag of het Hof van Justitie en de Nederlandse bestuursrechterlijke instanties over en weer gebondenheid aannemen aan elkaars arresten en uitspraken en, zo ja, in welke mate.

9.6.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?

De geldigheid van uniehandelingen, waaronder unierechtelijke algemeen verbindende voorschriften kan middels directe toetsing, het instellen van een vernietigingsberoep of bij wege van exceptief verweer in rechte aan de orde worden gesteld. Artikel 263 van het EU-Werkingsverdrag kent alleen het Hof van Justitie de bevoegdheid toe deze handelingen nietig te verklaren. Het Hof van Justitie acht zich mede op grond hiervan exclusief bevoegd de (on)verbindendheid van een unierechtelijk algemeen verbindend voorschrift uit te spreken, derhalve met uitsluiting van de nationale rechterlijke instanties.

Niet alle uniehandelingen worden echter uitgevoerd door instellingen van de unie, maar ook door organen van de lidstaten, en het overgrote deel van het unierecht ontleent zijn verbindende kracht aan omzetting in het nationale recht van de lidstaten. Het zijn vervolgens wederom de organen van de lidstaten die gehouden zijn tot effectuering daarvan door het nemen van uitvoeringshandelingen. Tegen deze uitvoeringshandelingen kan beroep openstaan bij de nationale rechter, in welk kader de geldigheid van de onderliggende uniehandeling bij wege van exceptief verweer aan de orde kan worden gesteld. Artikel 267, eerste alinea, aanhef en onder b, van het EU-Werkingsverdrag biedt de nationale rechter de mogelijkheid het Hof van Justitie bij wege van prejudiciële beslissing een uitspraak te laten doen over de geldigheid van de gewraakte uniehandeling. Onder omstandigheden kan een rechtzoekende bij het Hof van Justitie beroep instellen tegen een uniehandeling. Indien een rechtzoekende heeft nagelaten zich tot het Hof van Justitie te wenden, terwijl buiten twijfel staat dat hij ontvankelijk zou zijn geweest, moet de nationale rechter uitgaan van de rechtmatigheid van de uniehandeling. Dit geldt evenzeer indien de rechtzoekende zich wel, maar tevergeefs, tot het Hof van Justitie heeft gewend. Indien bij de nationale rechter twijfel bestaat over de ontvankelijkheid van de rechtzoekende bij het Hof van Justitie dient hij tot prejudiciële verwijzing over te gaan.

Hoewel de tekst van artikel 267 van het EU-Werkingsverdrag daarvoor geen eenduidige aanknopingspunten biedt, heeft het Hof van Justitie op verdragssystematische gronden de nationale rechter onbevoegd geacht de ongeldigheid van een uniehandeling uit te spreken. Indien de nationale rechter twijfelt aan de geldigheid dan moet hij het Hof van Justitie prejudiciele vragen te stellen. Deze verplichting geldt ook voor die rechterlijke instanties die ingevolge artikel 267, derde alinea, van het EU-Werkingsverdrag niet verwijzingsplichtig zijn. De nationale rechter is zonder prejudiciële verwijzing wel bevoegd een opgeworpen exceptief verweer over onverbindendheid van een unierechtelijk algemeen verbindend voorschrift te verwerpen. Dat het Hof van Justitie zichzelf exclusief bevoegd acht brengt met zich dat het zich niet gebonden acht aan andersluidende uitspraken van rechterlijke instanties van de lidstaten.

Uit het onderzoek bleek dat het primaat van het Hof van Justitie de onverbindendheid van een unierechtelijk algemeen verbindend voorschrift uit te spreken, in Nederland onomstreden is. Hoewel een eenduidige verdragsbasis voor een exclusieve bevoegdheid voor het Hof van Justitie ontbreekt, is de noodzaak daarvoor ook mijns inziens evident. Dat het zonder meer aanvaarden van de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie echter geen vanzelfsprekendheid is, leerde een blik over de grens. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft zich bijvoorbeeld uitdrukkelijk de bevoegdheid voorbehouden aan unierechtelijke algemeen verbindende voorschriften binnen de rechtsmacht van de Bondsrepubliek Duitsland bindende kracht te ontzeggen. Dit zou ertoe leiden dat nationale uitvoeringshandelingen die op basis van het desbetreffende unierechtelijke algemeen verbindende voorschrift zijn genomen voor vernietiging in aanmerking komen of wellicht zelfs nietig zijn. Tot nu toe heeft het – anders dan bijvoorbeeld het Constitutionele Hof van Tsjechië – van deze bevoegdheid nog geen gebruikgemaakt. De ruimte die het Bundesverfassungsgericht zichzelf heeft voorbehouden en waarin het gevolgd is door enkele andere Europese constitutionele rechters dwingt het Hof van Justitie zich te realiseren dat zijn gezag wat dit betreft niet een gegeven is.

9.6.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?

Wat betreft de uitleg van het unierecht acht het Hof van Justitie zich eveneens bij uitsluiting bevoegd. Een uitleg van het Hof van Justitie heeft daarbij volgens het hof *de facto erga-omnes*werking. Dat wil zeggen dat iedereen gebonden is aan een eerder door het Hof van Justitie gegeven uitleg, ook als het arrest een andere lidstaat betreft. Het staat elke nationale rechter steeds vrij dezelfde vraag opnieuw aan het Hof van Justitie voor te leggen om het Hof daarmee de gelegenheid te bieden terug te komen van zijn eerdere uitleg. Hoewel de oprichtingsverdragen het Hof van Justitie niet uitdrukkelijk exclusief bevoegd verklaren tot uitleg van het unierecht, bleek ook het uitleggingsprimaat van het Hof van Justitie in Nederland onomstreden.

Een bijzondere categorie bleek de categorie van nationale voorschriften die weliswaar volledig zijn geënt op het unierecht, maar daarin niet hun rechtsgrondslag vinden. Een reden hiervoor kan zijn dat de unie ten aanzien van de materie die deze voorschriften beogen te regelen geen taken of bevoegdheden heeft. Ik typeerde deze voorschriften als *indirect unierecht*. Omdat deze voorschriften zuiver nationaalrechtelijk van aard zijn, kan het Hof van Justitie aan de oprichtingsverdragen, dan wel de eigen rechtsorde die de lidstaten volgens de arresten Van Gend & Loos en Costa/ENEL met de oprichting van de unie in het leven hebben geroepen geen uitleggingsprimaat ontlenen. Dat laat onverlet dat het ook in het belang van de unie kan zijn dat deze voorschriften zoveel mogelijk uniform worden uitgelegd. Indien in het nationale voorschrift 'rechtstreeks en onvoorwaardelijk' naar het unierecht wordt verwezen, is het Hof van Justitie bereid de nationale rechter desgevraagd interpretatieve bijstand te verlenen. In dat geval acht het Hof van Justitie de nationale rechter aan de door hem gegeven uitleg gebonden. Het Hof van Justitie acht zich niet bevoegd prejudiciële vragen te beantwoorden die voor de nationale rechter louter informerende waarde hebben. In dit opzicht bestaat geen verschil met een door het Hof van Justitie gegeven uitleg van een unierechtelijk algemeen verbindend voorschrift.

9.6.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

Op grond van het unierecht is feitenvaststelling voorbehouden aan de nationale rechter. De wijze waarop deze de feiten vaststelt en waardeert bepaalt echter in belangrijke mate of en, zo ja, in welk opzicht prejudiciële verwijzing noodzakelijk is voor beslechting van een geschil. Verwijzing kan immers achterwege blijven, indien uitgaande van de voorliggende feiten uitleg van het unierecht niet noodzakelijk is voor beslechting van het geschil. Dit betekent dat het Hof van Justitie gebonden is aan de feiten, zoals de nationale rechter die in zijn verwijzingsuitspraak heeft vastgesteld en gewaardeerd. Daarbij geldt voor de nationale rechter de Rewe-riedel: de regels aan de hand waarvan hij de feiten vaststelt mogen niet ongunstiger zijn dan de regels die voor soortgelijke nationale situaties gelden en zij mogen de uitoefening van de door het unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Ook hier geldt dat de nationale rechter van de rechtmatigheid van een uniehandeling, inclusief de daarin vervatte feiten, moet uitgaan, indien een rechtzoekende tegen de uniehandeling zonder twijfel beroep bij het Hof van Justitie had kunnen instellen, dan wel als hij dat tevergeefs heeft gedaan.

Het zal voor het Hof van Justitie vaak echter niet mogelijk zijn een volledig van de feiten geabstraheerde uitleg van een unierechtelijke bepaling te geven. Dit kan er derhalve toe leiden dat met een door het Hof van Justitie op basis van de door de verwijzende rechter vastgestelde feiten gegeven uitleg van het unierecht het voorliggende geschil *de facto* beslist is.

Wat betreft zowel de uitleg van unierechtelijke algemeen verbindende voorschriften, als de vaststelling en waardering van de feiten bleken de

Nederlandse rechterlijke instanties, indien zij eenmaal tot prejudiciële verwijzing zijn overgegaan, zonder omhaal van woorden het Hof van Justitie te volgen. Dat dit niet steeds in alle lidstaten het geval is, leerde een blik over de Tsjechische grens.

9.7 Verhouding EHRM – nationale bestuursrechter

9.7.1 Inleidende opmerkingen

Waar het Hof van Justitie verantwoordelijk is voor een uniforme uitleg van het unierecht binnen de Europese Unie, is het EHRM dat voor de uniforme uitleg van het EVRM, en de daarbij behorende protocollen, binnen de verschillende staten die lid zijn van de Raad van Europa. Is de verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechterlijke instanties in elk geval op papier op samenwerking gericht, tussen het EHRM en de nationale rechterlijke instanties is dat niet het geval. De belangrijkste reden hiervoor is dat het EHRM pas in beeld komt, nadat een rechtzoekende de nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput. Met 'samenwerking' heb ik hier overigens niet het oog op al dan niet geïnstitutionaliseerde contacten tussen het EHRM en leden van nationale rechterlijke instanties, maar op geformaliseerde samenwerking bij geschilbeslechting. Het 16e Protocol voorziet voor de nationale rechter in de mogelijkheid om het EHRM om een – niet bindend – advies te vragen over de uitleg van het verdrag. In hoofdstuk 7 besprak ik de verhouding tussen het EHRM en de nationale bestuursrechterlijke instanties.

9.7.2 Bestaat binding aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift?

Een oordeel van de nationale bestuursrechter dat (een bepaling van) het EVRM of één van de daarbij behorende protocollen in zijn lidstaat verbindende kracht mist, omdat het niet overeenkomstig de daarvoor geldende bepalingen is goedgekeurd, bindt het EHRM niet. Hiervan moet worden onderscheiden het geval waarin de vraag rijst naar de geldigheid van een gemaakt voorbehoud, waarvoor het EHRM exclusief bevoegd is, zodat de nationale rechter aan het oordeel van het EHRM gebonden is.

Het EHRM acht zich niet bevoegd zich in abstracto uit te laten over de verbindendheid van nationale algemeen verbindende voorschriften. Dat laat onverlet dat het wel kan beoordelen of toepassing van een algemeen verbindend voorschrift in een concreet geval leidt tot strijd met het EVRM. Deze beoordeling kan de nationale autoriteiten (wetgever of rechter) aanleiding geven tot het oordeel dat geen met het EVRM in overeenstemming zijnde toepassing van de nationale bepaling meer mogelijk is. In dat geval gaat het EHRM ervan uit dat de desbetreffende staat tot aanpassing van de regeling overgaat. In voorkomende gevallen maakt het EHRM ook wel gebruik van zogenoemde *pilot judgements*. Daarin constateert het EHRM niet alleen

dat en waarom sprake is van een verdragsschending, maar geeft het ook aan hoe de lidstaat de *systemic faults* kan wegnemen en zo toekomstige veroordelingen kan voorkomen. In de tussentijd plegen de Nederlandse rechterlijke instanties vooruitlopend op een wetswijziging de doorwerking van het arrest te waarborgen, in het uiterste geval door het onverbindend achten van de nationale regeling.

9.7.3 Bestaat binding aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift?

Het overgrote deel van de jurisprudentie van het EHRM betreft niet zozeer de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, maar de uitleg van bepalingen van het EVRM of de daarbij behorende protocollen. Nu het EHRM door het uitdrukkelijke interpretatieprimaat geen gebondenheid aanneemt aan een uitleg van het EVRM door de nationale bestuursrechter, bleef die vraag in het onderzoek verder onbesproken. Omgekeerd geldt hetzelfde voor de uitleg van zuiver nationaal recht. Het EHRM laat die uitleg in beginsel aan de nationale rechter.

Het EVRM kent het EHRM weliswaar het primaat toe voor de uitleg van het EVRM en de daarbij behorende protocollen, maar regelt niet uitdrukkelijk dat de nationale (bestuurs)rechters aan zodanige uitleg gebonden zijn. Het EHRM bleek echter het uitgangspunt te hanteren dat een door hem gegeven uitleg deel uitmaakt van het verdrag en daarmee op dezelfde wijze doorwerkt in de nationale rechtsorde van de verschillende Verdragsluitende Staten. Aangezien het EHRM het EVRM ziet als een *living instrument* geldt dit ook voor interpretaties die wellicht bij de totstandkoming van het verdrag niet waren voorzien.

Nederlandse rechterlijke instanties bleken, evenals het geval is bij het Hof van Justitie, de uitleg die het EHRM aan verdragsbepalingen heeft gegeven te volgen, ook indien die uitleg is vervat in arresten waarbij Nederland geen partij was. Hoewel een dogmatische onderbouwing doorgaans ontbreekt, wordt in de literatuur over het algemeen aangenomen dat de zogenoemde – ook door het EHRM aangehangen – *incorporatietheorie* daarvoor de grondslag biedt. Het bleek dat indien toepassing van een door het EHRM gegeven uitleg in een concreet geval tot een volgens de nationale bestuursrechterlijke instanties ongewenste uitkomst leidt, de casuïstische opzet van de jurisprudentie voldoende ruimte biedt om binnen de bestaande kaders tot een passende oplossing te komen.

9.7.4 Bestaat binding aan een eerdere vaststelling van de feiten?

Nu het EHRM pas in beeld komt nadat de nationale procedures zijn afgerond en daarmee van binding van de Nederlandse bestuursrechters aan een feitenvaststelling door het EHRM geen sprake kan zijn, beperkte ik mij tot de vraag of het EHRM gebonden is, dan wel zich gebonden acht aan een feitenvaststelling door de Nederlandse bestuursrechter.

Uitgangspunt bleek te zijn dat het EHRM de vraag of zich een verdragsschending heeft voorgedaan *ex tunc* beantwoordt, derhalve op basis van de feiten, zoals deze de nationale (bestuursrechterlijke) instanties bekend waren of hadden kunnen zijn. Het gaat daarbij in beginsel uit van de feiten, vastgesteld in de nationale procedure. Bij voortdurende klachten of dreigende schendingen, zoals bij een nog voorgenomen uitzetting van een vreemdeling, gaat het EHRM evenwel over tot een *ex-nunc*beoordeling.

In de jurisprudentie kan een drietal uitzonderingen hierop worden onderscheiden, die alle in zekere zin verband houden met de kwaliteit van de nationale procedures. Het EHRM bleek niet langer uit te gaan van de feitenvaststelling, verricht in de nationale procedures, indien:

- de nationale procedure in abstracto als geheel niet voldoet aan de minimumeisen die het EVRM stelt;
- de nationale procedure in abstracto als geheel weliswaar voldoet aan de minimumeisen die het EVRM stelt, maar in dit concrete geval niet;
- indien de feitenvaststelling in strijd met de kernbepalingen van het EVRM, in het bijzonder artikel 3, heeft plaatsgevonden.

Anders dan de Nederlandse bestuursrechter heeft het EHRM niet de mogelijkheid een besluit te vernietigen, indien het van oordeel is dat de feitenvaststelling door het bestuursorgaan onjuist of onzorgvuldig is geweest, en daarmee het bestuursorgaan het werk nog eens over te laten doen. In een dergelijk geval rest het EHRM niets anders dan zelf tot feitenvaststelling of -waardering over te gaan, teneinde te kunnen beoordelen of sprake is van een verdragsschending. Tenzij de enkele constatering dat de feitenvaststelling in de nationale procedure in strijd met het EVRM is geweest voor de desbetreffende rechtzoekende reeds volledig rechtsherstel oplevert.

9.8 Conclusies

9.8.1 Inleidende opmerkingen

In de voorgaande hoofdstukken onderzocht ik of hoogste rechterlijke instanties over en weer gebondenheid aan eerdere uitspraken van een collegainstantie aannemen, dan wel zouden moeten aannemen. Het betrof steeds verhoudingen waarbij op zijn minst één bestuursrechter betrokken is. Binnen Nederland betrof het de verhouding tussen de Hoge Raad als civiele rechter en strafrechter, enerzijds, en de Grote Drie, anderzijds, en de verhouding tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties, de Grote Drie, aangevuld met de Hoge Raad als belastingrechter. Voor de grensoverschrijdende relaties ging ik in op de relatie tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties, enerzijds, en het Hof van Justitie en het EHRM, anderzijds. In hoofdstuk 8 bezag ik of op grond van deze bevindingen tot algemene regels kan worden gekomen. Tevens deed ik voor de natio-

nale verhoudingen enkele institutionele voorstellen, om rechtseenheid over de gehele linie te bevorderen.

9.8.2 Nationale bestuursrechters – internationale hoven

Hoewel beide internationale hoven een zekere samenwerking met de nationale rechterlijke instanties voor ogen staat, moeten de inspanningen om tot samenwerking te komen voornamelijk door nationale bestuursrechterlijke instanties worden verricht. Beide internationale hoven achten zich namelijk exclusief bevoegd tot uitleg van de betrokken verdragen en eventuele daarop gebaseerde (nadere) regelgeving en zien daarbij geen taak voor de nationale rechterlijke instanties. De taak van het Hof van Justitie is op dit gebied ruimer dan die van het EHRM, omdat de Europese Unie, anders dan de Raad van Europa voorschriften kan vaststellen die uit eigen hoofde algemeen verbindend zijn. Indien in een nationale regeling 'rechtstreeks en onvoorwaardelijk' naar een unierechtelijk algemeen verbindend voorschrift wordt verwezen, acht het Hof zich tevens bevoegd tot uitleg van zuiver nationale algemeen verbindende voorschriften.

In de verhouding tussen de internationale hoven en de nationale bestuursrechterlijke instanties neemt de feitenvaststelling een bijzondere positie in. Omdat de nationale bestuursrechter beter geëquipeerd is de feiten vast te stellen, hanteren beide hoven het uitgangspunt dat de vaststelling en waardering van de feiten is voorbehouden aan de nationale bestuursrechter. Voor beide hoven geldt echter ook dat het niet altijd mogelijk is tot een volledig van de feiten van het concrete geval geabstraheerde uitleg van het unierecht of EVRM te komen. Het kan derhalve noodzakelijk zijn over te gaan tot herwaardering van de door de nationale bestuursrechter vastgestelde feiten, dan wel in een uitzonderlijk geval tot eigen vaststelling daarvan. Het EHRM gaat daarin het verst, door bij dreigende of voortdurende verdragsschendingen tot een beoordeling *ex nunc* over te gaan, hetgeen onder omstandigheden een *ex-nunc*vaststelling van de feiten vooronderstelt. Het EHRM is evenzeer bereid zelf tot feitenvaststelling over te gaan, indien de nationale procedure – kort gezegd – onder de EVRM-maat is.

De Nederlandse hoogste bestuursrechters bleken loyaal ten opzichte van beide hoven. In elk geval voor het oordelen over de verbindendheid en uitleg van het EVRM (inclusief de daarbij behorende protocollen) respectievelijk de unierechtelijke algemeen verbindende voorschriften zijn beide hoven ook zonder enige twijfel de meest gerede rechter. Dezelfde loyale houding geldt echter opzienbarend genoeg ook, indien het arresten betreft waarin één van de hoven getreden is in een aspect dat volgens de jurisprudentie van die hoven is voorbehouden aan de nationale rechter.

De Nederlandse bestuursrechters lijken ten opzichte van het Hof van Justitie de ruimte veeleer te vinden in het – binnen de door het Hof van Justitie gestelde kaders – achterwege laten van prejudiciële verwijzing. Wat betreft het EHRM biedt de casuïstische opzet van arresten de nationale rechter voldoende ruimte het voorliggende geval op de door hem gewenste wij-

ze af te doen. Het nobele handwerk van het onderscheiden derhalve. Wellicht is prudent duiken van prejudiciële vragen een betere omschrijving van de wijze waarop in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk invulling wordt gegeven uit de onmiskenbaar uit het unierecht en jurisprudentie van het Hof van Justitie voortvloeiende verwijzingsplicht. Dat wil overigens niet zeggen dat de relatie niet voor verbetering vatbaar is.

Het Hof van Justitie zou meer werk kunnen maken van zijn credo dat de prejudiciële procedure op samenwerking tussen het Hof van Justitie en de verwijzende rechter is gericht en daarmee de samenwerking wat minder eenrichtingsverkeer laten zijn. Het is opmerkelijk dat de verwijzende rechter in een op samenwerking gerichte procedure na verwijzing geen enkele rol speelt in de prejudiciële procedure. Ik kwam tot de conclusie dat de verwijzende rechter zou moeten kunnen participeren in de prejudiciële procedure, bijvoorbeeld doordat het Hof van Justitie hem de gelegenheid biedt te bieden te reageren op de door de Commissie en lidstaten gemaakte schriftelijke opmerkingen en eventueel de gestelde vraag te verduidelijken. Indien het Hof van Justitie overweegt de gestelde vragen te herformuleren zou de verwijzende rechter op zijn minst de gelegenheid moeten krijgen de gestelde vraag te verduidelijken.

Voor de verhouding tussen het EHRM de nationale rechterlijke instanties zou de in het 16e Protocol voorziene mogelijkheid voor nationale rechters om het EHRM een *advisory opinion* te vragen een gelegenheid zijn om de samenwerkingsrelatie tussen EHRM en nationale rechter meer vorm te laten krijgen. Bezien zou bijvoorbeeld kunnen worden of het toevoegen van de president of voorzitter van de verwijzende rechterlijke instantie als *ad-hoc*rechter aan het EHRM een optie is. De *ad-hoc*rechter zou daarmee kunnen optreden als liaison tussen het EHRM en de verwijzende instantie. Daarmee kan worden voorkomen dat het EHRM advies geeft over een interpretatievraag, waarvan het meent dat de verwijzende rechter die in wezen beoogde stellen, maar die de verwijzende rechter niet heeft willen stellen.

9.8.3 Nationale rechters onderling

De uitkomsten van het onderzoek naar de nationale relaties vormden voor mij een inspiratiebron om te trachten vuistregels te formuleren aan de hand waarvan een rechter zou kunnen beoordelen of hij zich gebonden zou moeten achten aan een eerdere rechterlijke uitspraak. De door alle hoogste rechterlijke instanties feitelijk omarmde leer van de meest gerede rechter vormde daarbij het uitgangspunt.

Indien een rechterlijke instantie wordt geconfronteerd met een eerdere rechterlijke uitspraak is de eerste vraag die zij moet beantwoorden wie de meest gerede rechter is. Het antwoord op deze vraag bepaalt of zij zelf het voortouw kan nemen, dan wel de andere rechterlijke instantie het voortouw moet geven.

In het geval de overheid de rechtsverhouding met de rechtzoekende eenzijdig vaststelt of heeft vastgesteld door het nemen van een besluit, is de

bestuursrechter steeds de meest gerede rechter. Dit geldt ook, indien de overheid ertoe overgaat naleving te handhaven door middel van het strafrecht. Het strafrecht vormt dan het slotstuk van het bestuursrechtelijke traject. Een efficiënte en doelmatige verdeling van rechtsmacht brengt met zich dat van een rechtzoekende mag worden verwacht dat hij zich tot de meest gerede rechter wendt, alvorens een andere rechtsbeschermingsweg te bewandelen.

De civiele rechter moet een rechtzoekende, indien hij niet aan die verwachting voldoet, tegenwerpen dat hij zich niet eerst tot de bestuursrechter heeft gewend, ook indien uit de jurisprudentie van de bevoegde bestuursrechterlijke instantie niet eenduidig kan worden afgeleid of hij belanghebbende is. Op die manier wordt de bestuursrechter de gelegenheid geboden te bezien of grond bestaat zijn jurisprudentie aan te passen of te verduidelijken. De rechtzoekende waarvoor volgens de jurisprudentie van de bevoegde bestuursrechterlijke instantie buiten twijfel staat dat hij door de bestuursrechter niet als belanghebbende zal worden aangemerkt, kan zich direct tot de civiele rechter wenden. Dit is slechts anders, indien ter zake door een rechtzoekende die wél belanghebbende is al een procedure bij de bestuursrechter is gestart. In dat geval mag ook van de rechtzoekende die volgens vaste jurisprudentie geen belanghebbende is worden verwacht dat hij in elk geval probeert als (derde-)belanghebbende aan deze procedure deel te nemen.

