.K

Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCVI

Preadvies

De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving

door

prof. mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens
mr. J.W. Ilsink
mr. R.E. de Winter

Samsom H.D. Tjeenk Willink
Alphen aan den Rijn

DE PRAKTIJK VAN TOETSING VAN GEMEENTELIJKE REGELGEVING

Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCVI

DE PRAKTIJK VAN TOETSING VAN GEMEENTELIJKE REGELGEVING

PREADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

PROF. MR. H.Ph.J.A.M. HENNEKENS

MR. J.W. ILSINK

MR. R.E. DE WINTER

voor de algemene vergadering

op 3 april 1987

SAMSOM H.D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1987

CIP
ISBN 90 6092 238 7

Copyright © 1987 Vereniging voor Administratief Recht, 's-Gravenhage
Auteursrecht voorbehouden.
Gehele of gedeeltelijke overneming of reproduktie van de inhoud van deze uitgave, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteursrechthebbende is verboden, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld. Het verbod betreft ook gehele of gedeeltelijke bewerking.
De uitgever is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de door derden verschuldigde vergoedingen voor kopiëren, als bedoeld in artikel 17, Auteurswet 1912 en in het K.B. van 20 juni 1974 (Stb. 351, 1974) ex artikel 16b Auteurswet 1912, te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden.
Correspondentie inzake overneming of reproduktie richten aan: Samsom Uitgeverij bv, Postbus 4, 2400 MA Alphen aan den Rijn.

Inhoud

Lijst van afkortingen 9

prof. mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens

Toetsing van verordeningen door administratieve rechters en in Kroonberoep 11

Inleiding: het begrip verordening, decentrale overheden 13

1 De wettelijke regeling van de toetsingsbevoegdheid 17
1.1 De Grondwet 17
1.2 De Wet Algemene Bepalingen 17
1.3 De ontvankelijkheidsvraag 19

2 De wijze van toetsing 21
2.1 Toetsing door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State 21
2.1.1 Toetsing aan internationale verdragen 21
2.1.2 Toetsing aan de Grondwet 24
2.1.3 Toetsing aan artikel 168 gemeentewet 26
2.1.4 Toetsing aan de artikelen 193 en 194 gemeentewet 29
2.1.5 Toetsing aan artikel 81 Provinciewet 33
2.1.6 Toetsing aan de Wet Arob 35
2.1.7 Toetsing aan bijzondere wetten en provinciale verordeningen 37
a. De Wet en het Besluit op de Ruimtelijke Ordening en de Woningwet 37
b. Strijd met de Woonruimtewet 1947 42
c. Strijd met de Monumentenwet 43
d. Strijd met de Hinderwet 44
e. Strijd met de Wet verontreiniging oppervlaktewateren 45
f. Strijd met de Wegenverkeerswet 45
g. Strijd met de Wet op Woonwagens en Woonschepen 1918 47
h. Strijd met de Wegenwet 49
i. Strijd met de Vestigingswet Bedrijven 1954 52
j. Strijd met de Drank- en Horecawet 53

k. Strijd met de provinciale caravan- en tentenverordening 54
l. Strijd met de provinciale landschapsverordening 55
m. Strijd met de provinciale afvalstoffenverordening 57
2.1.8 Onverbindendheid wegens onbevoegdheid 57
2.2 Toetsing door de Centrale Raad van Beroep 58
2.2.1 Strijd met de wet 58
2.2.2 Onverbindendheid wegens onbevoegdheid 59
2.2.3 Onverbindendheid wegens terugwerkende kracht 60
2.2.4 Strijd met andere ongeschreven rechtsbeginselen 61
2.3 Toetsing door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven 65
2.3.1 Toetsing aan EEG-recht 65
2.3.2 Toetsing aan grondrechten 66
2.3.3 Strijd met de wet 66
2.3.4 Onverbindendheid wegens onbevoegdheid 67
2.3.5 Toetsing aan ongeschreven recht 68
2.4 Toetsing door de Kroon in administratief beroep 71
2.4.1 Toetsing aan wetten 71
2.4.2 Toetsing aan algemene beginselen 73

3 Conclusies en slotbeschouwing 75
3.1 De verhouding wetgever-rechter 75
3.2 De verhouding rechter-Kroon 85
3.3 De verhouding autonomie-medebewind 86
3.4 De rechter en tegengestelde belangen in wettelijke regelingen 90
3.5 Slot 92

