



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

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 precedenteren 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 precedents ...

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 blijken 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 precedënten

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 precedëntenstelsel 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 jurisprudentië 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 jurisprudentië 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 jurisprudentië in een concreet geval niet onverkort te volgen is zeker in het geval de eerstelijnsrechter het ten principale oneens is met een jurisprudentië 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 jurisprudentië 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 eerstelijns 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 waarop 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 rechtsoptvolgers (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 argument*’ 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 bestuursrecht-spraak 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 burger-rechtelijke 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 (i.wtr. 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 Onderwijsraad³¹ 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 (i.wtr. 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 (i.wtr. 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 (i.wtr. 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 (i.wtr. 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 (i.wtr. 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 rechtspositie 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: Philippen & 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 opgesteld. 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 tussen 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 belangrijkste 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 unierecht 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 unierecht, 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 unierecht 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 Lenaerts, 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. Compliceerende 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 ontleen.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 uitlegingsgegevens met betrekking tot het gemeenschapsrecht verschaft die zij voor de beslis-sing 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 ontnemt 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, handhavingmechanisme 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: Arnulf, p. 48, en Schermers & Waelbroeck, p. 272.

83 Zie hierover onder meer: Arnulf, 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 rechtsovereenkomsten die ertoe strekken de rechten die particulieren aan het unierecht kunnen ontleen 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 Arnulf 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: Arnulf, 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 gezien 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: Fynys, 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 16^e 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 ontleenen.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: v.zr. 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 kanttkening 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.