Voor deze gevallen, waarin de civiele rechter, strafrechter en bestuursrechter in zuivere vorm rechtsmacht delen, moeten de civiele rechter en strafrechter de bestuursrechter het voortouw moeten geven. Dit betreft in elk geval de vragen of binding bestaat aan een eerder oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en of binding bestaat aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift. De civiele rechter en strafrechter zouden zich zonder meer en *erga omnes* gebonden moeten achten aan een oordeel van de bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *on*verbindend is en moeten uitgaan van de door de bestuursrechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift. Ik stel op dit punt dan ook geen wijziging voor.

Ik kwam echter tevens tot de conclusie dat zowel de civiele rechter, als de strafrechter zich *erga omnes* gebonden moeten achten aan een oordeel van de bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *ver*bindend is, dan wel een uitspraak waarin de bestuursrechter impliciet van verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift uitgaat door toepassing ervan in het concrete geval. Indien een rechtzoekende meent dat het oordeel van de bestuursrechter onjuist is moet hij dat in een bestuursrechtelijke procedure aan de orde stellen. Aldus kan de bestuursrechter als meest gerede rechter het belang van omgaan afwegen tegen de inbreuk die hij zou maken op de rechtszekerheid. Complementair hieraan is dat de bestuursrechter waarborgt dat degene die over een rechtens te honoreren belang beschikt zich tot de civiele rechter kan wenden, dan wel onderwerp is van strafrechtelijke handhaving van een besluit, ook toegang heeft tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Wat betreft de vraag of binding bestaat aan een eerdere vaststelling van de feiten, kan voor de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter de geldende lijn in de jurisprudentie worden voortgezet. Voor de verhouding tussen de strafrechter en de bestuursrechter sprak ik een voorkeur uit voor de benaderingswijze van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Indien de bestuursrechter geroepen wordt tot uitleg van wettelijke voorschriften die zonder meer behoren tot het terrein van het civiele recht of het strafrecht, dan wel daarmee de meeste aanknopingspunten hebben, dan brengt de leer van de meest gerede rechter met zich dat hij zich zonder meer aansluit bij de uitleg die de civiele rechter of strafrechter voorstaan.

Indien geen meest gerede rechter kan worden aangewezen, dan mag van de verschillende rechterlijke instanties worden verwacht dat zij niet alleen motiveren waarom zij afwijken van een eerdere uitspraak, maar ook waarom hun oordeel de voorkeur verdient. Op die manier kan middels een dialoog over de band van uitspraken alsnog eenheid worden bereikt. Afgedwongen worden kan eenheid op deze manier echter niet; daarvoor zijn institutionele aanpassingen vereist.

9.8.4 Institutionele oplossingen

9.8.4.1 Inleidende opmerkingen

Voorstaande algemene regels gaan uit van handhaving van de bestaande – institutionele – structuren en diversiteit aan rechterlijke instanties. In die situaties is het bereiken van rechtseenheid in horizontale relaties afhankelijk van de bereidheid van de verschillende rechterlijke instanties om niet alleen rechtseenheid na te streven, maar ook daadwerkelijk tot rechtseenheid te komen. Om rechtseenheid te garanderen zijn ingrijpender maatregelen vereist, waarvoor ingrijpen van de wetgever onvermijdelijk is.

9.8.4.2 Rechtseenheid binnen het bestuursrecht

De afgelopen jaren hebben de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties een waar rechtseenheidsoffensief gevoerd. Voor de verschillen in jurisprudentie die resteren, bestaat over het algemeen een verklaring, daargelaten of die het laten voortbestaan van de verschillen rechtvaardigt. Het bewaren en bereiken van rechtseenheid binnen het bestuursrecht zou echter niet alleen het resultaat mogen zijn van informeel overleg tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties. Inmiddels heeft de wetgever voor de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven voorzien in de mogelijkheid om de Advocaat-Generaal een conclusie te laten nemen en om de zaak te verwijzen naar een grote kamer met vijf in plaats van drie leden.

Beide mogelijkheden hebben echter als beperking dat één van de bestuursrechterlijke instanties moet besluiten dat de rechtseenheid inzet ervan vergt. Eén manier om in alle gevallen rechtseenheid te waarborgen

zou zijn om tegen uitspraken van de – nu nog – hoogste bestuursrechterlijke instanties beroep in cassatie open te stellen. Het openstellen van beroep in cassatie zou ook leiden tot rechtseenheid tussen het bestuursrecht, het civiele recht en het strafrecht. De nadelen die aan het openstellen hiervan kleven zijn echter groter dan de voordelen ervan. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan verlenging van bestuursrechtelijke procedures, vergroting van de complexiteit ervan en capaciteitsproblemen bij de Hoge Raad. Deze nadelen kunnen niet op eenvoudige wijze kunnen worden opgelost, ook niet door het alleen openstellen van cassatie in het belang der wet. De nog bestaande verschillen rechtvaardigen een dergelijke ingrijpende systeemwijziging ook niet.

9.8.4.3 Rechtseenheid binnen het bestuursrecht: één instantie

De nieuwe rechtseenheidsinstrumenten ten spijt is het samenvoegen van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties tot één nieuwe instantie mijns inziens onvermijdelijk en ook te lang uitgesteld. In die ene instantie, het Hoog Administratief Hof, zouden in elk geval de huidige Grote Drie en het College van beroep voor het hoger onderwijs moeten opgaan, met gelijktijdige beëindiging van de cassatiemogelijkheden tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Om over de gehele linie van het bestuursrecht een uniform stelsel van rechtsbescherming te bereiken, zou op enig moment ook de belastingkamer van de Hoge Raad moeten worden geïntegreerd in het Hoog Administratief Hof en de rechtsprekende taak van de gerechtshoven in belastingzaken worden beëindigd. Op dat moment kan tevens worden bezien of de Mulderzaken bestuursrecht blijven of wellicht beter (weer) bij de strafrechter kunnen worden ondergebracht. In het eerste geval, zou de rechtsbescherming in Mulderzaken op dezelfde wijze moeten worden vormgegeven als voor de overige bestuursrechtelijke zaken. Oprichting van het Hoog Administratief Hof betekent overigens niet dat geen behoefte meer bestaat aan de Advocaat-Generaal of de grote kamer. Gezien het zeer diverse zaakpakket van het Hoog Administratief Hof kunnen beide instrumenten goede diensten bewijzen bij het op transparante wijze bereiken van de interne rechtseenheid binnen het hof.

Inmiddels is duidelijk geworden dat de regering nog niet zover is. Het streven van de regering zal erop gericht zijn de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven samen te voegen, de Centrale Raad van Beroep op te heffen en het overgrote deel van de rechtsprekende taken van de Centrale Raad van Beroep onder te brengen bij een gerechtshof. Vooralsnog is niet voorzien in cassatie, al dan niet in het belang der wet, over de gehele linie van het bestuursrecht.

9.8.4.4 Rechtseenheid over de gehele linie: de verenigde kamer

De introductie van een gemengde of verenigde kamer zoals bijvoorbeeld Duitsland en Frankrijk kennen zou een goed alternatief zijn voor cassatie om

rechtseenheid over de gehele linie te waarborgen. Met een kleine uitbreiding van de wettelijke regeling voor de grote kamer zou in Nederland een *Vereinigte Senat*, ofwel verenigde kamer, kunnen ontstaan waarin zowel de (drie) hoogste bestuursrechterlijke instanties (of het Hoog Administratief Hof), als de verschillende kamers van de Hoge Raad zitting zouden moeten hebben. Voor de duidelijkheid: de verenigde kamer komt naast en niet in de plaats van de al bestaande rechtseenheidsinstrumenten, zoals de grote kamer.

Wat betreft de wijze waarop de verenigde kamer zijn taken uitvoert, stelde ik voor om de verenigde kamer de behandeling van de zaak over te laten nemen. Het ligt voor de hand dat in alle gevallen door de Advocaat-Generaal conclusie wordt genomen. Evenals in Duitsland en anders dan in de huidige regeling voor de grote kamer zou een wettelijke verplichting moeten bestaan de desbetreffende zaak naar de verenigde kamer te verwijzen, indien de rechterlijke instantie waarbij de zaak aanhangig is, overweegt af te wijken van jurisprudentie van één van de andere instanties én informeel overleg tussen de instanties niet tot overeenstemming heesft geleid. De verenigde kamer is met andere woorden het uiterste redmiddel om openlijke rechtson(e)en(ig)heid te voorkomen.

Alle eventuele andere bezwaren daargelaten, kleeft aan de verenigde kamer in elk geval niet het bezwaar dat de Hoge Raad heeft tegen deelname aan de grote kamer, namelijk dat de interne rechtseenheid binnen de Hoge Raad daarmee niet gewaarborgd is. Indien de verenigde kamer zou worden geïntroduceerd vóór de oprichting van het Hoog Administratief Hof, bestaat voor de beperkte cassatiemogelijkheid tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven geen noodzaak meer. Doel van die cassatiemogelijkheid is immers het waarborgen van eenheid tussen het civiele recht en bestuursrecht op specifieke onderdelen. Met de verenigde kamer zou in die rechtseenheid op andere wijze zijn voorzien.

Omdat de verenigde kamer een kamer is van de rechterlijke instantie die tot verwijzing overgaat, zal een aantal staatsraden, en raadsheren uit de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven of het Hoog Administratief Hof moeten worden benoemd tot raadsheer in buitengewone dienst in de Hoge Raad. De instelling van de verenigde kamer kan worden gerealiseerd bij wet in formele zin; wijziging van de Grondwet is daarvoor niet vereist. Ik deed een voorstel voor een regeling in de Algemene wet bestuursrecht, voor zowel de situatie vóór, als na oprichting van het Hoog Administratief Hof. Voor de Hoge Raad moet dan een soortgelijke regeling worden opgenomen in de Wet op de rechterlijke organisatie.

Het ligt voor de hand de verenigde kamer ook te belasten met competentiegeschillen tussen de civiele rechter en strafrechter, enerzijds, en de bestuursrechter(s), anderzijds; de taak derhalve die ingevolge artikel 77 van de Wet op de rechterlijke organisatie thans is opgedragen aan de Hoge Raad. Mocht de wetgever op enig moment besluiten tot invoering van constitutionele toetsing, dan kan de verenigde kamer ook optreden als constitutionele rechter.

9.9 Eindbalans

De uitkomsten van het onderzoek overziend, kan ik tot geen andere slotsom komen dan dat het met het gebrek aan rechtseenheid niet zo slecht gesteld is als sommigen betogen. Dit betreft zowel de rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties, de civiele rechter en strafrechter, als de rechtseenheid tussen de bestuursrechterlijke instanties onderling. Dat laat onverlet dat er ook na vele jaren van streven om een efficiënte en doelmatige rechtsmachtverdeling en rechtseenheid te bereiken, verschillen zijn blijven bestaan. Deze verschillen zijn slechts ten dele objectief te verklaren door verschillen in taakopvatting. Wat daarvan ook zij: het enkele bestaan van deze verschillen rechtvaardigt mijns inziens hernieuwde inzet naar het wegwerken ervan. Binnen de huidige institutionele structuur biedt de leer van de meest gerede rechter daartoe, mits consequent toegepast, ook voldoende mogelijkheden.

De opdracht in het regeerakkoord om voor het bestuursrecht één hoogste bestuursrechterlijke instantie te realiseren biedt echter ook een kans te komen tot een meer geïnstitutionaliseerde rechtseenheidsvoorziening tussen het bestuursrecht, enerzijds, en het civiele recht en het strafrecht, anderzijds. Het uitbreiden van de, voor het civiele recht, het strafrecht en het belastingrecht al bestaande cassatiemogelijkheid bij de Hoge Raad tot alle bestuursrechtelijke zaken, lijkt daarbij op het eerst gezicht te verkiezen boven experimenteren met een geheel nieuw rechtseenheidsinstrument. Lijkt, want aan het openstellen van beroep in cassatie voor alle bestuursrechtelijke zaken kleven echter aanmerkelijke nadelen, die niet op eenvoudige wijze kunnen worden weggenomen. Mijn voorkeur gaat dan ook uit naar een uitbreiding van de al in de Algemene wet bestuursrecht voorziene regeling van de grote kamer. Door het wettelijk mogelijk te maken dat een dergelijke kamer niet alleen wordt samengesteld uit leden afkomstig uit de bestuursrechterlijke instanties, maar ook uit leden van de (civiele kamer, de strafkamer en de belastingkamer van de) Hoge Raad, kan op eenvoudige wijze worden voorzien in een snelle rechtseenheidsvoorziening: de verenigde kamer. Wie biedt?

Summary

Are courts bound to one another's judgements? An administrative court viewpoint.

1. Introductory remarks

Imagine the following case. A police officer is woken in the night by his son calling for help. He goes outside, sees his son in a fight with an unknown man and rushes to his aid. In the scuffle that follows the father discovers that the other man is a fellow officer who was intending to arrest his son. The father is prosecuted and then acquitted because the court considers it likely that he acted in self-defence. However, he is later dismissed on the grounds of serious dereliction of duty. This dismissal holds right up to the highest public service tribunal, the Central Court of Appeal, in line with the argument that 'rules of evidence that are applicable in criminal law do not apply in civil service disciplinary law.'

This case is by no means exceptional in the Netherlands. A citizen who is suspected of improperly claiming social benefits can expect any wrongly paid benefits to be reclaimed. Besides this, he can expect to be charged with a criminal offence. It is conceivable that the citizen will be acquitted by the court because due care was not exercised in gathering the evidence that he was cohabiting while receiving a benefit as a single person. This might, for instance, be because the social services department acquired access to the person's residence in a manner that the judge considers not to be permissible. It is equally conceivable that the administrative court will subsequently uphold the decision to reclaim the benefit, for example because, unlike the criminal court, it does not attach to the unlawful entry to the residence the conclusion that the evidence acquired cannot form the basis of the decision on reclamation. Lawyers understand clearly that the enforcement of administrative law and criminal law are two separate worlds. However, for the average citizen this dichotomy will probably be incomprehensible.

The key question in this dissertation is whether the highest judicial bodies adhere to earlier decisions by peer institutions, or indeed whether they are bound to do so. The research is based on the following sub-questions:

- are courts bound to a prior judgement on the binding nature of a generally binding regulation?
- are courts bound to a prior interpretation of a statutory provision?
- are courts bound to a prior statement of facts?

In answering the first sub-question I understand a non-binding nature to mean exclusively that a statutory provision conflicts with higher law and is therefore invalid. The deficiency is in other words related to the provision itself and not to its application in a concrete case; a legitimate application of the provision is therefore no longer possible. A distinction should be made here with refraining from applying the provision. A generally binding provision can be set aside if the provision as such does not contradict any higher provision, but as a result of special circumstances the provision cannot be applied lawfully in a concrete case. The second sub-question relates to a prior judicial interpretation of the same statutory provision. This can be both the statutory provision as a whole, and one or more terms from that provision. The third question requires no explanation.

In this research I have limited myself to relationships between judicial bodies, where at least one administrative law body is involved. The relationship between the civil court and the criminal court was therefore not addressed, nor was the relationship between the European Court of Human Rights and the Court of Justice and the relationship between decentralised EU courts from different member states. Those bodies that do not meet the requirements of being considered as judicial bodies also fall outside the scope of this research, as do disciplinary proceedings.

I have further restricted myself to the relationships between the highest judicial institutions, and have therefore also disregarded the relationships within the District Courts and the Courts of Appeal. For the sake of simplicity I have also disregarded the practice whereby it is in some cases possible to lodge an appeal with the Supreme Court against decisions by the Central Appeals Council and the Trade and Industry Appeals Tribunal. Unless otherwise indicated, I have treated the Administrative Jurisdiction Division, the Central Court of Appeal and the Trade and Industry Appeals Tribunal (the Big Three) and the Tax Division of the Supreme Court in terms of their relationship to the Court of Justice and the European Court of Human Rights as a single body.

As I considered it improbable that the highest judicial bodies would consider themselves unquestionably bound to decisions by peer judicial bodies, I have also addressed the issue of how differences can best be avoided. Based on the findings from the research, I formulated several rules of thumb that a court can use to evaluate whether it considers itself bound (or should consider itself bound) to observe a prior decision by a peer judicial body. I have also made several institutional suggestions for reducing the different responses by judicial bodies.

2. Horizontal and vertical relationships

In the second chapter I introduce the concepts of horizontal and vertical relationships between judicial bodies. This is an important distinction because

only horizontal relationships fall within the scope of this research. Horizontal relationships are taken to mean relationships in which one judicial body does not have the authority to compel another judicial body to observe a prior judgement. Whether a relationship is horizontal or vertical is determined by the power to annul decisions, or an equivalent authority to enforce effective observance. In the absence of such an authority, the relationship is deemed horizontal.

3. Relationships between national judicial bodies

In the area of civil law and criminal law the Netherlands has a system of legal protection that has a pyramid structure, with the Supreme Court at the apex. This is not so in the case of administrative law, which for historical reasons is something of a patchwork. Efforts to arrive at a single organisational unit have resulted in a considerable simplification of the system, but the structure is not pyramidal.

As regards the highest administrative courts, the research covered the Administrative Jurisdiction Division, the Central Court of Appeal, the Trade and Industry Appeals Tribunal and the Tax Division of the Supreme Court. Each of these bodies has jurisdiction intended by the legislator to be exclusive.

4. Relationships between national and international judicial bodies

Any research on the observance of legal decisions has to take account of international judicial bodies. For the sake of clarity I have chosen to include only the Court of Justice and the European Court of Human Rights in the study.

The founding treaties do not give the European Court of Justice the authority to annul decisions by national judicial bodies. Nor has the European Court of Justice arrogated this authority. A member state is under certain conditions responsible for the activities of its (highest) national judicial bodies, but a decision remains legally valid, even following a judgement of non-compliance on the member state by the European Court of Justice. Article 260 of the Treaty on the Functioning of the European Union requires member states to take those measures that are necessary to implement a ruling by the Court of Justice, if necessary subject to a fixed sum or a penalty payment imposed by the European Court of Justice. These measures are aimed effectively at the member state and not at the defaulting judicial body. They do not affect the validity of national judicial decisions.

On the grounds of the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights is equally not authorised to annul a decision by a Dutch judicial body. There is therefore no question of a hierarchical

relationship. The position of the European Court of Human Rights is in this regard similar to that of the European Court of Justice. Also as regards other measures for enforcing observance of judgements, the position of the European Court of Human Rights is in line with that of the European Court of Justice. The Council of Europe is less able than the EU to issue economic incentives for a member state to implement a judgement. However, in the Netherlands, a judgement by the European Court of Human Rights constitutes statutory grounds for reviewing a judicial decision in a criminal case that has been concluded, whereas a judgement by the Court of Justice does not.

Given the choice in this research of regarding every relationship as vertical or horizontal and taking into account the foregoing, the relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights and the highest administrative courts in the Netherlands should be regarded as horizontal. However, simply equating this relationship with the horizontal relationship between the highest judicial bodies in the Netherlands clearly fails to do adequate justice to the exceptional position held by these two courts. This exceptional position is evident in the degree to which decisions by the European Court of Justice and the European Court of Human Rights are upheld.

5. The relationship between the administrative court and the Supreme Court (civil court)

Although the legal authority of administrative courts is defined in special laws, there is nonetheless a shared legal authority between administrative courts and civil courts. Shared legal authority means that several different judicial bodies are authorised or consider themselves authorised to adjudicate the same disputes with the same factual basis, whether or not in the same party constellation. This is the consequence of the authority, set out in article 112 of the Constitution, ascribed to civil courts to hear and adjudicate all disputes relating to civil law and debt recovery. With the development of formal legal authority of final decisions, the civil court has taken the initiative in the case of shared jurisdiction, to define the role of the administrative court and the civil court. Formal legal authority is in my view an umbrella concept that subsumes three doctrines, namely:

- the civil court's doctrine on admissibility: the civil court declares a litigant non-admissible if any administrative law procedure relating to his claim is still open;
- the doctrine of the binding force of decisions by the administrative court: the civil court assumes the correctness of a judgement passed by the administrative court;

- the doctrine of legal authority: the civil court assumes the fiction that a decision against which a properly safeguarded administrative legal procedure was available but was not utilised, should be considered lawful as to its substance and the way it was reached.

The distinction between these concepts is important for the exceptions that the Supreme Court has made to legal authority as an overarching concept and the situations in which it does not apply this doctrine. The Supreme Court will not apply the doctrine of legal authority to a party who, as the result of intervention by an administrative body, decided against timely application of a legal measure. This includes both instances in which the administrative body has provided incorrect information about the available legal measures, as well as cases in which it has caused confusion about the nature of an administrative procedure and in which it has recognised the unlawfulness of an administrative act. The Supreme Court has to date accepted only one, so far theoretical, exception to the doctrine of the binding force of decisions made by administrative courts, namely in the case where an administrative court has infringed fundamental legal principles.

If it is clear that there is a process of legal protection through administrative law available to the litigant, I conclude in my research that the civil court should not accept any exception to the doctrine of legal authority; the court should require the litigant to nonetheless avail himself of the procedure of legal protection through administrative law. If the applicable term has expired, article 70 of the Code of Civil Procedure provides the possibility of a referral – binding on the administrative court –, in which a new term is allowed. There are no grounds for an alternative approach, if the litigant's interest is simply to obtain damage compensation, based on unlawful conduct on the part of the administrative body under administrative law. The administrative court is the most appropriate court to assess whether this is the case. Jurisprudence shows equally that the Supreme Court is prepared under certain circumstances to accept that the process of administrative law may be disregarded, if the litigant's only interest is financial compensation. The Supreme Court does not require a litigant to resort to escalation to the level of administrative enforcement, solely to be able to raise the issue of the binding nature of a generally binding provision issued by the administrative court.

The Supreme Court does not apply legal authority to litigants who did not have access to the system of legal protection under administrative law, on the grounds that the party lacks *locus standi*. In these cases the civil court therefore has to form an independent judgement. In arriving at this judgement, the civil court will focus as far as possible on the decision by the administrative court, if this is available. I came to the conclusion that the civil court should therefore at least defer the proceedings until the administrative court has reached a judgement. It is equally conceivable that, if there is a further procedure pending before the administrative court, the disinter-

ested party will be required to (still) try to take part in the administrative law procedure. The conclusion was that it is more appropriate for the administrative court to guard against any lack of legal protection, if necessary by applying a broader interpretation of the concept of interested party.

The Supreme Court does not apply the doctrine of legal authority to decisions on compensation for loss resulting from administrative acts and the failure by the administrative body to reach a timely decision, that is indicated as a notional decision for the purposes of legal protection. These decisions do not therefore acquire any authority, including legal authority, if no means of recourse in administrative law were applied in their respect.

The principles relating to the application of legal authority mentioned above apply for all three of the sub-questions I have distinguished, if and in so far as the civil court has closed the gaps occasioned by the administrative court – compelled by the requirements of legal admissibility. This is not the case for judgements on the binding nature of generally binding provisions. According to article 8:3 of the General Administrative Law Act there is no possibility of an appeal to the administrative court against generally binding provisions. The fact that the civil court has been prepared to allow the administrative court to take the initiative in this matter is because the generally binding provisions have to be instrumentalised through (implementation) decisions taken by administrative bodies on the grounds of these provisions. It is possible to appeal to the administrative court against these decisions, whereby the binding nature of the generally binding provision can be tested by way of a motion. In those cases where the civil court does not allow its administrative law counterpart to take the initiative, it is apparent that both parties go their own way.

In the case of generally binding provisions, the civil court applies the principle that a judgement by the highest administrative court that a generally binding provision is *non*-binding has an *erga omnes* effect. Equally a judgement by the highest administrative court that a generally binding provision is *binding*, is only effective with regard to the constituent bodies of the legal entity within which the provision has been established and those who (procedurally) were interested parties in the administrative law procedure and who therefore could have taken part in this procedure. The civil court does not apply to a litigant who was unable to take part in the administrative law procedure any obligation to observe the judgement by the administrative court on the binding nature of a decision. This does not alter the fact that this court may arrive at the same final conclusion as the administrative court.

I did not find any jurisprudence by the highest administrative courts in which they expressly accept the binding nature of judgements by the Supreme Court on the binding nature or non-binding nature of a generally binding provision. I concluded that accepting binding force, as is suggested in the literature, is not logical. The prime reason for this is that the reason for

the Supreme Court to accept the principle of binding nature is that it considers the administrative court fully the most appropriate court to pass a judgement on the binding nature of generally binding provisions that have to be instrumentalised within the chain of administrative law. Similarly, if the administrative court feels committed to a binding or non-binding judgement by the civil court, this court in so doing recognises the civil court as the most appropriate court. It is however conceivable that the administrative court will draw inspiration from the binding or non-binding judgement of the civil court and will arrive at the same outcome. If the administrative court wishes to diverge from the judgement of the civil court, it will in this case have to substantiate this decision.