Noten 93

mr. J.W. Ilsink

Een tweetal aspecten van de rechterlijke toetsing van belastingverordeningen 109

Voorwoord 111

1 Tussen Kroon en rechter
Toetsing van vage normen 113
1.1 Inleiding 113
1.2 Een matige winst 117
1.3 Een billijke bijdrage 123
1.4 Op benaderende wijze 126
1.5 Een redelijke verhouding 128
1.6 Tot slot 131

2 *Tussen wet en recht*
Toetsing aan algemene rechtsbeginselen 135
2.1 Inleiding 135
2.2 Het verbod van willekeur 136
2.3 Het rechtszekerheidsbeginsel 138
2.4 Het vertrouwensbeginsel 143
2.5 Het gelijkheidsbeginsel 154
2.6 Het verbod van détournement de pouvoir 155
2.7 De doelmatigheid 170
2.8 Tot slot 173

Noten 175

mr. R.E. de Winter

Toetsing van gemeentelijke verordeningen door de strafkamer van de Hoge Raad 179

1 Inleiding 181

2 Hiërarchie van normen 186

3 Het toetsingsmechaniek 194

4 Toetsingscriteria 203
4.1 Cassatierechtspraak 204
4.2 Toetsing aan artikel 168 gemeentewet 207
4.3 Toetsing aan hogere regels met hetzelfde onderwerp 215
4.4 Toetsing aan artikel 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht 217
4.5 Toetsing aan internationaal recht 223
4.6 Toetsing aan rechtsbeginselen 230
4.7 Toetsing in het kader van 'medebewind' 232
4.8 Afronding en conclusie 234

5 De gevolgen van toetsing 236
5.1 'Buiten toepassing' of 'onverbindend'? 236
5.2 'Splitsbaarheid' 239
5.3 'Herleving' 244

6 Slot 246

Noten 247

Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR 267

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen (tot 1 januari 1971: Administratieve en Rechterlijke Beslissingen)
APV	Algemene politieverordening
ARRS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
CBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DD	Delikt en Delinkwent
Gst.	De Gemeentestem
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
gem. w.	gemeentewet
GW	Grondwet
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten
NG	De Nederlandse Gemeente
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM-bulletin	Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten
Regelmaat	Kwartaalblad voor wetgevingsvraagstukken
RvdW	Rechtspraak van de Week
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekering
SEW	Sociaal-economische Wetgeving
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
VAR	Vereniging voor Administratief Recht
W	Weekblad van het Recht
Wet Arob	Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
Wet BO	Wet op de Bedrijfsorganisatie

prof.mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens

Toetsing van verordeningen door administratieve rechters en in Kroonberoep

Inleiding

Alvorens te onderzoeken op welke wijze verordeningen van gedecentraliseerde overheden door de administratieve rechter en in administratief beroep getoetst worden, is het nodig enige begrenzingen aan te brengen. Daarom wordt hierna aangegeven hoe het begrip verordening wordt verstaan en in welke zin de gedecentraliseerde overheden zijn afgebakend. Daarnaast is een beperking aangebracht tot voornamelijk die administratieve rechters die in hoogste ressort in bodemprocedures rechtspreken, terwijl inzake administratief beroep volstaan is met een onderzoek naar uitspraken van de Kroon. Dit bleek overigens weinig resultaten op te leveren, omdat de Kroon zo nodig als bestuursambt andere mogelijkheden ter beschikking staan dan onverbindendverklaring of buiten toepassing laten. Overigens bleek de Kroon van zulke mogelijkheden weinig gebruik te (hoeven) maken. Daarnaast is gebleken dat de Kroon niet snel geneigd is onverbindend te verklaren in administratief beroep. Een reden daarvoor kan gelegen zijn in het feit dat de Kroon als beroepsinstantie nogal eens zelf in de desbetreffende zaak een beslissing pleegt te nemen. Zou zij daarbij een verordening onverbindend verklaren, dan zou zich de vraag voordoen op welke wettelijke grondslag zij alsdan zou moeten beslissen. Het zou zich niet verdragen met haar toezichthoudende positie als bestuursorgaan een 'eigen' verordening in de plaats te stellen van de onverbindendverklaarde. Om die reden lijkt het aannemelijk dat de Kroon in administratief beroep in het algemeen niet voor onverbindendverklaring geporteerd is. Een argument daarenboven kan zijn dat dit verband houdt met de bevoegdheid van de Kroon tot het vernietigen van verordeningen buiten administratief beroep. De aangewezen weg binnen de besturende overheidsbevoegdheid om aan een verordening rechtsgeldigheid te ontnemen is het repressief toezicht. Dit toezicht wordt uitgeoefend door de Kroon volgens bijzondere regels, waarbij het resultaat nooit kan zijn dat de Kroon voor een vernietigde verordening een andere in de plaats stelt. Deze vernietigingsbesluiten zijn buiten het onderzoek gelaten, omdat zij minder goed passen in het totaal van het toetsingsrecht. Bovendien was de stof reeds zo omvangrijk dat het meer 'multa' dan 'multum' opleverde.