The interpretation of legal provisions is a category where the principle of avoiding contradictory decisions also applies, but the general approach is not directly applicable. The reason for this is that the legal provision does not always clearly fall within an area of the law where the civil court or the administrative court has exclusive authority. When the civil court acts as court of ultimate remedy, it exercises legal authority with regard to questions of interpretation, including the previously mentioned exceptions. If it is less clear within which area of the law a provision falls, both the civil court and the administrative court will consider the question of which court should take the lead, interpreting the provision according to the field of law with which the judicial provision has the most areas of communality (the 'doctrine of the most appropriate court'). In practice this approach generally results in a satisfactory outcome. The field of law rule can be problematic with regard to stipulations that are applicable in both civil and administrative law, such as, for example, treaty provisions. In these cases it may happen that the same provision is interpreted in different ways, without it being clear whether there is any justification for this. From the viewpoint of legal certainty, a court that advocates an alternative interpretation may be expected to substantiate its reasoning for this alternative interpretation and why this interpretation is preferable. Only in this way can a public dialogue between the different judicial bodies aimed at achieving legal uniformity come into being.

In order to establish the facts, the civil court relies in principle on the judgement of the administrative court, on the grounds of the doctrine of the binding nature of judgements. If no recourse has been made to the legal procedure available under administrative law, the doctrine of legal authority also extends to the statement of facts formulated in the judgement. In the case of third parties for whom the legal procedure of administrative law is – or was – not available because they lack *locus standi*, the civil court will not apply legal authority, but will as far as possible follow the jurisprudence of the administrative court. In other cases, both the civil and the administrative court will apply the 'doctrine of the most appropriate court' to determine whose statement of the facts should be leading.

6. Relationship between the administrative court and the Supreme Court (criminal court)

Chapter 4 focuses on the relationship between criminal and administrative courts. The criminal court accepts observance of a prior judgement on the grounds of the doctrine of the binding force of decisions by the administrative court. If an administrative law procedure has not been followed, the criminal court does not apply the doctrine of legal authority towards the litigant, but makes an independent assessment of the lawfulness of the decision as a statutory condition for criminal liability.

As regards the mandatoriness of a prior judgement on the binding force of a generally binding provision, the Supreme Court as criminal court accepts *erga omnes* observance of a judgement by a supreme administrative court that a generally binding provision is *non*-binding. A judgement by a primary administrative court is not *erga omnes* binding for the criminal court, but it does have *inter partes* significance. On the grounds of the doctrine of the binding force of decisions by the administrative court, the criminal court is also bound to such judgement, provided it is irrevocable. Also as criminal court, the Supreme Court accepts exceptions to the doctrine of the binding force of decisions by the administrative court only in the event of evident conflict with the European Treaty on Human Rights or EU law. I did not find any jurisprudence from any of the highest administrative courts on the question of whether the administrative court is bound to a judgement by the (highest) criminal court on the mandatory nature of a generally binding administrative law provision.

With regard to the question of adherence to a previous interpretation of a legal provision, the doctrine of the most appropriate court also appears to serve well. Both criminal and administrative courts generally observe the interpretation given by the court to whose legal field the provision belongs, or with which it has the most areas of communality.

In answering the third question about the statement of facts, an effective division of labour and preventing contradictory decisions do not seem to play a role. From case law it appears that neither the Supreme Court nor the Central Appeals Court consider themselves bound to a prior statement of facts by one another. The main reason is the different requirements imposed on evidence in the two courts, in particular relating to how facts are gathered. The Administrative Jurisdiction Division takes a nuanced approach. It considers itself bound to a judicial statement of fact/judgement by the criminal court but not to an acquittal. What is striking is that the reason for the approach taken lies also for the Administrative Jurisdiction Division in the different requirements that are imposed on evidence in criminal and administrative law procedures and how the evidence is obtained.

I concluded that the approach adopted by the Administrative Jurisdiction Division should apply for the whole chain of criminal and administrative law. For the criminal court, this results in a mirror image situation: the criminal court has to consider itself bound to an irrevocable judgement by

the administrative court that the person concerned has not committed the acts in question or that the evidence has been obtained unlawfully. The opposite judgement by the administrative court, is, however, not binding on the criminal court.

7. Relationship between administrative courts

The relationships that I have discussed previously were always governed by a non-exclusive jurisdiction. The different highest administrative courts each have exclusive authority in specific areas ascribed by the legislator. There is therefore no shared jurisdiction in these relationships. If it nonetheless happens, for example as a result of an omission by the legislator, that they do share jurisdiction, the one body will declare itself unauthorised in favour of the other, and the other party will accept this proposal.

If a dispute on competence is not resolved in this way, the legislator has made provision that the Supreme Court will reach a binding decision on the matter. The absence of shared jurisdiction means that no discussion was required on the question of whether the different highest administrative courts consider themselves bound to a previous statement of facts. The two other research questions were dealt with.

In the research I did not come across any notable differences in the assessment of whether a generally binding provision for which different highest administrative courts are equally authorised has binding force. In the first instance one can think of stipulations of the General Administrative Law Act. Further, the highest administrative courts are also in agreement on the answer to the question of whether treaty provisions that they share are mutually binding.

As a result of the lack of shared jurisdiction, differences in jurisprudence between the highest administrative courts are primarily discernible in the interpretation of the legal provisions that they share and general administrative law tenets. In these fields in particular there has in recent years been an offensive towards uniformity of law by the highest administrative courts. Under this offensive, in any event the most obvious differences and those differences that have the most negative effects for the litigant, are being energetically removed. The striving for uniformity of law appears consistently to be one of the reasons for setting aside its own jurisprudence or nuancing the jurisprudence.

We have also seen that there is no uniformity across the whole breadth of the law. It is regrettable that this concerns in particular aspects that the administrative court has to apply or to monitor *ex officio*. Legal differences played out in public between the highest administrative bodies are difficult to explain to litigants. There is for example the so-called Brummen jurisprudence, relating to the handling of the proceedings following annulment of the decision of the administrative body (articles 8:1 and 8:69 of the General Administrative Law Act). With the exception of the Supreme Court, the dif-

ferent highest administrative courts require a litigant from the viewpoint of legal certainty to act against grounds for appeal applied earlier, expressly and without prejudice, by the court. If the litigant fails to do this, this means that he cannot raise these grounds for appeal at a later stage. Only one exception to this is possible, namely if there is a close interrelationship between the relevant grounds that were or were not raised. Maintaining or even creating these and similar differences is undesirable. The different bodies may in any event be expected to substantiate in their decisions that legal uniformity cannot be achieved, and why. In this way a public dialogue can be held that will contribute to a responsible choice for a uniform interpretation and unity of law, or allowing the differences to continue.

8. Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights and the national administrative courts

Although both courts aim for a certain level of co-operation with the national administrative courts, the efforts to achieve this have to be made primarily by the national administrative courts. Both international courts consider themselves exclusively authorised to assess the binding nature and interpretation of the different treaties and any further legislation based on these treaties, and do not therefore see any task for the national administrative courts. The remit of the European Court of Justice is broader than that of the European Court of Human Rights because the European Union – unlike the Council of Europe – can establish provisions that are generally binding in their own right. If a national ruling refers directly and unconditionally to a generally binding provision in EU law, the European Court of Justice considers itself authorised to interpret the purely national generally binding provisions. The European Court of Justice also considers the national court to be bound by the given interpretation of the nationally generally binding provision. As these provisions are purely national in nature, the European Court of Justice cannot derive any primacy of interpretation from the founding treaties, or the national legal order that the signatories to the treaty according to the Van Gend & Loos en Costa/ENEL rulings drew up on the foundation of the Union. In my opinion, the national (higher appeal) court is also at liberty to base itself on a different interpretation of the relevant legal provision, for example if this will lead to a better outcome of a dispute. It is moreover also self-evident that the national court in this type of case will seek to align itself with the interpretation given by the European Court of Justice and, if it fails to do so, will substantiate this decision.

In the relationship between the international courts and the national administrative courts the statement of facts occupies a special position. As the national court is better equipped to establish the facts, both courts apply the principle that establishing and assessing the facts is primarily a task of the national court. For both courts it is, however, not always possible to

arrive at a full interpretation of EU law or the European Convention on Human Rights abstracted from the facts of the case in question. It may therefore be necessary to proceed to a re-evaluation of the facts established by the national court, or in an exceptional case to establish the facts anew. The European Court of Human Rights goes the furthest in this, by, in the case of threatened or continuous treaty infringement, proceeding to an *ex nunc* judgement, which presupposes an *ex nunc* establishment of the facts.

The European Court of Human Rights is always prepared to take the step of establishing the facts itself, if the national procedure – put simply – falls below the standard of the European Convention on Human Rights, for example because the fact-gathering method contravenes article 3 of the European Convention on Human Rights.

The highest administrative courts in the Netherlands appear to demonstrate loyalty with respect to both European courts. In any event, both courts are doubtless the most appropriate courts for assessing the binding force and interpretation of the European Convention on Human Rights (including the relevant protocols) and the generally binding provisions of EU law. This same loyal attitude also applies with regard to rulings in which one of the courts has acted on an issue that according to the jurisprudence of these European courts is reserved for the national courts.

This does not mean, however, that there is no scope for improvement in the relationship. The European Court of Justice could take a more practical approach to its credo that the prejudicial procedure is focused on collaboration with the referring court, and could allow the co-operation to be less one-sided. It is strange that after the referral the referring judge plays no further role in the prejudicial procedure. The referring court should be able to play a greater role in the prejudicial procedure, for example by being offered the opportunity to react to written comments made by the Commission and member states and possibly to explain the questions posed, if the Court of Justice is considering reformulating the questions posed. For the relationship between the European Court of Human Rights and the national judicial bodies, the possibility set out in the 16th Protocol of requesting an advisory opinion is an opportunity to structure more clearly the collaboration between the European Court of Human Rights and the national court. One option that could be considered is to append the president or chairman of the referring body as an *ad hoc* judge to the European Court of Human Rights. The *ad hoc* judge can act as liaison between the European Court of Human Rights and the referring court and avoid a situation where the European Court of Human Rights issues advice that has not been requested.

9. Conclusions

The findings of the research on the national relationships were a motivation for me to try to formulate rules of thumb on the basis of which a court could

assess whether it should consider itself bound to a prior legal decision. The doctrine, accepted by all national highest judicial bodies, of the most appropriate court, was the starting point. If a legal body is confronted with a prior decision, the first question is: which is the most appropriate court? The answer to this question determines whether the court itself can take the initiative.

Where the state unilaterally determines or has determined the legal relationship with the litigant by means of an Act, the administrative court is the most appropriate court. This also applies if the state decides to enforce compliance subject to criminal law. Criminal law is then the ultimate step in the administrative law track. To achieve an efficient and effective sharing of jurisdiction, a litigant will be expected to apply to the most appropriate court before seeking redress elsewhere.

The civil court should in this case also invoke against the litigant that he did not first apply to the administrative court, even if it cannot be clearly deduced from the jurisprudence whether he is the party in interest. In this way the administrative court can see whether its jurisprudence has to be amended or clarified. A litigant of whom it is certain, according to the jurisprudence of the relevant administrative legal body, that he will not be considered by the administrative court as the party in interest, can apply directly to the civil court. The only exception is in the event that a legal procedure has already been instigated with the administrative court by a litigant who is the party in interest. In this case, the litigant who, according to established jurisprudence, is not a party in interest, may be expected to try in any event as (third) party in interest to participate in this procedure.

In these cases the civil court and criminal court have to allow the administrative court to take the lead. This relates to questions of compliance with a previous judgement on the binding nature of a generally binding provision or on issues of compliance with a prior interpretation of a legal provision. The civil court and criminal court should consider a judgement by the administrative court that a generally binding provision is *non*-binding, binding *erga omnes,* and should take as their basis the interpretation of a legal provision given by the administrative court. I do not propose any change to this procedure.

However, I also came to the conclusion that the civil court and the criminal court should also consider themselves bound to a decision by the administrative court that a generally binding provision is binding, or in which the administrative court assumes the mandatoriness of the generally binding provision by applying it in the case in question binding *erga omnes*. If a litigant believes the judgement by the administrative court to be incorrect, he should raise this issue through a procedure in administrative law. In this way the administrative court, as the most appropriate court, can weigh the interests of setting aside the jurisprudence against the infringement of legal surety. Complementary to this, the administrative court must ensure that a person who has an interest to be honoured in law can apply to the civil court, or who is the subject of enforcement of a decision under criminal law also has access to the system of legal protection under administrative law.

If the administrative court is called upon to interpret legal provisions that fall within the field of civil law or criminal law, or that have the most communality with these fields of the law, the doctrine of the most appropriate court provides that the administrative court directly endorses the interpretation given by the civil court or criminal court.

With regard to the question of adherence to a prior statement of facts, the relevant line of jurisprudence can be pursued for the relationship between the civil court and the administrative court. With regard to the relationship between the criminal and administrative court, I favour the approach of the Administrative Law Division.

If it is not possible to indicate a most appropriate court, for all sub-questions judicial bodies are expected not only to substantiate why they differ from a prior decision, but also why they believe their judgement to be superior. This procedure allows for agreement to be reached by means of a dialogue. It also means that agreement cannot be forced; institutional amendment would be needed to bring this about. These rules can also be applied in the relationship between the national judicial bodies and both international courts. However, apart from with regard to the statement of facts, there is no doubt that the international courts are generally the most appropriate courts.

The above general rules assume that the existing – institutional – structures and diversity of judicial bodies will be upheld. In these situations, achieving judicial uniformity is dependent on the preparedness of the different judicial bodies to reach judicial uniformity. In order to actually guarantee judicial uniformity, more substantial measures are needed, whereby intervention by the legislator is unavoidable. Meanwhile, the legislator for the Administrative Law Division, the Central Appeals Council and the Trade and Industry Appeals Tribunal has provided that the Advocate General can deliver an opinion and refer the case to a Grand Chamber comprising five rather than three members. These options do not apply to the Supreme Court.

Both possibilities have the limitation that one of the administrative courts has to decide that judicial uniformity requires this procedure to be deployed. One way of safeguarding judicial uniformity in all cases would be to open up to the Supreme Court appeals in cassation (that is on points of law only) against decisions by the – currently – highest administrative courts. This would not only result in judicial uniformity in the area of administrative law, but would also result in judicial uniformity between administrative law, civil law and criminal law. The disadvantages, including practical disadvantages related to the opening up of this possibility are, however, greater than the advantages. One might think, for instance, in particular of extending the duration of the administrative law procedures, increasing their complexity and capacity problems within the Supreme Court. There is no simple solution for these problems, not even by opening up appeal in cassation to the Supreme Court only in the interests of the law, or introducing a system of leave to appeal. The differences as they currently exist do not justify such a serious revision of the present system.

Notwithstanding the instruments for judicial uniformity, merging the different highest administrative courts into one new body is in my opinion unavoidable and has been postponed for too long. I am in favour of establishing one supreme administrative law body, the Supreme Administrative Court. This should include in any event the present Big Three and the Board of Appeal for Higher Education. At the same time, the possibilities for appeal to the Supreme Court against the Central Appeals Board and the Trade and Industry Appeals Tribunal should be discontinued. To achieve a uniform system of legal protection across the board of administrative law, the Taxation department of the Supreme Court would have to be integrated into the Supreme Administrative Court and the task of the appeal courts in administering the law in tax matters would have to be discontinued. Establishing the Supreme Administrative Court would not avoid the need for the Advocate General or the Grand Chamber. In view of the very diverse range of cases of the Supreme Administrative Court, both instruments could be useful in achieving internal judicial uniformity within the court. It has by now become clear that the government has an alternative proposal. The aim of the government is to merge the Administrative Law Division and the Trade and Industry Appeals Tribunal, to terminate the Central Appeals Council and to bring the major part of the law administering tasks of the Central Appeals Council under the judiciary. No form of appeal to the Supreme Court across the whole field of administrative law is foreseen.

The introduction of a mixed or combined chamber such as for example in Germany and France would be a good alternative for appeal to the Supreme Court to safeguard judicial uniformity across the whole line. A minor extension to the legal regulation for the Grand Chamber could create a *Vereinigte Senat*, or combined chamber, in the Netherlands in which both the (three) highest administrative courts (or the Supreme Administrative Council) and the different chambers of the Supreme Court would play a part. For the sake of clarity: the combined chamber is intended as the ultimate instrument for achieving judicial uniformity and it is in parallel to and not in the place of the Grand Chamber. As regards the way in which the *Vereinigte Senat* will perform its tasks, I suggest it should be allowed to take over the handling of the case in question. Clearly, in all cases an opinion will be delivered by the Advocate General. Just as in Germany and unlike in the regulation for the Grand Chamber, a legal obligation would have to exist to refer the case to the *Vereinigte Senat*, if the legal body where the case is being handled is considering diverging from the jurisprudence of one of the other bodies.

Because the *Vereinigte Senat* is a chamber of the legal body making the referral, a number of state counsellors from the Administrative Jurisdiction Division and judges from the Central Appeals Court and the Trade and Industry Appeals Tribunal (or the Supreme Administrative Court) would have to be appointed as counsellors i.b.d. in the Supreme Court and vice versa. The establishment of the combined chamber can be realised by statute; there is no need for an amendment to the Constitution. I have put forward a

proposal for a regulation in the General Administrative Law Act, both for the situation before and after the establishment of the Supreme Administrative Court. With regard to the Supreme Court a similar regulation will have to be included in the Judiciary Organisation Act.

Setting aside all other objections, the combined chamber in any event is not subject to the objection that the Supreme Court has against participation in the Grand Chamber, namely that the internal judicial uniformity within the Supreme Court will not be safeguarded. If the combined chamber is introduced before the establishment of the Supreme Administrative Court, there is no longer any requirement for the limited possibility of appeal to the Supreme Court against decisions by the Central Appeals Council and the Trade and Industry Appeals Tribunal. The aim of this possibility of appeal to the Supreme Court is to safeguard uniformity between civil and administrative law on specific elements. This legal uniformity is provided for by alternative means with the combined chamber.

It is self-evident to also task the combined chamber with disputes relating to competence between the civil and criminal courts on the one hand and the administrative courts on the other hand, a task that pursuant to article 77 of the Judiciary Organisation Act is assigned to the Supreme Court. If at some point in time the decision is taken to introduce a review of the Constitution, the combined chamber can also act as constitutional court. In this case the chairmanship of the combined chamber would be assigned on the basis of seniority to the President of the Supreme Court or the President of the Supreme Administrative Court.

Lijst van geraadpleegde literatuur

Adams 1997
M. Adams, *De precedentwerking van rechterlijke uitspraken; een rechtstheoretische en rechtsvergelijkende studie* (diss. Leuven), 1997.

Adams 2006
M. Adams, 'Heden en verleden in de rechtspleging; rechtsvergelijkende en rechtstheoretische beschouwingen over de precedent- en zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken', *RMThemis*, 2006-3, p. 106-120.

Advies RvR initiatiefwetsvoorstel Taverne
Raad voor de Rechtspraak 17 mei 2013.

Al Khatib
A. al Khatib, 'Het originalisme, een potentiële legitimatiebron voor Straatsburg. Over het originalisme als alternatief voor de 'living-instrument'-benadering van het EHRM', *NJCM-Bulletin* 2013, p. 193-211.

Albers 2011
C.L.G.F.H. Albers, 'Het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht. Knippen en plakken in plaats van een fundamentele herbezinning', *Gst*. 2011/50, 7353, p. 231-242.

Albers 2014
C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief* (VAR Vereniging voor Bestuursrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Alen & Pas
A. Alen en W. Pas, 'The UN Convention on the Rights of the Childs Self-executing Character', in: E. Verhellen (red.), *Monitoring Children's Rights*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1996.

Amtenbrink & Vedder 2013
F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Van Angeren 2012
J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer: Kluwer 2012.

Arai
Y. Arai, 'Right to an effective remedy before a national authority', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Arnull
A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Asser
W.D.H. Asser, 'Van selectie achter de poort naar selectie aan de poort', in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen (red.) *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Asser/Hartkamp & Sieburgh
Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, *De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser, Nijboer & Schuurmans
W.D.H. Asser, J.F. Nijboer en Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?* (Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

Asser/Scholten 1974
P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Bakker e.a.
M. Bakker e.a., *Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht (bestuurlijke handhaving) – Praktische handreiking, parlementaire geschiedenis en strafrechtelijke jurisprudentie*, Den Haag: Sdu uitgevers 2010.

Baldinger
H.J.M. Baldinger, *Rigorous Scrutiny versus Marginal Review. Standards on judicial scrutiny and evidence in international and European asylum law* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013.

Barents 2010-1
R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Barents 2010-2
R. Barents, 'Van Gend & Loos en Costa/ENEL', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Barents 2013
R. Barents, 'Enkele kanttekeningen bij de autonomie van de nationale rechter in het Unierecht', *TREMA* 2013-4, p. 128-132.

Barkhuysen 1998
T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.

Barkhuysen 2004
T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (VAR Vereniging voor Bestuursrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Barkhuysen 2006
T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006.

Barkhuysen 2007
T. Barkhuysen 'De inpassing van de prejudiciële procedure in het Nederlandse bestuursrecht' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*', Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

Barkhuysen 2010
T. Barkhuysen, 'Rechtseenheid en de Wet aanpassing bestuursprocesrecht', *NJB* 2010, p. 1592.

Barkhuysen 2013
T. Barkhuysen, 'Naar één hoogste bestuursrechter', *NJB* 2013/195. p. 221.

Barkhuysen & Bos
T. Barkhuysen en A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014', *JBplus* 2014, p. 90-116.

Barkhuysen & Claessens
T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Naar een "slagvaardiger" bestuursrechtspraak met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht', *AA* 2012, p. 83-93.

Barkhuysen, Damen e.a.
T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007.

Barkhuysen & Van Emmerik 2005
T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *'A Comparative View on the Execution of Judgements of the European Court of Human Rights'* in: Th. Christou en J.P. Raymond (red.), *European Court of Human Rights, Remedies and Execution of Judgements*, London: BIICL 2005.

Barkhuysen & Van Emmerik 2006
T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', in: T. Barkhuysen en M. Kuijer (red.), *55 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2005,* NJCM-Bulletin 2006.

Barkhuysen & Van Emmerik 2011
T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Barkhuysen & Van Emmerik 2012
T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Mensenrechten als waarborg voor toegankelijk, zorgvuldig, voortvarend en evenredig bestuursrecht', *JBplus* 2012, p. 180-194.

Barkhuysen, Van Emmerik & Van Kempen
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, en P.H.P.H.M.C. van Kempen (red.), *The execution of Strasbourg and Geneva human rights decisions in the national legal order*, Den Haag/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1999.

Barkhuysen, Van Emmerik & Loof
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof, *50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht – ontwikkelingen en vooruitzichten*, in: R.A. Lawson en B.E.P. Myjer (red.), *50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens,* NJCM-Bulletin 2000, nr. 1.

Barkhuysen & Van Ettekoven 2009
T. Barkhuysen en B.J. van Ettekoven, 'De compensatie van schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009, 19, p. 129-141.

Barkhuysen & Koenraad
T. Barkhuysen en L.M. Koenraad, 'Bestuursorganen afgehouden van de rechter. Beschouwingen over ABRvS 15 april 2009, *AB* 2009, 163, JB 2009/141; bestuursorganen kunnen in hoger beroep niet opkomen tegen een proceskostenveroordeling door de rechtbank', *JBplus* 2010, p. 103-109.

Baroness Hale of Richmond
Baroness Hale of Richmond, *Beanstalk or living instrument? How tall can the ECHR grow?* (Barnard's Inn Reading 2011), www.supremecourt.gov.uk/docs/speech_110616.pdf.

Bekker & Van Kreveld
H. Bekker en J.H. van Kreveld, 'Coördinatie binnen de bestuursrechtspraak', in: R.M. van Male, H. Bolt, A.F.M. Brenninkmeijer, T. Hoogenboom, J.H. van Kreveld en H.J. Simon (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003,* Den Haag: Sdu uitgevers 2003.

Belinfante & De Reede
A.D. Belinfante en J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Beltman & Zijlstra
D. Beltman en A.E. Zijlstra, 'De doorwerking van "het belang van het kind" ex artikel 3 VRK in het migratierecht: vanuit een *bottum-up* benadering op weg naar een *top-down* toepassing', *JNVR* 2013, nr. 32, p. 286-308.

Benetreu & Van der Ham
E.L. Benetreu en A.B.J. van der Ham, 'Rechterlijke samenwerking tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties', *JBplus-special* 2004, p. 79-88.

Ten Berge 2003-1
J.B.J.M. ten Berge, 'Guldemond – Noordwijkerhout', in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak, R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2003.

Ten Berge 2003-2
J.B.J.M. ten Berge, 'Loosdrechtse Plassenschap', in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak, R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2003.

Besselink
H.J.M. Besselink, 'Rechterlijke fusie als kans voor doelmatige en snelle rechtspraak', *JBplus* 2013-2, p. 93-97.

Besselink & Prechal
L.F.M. Besselink en A. Prechal, 'Kroniek van het Europees en Nederlands Constitutioneel recht', *NJB*, 2004, p. 504-512.

Binnerts & Dankbaar
J.C. Binnerts en M.F.A. Dankbaar, 'Kroniek Bestuursprocesrecht', *Advocatenblad* 2011, afl. 10/11, p. 34-41.

Bleichrodt
F.W. Bleichrodt, 'Right to liberty and security of person (Article 5)', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

De Bock
R.H. de Bock, 'De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de Afdeling bestuursrechtspraak', *JBplus* 2000, p. 66-77.

Bolt
K.F. Bolt, 'Incidenteel (hoger)beroep in het bestuursprocesrecht', *NTB* 2008, 28, p. 213-220.

Borgers
M.J. Borgers, 'Doorpakken in cassatie. Over artikel 80a RO, artikel 81 RO en ambtshalve cassatie in strafzaken', *NJB* 2013/2122, p. 2506-2512.

Borman
T.C. Borman (T&C Awb), aantekening 3 bij artikel 8:71, Deventer: Kluwer 2013.

Bossuyt 2010
M. Bossuyt, 'Judges on thin ice: The European Court of Human Rights and the treatment of asylum seekers', *Inter-American and European Human Rights Journal* 2010, p. 3-48.

Bossuyt 2014
M. Bossuyt, 'Rechterlijk activisme in Straatburg', *Rechtskundig Weekblad* 2013-14, nr. 19, p. 723-733.

Bovend'Eert
P.P.T. Bovend'Eert, 'Uniforme rechtstoepassing. En de nieuwe bestuursstructuur van de gerechten', *TREMA* 2013, afl. 1, p. 5-10.

Van den Broek & Hoekveld
G.M. van den Broek en W.J. Hoekveld, 'De taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter in nadeelcompensatiezaken in balans?', *O&A* 2009, nr. 2, p. 2-13.

Bröring
H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.

Bröring & Jurgens
H.E. Bröring en G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuurlijke boete is zo gek nog niet!', *NTB* 2006, 48, p. 340-348.

Bröring & Marseille
H.E. Bröring en A.T. Marseille, 'De ongekende vrijheden en beperkingen van art. 4:6 Awb', *JBplus* 2002, p. 54-71.

Brugman
D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan het recht door de bestuursrechter* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Van der Burg & Voermans
F.H. van der Burg en W.J.M. Voermans, Unierecht in de Nederlandse rechtsorde, Deventer: Kluwer 2012.

Buruma & Daalder
Y. Buruma en E.J. Daalder, 'Formele rechtskracht in het strafrecht', *RMThemis* 1994, afl. 7, p. 320-334.

Buruma
Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993.

Van Buuren
P.J.J. van Buuren, 'Groningen – Raatgever', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2009.

Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011
P.J.J van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2011.

Buyse
A.C. Buyse, 'The Pilot Judgement Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges', *Greek Law Journal*, november 2009.

Christou en Raymond 2005
Th. Christou en J.P. Raymond (red.), *European Court of Human Rights, Remedies and Exucution of Judgements*, London: BIICL 2005.

Cleiren en Schoep 2001
C.P.M. Cleiren en G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint B.V. 2001.

Commissie Evaluatie Awb II
Verslag van de Commissie Evaluatie Awb II, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag: 2001.

Commissie Evaluatie Awb III
Verslag van de Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Corstens 1998
G.J.M. Corstens, 'Eenheid van rechtspraak, in het bijzonder in de strafrechtspleging', *NJB* 1998, afl. 7, p. 297.

Corstens 2000
G.J.M. Corstens, 'Bestuurlijke boeten in de Vierde Tranche Awb', *NJB* 2000, p. 1185-1190.

Corstens 2005
G.J.M. Corstens, 'De Vierde Tranche AWB: De bestuurlijke boete', in: A. Harteveld, D.H. Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in Ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Corstens 2013
G.J.M. Corstens, 'Er komen rustiger tijden', *Advocatenblad* 2013, 9, p. 14-17.

Corstens & Kuiper
G.J.M. Corstens en R. Kuiper, 'De Hoge Raad als knooppunt van rechterlijke samenwerking', *TREMA* 2012, 7, p. 234-237.

Craig & De Búrca
P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, text, cases and materials*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Cross & Harris
R. Cross en J.W. Harris, *Precedent in English law*, Oxford: Clarendon Press 1991.

Daalder
E.J. Daalder, 'De Hoge Raad als hoogste rechter in bestuursrechtelijke zaken? Geen goed idee!', in: *De positie van de Hoge Raad* (Nederlandse Vereniging voor procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Daalder, De Groot & Van Breugel
E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemne wet bestuursrecht. Tweede Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1994.

Daalder & Van der Jagt-Jobsen
E.J. Daalder en J. van der Jagt-Jobsen, 'Rechtsmachtverdeling', in: E.J. Daalder, M.W. Scheltema en E.J. Snijders-Storm (red.), *Wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten*, Den Haag: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn 2011.

Daalder & Schreuder-Vlasblom
E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul. De vaststelling van feiten in het bestuursprocesrecht', *NTB* 2000, 7, p. 214-221.

Dallinga
R.H.L. Dallinga, 'Procedures en keuzemomenten in de Kieswet: een overzicht aan de hand van jurisprudentie over de toepassing van de Kieswet', *Gst.* 2008, 112, 7304, p. 545-558, en *Gst*. 2008, 118, 7305, p. 571-588.

Damen 2003
L.J. Damen 'Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter', in: R.M. van Male, H. Bolt, A.F.M. Brenninkmeijer, T. Hoogenboom, J.H. van Kreveld en H.J. Simon (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003,* Den Haag: Sdu uitgevers 2003.

Damen 2004
L.J.A. Damen, 'Is de bestuursrechtelijke zittingsrechter 'judicial outletstore' voor elders bepaald geheim rechterlijk beleid', *JBplus-special* 2004, p. 89-95.

Davids
W.J.M. Davids, 'The Dutch Constitution and the Subordination of National Legislation in Conflict with Provisions of International Treaties', in: A.S. Muller en M.A. Loth (red.), *Highest Courts and the Internationalisation of Law. Challenges and Changes*, Den Haag: The Hague Academic Press 2009.

Van Dijk 1995
P. van Dijk tijdens de vergadering van de NJV (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1995-II), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Van Dijk 2006-1
P. van Dijk, 'The right to marry and to found a family (Article 12)', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Van Dijk 2006-2
P. van Dijk, 'Right to a fair and public hearing (Article 6), in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Van Dijk & De Poorter
P. van Dijk en J.C.A. de Poorter, 'De belastingrechtspraak en het algemene bestuursprocesrecht', in: *Wetgevingskunsten*, Den Haag: Sdu uitgevers 2010.

Van Dijk & Viering
P. van Dijk en M. Viering, 'Right to a fair and public hearing (article 6), in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Doorduijn
N. Doorduijn, *De Invloed van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens op de Nederlandse Rechtspraak*, Den Haag, TMC Asser Instituut 1994.

Doorenbos
D.R. Doorenbos, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2001/31, p. 1474-1480.

Dreessen
J.M.J.W. Dreessen, 'Noot bij ABRvS 5 maart 2002 in zaak nr. 200200237/1', in: O. van Loon, C.M. Nollen en A.L.P. van Os-Ravesloot (red.), *Uitspraken onder de Loeb. Bundel aangeboden aan mr. R.W.L Loeb ter gelegenheid van zijn afscheid als voorzitter van Kamer 4 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 31 augustus 2006*, Den Haag: Raad van State 2006

Drion 1950
J. Drion, *Stare decisis. Het gezag van precedenten* (oratie Leiden), Den Haag: Martinus Nijhof 1950.

Drion 2014
C.E. Drion, 'Stare decisis', *NJB* 2014/620, p. 759.

Elzinga
D.J. Elzinga, *Het Nederlandse kiesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Embregts
M.C.D. Embregts, *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

Van Emmerik 2005
M.L. van Emmerik, ´Toepassing van het kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak´, *NJCM-Bulletin* 2005, nr. 6, p. 700-716.

Van Emmerik 2008
M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse grondwet in een veellagige rechtsorde', *RMThemis* 2008-4, p. 147-150.

Van Emmerik & Saris
M.L. van Emmerik en C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: *Boetes en andere sancties: een nieuw perspectief* (VAR Vereniging voor Bestuursrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Erp 2001
J. Erp, Ph. Langbroek, S. Verberk en R.J.G.M. Widdershoven, *Eenheid van rechtspraak; een onderzoek naar de werking van coördinatiemechanismen in het bestuursrecht*, Amsterdam: Thela Thesis 2001.

Van Ettekoven 2006
B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *O&A* 2006, 3, p. 10-23.

Van Ettekoven 2008
B.J. van Ettekoven, 'Rechtseenheid en de advocaat-generaal in het bestuursrecht', *NJB* 2008, nr. 1, p. 14-18.

Van Ettekoven 2009
B.J. van Ettekoven, 'Cassatie in de bestuursrechtspraak', in: *De positie van de Hoge Raad* (Nederlandse Vereniging voor procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Van Ettekoven 2010
B.J. van Ettekoven 'Rechtseenheid vanuit het perspectief van de rechtbanken; over de toekomstige organisatie van de bestuursrechtspraak' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht Harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Van Ettekoven 2011-1
B.J. van Ettekoven, 'De Hoge Raad in 2025: met of zonder cassatie in de bestuursrechtspraak' in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025 Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Van Ettekoven 2011-2
B.J. van Ettekoven, 'Effectieve rechtsbescherming door de bestuursrechter. Afdeling bestuursrechtspraak: "Op weg van goed naar beter"', in: H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *De Raad van State in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Van Ettekoven 2013
B.J. van Ettekoven, 'One peak or twin peaks. Het regeerakkoord en de toekomst van de bestuursrechtspraak', *NJB* 2013, 495, p. 596-603.

Van Ettekoven, Bakker & Hoogenboom
B.J. van Ettekoven, R.C.S. Bakker en R.P. Hoogenboom, *Tien jaar jurisprudentie schadevergoeding in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Ferwerda
A.M.M. Ferwerda, 'Rechtsbescherming tegen indirect werkende algemeen verbindende voorschriften. In welk stadium kun je bij welke rechter(s) terecht?', *O&A* 2005, 18, p. 36-44.

Feteris 2009
M.W.C. Feteris, 'Schakelen tussen belasting en boete: wanneer moet de koppeling los?' in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009.

Feteris 2010
M.W.C. Feteris '15 jaar Awb en het belastingrecht' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht Harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Fleuren 2004
J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Fleuren 2005
J.W.A. Fleuren, 'Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter', in: *De nationale rechter en het internationale recht* (Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 131), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2005.

Fleuren 2010
J.W.A. Fleuren, 'The application of public international law by Dutch courts', *NILR* 2010, p. 245-266.

Fleuren & De Wit
J.W.A. Fleuren en J.C. de Wit, 'Het voorstel-Taverne. Schrapping van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan verdragen te toetsen', *NJB* 2012, 2298, p. 2812-2818.

Fontanelli
F. Fontanelli, 'Hic Sunt Nationes: The exclusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog', *ECLR* 2013-2, p. 315-334.

Franken 1997
Franken, H, *Onafhankelijk en verantwoordelijk*, Deventer: Gouda Quint 1997.

Fruytier
P.A. Fruytier, 'Een herformulering van de formele rechtskracht: het civielrechtelijk besluitgezag en gezag van gewijsde en de uitzonderingen daarop', *NTBR* 2008, 22, p. 161-169.

Fyrnys
M. Fyrnys, 'Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers. Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights', *German Law Journal* 2011, p. 1231-1259.

Geertsema
K.E. Geertsema, 'Het EHRM en de geloofwaardigheid van een asielrelaas: de zaak R.C. tegen Zweden', *A&MR* 2010, nr. 3, p. 132-136.

Gelpke 2006
M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', *O&*A 2006, 2, p. 2-9.

Gelpke 2007
M.E. Gelpke, 'De rechtmatigheidsbeoordeling van primaire besluiten door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter', *O&A* 2007, 85, p. 155-162.

Gérard
Ph. Gérard, 'Het Bundesverfassungsgericht en ultra vires-controlle na Lissabon: retorische dissidentie', *SEW* 2011-190, p. 505-524.

Gerards 2006
J.H. Gerards, 'Rechtsvinding door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *NJCM-Bulletin* 2006-1, p. 93-122.

Gerards 2011-1
J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen.

Gerards 2011-2
J.H. Gerards, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag: Sdu uitgevers 2011.

Gerards 2013
J.H. Gerards, 'Judicial Minimalism and "Dependency". Interpretation of the European Convention in a Pluralist Europe' in: H.J.Th.M. van Roosmalen, B.P. Vermeulen, G.J.H. van Hoof en M. Oosting (red.), *Fundamental Rights and Principles. Liber amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2013.

Gerards & Glas
J.H. Gerards en L.R. Glas, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM', *AA* 2012, afl. 7/8, p. 520-530.

Germelmann
C.F. Germelmann, *Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union* (diss. Freie Universität Berlin), Tübingen: Mohr Siebeck 2009.

De Graaf, Limbeek, Bahadur & Van der Meij
J.H. de Graaf, M.M.C. Limbeek, N.N. Bahadur en N. van der Meij, *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse Rechtspraak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012.

De Graaf, Marseille & Winter (red.)
K.J. de Graaf, A.T. Marseille en H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak. Opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Gras
E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde. De rechtskracht van einduitspraken van de burgerlijke rechter* (diss. Universiteit van Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1994.

Greer
S.C. Greer, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

Van de Griend & De Waard
E.S.G.N.A.I. van de Griend en B.W.N. de Waard, *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel ** van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Deventer: Tjeenk Willink 1996.

Grimbergen
R. Grimbergen, 'Prejudicieel verwijzen in vogelvlucht. Enkele highlights voor de praktijk', *JBplus* 2013, p. 20-32.

Groenendijk & Terlouw
C.A. Groenendijk en A.B. Terlouw, *Tussen onafhankelijkheid en hiërarchie. De relatie tussen vreemdelingenrechters en de Raad van State, 2001-2007*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.

Groenendijk
C.A. Groenendijk, *Een venijnig proces* (afscheidscollege Nijmegen), Den Haag: Sdu uitgevers 2008.

De Groot-van Leeuwen, Van den Bossche & Buruma 2006
L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Bossche, en Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter. Rechters versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006.

Van den Haak
H.F. van den Haak, 'Appèl op integratie', in: *Beroep in herziening* (Preadvies NJV), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van der Ham
W. van der Ham, *Onder 'Wijzen' – vijfenzeventig jaar Onderwijsraad (1919-1994)*, Den Haag: Onderwijsraad 1994.

Hammerstein e.a.
Rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad 'Versterking van de cassatierechtspraak' (Commissie Hammerstein), Den Haag 2008.

Hammerstein
A. Hammerstein, 'De Afdeling bestuursrechtspraak als rechtsvormer', in: H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *De Raad van State in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Harpaz
G. Harpaz, 'The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: the quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy', *CMLR* 2009-46, p. 105-141.

Harris, O'Boyle & Warbrick
D.J. Harris, M. O'Boyle en C. Warbrick, *Law of the European Convention of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Van Harten 2007
H.J. van Harten, 'The application of Community precedent and acte clair by the Hoge Raad. A case study in the field of establishment and services', *ELP* 2007, p. 235-262.

Van Harten 2011
H.J. van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. Een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Van Harten 2012
H.J. van Harten, 'Zoekt en gij zult (rechts)vinden. Over gedeeld gezag in de Europese rechtsorde', *AA* 2012, p. 542-549.

Van Harten 2013
H.J. van Harten, 'Wat doet de Nederlandse rechter met Europees recht', *TREMA* 2013-4, p. 121-127.

Hartley
T.C. Hartley, *The foundations of European Community Law. An introduction to the constitutional and administrative law of the European Community*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Hartmann & Sackers
A.R. Hartmann en H.J.B. Sackers, 'Bestuursstrafrecht', *DD* 2011, 39, p. 568-582.

Den Heijer & Lawson
M. den Heijer en R.A. Lawson, 'Chroniques Strasbourgeoises', *NJCM-Bulletin*, 2013, nr. 6, p. 806-809.

Van Heijningen & Sevenster
L.R. van Heijningen en H.G. Sevenster, 'Doorwerking van Unierecht in ons bestuursprocesrecht. Geen probleem?' in: *Doorwerking van Europees recht in het nationaal procesrecht* (Nederlandse Vereniging voor procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Heinrich & Veldhuis 2009
J.P. Heinrich en R.W. Veldhuis, ´Handhaving van bestuursrecht´, *NTB* 2009, 39, p. 288-305.

Heinrich & Veldhuis 2011
J.P. Heinrich en R.W. Veldhuis, 'Handhaving van bestuursrecht', *NTB* 2011,13, p. 81-96.

Hendriks & Wöretshofer 2002
L.E.M. Hendriks en J. Wöretshofer, *Milieustrafrecht,* Deventer: Kluwer 2002.

Hendriks
L.E.M. Hendriks, *Milieustrafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Hennekens
H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Toetsing van verordeningen door administratieve rechters en in Kroonberoep', in: *De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving (Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCVI),* Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1987.

Heusch
A. Heusch, 'Der Präsident des Bundesverfassungsgericht als Hüter und Reformer der Verfassung', *NZfV* 2010-4, p. 209-213.

Van de Heyning & Lawson
C. Van de Heyning en R.A. Lawson, 'The EU as party to the European Convention of Human Rights: EU law and the European Court of Justice case law as inspiration and challenge to the European Court of Human Rights jurisprudence', in: P. Popelier, C. Van de Heyning en P. Van Nuffel (red.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2011.

Hoegee
J.P. Hoegee, 'Horizontale werking van de formele rechtskracht', *Journaal Bestuursrecht* 2008, p. 158-162.

Holtmaat & Timmer
H.M.T. Holtmaat en A.S.H. Timmer, 'De SGP-zaak anders bekeken. Naar een holistische uitleg van artikel 7 VN-Vrouwenverdrag', *NJCM-Bulletin* 2011, nr. 4, p. 445-457.

Hoogers
H.G. Hoogers, 'Karlsruhe en Europa deel zoveel: de ESM-uitspraak van het Bundesverfassungsgericht', *TvCR* 2013, p. 205-223.

Den Houdijker
F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Hugenholtz/Heemskerk
W.H. Heemskerk, W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2012.

Hulstijn & Van Rossem
W.J.L. Hulstijn en J.W. van Rossem, 'Het *Lissabon-Urteil*: pluralisme op Duitse voorwaarden', in: J.M.J. van Rijn van Alkemade en J. Uzman (red.), *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil* (Preadviezen Jonge Staatsrechtdag 2010), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

IJdema & Hoekstra
C.J. IJdema en U.T. Hoekstra, 'Overgangsperikelen vierde tranche Awb bij de invordering van verbeurde dwangsommen en kosten van bestuursdwang', *Gst.* 2009, 129, p. 617-622.

Ilsink
J.W. Ilsink, 'Het verkeerde been', *NTB* 1997, p. 66.

Initiatiefwetsvoorstel Taverne
Kamerstukken II, 2011-12, 33 359 (R 1986), nr. 5.

Jacqué
J.P. Jacqué, 'The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms,' *CMLR* 2011-48, p. 995-1023.

Janis, Kay & Bradley
M.W. Janis, R.S. Kay en A.W. Bradley, *European Human Rights Law. Text en materials*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven
J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

Jans, Prechal & Widdershoven
J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Jansen 2003
A.M.L. Jansen, 'Formele rechtskracht na stilzitten: de CRvB als leading judge', *NJB* 2003, p. 1752-1756.

Jansen 2010
A.M.L. Jansen, 'Kroniek Bestuurshandelingen', *NTB* 2010, 13, p. 69-73.

Jaremba
U. Jaremba, *Polish Civil Judges as European Union Law Judges: Knowledge, Experiences and Attitudes* (diss. Rotterdam), 2012.

Jessurun d'Oliveira
H.U. Jessurun d'Oliveira, *De meerwaarde van rechterlijke uitspraken (Arrêts de règlement en precedenten), preadvies voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 1973.

De Jonge van Ellemeet
C.H. de Jonge van Ellemeet, 'Vreemdelingen(zaken) in de strafkamer van de Hoge Raad', *NJB* 2014, 79, p. 88-94.

Jurgens
G.T.J.M. Jurgens, 'Remedies tegen de ondraaglijke lichtheid van een succesvol beroep op de schending van rechtsnormen', *NTB* 2011, 28, p. 202-206.

Kapteyn 2003
P.G.J. Kapteyn, 'Rechtspraak', in: P.J.G. Kapteyn, L.A. Geelhoed en K.J.M. Mortelmans (red.), *Het recht van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2003.

Kapteyn 2008-1
P.G.J. Kapteyn, 'Administration of Justice', in: P.J.G. Kapteyn, A.M.M. McDonnel en K.J.M. Mortelmans e.a. (red.), *The Law of the European Union and the European Communities*, Austin/Boston/Chicago/New York: Kluwer Law International 2008.

Kapteyn 2008-2
P.G.J. Kapteyn, 'Application and Enforcement of Community Law', in: P.J.G. Kapteyn, A.M.M. McDonnel en K.J.M. Mortelmans e.a. (red.), *Kapteyn & VerLoren van Themaat: The Law of the European Union and the European Communities*, Austin/Boston/Chicago/New York: Kluwer Law International 2008.

Keller & Stone Sweet
H. Keller en A. Stone Sweet (red.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Van Kempen
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over het redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

Keukens & Van den Nieuwenhuizen 2008
W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuizen, (red.), *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

Keuzen voor de bestuursrechtspraak
Notitie van het kabinet van 18 mei 2001 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak. Discussienota over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie'.

Koeman
N.S.J. Koeman, 'De toekomst van de bestuursrechtspraak', *NTB* 2014, 5, p. 47-49.

Koenraad & Verbeek
L.M. Koenraad en J.L. Verbeek, 'Finaliseren doe je zo! De rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van feiten na de constatering dat het bestreden besluit een motiveringsgebrek kent', *NTB* 2011, 12, p. 69-80.

Köhne
F.M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Komárek
J. Komárek, Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgement of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgement of 31 januari 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII, *ECLR* 2012-8, p. 323-337.

Konijnenbelt 2009
W. Konijnenbelt, 'Guldemond – Noordwijkerhout', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2009.

Konijnenbelt 2011
W. Konijnenbelt, 'De bestuursrechters alsnog salonfähig: grote kamer, rechtseenheid en conclusies', *NTB* 2011, 29, p. 207-210.

Kooijman 2008
R.J. Kooijman, 'Artikel 94 van de Grondwet is effectief in SGP-zaak', *NJB* 2008, 1223, p. 1537-1538.

Kooijman 2011
R.J. Kooijman, 'De SGP-zaak is te moeilijk voor juriste(n)', *NJB* 2011, 231, p. 302.

Kornezov
A. Kornezov, 'Res Judicata of national judgements incompatible with EU Law: Time for a major rethink?', *CMLR* 2014-51, p. 809-842.

Kortmann 2006
C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.

Kortmann 2009
C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', *RMThemis* 2009, 6, p. 236-253.

Kottenhagen
R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint BV 1986.

Kottenhagen & Kottenhagen-Edzes
R.J.P. Kottenhagen en P.A. Kottenhagen-Edzes, 'Gebondenheid aan precedenten bij conflictbeslechting buiten de rechterlijke macht om', in: H.J. Snijders, C. Fijnaut, H.Th.J.F. van Maarseveen en R. Zwitser (red.), *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om,* Arnhem: Gouda Quint BV 1998.

Van Kreveld
J.H. van Kreveld, 'Temporele werking van bestuursrechtspraak', *NTB* 2008, 27, p. 203-212.

Kristen
F.G.H. Kristen, 'Naar een prejudiciële procedure in strafzaken?', in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025 Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

De Kruif
C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde* (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 2012.

Kuijer
M. Kuijer, 'Artikel 5 EVRM en de (procedurele) bescherming van de psychiatrische patiënt, in: R.A. Lawson en B.E.P. Myjer (red.), *50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, NJCM-Bulletin* 2000, nr. 1, p. 61-83.

Kwakman
N.J.M. Kwakman, 'De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting', *NTB* 2006, 47, p. 331-339.

Laagland, Van der Leun, Van der Meij & Leerkes
D.C. Laagland, J.P. van der Leun, P.P.J. van der Meij en A.S. Leerkes, 'Het strafrecht als vicieus sluitstuk van het beleid ten aanzien van criminele vreemdelingen. Het sluimerende probleem van de niet-uitzetbare ongewenstverklaarde vreemdeling', *DD* 2009, afl. 7/52, p. 697-724.

Lambert-Abdelgawad
E. Lambert-Abdelgawad, *The execution of judgements of the European Court of Human Rights*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2002.

Lamprecht
R. Lamprecht, *Ich gehe bis nach Karlsruhe. Eine Geschichte des Bundesverfassungsgericht*, München: Deutsche Verlags-Anstalt 2011.

Lanotte Van de & Haeck
J. van de Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.

Lauwaars 2008
R.H. Lauwaars, 'Institutional Structure', in: P.J.G. Kapteyn, A.M.M. McDonnel en K.J.M. Mortelmans e.a. (red.), *The Law of the European Union and the European Communities*, Austin/Boston/Chicago/New York: Kluwer Law International 2008.

Lauwaars 2010-1
R.H. Lauwaars, 'Foto-Frost', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Lauwaars 2010-2
R.H. Lauwaars, 'Zuckerfabrik Süderdithmarschen en Soest', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Lawson & Schermers
R.A. Lawson en H.G. Schermers, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen, Ars Aequi Libri 1997.