De periode van het onderzoek bestrijkt, afhankelijk van de materie, tien of dertig jaar. De uitspraken van de Afdeling rechtspraak zijn vanaf den beginne onderzocht, die van het CBB zoveel mogelijk sinds zijn ontstaan. De Centrale Raad van Beroep leverde in die tijdsspanne nauwelijks relevante uitspraken voor dit onderwerp op.

Als kenbron is voornamelijk afgegaan op de publikaties in *Administratieve en rechterlijke beslissingen,* sinds 1 januari 1971 *Administratiefrechtelijke Beslissingen* geheten. *De Gemeentestem, Sociaal-Economische Wetgeving* en de jurisprudentienummers van *Bestuurswetenschappen.* Bij de weergave is getracht te volstaan met die uitspraken waarbij de onverbindendverklaring werd uitgesproken of de bepaling buiten toepassing werd gelaten wegens strijd met een andere regeling. Slechts in gevallen van noodzakelijk geachte verduidelijking werd ook melding gemaakt van verbindend geachte verordeningen. De inventarisatie werd verricht door de student-assistenten L.W. van de Ven en B.A.P.M. Achterbergh, zonder wier hulp het niet mogelijk was geweest een zo grote hoeveelheid materiaal te verwerken. Collega C.A.J.M. Kortmann betuig ik mijn bijzondere dank voor zijn commentaar bij het concept voor dit preadvies.

Het begrip 'verordening'

Bij het onderzoek naar de toetsing van verordeningen dient aangegeven te worden wat dit begrip inhoudt. Enerzijds wordt het woord 'verordening' voor verschillende rechtsfiguren gebruikt en bezit daardoor onvoldoende onderscheidend vermogen. Anderzijds worden begrippen als 'regelingen, reglementen en besluiten' soms gehanteerd als synoniemen van 'verordeningen'.

In dit preadvies wordt onder 'verordening' verstaan een of meer algemene voorschriften waarbij burgers verplichtingen worden opgelegd door een niet tot de centrale overheid behorende overheidsinstantie die daartoe ingevolge staats- of administratiefrechtelijke regeling bevoegd is danwel meent te zijn. Hierdoor worden exploitatieverordeningen ex art. 42 Wet op de Ruimtelijke Ordening, subsidieverordeningen, beheersverordeningen en organisatieverordeningen buitengesloten evenals 'verordeningen' welke in het privaatrecht hun grondslag vinden. Buiten beschouwing blijven regelen waarbij burgers niet tot iets verplicht worden noch hun een gebod opgelegd wordt,[1] doch waarbij de overheid jegens burgers gebonden wordt; deze regels onderscheiden zich immers van wat als algemeen verbindende voorschriften aangeduid pleegt te worden. Dit blijkt uit het feit dat zij in de jurisprudentie veelal als 'beleidsregels' van de bestuderende overheid worden aangemerkt, terwijl

daarnaast toetsing van zo'n verordening – gesteld dat men deze als een algemeen verbindend voorschrift zou aanmerken – in de jurisprudentie geen rol van betekenis speelt. De 'verordeningen' die in het privaatrecht hun grondslag vinden komen niet aan de orde, omdat deze als door het bestuur gehanteerde 'algemene voorwaarden' kunnen worden gezien. Het overheidslichaam komt toe op grond van zijn privaatrechtelijke bevoegdheid deel te nemen aan het rechtsverkeer als een natuurlijk persoon. Een bestuursorgaan is belast met de voor dit lichaam te nemen besluiten, waaronder het vaststellen van algemene voorwaarden. Dit neemt niet weg dat omtrent de vraag of een verordening haar basis in het privaatrecht vindt verschil van inzicht kan bestaan. De rechter maakt uiteindelijk uit of dit het geval is (bijv. ARRS 9 juli 1981, *Gst.* 1981, 6689 m.nt. v.Z.). Het rechterlijk oordeel wordt als uitgangspunt genomen en zo nodig ook op dit aspect becommentarieerd.