Lawson
R.A. Lawson, 'De internationale rechter en de Nederlandse rechter', in: *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde* (Preadvies NJV), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Leach, Hardman, Stephenson & Blitz
Ph. Leach, H. Hardman, S. Stephenson en B.K. Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations. An Analysis of 'Pilot Judgements' of the European Court of Human Rights and their impact at National Level*, Antwerpen/Oxford/Portland: Intersentia 2010.

Lemmens
M.A.A.E.J. Lemmens, *De ondraaglijke werklast van de rechter. De toepassing van de pilot judgement procedure van het EHRM in het nationale recht*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009.

Lenaerts & Corthaut
K. Lenaerts en T. Corthaut, 'Rechtsvinding door het Hof van Justitie', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuizen (red.), *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

Lenaerts, Arts & Maselis
K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis en R. Bray (red.), *Procedural Law of the European Union*, Londen: Sweet & Maxwell 2006.

Lenaerts, Maslis & Gutman
K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman en J.T. Nowak (red.), *EU Procedural Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Van Lierop
W.A.J. van Lierop, 'De kloof tussen rechters en hun bestuur. Zorgen over de interne onafhankelijkheid van rechters in Nederland', *NJB* 2012, 2096, p. 2616-2619.

Limbach
J. Limbach, *Das Bundesverfassungsgericht*, München: C.H. Beck 2001.

Van der Linden
E.C.H.J. van der Linden, *Formele en materiële rechtskracht. De kleren van de keizer* (diss. Maastricht), Den Haag; Sdu uitgevers 1998.

Loeb
R.W.L. Loeb, 'Appèl op maat', in: *Beroep in herziening* (Preadvies NJV), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Loenen
M.L.P. Loenen, 'De SGP-discussie revisited', *NJB* 2010, 1801, p. 2269-2274.

Van Loon
O. van Loon, 'Noot bij ABRvS 4 april 2003 in zaak nr. 200206882/1, ABRvS 19 mei 2004 in zaak nr. 200308461/1 en ABRvS 19 oktober 2005 in zaak nr. 200504090/1', in: O. van Loon, C.M. Nollen en A.L.P. van Os-Ravesloot (red.), *Uitspraken onder de Loeb. Bundel aangeboden aan mr. R.W.L Loeb ter gelegenheid van zijn afscheid als voorzitter van Kamer 4 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 31 augustus 2006*, Den Haag: Raad van State 2006.

Losecaat Vermeer
P.A.J.L. Losecaat Vermeer, 'Naar aanleiding van het Leeuwardensche vonnis over het arbitraal beding', *NJB* 1926, p. 153-158.

Loth 1998
M.A. Loth, 'Rechtspraak bij de tijd? Of de rechter verloren? Over de hiërarchisering van de rechtsprekende macht', *AA* 1998, afl. 9, p. 757-764.

Louw
R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht. Een thematisch commentaar op de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek*, Leiden: Leiden University Press 2011.

Lubberdink
H.G. Lubberdink, 'Toetsing van de feitenvaststelling door de vreemdelingenrechter', *MR* 2009, nr. 2, p. 53-55.

Mak
E. Mak, 'De structuur van effectiviteit en onafhankelijkheid; Een analyse van de herziening van de Nederlandse rechterlijke organisatie in het licht van het beginsel van onafhankelijkheid', *TREMA* 2006, 9, p. 373-381.

Van Male
R.M. van Male, 'Een hardnekkig misverstand: bestuurswetgeving is niet toetsbaar door uitsluiting van beroep bij de bestuursrechter', *NTB* 2011, 11, p. 67-68.

Maris
A.G. Maris, *Grondrechten tegen, jegens en voor de overheid*, Deventer: Kluwer 2008.

Marseille
A.T. Marseille, 'Discrepantie en convergentie tussen hoogste bestuursrechters', *AA* 2005, p. 572-579.

Marseille, De Graaf & Smit
A.T. Marseille, K.J. de Graaf en A.J.H. Smit, *Ruimte voor rechtsvorming. Een onderzoek naar adequate instrumenten voor afhandeling en rechtsvorming door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Martens
S.K. Martens, 'Het Europese Hof voor de rechten van de mens en de nationale rechter', *NJCM-Bulletin* 2000, nr. 3, p. 761-770.

Van Meegen
H.J.H. van Meegen, 'Het huisverbod in handen van de familierechter', *JBplus* 2010-1, p. 1-15.

Meij 1999
A.W.H. Meij, 'Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg', in: *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde* (Preadvies NJV), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Meij 2012
A.W.H. Meij, 'Zoeken naar hiërarchie: is rechtseenheid passé', *AA* 2012, p. 584-591.

Van der Meulen & Theunissen
B.J.M. van der Meulen, J.M.H.F. Theunissen (red.), *Publiekrecht in de Leer* (Tak-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Michiels
F.C.M.A. Michiels, 'Bewegingen in het handhavingsrecht', *JBplus* 2012, p. 167-179.

Michiels & De Waard
F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Van Mierlo
A.I.M. van Mierlo 2010 (T&C Rv), aantekening 2, onder e, bij artikel 70, Deventer: Kluwer 2010.

Mok & Tjittes
M.R. Mok en R.P.J.L. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheids-aansprakelijkheid', *RMThemis* 1995, p. 383-404.

Mol
M. de Mol, 'De toepassing van uniegrondrechten op nationaal recht en het allocatiebeginsel', *NJCM-Bulletin* 2013, nr. 6, p. 731-756.

Möller
J. Möller, 'Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof under den Präsidenten Papier und Skouris', *NZfV* 2010-4, p. 225-228.

De Moor-van Vugt 2010
A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Rechtseenheid als kwaliteitsvraagstuk' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.) *Bestuursrecht Harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

De Moor-van Vugt 2013
A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Van drie naar een(heid)', *JBplus* 2013-2, p. 89-92.

Nollkaemper 2005
A. Nollkaemper, 'Internationalisering van nationale rechtspraak', in: *De nationale rechter en het internationale recht* (Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 131), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2005.

Nollkaemper 2014
A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Nowak & Cariat
J.T. Nowak en N. Cariat, 'Het nieuwe Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie: een overzicht', *NTER*, 2013, nr. 1/2, p. 36-45.

Nowak, Amtenbrink, Hertogh & Wissink
T. Nowak, F. Amtenbrink, M.L.M. Hertogh en M.H. Wissink, *National Judges as European Union Judges*, Den Haag: Eleven International Publishing 2011.

Van Ooik & Prechal
R.H. van Ooik en S. Prechal, 'Het institutionele recht van de Europese Unie en de Nederlandse rechter: het acquis in een notendop', in: K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik en S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter. Verworvenheden en uitdagingen*, Deventer: Kluwer 2004.

Ortlep 2006
R. Ortlep, 'Het arrest Traghetti en een geharmoniseerd criterium voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak', *NTER* 2006, 10, p. 227-230.

Ortlep 2011
R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011.

Ortlep 2013-1
R. Ortlep, 'Het 'feestje' van de rechtseenheid bij de hoogste bestuursrechters', *NJB* 2013, 2408, p. 2874-2875.

Ortlep 2013-2
R. Ortlep, 'Het arrest Byankov: specifieke Unierechtelijke plicht tot heroverweging van een in rechte onaantastbaar besluit', *NALL* 2013, juli-september.

Ortlep & Verhoeven
R. Ortlep en M. Verhoeven, 'The principle of primacy versus the principle of national procedural autonomy', *NALL* 2012, april-juni.

Ortlep & Willemsen
R. Ortlep en P.A. Willemsen, 'Gezag van gewijsde in het bestuursrecht', *NTB* 2007, 39, p. 298-306.

Den Otter
R.P. den Otter, 'Met een pokerface aan de roulettetafel. Verschillen in de beoordeling van de ontvankelijkheid door de hoogste bestuursrechters', *JBplus* 2008, p. 93-101.

Den Ouden & Tjepkema
W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, 'Schadevergoeding bij intrekking van begunstigende beschikkingen', *O&A* 2010, nr. 4, p. 152-173.

Den Ouden, Polak & Schuurmans
W. den Ouden, J.E.M. Polak en Y.E. Schuurmans, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2008, 801, p. 959-968.

Payandeh
M. Payandeh, 'Constitutional review of EU law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice', *SEW* 2011, p. 9-38.

Peters & Bleeker
J.A. Peters en K. Bleeker, 'Staat moet SGP aanpakken maar ook subsidiëren', *NJB* 2008, 494, p. 556-563.

Philipsen & De Wit
S. Philipsen en J.C. de Wit, 'Het Spoorwegstakingsarrest: achterhaald of actueel?', *TvCR* 2014, p. 4-26.

Pieterse & Schreinemachers
L.J.A. Pieterse en M.A. Schreinemachers, *Herziening in belastingzaken. Een analyse van de (on)mogelijkheden van herziening van rechterlijke uitspraken*, Deventer: Kluwer 2013.

Pliakos & Anagnostaras
A. Pliakos en G. Anagnostaras, 'Who is the Ultimate Arbiter? The Battle over Judicial Supremacy in EU law', *ELR* 2011, 36, p. 109-123.

Polak 1999
J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuurlijke rechter? De gewenste verdeling van de rechtsmacht bij; regelgeving, schadeveroorzakend overheidshandelen, tweewegenleer-vragen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Polak 2007
J.E.M. Polak 'Klassieke onrechtmatige daadsvordering als instrument uitvoering van EG-recht' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*', Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

Polak 2008
J.E.M. Polak e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2008, 47, p. 101-126.

Polak 2009
J.E.M. Polak, 'Heesch – Van de Akker', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2009.

Polak 2010
J.E.M. Polak, 'Rechtspraak als collectief goed', *NJB* 2011, 1257, p. 1602-1607.

Polak 2011
J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011, 2, p. 2-9.

De Poorter 2009
J.C.A. de Poorter, 'Kroniek Bestuursprocesrecht', *NTB* 2009, 8, p. 48-59.

De Poorter 2009-1
J.C.A . de Poorter, 'De Brummen-rechtspraak', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select 2009*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.

De Poorter 2009-2
J.C.A. de Poorter, 'Kroniek Bestuursprocesrecht', *NTB* 2009, 28, p. 196-205.

De Poorter 2010-1
J.C.A. de Poorter en J.H. Roelfsema, ´Kroniek Bestuursprocesrecht', *NTB* 2010, 18, p. 96-106.

De Poorter 2010-2
J.C.A. de Poorter, 'Bestuursprocesrecht', *NTB* 2010, 42, p. 275-288.

De Poorter 2012
J.C.A. de Poorter, 'Rechtseenheid in het bestuursrecht. Over concrete resultaten en institutionele vergezichten', *JBplus* 2012, p. 270-285.

De Poorter 2013
J.C.A. de Poorter, 'The role of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State in relation to the European Court of Human Rights' in: H.J.Th.M. van Roosmalen, B.P. Vermeulen, G.J.H. van Hoof & M. Oosting (red.), *Fundamental Rights and Principles. Liber amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2013.

De Poorter & De Graaf
J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

De Poorter & Pahladsingh
J.C.A. de Poorter en A. Pahladsingh, 'Rechtsvorming rond de redelijke termijn', *JBplus* 2010, p. 81-102.

Popelier
P. Popelier 'De wetgever in balans: over gewicht en tegengewichten in een constitutioneel netwerk' (www.leidenuniv.nl).

Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers
D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Prechal, Van Ooik, Jans & Mortelmans
S. Prechal, R.H. van Ooik, J.H. Jans en K.J.M. Mortelmans, *'Europeanisation' of the Law: Consequences for the Dutch Judiciary*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2005.

Pulles
G.J.W. Pulles, 'Onduidelijkheid over de rechtstreekse werking van kernbepalingen van het VN-kinderrechtenverdrag', *NJB* 2011, 173, p. 231-234.

Raad van State 2010
Jaarverslag van de Raad van State 2010.

Raad van State 2013
Jaarverslag van de Raad van State 2013.

Rafi
S. Rafi, 'De POK-toets in Europees perspectief', *A&MR* 2014, nr. 2, p. 68-79.

Van Ravels 2006
B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding', *NTB* 2006, nr. 7, p. 232-247.

Van Ravels 2007-1
B.P.M. van Ravels, 'Rechtseenheid in het besluitenaansprakelijkheidsrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007.

Van Ravels 2007-2
B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding', *NTB* 2007, 7, p. 24-39.

Van Ravels 2009
B.P.M. van Ravels, 'Formele rechtskracht schadeveroorzakend besluit', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select 2009*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.

Van Ravels 2012
B.P.M. van Ravels, 'De (nabije) toekomst van de bestuursrechtelijke schadevergoeding', *JBplus* 2012, p. 150-166.

Regeerakkoord 2012
Regeerakkoord VVD-PvdA 'Bruggen slaan' van 29 oktober 2012.

Reneman 2011
A.M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden. Over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kink via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht', *A&MR* 2011, 8, p. 349-362.

Reneman 2013
A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy* (diss. Leiden), Leiden: BOXPress 2013.

Rogier 2003
L.J.J. Rogier, 'Enkele strafrechtelijke begrippen en beginselen in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep', in: R.M. van Male, H. Bolt, A.F.M. Brenninkmeijer, T. Hoogenboom, J.H. van Kreveld en H.J. Simon (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003,* Den Haag: Sdu uitgevers 2003.

Rogier 2006
L.J.J. Rogier, 'Handhaving van bestuursrecht', *NTB* 2006, 28, p. 197-209.

Rogier 2011
L.J.J. Rogier, 'De toetsing van bestuursbesluiten door de strafrechter', *DD* 2011/81, p. 1139-1153.

Roozendaal 1998
B.J.P.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.

Roozendaal 2003
B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', *O&A* 2003, nr. 4, p. 149-159.

Rop
A.C. Rop, 'Definitieve geschilbeslechting: over schijnbelemmeringen en de grenzen van rechterlijke verantwoordelijkheid' in: *Definitieve geschilbeslechting* (Jonge VAR-reeks 6), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Van de Sande
J.M.W. van de Sande, 'Uitzicht op een uitgebalanceerd hoger beroep in het hele bestuursrecht', *JBplus* 2013-2, p. 81-88.

Scheltema 2005
M.W. Scheltema, 'Omgangsvormen tussen hoogste rechters', *NTB* 2005, 40, p. 288-289.

Scheltema 2006
M.W. Scheltema, 'De zin van verwijzen naar rechtspraak', *NTB* 2006, 30, p. 219-224.

Scheltema 2009
M.W. Scheltema, 'Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?', *NTBR* 2009, 23, p. 182-190.

Scheltema 2010
M.W. Scheltema, *Bestuursrechtelijke geldschulden*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Schendel
W.A.M. van Schendel, 'De Hoge Raad in 2010', in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen (red.) *De Hoge Raad in 2025 Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Schermers & Waelbroeck
H.G. Schermers en D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in de European Union*, Den Haag/London/New York: Kluwer Law International 2001.

Schlaich/Korioth
S. Korioth, *Dr. Klaus Schlaich Das Bundesverfassungsgericht. Stellungen, Verfahren, Entscheidungen*, München: C.H. Beck 2010.

Schlössels & Zijlstra
R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

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 uitgevers 2007.

Schlössels 2012
R.J.N. Schlössels, 'De derde fase: aftrap voor de finale?', *Gst*. 2012/118, 7380, p. 591.

Schössels e.a.
R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007.

Schokkenbroek
J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Een onderzoek naar de toetsing aan de beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in de Europese en Nederlandse rechtspraak* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

Schreuder-Vlasblom 2006
M. Schreuder-Vlasblom, 'Naar een voltooid appel; de bijdrage van het vreemdelingenappel aan de verdere ontwikkeling van het algemene bestuursrechtelijke hoger beroep', in: *Grieven in het bestuursprocesrecht. Het grievenstelsel in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Raad van State 2006.

Schreuder-Vlasblom 2013
M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure,* Deventer: Kluwer 2013.

Schueler 2012
B.J. Schueler, 'Waar zit de bestuursrechter van de toekomst?', *NJB* 2012, p. 1458-1461.

Schueler 2014-1
B.J. Schueler, *Integratie van de bestuursrechtspraak*, Universiteit Utrecht, Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing.

Schueler 2014-2
B.J. Schueler, 'Een overzichtelijke, onafhankelijke eenheid? Over integratie van de bestuursrechtspraak', *NTB* 2014/20, p. 157-165.

Schutgens & Sillen
R.J.B Schutgens en J.J.J. Sillen, 'De SGP, het rechterlijk bevel en het kiesrecht', *NJB* 2010, 855, p. 1114-1117.

Schutgens 2006
R.J.B. Schutgens, 'Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging', *RMThemis*, 2006-3, p. 96-105.

Schutgens 2009
R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Katholieke Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Schuurmans 2005
Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam, VU), Leiden, Kluwer: 2005.

Schuurmans 2007
Y.E. Schuurmans, 'De toetsing van feitenvaststelling in Europees perspectief' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht'*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

Schuurmans 2013
Y.E. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht', *NJB* 2013, 1251, p. 1314-1323.

Schuurmans & Voermans
Y.E. Schuurmans en W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermee!' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.) *Bestuursrecht Harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Van der Schuyff
G. van der Schuyff, *Judicial review of legislation. Constitutionalism Personified in the United Kingdom, the Netherlands and South Africa* (diss. Leiden), Heidelberg: Springer 2010.

Senden
H.C.K. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union* (diss. Leiden), Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2011.

Shany
Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Sillen 2009
J.J.J. Sillen, 'Formele rechtskracht en de strafrechter', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select 2009*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.

Sillen 2010
J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

Sillen 2012
J.J.J. Sillen, 'Het Bundesverfassungsgericht, Europa en het ESM', *NJB* 2012, 2413, p. 2946-2953.

Simon
H.J. Simon, 'Het griffierecht en toegang tot de rechter', in: T. Hoogenboom , M.M. van der Kade, T.L. de Vries en B.C. Rog (red.), *In vele kwaliteiten* (Van Leeuwen-bundel), (www.rechtspraak.nl/Organisatie/CRvB/OverDeCRvB/Publicaties/Documents/CRvB%205.0.3%20Liber%20amicorum.pdf).

Simon 2008
H.J. Simon, 'Artikel 6, eerste lid, van het EVRM en de heffing van griffierecht', in: M.A. Heldeweg, B.J.M. van der Meulen, J.M.H.F. Theunissen (red.), *Publiekrecht in de Leer* (Tak-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Smulders
A.A.M.J. Smulders, 'Asiel is als Tilburg. De bewijslastverdeling in asielzaken en de rol van de rechter', *TREMA* 2013, p. 321-328.

Spijkerboer
T.P. Spijkerboer, 'Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *NJB* 2012, 242, p. 257-262.

Steiger
H. Steiger, 'The Relationship of German National Law with Public International Law and with European Community Law', in: T.A.J.A. Vandamme en J-H. Reestman (red.), *Ambiguity in the Rule of Law*, Europa Law Publishing 2001.

Stijnen
R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011.

Stone Sweet
A. Stone Sweet, 'The European Court of Justice and the judicialization of EU governance', *LREG* 2010-2, p. 5-38.

Teuben 2004
K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht (*diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Theunissen 2008
J.M.H.F. Theunissen, 'De ironie van de SGP-vrouwenzaak', *NJB* 2008, 1220, p. 1524-1535.

Theunissen 2010
J.M.H.F. Theunissen 'De SGP-vrouwenzaak', *NJB* 2010, 321, p. 417-418.

Timmermans 2012-1
C.W.A. Timmermans, 'Voorrang van het Unierecht door multilevel rechterlijke samenwerking', *SEW* 2012-2, p. 50-55.

Timmermans 2013
C.W.A. Timmermans, 'Fundamental Rights Protection in Europe before and after accession of the European Union to the European Convention on Human Rights' in: H.J.Th.M. van Roosmalen, B.P. Vermeulen, G.J.H. van Hoof & M. Oosting (red.), *Fundamental Rights and Principles. Liber amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2013.

Timmermans 2009
L.J.M. Timmermans, 'Herhaalde aanvraag', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select 2009*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.

Timmermans 2012-2
L.M.J. Timmermans, 'Kroniek Algemeen bestuursrecht' *Gst.* 2012/9, 7364, p. 38-50.

Treffers 2004
J.G. Treffers, 'De Awb om de praktijk van de CRvB' in: *Tien jaar JB en Awb*, Den Haag 2004.

Treffers 2007
J.G. Treffers, ´Rechtseenheid in het bestuursrechtelijk appel. Of: hoe ver het moet en hoe ver het kan', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007.

Uzman
J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik
J. Uzman, T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?', *EJCL*, vol 14.3, December 2010.

VAR-Commissie Rechtsbescherming
Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid; van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van der Veen 2009
G.A. van der Veen, 'De Hoge Raad en de formele rechtskracht. De stand van zaken', *JBplus* 2009-1, p. 3-17.

Van der Velde
J. van der Velde, *Grenzen aan het toezicht op de naleving van het EVRM* (diss. Leiden), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997.

Venice Commission 2002
Venice Commission Opinie no. 209/2002 over de *Implementation of the judgements of the European Court of Human Rights* van 18 december 2002, CDL-AD (2002)34.

Verbeek 2012
J.L. Verbeek, 'Twee procedures, twee werkelijkheden? Feitenvaststelling bij samenloop van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving', *JBplus* 2012, p. 31-45.

Verbeek 2013
J.L. Verbeek, 'Bestuursrechtelijke rechtseenheid vergt cassatie. Al is het alleen in het belang der wet', *NJB* 2013, 496, p. 604-605.

Verburg
D.A. Verburg, ´De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler – 15 jaar bewijsrecht onder de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht Harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Verheij 2005
N. Verheij, *Relatief onaantastbaar* (oratie Maastricht), Maastricht: Universiteit Maastricht 2005.

Verheij 2013
N. Verheij, 'Fiscale eigenwijsheden', *NTB* 2013, 6, p. 45-47.

Verhey
L.F.M. Verhey, 'De rechter en politieke partijen: Ruimte voor rechterlijk activisme' in: C.M. Zoethout, J.H. Reestman en A.J. Nieuwenhuis (red.), *Rechterlijk activisme. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.A. Peters*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Verhey & Verheij
L.F.M. Verhey en N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters', Preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2005.

Vermeulen & Poot
B.P. Vermeulen en M.R. Poot, 'De Awb en het onderwijsrecht' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht Harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Vermeulen & Zoontjes
B.P. Vermeulen en P.J.J. Zoontjes, 'Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht', in: *De Awb en de bijzondere wetgeving*, pre-advies VAR 2000, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Vermeulen
E.M. Vermeulen, 'Het gemeenschapsrecht en de formele rechtskracht van Awb-besluiten', *JBplus* 2002, p 38-48.

Verschaeren & Peeters
N. Verschaeren en M.J.M. Peeters, 'Vreemdelingrechtelijke verweren in een strafzaak', *JNVR* 2013, 19, p. 229-238.

Verslag Commissie juridische zaken EP 1997
Verslag van de Commissie juridische zaken en rechten van de burger van het Europees Parlement van 24 september 1997 over de relatie tussen het volkenrecht, het Gemeenschapsrecht en het constitutioneel recht van de lidstaten (www.europarl.europa.eu).

Versteeg
A.J.H.W.M. Versteeg, *Verdeling van rechtsmacht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987

De Vries
J. de Vries, 'Artikel 4:6 Awb: enkele beschouwingen over de jurisprudentie van de bestuursrechters', *Gst*. 2002, 7172, p. 521-528.

De Vries Robbé
J.G. de Vries Robbé, 'Bestuursrechtspraak op koers' in: *Beroep in herziening* (Preadvies NJV), Deventer: Tjeenk Willink 1997.

Van der Vugt & Zadelhoff
M.A. van der Vugt en G.F.W. Zadelhoff , 'Artikel 1F Vluchtelingenverdrag en de vervolging van internationale misdrijven in Nederland. Over verschillen tussen toepassing van artikel 1F VV en strafvervolging', *JNVR* 2013, 2, p. 97-108.

De Waele 2009
H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

De Waele 2010
H.C.F.J.A. de Waele, 'Karlsruhe über Alles – Europese integratie, constitutionele toetsing volgens het Duitse Bundesverfassungsgericht', *RMThemis* 2010, p. 51-62.

Wallace
S. Wallace, 'Much ado about nothing? The pilot judgement procedure at the European Court of Human Rights', *EHRLR* 2011, 1, p. 71-81.

Weiler
J.H.H. Weiler, 'Revisiting *Van Gend en Loos*: Subjectifying and Objectifying the Individual', in: 50th Anniversary of the judgement in Van Gend en Loos: Luxemburg: Hof van Justitie 2013.

Wenders
D.W.M. Wenders, 'Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures en de harde knip van de bestuursrechter', *JBplus* 2011-3, p. 159-184.

De Wet
E. de Wet, 'The Reception Process in the Netherlands and Belgium', in: H. Keller en A. Stone Sweet (red.), *A Europe of Rights; The Impact op the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Widdershoven & Ortlep
R.J.G.M. Widdershoven en R. Ortlep, 'Schendingen van EG-recht door rechters', *O&A* 2004, nr. 2, p. 34-48.

Widdershoven 1996
R.J.G.M. Widdershoven, 'Kroniek Bestuursprocesrecht', *NTB* 1996, p. 269-281.

Widdershoven 1997
R.J.G.M. Widdershoven, 'Formele waarheid en bepalingen van openbare orde', *NTB* 1997, p. 67.

Widdershoven 2005
R.J.G.M. Widdershoven, 'Keuzes bij de invoering van belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties', *Weekblad Fiscaal Recht* 2005, p. 162-166.

Widdershoven 2011
R.J.G.M. Widdershoven, 'Cassatie in bestuursrechtspraak', in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen (red), *De Hoge Raad in 2025 Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Widdershoven & Verhoeven
R.J.G.M. Widdershoven en M.J.M. Verhoeven, *Evaluatie belastingrechtspraak in twee instanties*, Den Haag: Sdu uitgevers 2010.

Widdershoven e.a. 2001
R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Widdershoven e.a. 2003
R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2003.

Van der Wiel
B.T.M. van der Wiel, 'Derdenwerking van rechterlijke uitspraken', *NJB* 2013, 671, p. 792-796.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male
W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *H.D. van Wijk Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Willems-Dijkstra & Den Hollander
T.A. Willems-Dijkstra en M.P. den Hollander, 'De kinderrechter in de Wet op de jeugdzorg. Bestuursrechter of civiele rechter?', *TREMA* 2012-3, p. 71-75.

Wouters, Nollkaemper & De Wet
J. Wouters, A. Nollkaemper en E. de Wet (red.), *The Europeanisation of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, Den Haag: TMC Asser Press 2008.

Zwaak 1999
L.F. Zwaak, 'The implementation of decisions of the supervisory organs under the European Convention on Human Rights', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, en P.H.P.H.M.C. van Kempen (red.), *The execution of Strasbourg and Geneva human rights decisions in the national legal order*, Den Haag/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1999.

Zwaak 2006-2
L.F. Zwaak, 'The Procedure Before the European Court of Human Rights', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Zwaak 2006-1
L.F. Zwaak, 'General Survey of the European Convention', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Zwart
F.P. Zwart, 'Vijftien jaar Algemene wet bestuursrecht: een alternatieve evaluatie', *TREMA* 2010, nr. 1, p. 22-25.

Jurisprudentieoverzicht

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:
ABRvS 23 maart 1995, *AB* 1996/262, m.nt. P.J.J. van Buuren
ABRvS 4 april 1995, *BR* 1996/406, m.nt. P.C.E. van Wijmen
ABRvS 1 juni 1995, *AB* 1995/450, m.nt. P.J. Stolk
ABRvS 30 augustus 1996, *AB* 1997/42, m.nt. N. Verheij
ABRvS 7 oktober 1996, *JB* 1996/245
ABRvS 12 december 1996, *JB* 1997/83
ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren
ABRvS 4 september 1997, *AB* 1997/384, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer
ABRvS 3 oktober 1997, *JB* 1997/283, m.nt. M. de Werd
ABRvS 18 december 1997, *AB* 1998/141, m.nt. B.P. Vermeulen
ABRvS 14 januari 1999, *NA* 1999/60
ABRvS 11 februari 1999, *NA* 1999/111
ABRvS 3 juni 1999, *JB* 1999/167, m.nt. E. van der Linde
ABRvS 22 oktober 1999 in zaak nr. E04.99.0054 (niet gepubliceerd)
ABRvS 28 december 1999, *AB* 2000/150, m.nt. A.A.J. de Gier
ABRvS 22 februari 2000, *AB* 2001/211
ABRvS 11 juli 2000, *AB* 2000/334, m.nt. A.B. van Blomberg
ABRvS 8 mei 2001, *AB* 2001/291, m.nt. L.J.A. Damen
ABRvS 12 september 2001, *AB* 2002/4, m.nt. S.E. Zijlstra
ABRvS 12 september 2001, *AB* 2002/78, m.nt. B.P. Vermeulen
ABRvS 21 november 2001, *AB* 2002/183, m. nt. A.M.L. Jansen
ABRvS 16 januari 2002 in zaak nr. 200103241/1 (niet gepubliceerd)
ABRvS 6 februari 2002, *AB* 2002/257, m.nt. C.M. Bitter
ABRvS 13 maart 2002 in zaak nr. 200102040/1 (niet gepubliceerd)
ABRvS 22 maart 2002, *Gst.* 2002, 7162-2, m.nt. J. de Vries
ABRvS 2 oktober 2002, *RZA* 2002/205
ABRvS 23 oktober 2002, *AB* 2003/303, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en P.A. Willems
ABRvS 27 januari 2003, *AB* 2003/286, m.nt. B.P. Vermeulen
ABRvS 4 april 2003, *AB* 2003/315, m.nt. B.P. Vermeulen
ABRvS 24 april 2003, *AB* 2003/316, m.nt. B.P. Vermeulen
ABRvS 25 juni 2003, *AB* 2004/81, m.nt. A.R. Neerhof
ABRvS 6 augustus 2003, *AB* 2003/355, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en P.A. Willems
ABRvS 26 september 2003 in zaak nr. 200305516/1 (niet gepubliceerd)
ABRvS 29 oktober 2003, *AB* 2003/463, m.nt. P.J. Stolk
ABRvS 18 november 2003 in zaak nr. 200305931/1 (niet gepubliceerd)
ABRvS 19 mei 2004 in zaak nr. 200308461/1
ABRvS 28 juni 2004, in zaak nr. 200401892/1 (niet gepubliceerd)
ABRvS 15 september 2004, *Gst*. 2005/39, m.nt. J.M.H.F. Theunissen en J.W.A. Fleuren
ABRvS 23 september 2004, *JV* 2004/449, m.nt. P. Boeles
ABRvS 10 november 2004, *AB* 2004/426, m.nt. P.J. Stolk
ABRvS 28 januari 2005, *AB* 2005/250, m.nt. A. van Hall
ABRvS 8 april 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT4112
ABRvS 4 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5088
ABRvS 27 juni 2005, *JV* 2005/375, m.nt. B.P. Vermeulen
ABRvS 13 september 2005, *JV* 2005/409, m.nt. T.P. Spijkerboer

ABRvS 30 september 2005, *JV* 2005/441
ABRvS 19 oktober 2005 in zaak nr. 200504090/1
ABRvS 19 oktober 2005, *AB* 2006/195, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 16 november 2005, *AB* 2006/124, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 22 februari 2006, *JV* 2006/132
ABRvS 27 april 2006 in zaak nr. 200510010/1
ABRvS 4 mei 2006, *JV* 2006/246, m.nt. T.P. Spijkerboer
ABRvS 17 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX2126
ABRvS 13 juli 2006, *RV* 2006/77, m.nt. F.T. Groenewegen
ABRvS 19 juli 2006, *AB* 2007/41, m.nt. B.P. Vermeulen
ABRvS 6 september 2006, *AB* 2006/358, m.nt. J.J.J. Sillen
ABRvS 29 september 2006, *AB* 2006/402, m.nt. I. Sewandono
ABRvS 30 oktober 2006 in zaak nr. 200603444/1
ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80, m.nt. P.J. Stolk
ABRvS 15 februari 2007, *AB* 2007/118, m.nt. I. Sewandono
ABRvS 28 februari 2007, *AB* 2007/183, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
ABRvS 14 maart 2007, *AB* 2007/213, m.nt. A.M.L. Jansen
ABRvS 13 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7088
ABRvS 9 oktober 2007 in zaak nr. 200706061/2
ABRvS 16 oktober 2007, *JV* 2007/534
ABRvS 19 november 2007 in zaak nr. 200706061/3
ABRvS 5 december 2007, *AB* 2008/35, m.nt. R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen
ABRvS 13 februari 2008, *JB* 2008/72
ABRvS 28 januari 2008, *JV* 2008/118
ABRvS 6 maart 2008, *JV* 2008/169, m.nt. B.K. Olivier
ABRvS 19 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7109
ABRvS 14 april 2008 in zaak nr. 200800245/2
ABRvS 6 juni 2008 in zaak nr. 200801200/2
ABRvS 10 juli 2008, *AB* 2008/270, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 30 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD8920
ABRvS 1 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE2718
ABRvS 14 augustus 2008 in zaak nr. 200903993/1/V2
ABRvS 24 september 2008 in zaak nr. 200805132/1
ABRvS 1 oktober 2008 in zaak nr. 200802209/1
ABRvS 27 november 2008, *JV* 2009/50
ABRvS 3 december 2008, *RV* 2008/72, m.nt. K.E. Geertsema
ABRvS 24 december 2008, *AB* 2010/16, m.nt. A.M.L. Jansen
ABRvS 21 januari 2009, *JOM* 2009/862
ABRvS 28 januari 2009, *AB* 2009/62, m.nt. A. van Hall
ABRvS 4 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH1887
ABRvS 9 februari 2009, *RV* 2009/49, m.nt. W.L.M. Fleuren
ABRvS 18 februari 2009, *AB* 2009/164, m.nt. B.W.N. de Waard
ABRvS 4 maart 2009, *AB* 2009/236, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden
ABRvS 12 maart 2009, *AB* 2009/207, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 31 maart 2009 in zaak nr. 200808701/1/V2
ABRvS 15 april 2009, *AB* 2009/163, m.nt. B.W.N. de Waard
ABRvS 22 april 2009, *JB* 2009/263
ABRvS 7 mei 2009, *JV* 2009/266
ABRvS 4 juni 2009, *AB* 2009, 248, m.nt. redactie
ABRvS 17 juni 2009, *JV* 2009/324
ABRvS 24 juni 2009, *AB* 2009/336, m.nt. A.T. Marseille
ABRvS 8 juli 2009, *AB* 2009/392, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 2 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6690
ABRvS 5 augustus 2009, *JB* 2009/200
ABRvS 21 oktober 2009, *AB* 2010/339, m.nt. A.M.L. Jansen

ABRvS 2 december 2009, *AB* 2010/179, m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij en P. van Duijvenvoorde
ABRvS 27 januari 2010, *JB* 2010/61, m.nt. A.J. Bok
ABRvS 3 februari 2010, *AB* 2010/309, m.nt. L.J.A. Damen
ABRvS 5 februari 2010 in zaak nr. 200903826/1/V3
ABRvS 17 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL4163
ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BZ6235
ABRvS 11 maart 2010, *JV* 2010/161
ABRvS 17 maart 2010, *JB* 2010/112, m.nt. J.J.J. Sillen
ABRvS 7 april 2010, *AB* 2010/206, m.nt. F.M.J. den Houdijker
ABRvS 4 mei 2010, *AB* 2010/160, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen
ABRvS 12 mei 2010, *RV* 2010/50, m.nt. T. de Lange
ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1136
ABRvS 16 juli 2010, *AB* 2010/209, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 22 juli 2010, *RV* 2010/60, m.nt. M. Wijngaarden
ABRvS 5 augustus 2010 in zaak nr. 201000784/1/V3
ABRvS 1 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN5687
ABRvS 7 oktober 2010, *RV* 2010/86, m.nt. G.N. Cornelisse
ABRvS 14 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1022
ABRvS 27 januari 2011, *AB* 2011/105, m.nt. P.J. Stolk
ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1073
ABRvS 2 mei 2011, *RV* 2011/65, m.nt. P. Boeles
ABRvS 10 mei 2011, *AB* 2011/159, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 4 juli 2011, *RV* 2011/66, m.nt. M. Reneman
ABRvS 14 juli 2011 in zaak nr. 201002796/1/V3
ABRvS 21 september 2011, *AB* 2011/299, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 26 oktober 2011, *JV* 2010/506
ABRvS 14 november 2011 in zaak nr. 201113076/1/V2
ABRvS 16 november 2011, *JV* 2012/22
ABRvS 7 december 2011, *AB* 2012/34, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 16 februari 2012 in zaak nr. 201113076/1/V2
ABRvS 22 maart 2012, *JV* 2012/213
ABRvS 10 mei 2012 in zaak nr. 201106557/1/V2
ABRvS 23 mei 2012, *AB* 2013/354, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 6 juni 2012 in zaak nr. 201111282/1/V4
ABRvS 6 juni 2012 in zaak nr. 201200579/1/V2
ABRvS 11 juli 2012, *AB* 2013/40, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 1 augustus 2012, *JV* 2012/480
ABRvS 28 september 2012, *AB* 2013/183, m.nt. A.M. Klingenberg
ABRvS 21 februari 2013, *JV* 2013/167, m.nt. F. Fonville
ABRvS 6 maart 2013, *AB* 2014/267, m.nt. R. Stijnen
ABRvS 1 mei 2013, *AB* 2013/345, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 22 mei 2013, *AB* 2013/350, m.nt. T. de Lange
ABRvS 23 mei 2013, *JV* 2013/262, m.nt. H. Battjes
ABRvS 11 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:320
ABRvS 26 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:527
ABRvS 18 september 2013, *AB* 2014/163, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 24 december 2013, *JV* 2014/74, m.nt. C.A. Groenendijk
ABRvS 15 januari 2014, *AB* 2014/97, m.nt. R. Ortlep
ABRvS 20 januari 2014, *JV* 2014/94
ABRvS 19 februari 2014, *JV* 2014/110
ABRvS 2 april 2014, *NJB* 2014/828
ABRvS 18 februari 2014, *JV* 2014/148, m.nt. H. Battjes
ABRvS 29 januari 2014, *AB* 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik
ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1786
ABRvS 27 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2427

ABRvS 23 juni 2014, *JV* 2014/268
ABRvS 30 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2483
ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2442
ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2561
ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2951
ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3303

Vz. ABRvS 23 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM2616
Vz. ABRvS 30 september 2010 in zaak nr. 201008030/1/M1 e.v.
Vz. ABRvS 3 december 2012, *AB* 2013/94, m.nt. A.P.W. Duijkersloot

Centrale Raad van Beroep:
CRvB 30 maart 1995, AB 1995/334, m.nt. R.M. van Male
CRvB 11 januari 1996, *JB* 1996/37
CRvB 4 februari 1997, *JB* 1997/52
CRvB 6 maart 1997, *AB* 1997, 225
CRvB van 7 augustus 1997, *MRT* 2012, afl. 6, p. 270-274, m.nt. A.F. Vink
CRvB 24 februari 1998, *AB* 1998/177, m.nt. H.E. Bröring
CRvB 14 oktober 1999, *AB* 2000/41, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens
CRvB 29 februari 2000, *AB* 2000/443, m.nt. H.E. Bröring
CRvB 19 juli 2001, *JB* 2001/253, m.nt. J.H. Keinemans
CRvB 24 januari 2002, *AB* 2002/140, m.nt. H.E. Bröring
CRvB 14 februari 2002, *AB* 2002/239, m.nt. W.J.M. Voermans
CRvB 7 oktober 2003, *AB* 2004/12, m.nt. A.T. Marseille
CRvB 4 december 2003, *AB* 2004/125, m.nt. H.E. Bröring
CRvB 29 april 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AO9462
CRvB 12 oktober 2004, *RSV* 2005/19
CRvB 29 maart 2005, *Gst.* 2005/130, m.nt. J.W.A. Fleuren
CRvB 8 april 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT4112
CRvB 8 augustus 2005, *RSV* 2005/268, m.nt. R. Stijnen
CRvB 15 november 2005, *Gst*. 2006/105, m.nt. J.J.J. Sillen
CRvB 24 januari 2006, *Gst.* 2006/35, m.nt. J.W.A. Fleuren
CRvB 31 januari 2006, *JWWB* 2006/86
CRvB 14 februari 2006, *AB* 2006/363, m.nt. H.E. Bröring
CRvB 3 maart 2006, *AB* 2006/371, m.nt. A.T. Marseille
CRvB 6 april 2006, *TAR* 2006/166
CRvB 13 juli 2006, *TAR* 2006/159, m.nt. G.L. Coolen
CRvB 10 oktober 2006, *JB* 2007/15
CRvB 17 november 2006, *AB* 2007/57, m.nt. R. Ortlep
CRvB 16 januari 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:AZ7205
CRvB 6 maart 2007, *JB* 2007/94
CRvB 13 maart 2007, *JB* 2007/108
CRvB 31 december 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BC2073
CRvB 28 augustus 2008, *AB* 2010/17, m.nt. A.M.L. Jansen
CRvB 13 januari 2009, *AB* 2009/242, m.nt. R. Ortlep
CRvB 11 februari 2009, *AB* 2009/135, m.nt. A.T. Marseille
CRvB 5 februari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH2851
CRvB 5 maart 2009, *TAR* 2009/112
CRvB 27 maart 2009, *JB* 2009/147
CRvB 8 juli 2009, *AB* 2009/379, m.nt. H.E. Bröring
CRvB 1 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ6780
CRvB 7 september 2009, *AB* 2010/46, m.nt. H.E. Bröring
CRvB 24 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK4530
CRvB 21 januari 2010, *JB* 2010/73
CRvB 26 januari 2010, *USZ* 2010/79

CRvB 3 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL3961
CRvB 19 februari 2010, *AB* 2010/199, m.nt. H.E. Bröring
CRvB 30 maart 2010, *USZ* 2010/165
CRvB 29 juni 2010, *USZ* 2010/257
CRvB 17 augustus 2010, *RSV* 2010/266
CRvB 6 januari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:PB0348
CRvB 4 mei 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ3857
CRvB 23 juni 2011, *AB* 2011/207, m.nt. R. Ortlep
CRvB 30 augustus 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR7047
CRvB 8 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BS1176
CRvB 14 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BT1759
CRvB 3 februari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV0768
CRvB 9 augustus 2013, *AB* 2013/364, m.nt. R. Ortlep
CRvB 3 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6213
CRvB 18 april 2013, *AB* 2014/101, m.nt. B. van der Vorm
CRvB 4 juni 2013, *AB* 2013/330, m.nt. R. Ortlep
CRvB 3 juli 2013, *AB* 2013/320, m.nt. R. Ortlep (overzichtsnoot)
CRvB 27 juni 2013, *AB* 2013/351, m.nt. M.B. de Witte-van den Haak
CRvB 21 november 2013, *AB* 2014/102, m.nt. B. van der Vorm
CRvB 25 november 2013, *AB* 2014/61, m.nt. R. Ortlep
CRvB 1 april 2014, *USZ* 2014/163
CRvB 5 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2644
CRvB 19 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2769
CRvB 23 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2489

voorzieningenrechter CRvB 3 november 2009, *MRT* 2011, p. 361-362, m.nt. K.J. Kraan

College van Beroep voor het bedrijfsleven:
CBb 7 december 1999, *AB* 2000/102, m.nt. J.H.van der Veen
CBb 3 augustus 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB5295
CBb 3 augustus 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB5288
CBb 3 augustus 2001, *AB* 2001/387, m.nt. J.H. van der Veen
CBb 19 september 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AD3785
CBb13 januari 2004, *AB* 2004/111, m.nt. J.H. van der Veen
CBb 28 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AV0038
CBb 8 november 2006, *AB* 2007/7, m.nt. I. Sewandono
CBb 3 januari 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BC2482
CBb 28 februari 2008, *AB* 2008/139, m.nt. R. Ortlep en O.J.D.M.L. Jansen
CBb 3 juli 2008, *AB* 2009/177, m.nt. G.J.M. Cartigny
CBb 3 juli 2008, *AB* 2009/305, m.nt. I. Sewandono
CBb 26 maart 2009, *AB* 2009/355, m.nt. R. Ortlep
CBb 9 april 2009, *PJ* 2009/102
CBb 16 november 2010, *AB* 2011/51, m.nt. R. Ortlep
CBb 2 maart 2011, *AB* 2011/100, m.nt. R. Ortlep
CBb 19 januari 2012, *AB* 2012/159, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen
CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX0316
CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9888
CBb 21 december 2012, ECLI:NLCBB:2012:BZ1723
CBb 8 februari 2013, *JBO* 2013/57, m.nt. D. van der Meijden
CBb 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:226

Hoge Raad:
HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407
HR 1 maart 1918, *NJ* 1918, p. 440

HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, p. 647
HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, p. 650
HR 18 augustus 1944, *NJ* 1944/45, 598
HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316, m.nt. H. Drion
HR 19 november 1976, *NJ* 1979/216, m.nt. M. Scheltema
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner
HR 28 mei 1982, *NJ* 1984/34
HR 4 februari 1983, *NJ* 1985/21, m.nt. M. Scheltema
HR 1 juli 1983, *NJ* 1984/360, m.nt. M. Scheltema
HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/669, m.nt. J.A. van Borman
HR19 februari 1985, *MenR* 1985, nr. 80
HR 22 november 1985, *NJ* 1986/722, m.nt. M. Scheltema
HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/72, m.nt. M. Scheltema
HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723, m.nt. M. Scheltema
HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688, m.nt. P.A. Stein
HR 12 december 1986, *NJ* 1987/381, m.nt. M. Scheltema
HR 6 februari 1987, *NJ* 1988/926, m.nt. M. Scheltema
HR 14 april 1989, *AB* 1989/207, m.nt. F.H. van der Burg
HR 31 mei 1991, *NJ* 1993/112, m.nt. C.J.H. Brunner
HR 16 oktober 1992, *AB* 1993/40, m.nt. F.H. van der Burg
HR 13 november 1992, *NJ* 1993/639, m.nt. M. Scheltema
HR 18 juni 1993, *NJ* 1993/642, m.nt. M. Scheltema
HR 25 januari 1994, *NJ* 1994/598
HR 27 mei 1994, *NJ* 1997/158, m.nt. M. Scheltema
HR 4 november 1994, *NJ* 1995/249, m.nt. J. de Boer
HR 7 april 1995, *NJ* 1997/166, m.nt. M. Scheltema
HR 21 april 1995, *RvdW* 1995/98
HR 23 mei 1995, *NJ* 1995/695, m.nt. M. Scheltema
HR 2 juni 1995, *NJ* 1997/164, m.nt. M. Scheltema
HR 27 juni 1995, *NJ* 1995/722
HR 8 september 1995, *NJ* 1997/159, m.nt. M. Scheltema
HR 3 november 1995, *AB* 1996/58, m.nt. Th.G. Drupsteen
HR 29 mei 1996, *BNB* 1996/283, m.nt. J.W. Ilsink onder *BNB* 1996/282*
HR 11 oktober 1996, *AB* 1997/1, m.nt. Th.G. Drupsteen, en Bb 1996/25, m.nt. C.E. du Perron
HR 12 september 1997, *AB* 1998/176, m.nt. Th.G. Drupsteen
HR 23 januari 1998, *AB* 1998/144, m.nt. Th.G. Drupsteen
HR 20 februari 1998, *NJ* 1998/475
HR 20 februari 1998, *AB* 1998/231, m.nt. Th.G. Drupsteen
HR 3 maart 1998, *VR* 1998/130
HR 19 juni 1998, *NJ* 1998/869, m.nt. M. Scheltema
HR 19 juni 1998, *AB* 1998/416, m.nt. Th.G. Drupsteen
HR 10 maart 1999, *BNB* 199/209, m.nt. P.J. Wattel
HR 17 december 1999, *NJ* 2000/87, m.nt. A.R. Bloembergen onder *NJ* 2000, 88
HR 17 december 1999, *NJ* 2000/88, m.nt. A.R. Bloembergen
HR 1 maart 2000, *BNB* 2000/169, m.nt. W.J.N.M. Snoijink
HR 22 november 2000, *JB* 2000/343.
HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 318, m.nt. M. Scheltema
HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/324
HR 6 februari 2001, *NJ* 2001/669, m.nt. T.M. Schalken
HR 25 september 2001, *NJ* 2002/229, m.nt. N.S.J. Koeman
HR 9 april 2002, *NJ* 2002/535, m.nt. Y. Buruma
HR 24 september 2002, *NJ* 2003/80, m.nt. Y. Buruma
HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003/171, m.nt. M. Scheltema
HR 26 november 2002, *NJ*, 2003/81, m.nt. Y. Buruma onder *NJ* 2003/80
HR 24 januari 2003, *NJ* 2003/629, m.nt. M.R. Mok