De aangebrachte beperking is ook om een andere reden nodig. In sommige wetten wordt de toetsingsbevoegdheid van de rechter beperkt, hetzij in het algemeen voor alle rechters hetzij meer specifiek voor een bepaalde rechterlijke instantie. Zo'n beperking is onder meer gegeven in het begrip 'algemeen verbindend voorschrift'.

De vraag die in dit preadvies beantwoording krijgt, betreft specifiek de mogelijkheid van toetsing van de voorschriften, welke niet rechtstreeks aan het oordeel van de rechter voorgelegd kunnen worden vanwege juist die beperking. Het gaat erom te onderzoeken of rechters desalniettemin toetsen en eerst daarna, in welke mate en op welke wijze.

Decentrale overheden

Uit de jurisprudentie blijkt dat met name gemeentelijke verordeningen een rechterlijke toetsing te beurt pleegt te vallen. Het onderzoek is evenwel niet tot gemeentelijke verordeningen beperkt. Twee redenen kunnen daarvoor aangevoerd worden. Vooreerst het feit dat met name het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep als rechter in sociaal verzekeringsrecht dan buiten het onderzoek zouden blijven, hetgeen voor een inzicht voor de wijze waarop administratieve rechters onderling bij de onderhavige toetsing te werk gaan een gemis zou zijn. Vervolgens, omdat dan niet duidelijk zou worden of een verschil in redactie inzake de bevoegdheid tot vaststellen van verordeningen eveneens tot een verschil in toetsing heeft geleid danwel niet van wezenlijke betekenis voor de rechterlijke toets van verordeningen is geweest. In kwantitatieve zin bleek er evenwel een groot verschil te zijn tussen de uitspraken die gemeentelijke verordeningen betreffen en die betrekking hebben op algemeen verbindende voorschriften van de wetgevende ambten van provincies, waterschappen, produkt- en (hoofd)be-

drijfschappen. Dit leidde tot een onevenwichtige samenstelling van het materiaal, waardoor vergelijkingen tussen de benaderingswijzen van de verschillende administratieve rechters niet tot hun recht konden komen.

1 De wettelijke regeling van de toetsingsbevoegdheid

1.1 De Grondwet

Artikel 120 Grondwet verbiedt de rechter te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. Aangezien het begrip 'wetten' hier duidt op formele wetten, is in deze bepaling geen verbod voor de rechter gelegen tot toetsing van verordeningen aan de Grondwet.[2] Daarnaast stelt artikel 94 Grondwet: 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties'. Het in dit preadvies gehanteerde begrip 'verordening' kan aangemerkt worden als een 'wettelijk voorschrift' in artikel 94 GW, zodat ook de administratieve rechter en in administratief beroep de Kroon kan nagaan of de desbetreffende verordening verenigbaar is met in dit artikel genoemde ieder verbindende bepalingen, hoewel strikt genomen volstaan zou kunnen worden met de toetsing van de toepassing van dat voorschrift. Zoals hierna zal blijken is bij deze toetsing van eenduidigheid geen sprake. Ook de term 'buiten toepassing laten' blijkt niet steeds een zelfde betekenis te hebben. De Grondwet geeft geen regeling voor toetsing van verordeningen aan formele wetten of aan andere algemeen verbindende voorschriften die van rijkswege vastgesteld zijn.

1.2 De Wet Algemene Bepalingen

De vraag rijst of de Wet Algemene Bepalingen van betekenis is voor rechterlijke toetsingsbevoegdheid van verordeningen. Er valt op te wijzen dat deze wet haar oorsprong vindt in het burgerlijk recht. 'In Frankrijk is deze wet de *Titre préliminaire* van den *Code Civil*', zo begint Opzoomer zijn Aantekening op de Wet houdende Algemene Bepalingen[3] der wetgeving van het Koninkrijk. Maar 'bij ons ging het beter',[4] de wet van 15 mei 1829 werd niet tot een gedeelte van het burgerlijk wetboek bestempeld: zij zou als een afzonderlijke wet blijven bestaan en een 'volstrekt algemeen karakter bezitten'.[5] 'Onze wet bevat geen voorschriften,

die aan de wetgever, maar alleen voorschriften, die aan den rechter gegeven zijn. De rechter is er bij het toepassen, niet de wetgever bij het maken der wetten aan gehouden'.[6]