HR 24 februari 2003, *NJ* 2003/625, m.nt. M.R. Mok
HR 7 maart 2003, *BNB* 2003/148, m.nt. W.J.N.M. Snoijink
HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691, m.nt. T. Koopmans
HR 17 juni 2003, *AB* 2005/83, m.nt. P.J.J. van Buuren onder *AB* 2005/82
HR 13 januari 2004, *BNB* 2004/159
HR 7 mei 2004, *AB* 2004/439, m.nt. G.A. van der Veen
HR 11 mei 2004, *NJ* 2004/606, m.nt. Y. Buruma
HR 3 september 2004, *AB* 2005/74 m.nt. G.A. van der Veen, en *NJ* 2006/28, m.nt. H.J. Snijders
HR 17 september 2004, *AB* 2005/82, m.nt. P.J. J. van Buuren
HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679, m.nt. T. Koopmans
HR 2 november 2004, *NJ* 2005/80, m.nt. E.A. Alkema
HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4900
HR 17 december 2004, *NJ* 2005/152, m.nt. T. Koopmans
HR 18 februari 2005, *NJ* 2005/283, m.nt. M.R. Mok
HR 18 februari 2005, *NJ* 2005/83, m.nt. M.R. Mok
HR 1 april 2005, *AB* 2005/246, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HR 22 april 2005, *AB* 2006/11, m.nt. A.M.L. Jansen
HR 9 september 2005, *NJ* 2006/93, m.nt. M.R. Mok
HR 11 oktober 2005, *NJ* 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis
HR 3 februari 2006, *AB* 2006/225, m.nt. G.A. van der Veen
HR 23 juni 2006, *BNB* 2006/294
HR 30 juni 2006, *JV* 2006/314, m.nt. H.U. Jessurun d'Oliveira
HR 22 september 2006, *AB* 2007/37, m.nt. B.W.N. de Waard
HR 22 december 2006, *AB* 2007/116, m.nt. R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven
HR 22 december 2006, *NJ* 2007/218, m.nt. M.R. Mok, en *AB* 2008/8, m.nt. G.A. van der Veen, en Bb 2007/31, m.nt. J.J. Hoekstra
HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink onder *NJ* 2007/576
HR 20 februari 2007, *NJ* 2007/329
HR 20 februari 2007, *NJ* 2007/379, m.nt. F.C.M.A. Michiels
HR 23 februari 2007, *AB* 2009/30, m.nt. B.P.M. van Ravels
HR 20 maart 2007, *AB* 2007/249, m.nt. A.B. Blomberg
HR 27 maart 2007, *NJ* 2007/193
HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/504, m.nt. M.R. Mok
HR 13 juli 2007, *AB* 2008/155, m.nt. F.J. van 4 september 2007, *NJ* 2008/170
HR 9 november 2007, *JB* 2008/22
HR 7 december 2007, *BNB* 2008/45, m.nt. J.W. Zwemmer
HR 28 maart 2008, *JB* 2008/105, m.nt. J.M.H.F. Theunissen
HR 17 oktober 2008, *AB* 2010/259, m.nt. G.A. van der Veen
HR 28 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9611
HR 12 december 2008, *BNB* 2009/32C, m.nt. W.J.N.M. Snoijink
HR 19 december 2008, *AB* 2010/147, m.nt. F.J. van Ommeren
HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8848
HR 8 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BC8786
HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009: BH0185
HR 22 september 2009, *NJ* 2010/142, m.nt. P.A.M. Mevis
HR 25 september 2009, *AB* 2011/26, m.nt. G.A. van der Veen onder *AB* 2011/25
HR 13 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI1325
HR 27 november 2009, *BNB* 2010/60C, m.nt. B.J. van Ettekoven onder *BNB* 2010/63C
HR 27 november 2009, *BNB* 2010/63C, m.nt. B.J. van Ettekoven
HR 1 december 2009, *NJ* 2010/101, m.nt. N. Keijzer
HR 4 december 2009, *BNB* 2010/228, m.nt. P.J. van Amersfoort
HR 22 december 2009, *JB* 2010/41, m.nt. R.J.B. Schutgens
HR 19 februari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK9141
HR 19 maart 2010, *BNB* 2010/240, m.nt. J.A.R. van Eijsden, en *V-N* 2010/15-5, m.nt. redactie
HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema

HR 16 april 2010, *BNB* 2010/228, m.nt. J.C.K.W. Bartel
HR 11 mei 2010, *NJ* 2010/285
HR 9 juli 2010, *AB* 2011/11, m.nt. G.A. van der Veen
HR 13 juli 2010, *AB* 2010/286, m.nt. R. Stijnen, en *NJ* 2010/57, m.nt. A.H. Klip
HR 17 september 2010, *AB* 2011/19, m.nt. G.A. van der Veen
HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0124
HR 17 december 2010, *AB* 2011/25, m.nt. G.A. van der Veen
HR 1 februari 2011, *AB* 2011/225, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, en *JB* 2011/56, m.nt. D. van Tilborg
HR 22 februari 2011, *NJ* 2011/108
HR 8 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO2915
HR 15 maart 2011, *JB* 2011/114, m.nt. J.J.J. Sillen
HR 13 mei 2011, *BNB* 2011/201, m.nt. J.C.K.W. Bartel
HR 13 mei 2011, *AB* 2011/158, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, en *BNB* 2011/218, m.nt. J.C.K.W. Bartel
HR 10 juni 2011, *AB* 2011/184, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik
HR 24 juni 2011, *BNB* 2011/245C, m.nt. J.A.R. van Eijsden
HR 12 juli 2011, *JB* 2011/207, m.nt. C.L.G.F.H. Albers
HR 19 oktober 2012, *JB* 2012/273, m.nt. J.H. Keinemans onder *JB* 2012/281
HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2009:BW9266
HR 12 juli 2013, *BNB* 2013/237C, m.nt. J.C.K.W. Bartel
HR 25 oktober 2013, *AB* 2013/415, m.nt. R. Ortlep
HR 29 november 2013, *AB* 2014/71, m.nt. C.N.J. Kortmann
HR 28 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4493
HR 28 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4310
HR 28 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8956
HR 28 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4247
HR 28 maart 2014, *BNB* 2014/135, m.nt. J.C.K.W. Bartel
HR 28 maart 2014, *BNB* 2014/127, m.nt. P. Kavelaars
HR 1 april 2014, *NJ* 2014/268
HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:828
HR 3 juni 2014, ELCI:NL:HR:2014:477

Gerechtshoven:
gerechtshof Amsterdam 26 januari 1995, *FED* 1995/182
gerechtshof Den Haag 21 maart 2006, *Gst.* 2006, 102
gerechtshof Den Haag 20 december 2007, *JB* 2008/37
gerechtshof Den Haag, 18 februari 2014, *JB* 2014/76, m.nt. R.J.B. Schutgens

Rechtbanken:
rechtbank Leeuwarden 4 juni 1925, *NJ* 1926, p. 137
rechtbank Rotterdam 5 september 2000, *JB* 2000/291, m.nt. F.A.M. Stroink
rechtbank Breda, 6 april 2005, *AB* 2005/150, m.nt. A.M.L. Jansen.
rechtbank Utrecht 19 januari 2009, *AB* 2009/139, m.nt. R. Ortlep
rechtbank Den Haag 2 februari 2011, *JB* 2011/78, m.nt. R.J.B. Schutgens
rechtbank Middelburg van 15 maart 2012, ECLI:NL:RBMID:BV8942
rechtbank Den Haag 1 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7242
rechtbank Rotterdam 6 december 2012, *AB* 2013/85, m.nt. R. Ortlep

voorzieningenrechter rechtbank Haarlem, 20 maart 2009, *JV* 2009/197
voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 1 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7242
voorzieningenrechter rechtbank Den Haag, 4 november 2013, *AB* 2014/168, m.nt. S. Philipsen en J.C. de Wit

Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland
BVerfG 29 maart 1974, *BverfGE* 37, 271
BverfG 22 oktober 1986, *BVerfGE* 73, 339
BVerfG 7 juni 2000, *BVerfGE* 102, 147
BVerfG 6 juli 2010, *BVerfGE* 126, 286
BVerfG 24 april 2013, *BVerfG*, 1, BvR 1215/07
BVerfG 14 januari 2014, *BVerfG*, 2 BVR 2728/13

Hof van Justitie
HvJ 16 december 1960 (Humblet), *SEW* 1961, p. 185-200, m.nt. I. Samkalden
HvJ 5 februari 1963 (Van Gend & Loos), *SEW* 1963, p. 107-112, m.nt. I. Samkalden
HvJ 27 maart 1963 (Da Costa en Schaake), SEW 1963, p. 227-231, m.nt. I. Samkalden
HvJ 15 juli 1963 (Plaumann), *Jur.* 1963, p. 197
HvJ 15 juli 1964 (Costa/ENEL), *SEW* 1964, p. 489-496, m.nt. I. Samkalden
HvJ 1 december 1965 (Schwarze), *Jur*. 1965, p. 1103
HvJ 24 juni 1969 (Milch-,Fett- und Eierkontor GmBH II), *Jur.* 1969, p. 165
HvJ 31 maart 1971 (Commissie v. Raad), *SEW* 1971, p. 479-484
HvJ 16 januari 1974 (Rheinmühlen II), *SEW* 1974, p. 462-466, m.nt. P. van Dijk
HvJ 27 oktober 1977 (Bouchereau), *NJ* 1978/430
HvJ 9 maart 1978 (Simmenthal), *SEW* 1978, p. 647-652, m.nt. P. van Dijk
HvJ 13 mei 1981 (SpA International Chemical Corporation), *NJ* 1982/304
HvJ 11 november 1981 (IBM), *Jur*. 1981, p. 2639
HvJ 6 oktober 1982 (CILFIT), NJ 1983/55
HvJ 23 april 1986 (Les Verts), *NJ* 1989/728
HvJ 22 oktober 1987 (Foto-Frost), *SEW* 1988, p. 640-644, m.nt. R.H. Lauwaars
HvJ 13 juli 1990 (Zwartveld), *NJ* 1990/725
HvJ 18 oktober 1990 (Dzodzi), *NJ* 1993/622
HvJ 21 februari 1991 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen), *AB* 1991/328, m.nt. F.H. van der Burg
HvJ 9 maart 1994 (Textilwerke Deggendorf), *SEW* 1995, p. 362-368, m.nt. T. Joris
HvJ 28 maart 1995 (Kleinwort Benson Ltd.), *Jur*. 1995, p. I-00615
HvJ 17 juli 1997 (Leur-Bloem), *SEW* 1995, p. 334-335, m.nt. M.R. Mok
HvJ 12 november 2002 (Arsenal Football Club plc.), *NJ* 2003/265, m.nt. M.R. Mok
HvJ 7 januari 2003 (BIAO) *NJ* 2003/641, m.nt. M.R. Mok
HvJ 9 september 2003 (Consortia Industrie Fiammiferi), *AB* 2003/387, m.nt. E. Steijger
HvJ 30 september 2003 (Köbler), *AB* 2003/429, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 9 december 2003 (Commissie v. Italië), *AB* 2004/59, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 13 januari 2004 (Kühne & Heitz), *AB* 2004/58, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 1 april 2004 (Jégo-Quéré), *AB* 2004/210, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 20 oktober 2005 (Staat/Ten Kate), *Jur.* p. I-9879
HvJ 6 december 2005 (Gaston Schul Douane-expediteur), *AB* 2006/65, m.nt. M.J.M. Verhoeven
HvJ 16 maart 2006 (Kapferer), *AB* 2006/191, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 19 september 2006 (i-21 Germany & Arcor), *AB* 2006/411, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 16 december 2008 (Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.), *AB* 2009/38, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 24 maart 2009 (Nationale Loterij), *Jur.* 2009, p. I-02197
HvJ 21 december 2011 (Teresa Cicala), *AB* 2012/254, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 4 oktober 2012 (Byankov), *AB* 2012/375, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 26 februari 2013 (Akerberg Fransson), *AB* 2013/132, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 3 oktober 2013 (Innuit), *AB* 2014/179, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 19 december 2013 (Telefónica), *AB* 2014/178, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
HvJ 17 juli 2014 (Y.S en M.S./Minister voor I,I&A), ECLI:EU:C:2014:2081

Europees Hof voor de Rechten van de Mens:

EHRM 18 januari 1978 in zaak nr. 5310/71 (Ierland/VK)
EHRM 13 juni 1979 (Marckx/België), *NJ* 1980/462, m.nt. E.A. Alkema
EHRM 26 maart 1985 (X en Y/Nederland), *NJ* 1985/525, m.nt. E.A. Alkema
EHRM 18 december 1986 (Johnston/Ierland), *NJ* 1989/97, m.nt. E.A. Alkema
EHRM 21 juni 1988 (Berrehab/Nederland), *NJ* 1988/746, m.nt. E.A. Alkema
EHRM 26 oktober 1988, in zaak nr. 10581/83 (Norris/Nederland)
EHRM 24 mei 1989 (Hauschildt/Nederland), *NJ* 1990/627, m.nt. P. van Dijk
EHRM 20 november 1989 (Kostovski/Nederland), *NJ* 1990/245, m.nt. E.A. Alkema
EHRM 29 november 1991, in zaak nr. 12849/87 (Vermeire/België)
EHRM 22 april 1993 in zaak nr. 15070/89 (Modinos/Cyprus)
EHRM 22 september 1993 in zaak nr. 15473/89 (Klaas/Duitsland)
EHRM 23 maart 1995 in zaak nr. 15318/89 (Loizidou/Turkije)
EHRM 18 december 1996 in zaak nr. 15318/89 (Loizidou/Turkije)
EHRM 19 maart 1997 (Hornsby/Griekenland), *NJ* 1998/434
EHRM 28 juli 1998 in zaak nr. 40/1993/435/514 (Loizidou/Turkije)
EHRM 30 juli 1998 in zaak nr. 58/1997/842/1048 (Valenzuela Contreras/Spanje)
EHRM 30 juli 1998 in zaak nrs. 22985/93 en 23390/94 (Sheffield and Horsham/VK)
EHRM 28 september 2004 (Sabou en Pircalab/Roemenië), *AB* 2005/231, m.nt. F.M.C. Vlemminx
EHRM 26 juli 2005 (N./Finland), *AB* 2005/370, m.nt. B.P. Vermeulen en H. Battjes
EHRM 8 maart 2006 (Blečić/Kroatië), *EHRC* 2006/49, m.nt. J.G.M. van der Velde
EHRM 26 juni 2006 (N/Finland), *JV* 2005/306, m.nt. T.P. Spijkerboer
EHRM 9 oktober 2007 in zaak nr. 13229/04 (Clionov/Moldavië)
EHRM 29 april 2008 (Burden en Burden/VK) *AB* 2008/213, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik
EHRM 10 juni 2008 in zaak nr. 28790/03 (Istrate/Moldavië)
EHRM 4 november 2008, in zaak nr. 27888/04 (Tudor-Comert/Moldavië)
EHRM 27 november 2008 (Salduz/Turkije), *AB* 2010/82, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik
EHRM 11 december 2008 (Panovits/Cyprus), *NJ* 2009/215, m.nt. J.M. Reijntjes
EHRM 9 maart 2010 (R.C./Zweden), *JV* 2010/147, m.nt. T.P. Spijkerboer
EHRM 16 november 2010 (Perdigao/Portugal), *AB* 2011/221, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik
EHRM 17 mei 2010 (Kononov/Letland), *EHRC* 2010/80, m.nt. H.G. van der Wilt
EHRM 1 juni 2010 (Gäfgen/Duitsland), *EHRC* 2010/105, m.nt. J. van der Velde
EHRM 11 oktober 2011 (Emre/Zwitserland), *EHRC* 2012/13, m.nt. L.R. Glas
EHRM 16 april 2012 (Janowiec e.a./Rusland), *EHCR* 2012/142, m.nt. A.C. Buyse
EHRM 12 juni 2012 in zaak nr. 22999/06 (Poghosyan en Baghdasaryan/Armenië)
EHRM 8 oktober 2013 in zaak nr. 2251/11 (Kamalak/Turkije)
EHRM 5 december 2013 (Vilnes e.a./Noorwegen), *EHCR* 2014/451, m.nt. A.C. Hendriks
EHRM 8 juli 2014 in zaak nr. 58363/10 (M.E./Denemarken)

Diversen:

Onderwijsraad 24 november 1978, *AB* 1979/155
Constitutionele Hof van Tsjechië 14 februari 2012, in zaak nr. Pl. ÚS 5/12, www.usoud.cz/en/decisions

Trefwoordenregister

A

Abstinentiejurisprudentie | 2.4.3.1, 9.2.2.2
Acte clair/acte éclairé | 2.3.3.2, 6.3.3, 8.2
Actie uit onrechtmatige daad | 2.4.3.1, 3.1.4.1, 3.2.2.2, 5.3.3.7, 9.2.2.2
Acts of Parliament | 2.4.3.1
Administratief beroep | 2.3.2.2, 3.1.5
Advisory opinion | 2.3.3.3, 7.3.1, 9.8.2
Advocaat-Generaal | 5.3.3.8, 8.4.2.1, 8.4.2.2, 8.4.4.3, 8.5, 9.8.4.2, 9.8.4.4
Afstemmingsjurisprudentie | 1.4, 5.1.4.1
Afstemmingsmechanismen | 5.1.5
Afwezigheid van alle schuld | 4.2.2.3, 4.3.3.3
Algemeen verbindende voorschriften toetsingsbevoegdheid | 3.2.2.1, 3.2.2.2, 4.2.1
Algemene bestuursrechter | 2.3.2.2, 5.1.4, 8.4.3
Ambtshalve toetsing | 3.1.6.4, 3.2.3.5, 3.2.4, 4.2.2.5, 4.2.2.6, 4.2.2.7, 4.2.2.9, 5.2.2.3, 5.2.3.2, 5.3.1.1, 5.3.2, 5.3.3.1, 5.3.3.3, 5.3.3.6, 5.3.3.8, 5.4, 8.3.2, 9.5.3
Amicitia-uitspraak | 5.3.3.5
Anti-kiesregel | 5.2.3.2
Arbitraal beding | 2.2.2.5
Arsenal Football Club-arrest | 6.4
Artikel 4:6 Awb | 4.4.3.1, 5.3.1.1, 5.3.3.6, 5.3.3.7, 6.1, 9.5.3
Artikel 8:10a Awb | 8.4.2.1, 8.4.4.3
Aujeszky-arrest | 3.2.3.3, 3.2.3.6
Autonome positie | 4.3.3.3

B

Bahaddar-uitzondering | 5.3.3.6, 5.3.3.7
Belanghebbende(-begrip) | 3.1.5, 3.1.6.4, 3.2.3.3, 3.2.3.4, 3.3.1, 3.4.2.3, 3.5, 5.1.2,4.2.2.7, 5.3.3.1, 5.3.3.2, 8.3.2, 8.5, 9.3.2.2, 9.3.5, 9.8.3
Belastingrecht(er) | 1.1, 1.5, 2.3.2.2, 3.1.3.2, 3.1.6.4, 3.2.2.1, 4.4.2, 4.4.3.2, 5.1.4, 5.2.2.1, 5.3.3.1, 5.3.3.2, 5.3.3.3, 5.3.3.5, 5.3.3.8, 5.4, 8.1, 8.3.1, 8.4.2.1, 8.4.2.2, 8.4.3, 8.4.4.3, 8.5, 9.1, 9.2.1.1, 9.5.3, 9.8
Beleids- en beoordelingsvrijheid | 4.2.2.9, 8.4.2.2
Benelux -Gerechtshof | 1.3, 2.3.3.1
Beroepsgroepenrechtspraak | 1.3, 9.1
Berrehab/Nederland-arrest | 7.3.2.4
Beslag | 3.4.2.4
Bestuurlijke boete | 1.1, 4.1.2.3, 4.3.3.2
Bestuursdwang | 3.4.2.3, 4.1.2.2, 9.3.2.2
Bevoegdheid
– absolute | 2.2.2.1, 3.1.2, 3.1.3.2, 5.1.4.1
– exclusieve | 1.1, 2.3.2.2, 2.3.3.2, 3.1.1, 3.1.3.2, 3.2.2.2, 3.2.3.3, 3.2.3.7, 3.3.2.3, 3.3.2.4, 3.3.3.2, 3.3.4, 3.4.2.4, 3.5, 4.1.1, 5.1.1, 5.1.4, 5.4, 6.2.2.3, 6.2.3.2, 6.2.3.3, 6.2.4, 6.3.5, 6.5, 7.2.4.2, 7.2.6, 7.5, 8.2, 8.5, 9.2.1.1, 9.3.4, 9.5.1, 9.6.2, 9.7.2, 9.8.2
– relatieve | 2.2.2.1

Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak | 3.1.3.2, 3.2.2.1, 5.1.4, 8.4.2.1
Bewijs, dwingend | 2.2.2.7, 4.4.3.3, 4.4.4
Bewijsregels | 1.1, 4.4.3.2, 4.4.3, 4.4.4.3
BIAO-arrest | 6.3.4.2
Blečić/Kroatië-arrest | 7.2.4.2
Bloc de competence | 3.1.3.2, 5.4, 9.5.1
Brummen-jurisprudentie | 5.3.3.5, 5.3.3.8, 9.5.3
Buiten toepassing laten | 1.5, 2.3.3.3, 2.4.2, 2.4.3.1, 2.5, 3.3.3.2, 4.2.3, 5.2.2.2, 5.2.2.3, 5.2.3.3, 5.2.4, 6.2.2.3, 6.2.2.4, 7.2.5, 7.5, 9.2.2.1, 9.7.2
Bundesverfassungsgericht | 2.4.3.1, 6.2.2.4, 6.2.4, 6.5, 7.3.2.4, 8.4.4.2, 9.6.2
Byankov-arrest | 5.3.3.7

C

Cartesio Oktató és Szolgáltató-arrest | 2.3.3.2
Cassatie(beroep) | 1.3, 2.2.2.7, 2.3.2.2., 3.1.4.2, 3.3.2.4, 3.4.2.2, 4.3.2, 4.3.4, 5.1.4, 5.3.1.1, 8.4.2.1, 8.4.2.2, 8.4.4.3, 8.5, 9.1, 9.4.3, 9.8.4.2, 9.8.4.4, 9.9
CILFIT-arrest | 6.2.3.2, 6.2.3.3, 8.2
Collectiviteitsacties | 3.2.3.7
College van Beroep voor de examens | 2.3.2.2
College van Beroep voor het hoger onderwijs | 2.3.2.2, 8.4.3, 9.8.4.3, 9.8.4.4
Committee Against Torture | 1.3
Competentiegeschillen | 3.1.3.2, 5.1.4.1, 8.4.4.3, 9.8.4.4
Concentratievoorziening | 3.4.2.3
Conclusies A-G | 8.4.2.1
Conflictenstelsel | 3.1.2.1
Constitutionele Hof Tsjechië | 6.2.2.4
Constitutionele toetsing | 2.4.1, 8.4.4.3, 8.5
Costa/ENEL-arrest | 2.3.3.2, 6.2.2.3, 6.2.2.4, 6.4, 9.6.3

D

Da Costa en Schaake-arrest | 6.3.3
Declaratoir | 1.5, 2.3.3.3, 2.4.3.1, 3.2.1, 7.2.5, 9.2.2.2
*De-facto*gebondenheid | 4.2.2.6, 4.2.3, 8.3.1
Delictsomschrijving | 4.2.1, 4.3.1, 5.1.3
Derdenbeslag | 3.4.2.4
Derdenwerking | 7.3.2.3
Directe toetsing | 1.5, 2.4.3.1, 3.2.2.2, 6.2.2.3, 6.2.4, 6.5, 9.2.2.2, 9.6.2
Doelcorporatie | 6.4.3.2
Doelmatige taak-/rechtsmachtverdeling | 3.1.6.3, 3.2.3.7, 3.3.2.1, 3.3.3.2, 3.4.2.1, 3.4.2.4, 4.5, 5.1.5, 6.5, 8.3.2, 9.9
Dualistisch stelsel | 2.3.3.3
Dubbelbenoemingen | 8.4.2.1, 8.4.3
Dwangbevel | 3.4.2.3
Dwangsom | 2.3.3.2, 2.3.3.3, 3.4.2.3
Dzodzi-arrest | 6.3.4.2

E

Eeniederverbindendheid | 1.2, 2.3.3.3, 2.4.3.1, 3.3.3.2, 3.5, 5.2.3.1, 5.2.3.4, 5.2.4, 6.2.2.3, 6.3.5, 6.5, 9.1, 9.5.2
Effectiviteit(sgedachte) | 2.3.3.2, 4.1.1.2
Effectief afdwingen | 2.2.3, 2.3.3.2, 2.3.3.4, 2.5, 9.2.1, 9.2.1.2
Europees Comité voor Sociale Rechten | 1.3
EHRM | 1.3, 2.3.3.1, 2.3.3.3, 2.5, 6.2.2.4, 7, 8.2, 8.4.4.2, 8.5, 9.1, 9.2.1.2, 9.7, 9.8.2

Einzelfallgerechtigkeit | 3.1.6.4
*Erga-omnes*werking | 3.2.3.3, 3.5, 4.2.2.2, 4.2.2.6-4.2.2.10, 4.2.3, 4.5, 6.2.2.2, 6.3.3, 6.3.5, 6.5, 8.3.1, 8.3.2, 8.5, 9.3.3.1, 9.4.2, 9.6.3, 9.8.3
EVRM | 2.3.2.2, 2.3.3.3, 2.3.3.4, 3.1.5, 3.1.6.4, 3.2.3.6, 4.5, 5.1.4.2, 5.2.2.2, 5.2.2.3, 5.3.2.1, 5.3.3.7, 7.2, 7.2.3, 7.2.4, 7.3.2, 7.3.2.3, 7.3.2.4, 7.3.3, 8.3, 8.5, 9.2.1.2, 9.4.2, 9.7, 9.8.2
Executierechter | 3.4.2.3, 3.4.2.4
Exceptieve toetsing | 1.5, 2.4.3.1, 2.5, 3.2.2.1, 3.2.3.3, 6.2.3, 6.5, 7.2.6, 8.3.2, 9.2.2.2
*Ex-nunc-/ex-tunc*toetsing | 3.4.1.1., 7.4.2, 7.4.4, 7.5, 8.2, 8.5, 9.7.4, 9.8.2

F
Feitenvaststelling
– begunstigend of belastend | 3.4, 4.4.1, 4.4.2, 4.4.4
– vol of terughoudend | 3.4.1.1
– zelfstandige feitenvaststelling | 7.4
– zuivere vaststelling of waardering | 4.4.1
Fictie en
– verbindendheid | 3.2.3.5, 3.5, 4.2.2.6, 4.2.3, 8.3.1, 8.3.2
– rechtmatigheid | 3.1.6.2, 3.1.6.4, 3.3.1, 3.3.2.2, 3.5, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.9
– prejudiciële vragen | 6.3.4.2
Foto-Frost-arrest | 2.3.3.2, 6.2.2.3, 6.2.3.2
Full jurisdiction | 7.4.3
Fundamentum petendi | 3.1.2.1, 3.1.2.2, 3.1.3.1, 3.1.3.2, 3.1.6.4
Fuiken en trechters | 3.2.3.5, 4.2.2.6

G
Gäfgen-arrest | 7.4.3
Gebiedsverbod | 4.1.2.1
Gedecentraliseerde unierechter | 1.3, 2.3.3.2, 6.1, 6.2.2.3, 6.5, 9.6.1
Gedeelde en niet gedeelde rechtsmacht | 1.1, 1.2, 1.4, 3.1.3.2, 3.5, 5.1.2, 5.1.4.1, 5.1.4.2, 5.1.5, 5.4, 8.3.1, 9.3.1, 9.5.1, 9.5.3
Gedifferentieerde gebondenheid | 4.4.3.2, 8.3.1
Gemengde of verenigde kamer | 1.5, 8.4.4, 8.5, 9.8.4.4
Gerecht van Eerste Aanleg | 1.3, 2.3.2.2
Geschilbeslechting, finale | 3.1.6.4, 5.3.3.5, 5.3.3.6, 5.4
Gesetzgebung für den Einzelfall | 4.3.2
Gezag van gewijsde | 2.2.2.7, 2.3.3.3, 3.2.3.6
Gezag van interpretatie | 6.3.3
Goede procesorde | 5.3.3.5, 5.3.3.8
Griffierecht | 5.2, 5.3
Groningen/Raatgever-arrest | 3.1.3.2, 3.1.4.2
Grote Drie | 2.3.2.2, 5.3.3.5, 5.3.3.6, 5.3.3.7, 8.1, 8.4.2.2, 8.4.3, 8.4.4.3, 8.5, 9.1, 9.8.1, 9.8.4.3
Grote kamer | 5.3.2.1, 5.3.3.8, 8.4.2.1, 8.4.2.2, 8.4.4.3, 8.5, 9.8.4.2-9.9
Guldemond/Noordwijkerhout-arrest | 3.1.2.1, 3.1.2.2

H
Handhavingstrajecten
– civiele rechter als sluitstuk bestuursrechtelijke handhaving | 3.4.2.3
– straf- en bestuursrechtelijke trajecten | 1.1, 4.1, 4.2.2.4, 4.3.1, 8.3.1, 8.3.2
Harmonisatiewet-arrest | 5.2.3.1

Hauschildt/Nederland-arrest | 7.3.2.4
Heesch/Van de Akker-arrest | 3.1.4.2, 3.1.5, 3.1.6.2, 3.1.6.4, 3.3.2.2
Herhaalde aanvraag/
verzoek om terug te komen op | 3.2.3.6, 5.3.3.6, 5.3.3.7
Herkansing | 2.2.2.2, 3.1.6.4, 3.4.2.3, 4.2.2.7, 5.3.1.1, 5.3.3.5-5.3.3.7, 9.5.3
Herkansing of controle | 2.2.2.2, 5.3.1.1
Herziening rechterlijke organisatie | 2.3.2.2, 2.3.2.3, 3.1.2.2, 3.1.3.2, 4.4.3.2, 5.3.3.7, 9.2.1.2
Herziening uitspraak | 2.3.3.3, 2.3.3.4, 2.5, 3.2.3.6, 4.4.2, 4.4.3.1, 4.4.3.2
Hiërarchische relatie | 1.3, 2.2.2.2, 2.2.2.4, 2.2.3, 2.3.2.1, 2.3.2.2, 2.3.3.1, 2.3.3.4, 2.5, 4.2.2.4, 8.1, 8.3.1
Hoog Administratief Hof | 8.4.3, 8.4.4.3, 8.5, 9.84.3, 9.8.4.4
Hof van Justitie | 1.3, 2.3.3.1, 2.3.3.2-2.3.3.4, 2.5, 6, 7.1, 7.2.2, 7.3.1, 7.5, 8.2, 8.5, 9.1, 9.2.1.2, 9.6, 9.8.2
Honeywell-uitspraak | 6.2.2.4
Horizontale relatie/binding | 1.5, 2.2, 2.2.3, 2.3.3.1-2.3.3.4, 2.3.4, 2.5, 3.1.6.4, 9.2.1, 9.2.1.2
Huisverbod | 4.1.2.1
Huurrecht | 3.3.2.3

I

i-21 Germany & Arcor-arrest | 5.3.3.7
Ierland/VK-arrest | 7.1
Immuniteit bestuursorgaan, strafrechtelijk | 4.3.3.2
Inbreukprocedure | 2.3.3.2, 6.2.2.3, 6.3.4.2
Incidenteel appel | 5.3.3.5, 5.4
Incorporatie- of kenbrontheorie | 7.3.2, 7.3.3, 7.5, 9.7.3
Indirect unierecht | 6.3.4, 6.3.5, 6.5, 9.6.3
Inreisverbod | 4.1.2.1, 4.4.3.2, 4.4.3.3
Internationaal Gerechtshof | 1.3, 2.3.3.1
Internationaal Strafhof | 1.3, 2.3.3.1
Internationale relaties | 2.3.3
*Inter-partes*werking | 4.2.2.2, 4.2.2.7, 4.2.3, 4.5, 9.4.2
Interpretatieprimaat | 3.3.2.1, 3.3.2.2, 3.3.4, 4.3.3.1, 4.3.4, 6.3.5, 6.5, 7.1, 7.3.2.1, 7.3.3, 7.5, 9.7.3
IVRK | 5.2.3

J

Joegoslavië Tribunaal | 1.3
Johnston/Ierland-arrest | 7.3.2.1

K

Kapferer-arrest | 2.3.3.2
Kaveka-arrest | 3.1.6.3
Kleinwort Benson-arrest | 6.3.4.2
Kompetenzüberschreitung | 6.2.2.4
Kononov/Letland-arrest | 7.4.2, 7.4.3
Kostovski-arrest | 7.3.2.4
Kracht van gewijsde | 2.2.2.7, 2.3.3.2, 3.1.6.2
Kroonberoep | 3.1.5
Kühne & Heitz-arrest | 5.3.3.7

L

Leer van de formele rechtskracht
– ontvankelijkheidsleer civiele rechter
– leer bindende kracht uitspraken
– bestuursrechter rechtmatigheidsfictie | 1.5, 3.1.6.2, 3.5, 4.2.2.5, 9.3.2

Leer van de meest gerede rechter | 3.3.2, 3.3.3, 4.3.3, 6.5, 8.1, 8.3.1, 8.3.2, 8.4.4.2, 8.5, 9.3.5, 9.4.3, 9.8.3, 9.9
Leer van de (ver)bindende kracht van rechterlijke uitspraken | 1.5, 3.1.6.2-3.1.6.4, 3.3.4, 3.5, 4.1.1, 4.2.2.2, 4.2.2.7, 4.2.3, 4.5, 6.4, 8.3.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.3.4, 9.3.5, 9.4.1, 9.4.2
Leges-arrest | 3.2.3.7, 3.3.1
Leur/Bloem-arrest | 6.3.4.2
Lex certa-beginsel | 4.3.3.3
Living instrument 7.3.2.1, 7.3.2.2, 7.3.3, 7.5, 9.7.3
Loizidou/Turkije-arresten | 7.2.4.2, 7.2.6
Loosdrechtse Plassenschap-arrest | 3.1.4.2

M
Maple Tree-arrest | 3.1.6.4
Marckx-arrest | 7.2.5
M.E./Denemarken-arrest | 7.4.2
Mensenrechtencomité | 1.3
Milch-, Fett- und Eierkontor GmBH II-arrest | 6.3.2
Motiveringsplicht bij afwijken | 3.3.3.2, 3.3.4

N
Nationale Loterij-arrest | 2.3.3.2
Nationale relaties | 2.3.2
Ne bis in idem-beginsel | 4.4.3.2, 5.1.3, 5.3.3.6-5.3.3.8
Norris/Ierland-arrest | 7.2.5
Nova, rechtelijke of feitelijke | 3.1.6.4, 4.2.2.7, 5.3.3.7
Nietigheidsberoep | 6.2.3.1, 6.2.3.2
NJCM-arrest | 3.2.3.7

O
Objectum litis | 3.1.2.2, 3.1.3.1, 3.1.3.2
Ongewenstverklaring | 4.2.2.7, 4.4.3.2, 4.4.3.3, 5.2.2.2, 5.2.2.3
Ontheffing | 4.1.2.2, 4.2.2.2, 5.2.2.2
Ontvankelijkheidsleer civiele rechter | 1.5, 3.1.6.2, 3.1.6.3, 3.5, 9.3.2.1
Onverbindend verklaren | 1.5, 2.4.2, 2.4.2.1-2.4.2.3, 2.5, 9.2.2.1
Organiek | 4.2.2.4, 4.2.2.8, 4.2.3
Originalisme | 7.3.2.1
Overeenkomsten | 3.3.2.3
OZB-arrest | 3.2.3.3

P
Petitum | 3.1.6.4
Pilaarmodel | 2.2.2.1, 2.3.2.1
*Pilot-judgement*procedure | 7.2.5, 7.5, 9.7.2
Piramidemodel | 2.2.2.1, 2.3.2.1
Precedentwerking | 2.2.2.2–2.2.2.7, 2.2.3, 5.3.3.1, 7.3.2.3
Prejudiciële verwijzing/uitspraak | 2.3.3.2, 5.3.3.7, 6.2.2.3, 6.2.2.4, 6.2.3.2, 6.2.3.3, 6.2.4, 6.3.1, 6.3.3, 6.3.4.2, 6.3.5, 6.4, 6.5, 8.2, 8.4.4.2, 8.4.4.3, 8.5, 9.6.2
Pre-Vierde Tranche | 3.4.2.3
Privacy First-arrest | 3.2.3.7
Procedurele autonomie | 6.4, 6.5, 7.4.2
Procedurerichtlijn | 3.4.1.1
Procesbelang | 4.4.2, 5.3.3.1
Proceskosten | 3.3.2.2, 5.3.2.2, 5.3.3.1, 5.3.3.8
Procesregeling bestuursrechterlijke colleges | 5.3.3.4
Processuele hygiëne | 3.1.5

R
Ratificatie | 7.2.1, 7.2.3
Ratio decidendi | 7.3.2.3
R.C./Zweden-arrest | 7.4.2, 7.4.3
Rechtsdwaling | 4.2.2.3, 4.3.3.3
Rechtsgronden, aanvulling van | 3.2.3.5, 3.2.4, 4.2.2.6, 4.2.2.7, 5.2.3.1, 8.3.2
Rechtseenheid | 1.1, 1.3, 1.5, 2.2.3, 2.3.2.2, 2.3.2.3, 2.4, 2.5, 3.1, 4.3.3.2, 4.4.4, 5.1.5, 5.3.1.1, 5.3.2.1, 5.3.3.2, 5.3.3.3, 5.3.3.5, 5.3.3.6, 5.3.3.8, 5.4, 8.3.1, 8.4.1-8.4.4, 8.5, 9.5.3, 9.8.4.1-9.8.4.4, 9.9
Rechtseenheidvoorziening | 1.3, 2.3.2.2, 2.4.3, 8.4
Rechtsmiddelenclausule | 5.3.3.2
Rechtstreekse werking | 3.3.3.2, 5.2.3.1, 5.2.3.2
Redelijke termijn | 5.3.2.1, 5.3.3.8
Regeling fokverbod Varkens II 1997 | 4.2.2.2
Relativiteitsvereiste | 1.2, 3.1.6.4
Restrechter | 1.4, 3.1.5, 3.2.3.1, 3.3.1, 3.3.4, 3.4.2.2, 4.1.1, 5.1.4, 8.3.2, 9.3.2.2, 9.3.4, 9.9
Rewe-riedel | 6.4, 9.6.4
Rijkswet op het Nederlanderschap | 3.3.2.4, 4.4.3.2
Risico-aansprakelijkheid | 3.2.3.3, 3.2.3.4, 5.3.3.1, 8.3.1

S
Sancties
– economische of politieke | 9.2.1.2
– punitieve en reparatoire | 5.1.3
Samenwerking | 2.3.3.2, 2.3.3.3, 6.3.2, 6.4, 7.3.1, 7.5, 8.2, 8.5, 9.7.1, 9.8.2, 9.9
Samenloop bestuur-straf | 4.1.2.3, 5.1.3
Schadevergoeding(srecht) | 2.3.3.2, 2.3.3.3, 3.1.3.2, 3.1.6.4, 3.2.3.6, 3.3.2.2, 3.3.2.3, 3.5, 5.3.3.7, 5.3.3.8, 7.4.1, 9.3.2.1, 9.9
SGP-zaak | 3.1.6.4, 3.3.3.2, 3.5, 9.3.2.2
Sierra Leone Tribunaal | 1.3
Slachtofferschap, abstract en concreet | 7.2.5
Solange-uitspraken I, II en III | 6.2.2.4
Specialisatiegedachte | 3.1.6.3, 3.2.3.2, 3.2.3.3, 3.3.2.1, 3.3.2.2, 4.2.2.4, 4.3.3.1, 4.4.3.2, 6.5
Spoorwegstaking-arrest | 5.2.3.1
Stare decicis | 2.2.2.2
Strategisch besluitbegrip | 3.1.3.2
*Sui-generis*instantie | 2.3.3.3, 7.4.1
Systemic faults | 7.2.5, 7.2.6, 7.5, 9.7.2

T
Termijnoverschrijding | 3.1.6.4, 3.3.2.2, 5.3.3.1-5.3.3.3
Toetsingsvormen:
– vernietigingsberoep
– directe toetsing
– exceptieve toetsing
– declaratoire toetsing | 1.5, 2.4.3.1, 2.5, 3.2.1, 3.2.2.2, 3.2.3.3, 6.2.2, 6.2.2.2, 6.2.2.3, 6.2.3, 6.2.4, 6.5, 7.2.2, 8.3.2, 9.2.2.2, 9.6.2
Tribunal des Conflicts | 8.4.4.2

U
Uitvoeringsmodaliteiten | 5.3.1.1, 5.3.2.1, 8.4.2
Ultra-vires-Kontrolle | 6.2.2.4
*Una-via*beginsel | 5.1.3
Unierecht, indirect | 6.3.4, 6.3.5, 6.5, 9.6.3

V
Valenzuela Contreras/Spanje-arrest | 7.3.2.1
Van Gend & Loos-arrest | 2.3.3.2, 6.2.2.3, 6.2.2.4, 9.6.3, 9.9
Varkensmester-arrest | 4.2.2.2, 4.2.2.6
Verdragsconforme interpretatie | 5.2.3.3
Verenigde kamer | 1.5, 8.4.4, 8.4.4.2, 8.4.4.3, 9.8.4.4
Vergunning(voorschriften) | 4.1.2.2, 4.3.2, 4.3.4, 9.3.2.2, 9.4.3
Verlofstelsel | 8.4.2.2
Vermeire/België-arrest | 7.2.5, 7.3.2.3
Vernietigingsbevoegdheid | 1.5, 2.2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.3.3.2, 2.3.3.4, 2.5, 9.2.1, 9.9
Verschoonbaarheid, bestuursrechtelijke | 3.1.6.4, 5.3.3.2
Verticale relatie/binding | 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.3.1, 2.3.3.1, 2.5, 9.2.1, 9.9
Verwijzingsuitspraken 3.1.3.2, 3.1.6.4
Verzetrechter | 3.4.2.3
Vierde instantie | 2.3.3.3, 7.3.1
Vierde Tranche | 3.4.2.3, 4.1.2.3, 4.3.3.2
Vilnes/Noorwegen-arrest | 7.4.2
Volgplicht-arresten | 3.2.3.3, 3.2.3.4, 3.3.1
Volkenrechtelijke verplichting | 2.3.3.3
Voorbehouden:
– in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden | 4.2.2.3, 4.4.3.2, 4.4.3.3
– *ratione temporis*, *materiae* of *personae* | 7.2.4.2
Voorprocedure, bestuurlijke | 3.1.5, 3.3.2.2, 5.3.3.1
Vrouwenverdrag | 3.3.3.2
Vrijspraak | 4.4.3.2

W
Wederkerigheid | 3.2.3.7, 3.3.1, 3.5, 4.4.3.1, 8.3.1, 9.3.3.2
Wet aanpassing bestuursprocesrecht | 3.1.6.4, 8.4.2.1, 8.4.2.2
Wet arbeid vreemdelingen | 4.3.3.2
Wet GBA | 3.3.2.4
Wet Mulder | 2.3.2.2, 4.1.1.2, 4.3.3.2, 8.4.2.2, 8.4.3, 8.4.4.3, 8.5, 9.8.4.3
Wet nadeelcompensatie | 3.1.6.4, 3.3.2.3, 7.4.1, 9.3.2.2
Wet subsidiëring politieke partijen | 3.1.6.4, 3.2.3.5, 3.3.3.2
Wetsvoorstel Halsema | 2.4.1, 2.4.3.1
Wettelijk voorschrift
– leer van de bindende kracht van uitspraken | 3.3.1, 3.3.4
– leer van de meest gerede rechter | 3.3.2, 4.3.3, 8.3.1

X
X en Y-arrest | 7.3.2.5

Z
Zelfstandig schadebesluit | 3.1.6.4, 9.3.2.2
Zuckerfabrik Süderdithmarschen-arrest | 6.2.2.3

Curriculum vitae

Olaf van Loon werd geboren op 30 juni 1972 te Utrecht. Aan de Prins Willem Alexanderschool in Zeven (BRD) en het Mollerlyceum in Bergen op Zoom volgde hij Voorbereidend Wetenschappelijk Onderwijs. In 1991 deed hij eindexamen. Hij studeerde vervolgens Nederlands recht (civielrechtelijke afstudeervariant) aan de – toen nog – Rijksuniversiteit Leiden, waar hij in 1996 het doctoraalexamen behaalde. Aansluitend op zijn studie was hij gerechtssecretaris bij het Kantongerecht te Amsterdam. Sinds 1 februari 1997 is hij verbonden aan de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Bij Koninklijk Besluit van 21 augustus 2000 werd hij benoemd tot ambtenaar van Staat.

Binnen de directie Bestuursrechtspraak is hij op verschillende rechtsgebieden actief geweest, onder andere het financieel bestuursrecht, onderwijsrecht, kiesrecht, bouwrecht en het recht van decentrale overheden. Sinds medio 2003 is hij als seniorjurist verbonden aan de Vreemdelingenkamer. Van 2003 tot en met 2007 was hij als opleidingsseniorjurist tevens belast met het ontwikkelen van het opleidingenprogramma en organiseren van cursussen voor medewerkers van de Vreemdelingenkamer en de directie Bestuursrechtspraak als geheel.

Naast zijn werkzaamheden voor de directie Bestuursrechtspraak vervulde en vervult hij verschillende nevenfuncties. Zo was hij als praktijkdocent verbonden aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden en verzorgde hij voor deze universiteit verschillende PAO-cursussen. Hij is voorzitter van het College van Beroep voor de examens en van de Commissie voor de beroep- en bezwaarschriften van de Universiteit Leiden. Namens de werkgever is hij lid van de tripartite Kamer voor Ontslagzaken van die universiteit. Hij is tevens actief in verschillende gemeentelijke bezwaarschriftencommissies.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2011, 2012 en 2013 verschenen:

MI-214 C.M. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, (diss. Leiden), Leiden 2013

MI-215 A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPress 2013, ISBN 978 90 8891 597 0

MI-216 V.S. Bouman, *De baai geblokkeerd: piraten in het nauw? Een onderzoek naar de toelaatbaarheid en het effect van het blokkeren van The Pirate Bay,* (Jongbloed scriptieprijs 2012), Den Haag: Jongbloed 2013, ISBN 978 90 7006 268 2

MI-217 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde.* BWKJ nr. 28, Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1311 482 9

MI-218 J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren & P.M. Schuyt, *Meerdaadse samenloop in het strafrecht. Een onderzoek naar doel, grondslag, karakter, strekking en functie van de wettelijke regeling van meerdaadse samenloop (artikel 57-63 Sr)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, ISBN 978 90 8974 843 0

MI-219 J. Nijland, *De overheidsonderneming. Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPress 2013, ISBN 978 90 8891 719 6

MI-220 K.M.P. Setiawan, *Promoting Human Rights. National Human Rights Commissions in Indonesia and Malaysia*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2013, ISBN 978 90 8728 203 5, e-isbn 978 94 0060 166 6 (pdf), e-isbn 978 94 0060 167 3 (ePub)

MI-221 J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1312 059 2

MI-222 D.A. Dam-de Jong, *International law and governance of natural resources in conflict and post-conflict situations*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 475 4

MI-223 W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1312 132 2

MI-224 A.F. Rommelse, *De arbeidsongeschiktheidsverzekering: tussen publiek en privaat. Een beschrijving, analyse en waardering van de belangrijkste wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel tussen 1980 en 2010*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2013, ISBN 978 90 8728 205 9, e-ISBN 978 94 0060 170 3

MI-225 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312, e-ISBN 978 90 1312 041 7 040 0

MI-226 H. Duffy, *The 'War on Terror' and International Law*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 493 8

MI-227 A. Cuyvers, *The EU as a Confederal Union of Sovereign Member Peoples. Exploring the potential of American (con)federalism and popular sovereignty for a constitutional theory of the EU*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978-94-6203-500-3

MI-228 M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs. Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 232 9

MI-229 C. Chamberlain, *Children and the International Criminal Court. Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 519 5

MI-230 R. de Graaff, *Something old, something new, something borrowed, something blue?, Applying the general concept of concurrence on European sales law and international air law*, (Jongbloed scriptieprijs 2013), Den Haag: Jongbloed 2014, ISBN 978 90 7006 271 2

MI-231 H.T. Wermink, *On the Determinants and Consequences of Sentencing*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 90 7006 271 2

MI-232 A.A.T. Ramakers, *Barred from employment? A study of labor market prospects before and after imprisonment,* (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 178 3

MI-233 N.M. Blokker et al. (red.), *Vijftig juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, ISBN 978 90 8974 962 8

MI-234 S.G.C. Van Wingerden, *Sentencing in the Netherlands. Taking risk-related offender characteristics into account*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom/Lemma 2014, ISBN 978 94 6236 479 0

MI-235 O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, ISBN 978 94 6290 013 4

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek

E.M. MEIJERS INSTITUUT

INSTITUUT VOOR RECHTSWETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK

Een ambtenaar die wordt vervolgd, loopt het risico dat hij om die reden wordt ontslagen ondanks dat de strafrechter hem heeft vrijgesproken. Een burger die van het college van burgemeester en wethouders een omgevingsvergunning heeft gekregen voor het bouwen van een schuur, kan ermee worden geconfronteerd dat hij van die vergunning toch geen gebruik kan maken zonder onrechtmatig te handelen ten opzichte van zijn buurman. Aan een rechtzoekende is dit lastig uit te leggen. Maar hoe gaat een rechter om met een uitspraak van een collega-rechter en welke betekenis hecht hij daaraan?

Nederland kent op het hoogste niveau vijf rechterlijke instanties. Daarnaast spelen arresten van het Hof van Justitie en het EHRM een grote rol. Tussen deze instanties bestaat geen formele hiërarchische relatie. Ondanks dat deze instanties beschikken over een als exclusief bedoelde, absolute competentie, komt het regelmatig voor dat een geschil raakvlakken heeft met rechtsgebieden die tot verschillende competenties behoren of dat meerdere hoogste rechterlijke instanties zich bevoegd achten en rechtsmacht delen. In dit proefschrift wordt de verhouding tussen de hoogste rechterlijke instanties besproken waarbij een bestuursrechter betrokken is. Hoe komt het dat meerdere rechterlijke instanties bevoegd zijn hetzelfde geschil te beoordelen en wat zou een rechter met uitspraken van andere rechters moeten doen? Komen deze instanties tot dezelfde oordelen over de verbindendheid en interpretatie van een algemeen verbindend voorschrift en de vaststelling van feiten? Welke uitgangspunten hanteren zij daarbij en leiden deze ook tot het ontstaan van rechtseenheid? Of zijn er verschillen en zijn institutionele wijzigingen in het stelsel vereist om tot rechtseenheid te komen?

Dit is een boek in de Meijers-reeks. De reeks valt onder verantwoordelijkheid van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. De studie werd verricht in het kader van het facultaire onderzoeksprogramma Securing the Rule of Law in a World of Multilevel Jurisdiction.

ISBN 978-94-6290-013-4