Opzoomer stelt de vraag naar de betekenis van het woord 'wet' in de Wet Algemene Bepalingen en geeft als antwoord: 'Dat woord is... dubbelzinnig. Nu eens komt het in een ruimen, dan in zeer eigen zin voor. In dien engeren zin wordt het gebruikt, waar men op het werk van den Koning en de beide Kamers der Staten-Generaal het oog heeft... Maar er is ook een veel ruimere betekenis, die in het dagelijksche spraakgebruik en in de afgeleide woorden zelfs de gewone is. Men let dan niet op den oorsprong, maar op het karakter. Een wet heet dan iedere algemene voor alle burgers gestelde regel, waaraan bijzondere rechtsbetrekkingen onderworpen zijn, om het even van wien hij afkomstig is'.[7]

De bepaling van artikel 11 'De rechter moet volgens de wet recht spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen' merkt Opzoomer als een zeer eenvoudig rechtsbeginsel aan.[8] De zin van deze bepaling legt hij aldus uit, dat de rechter zijn oordeel over de wet niet mag gebruiken omtrent de al dan niet toepassing ervan. 'Beoordelen is hier dus genomen in den zin van: zoo beoordelen, dat er practische gevolgen uit voortvloeien. Het moet hem genoeg zijn, dat het een wet is. Maar dat onderzoek, of de bepaling dien naam verdient, staat hem dan ook zonder eenigen twijfel vrij; of liever hij is er toe verplicht, want evenzeer als hij volgens de wet recht moet spreken, moet hij het ook alleen volgens datgene doen, wat waarlijk wet is'.[9]

'Het beginsel zelf is zoo algemeen uitgesproken, dat het ook alle *wetten* moet omvatten. Daarenboven staan plaatselijke of provinciale verordeningen tot de wet, als de wet tot de grondwet. Zo min als de wet het recht mag krenken, dat de burger heeft uit de grondwet, evenmin dergelijke verordening het recht, dat hij heeft uit de wet. Hij moet bij den rechter eveneens recht kunnen vragen en krijgen uit de grondwet tegen de wet, uit de wet tegen de plaatselijke verordening. Een plaatselijke of provinciale verordening, welke de wet schendt, kan zo min onschendbaar zijn als de wet, welke de grondwet schendt'.[10] Bij de bespreking van de sinds 1848 nieuwe bepaling dat de wetten onschendbaar zijn verwijst Opzoomer naar Thorbecke, waar deze schrijft: 'Voor deze nieuwe spreuk zal, geloof ik, ieder voor een gesloten deur blijven staan, en naar de memorie van toelichting grijpen, om gewaar te worden wat men meent'. In die memorie leest men: de onschendbaarheid der wetten heeft eene driedubbele betekenis. Zij plaatst de wet boven alle bedenking; zij waarborgt haar tegen alle aanranding zowel van de uitvoerende en rechterlijke macht, als van de plaatselijke autoriteiten, aan wie, alleen behoudens de wet, het vaststellen van plaatselijke verordeningen is toegekend'.[11] Om een wet te zijn, zal zij aan de daarvoor door de Grondwet gestelde eisen dienen te voldoen: 'Het onderzoek hiernaar is altijd een recht, zelfs een verplichting van den rechter'.[12]

Over de artikelen 12 en 13, tenslotte, schrijft Opzoomer: 'Art. 12 wil de rechterlijke macht niet op de wetgevende doen ingrijpen, ons artikel (sc. 13) wil den last der rechterlijke macht niet op de schouders der wetgevende wentelen'.[13]

De grondwettelijke bepaling over de onschendbaarheid der wetten is in de loop der tijden stringenter uitgelegd dan zij door Thorbecke verstaan werd, daarin door Opzoomer gevolgd. Voor dit preadvies kan blijven rusten de verhouding tussen Grondwet en formele wet, met de opmerking dat de huidige redactie van art. 120 GW niet alleen mogelijkheden aan de rechter biedt tot toetsing van de wet aan algemene rechtsbeginselen,[14] maar ook voor de rechter de mogelijkheid open laat na te gaan of een wet als zodanig kan worden aangemerkt.[15] Ofschoon de literatuur niet rijk is aan monografieën over de betekenis van de Wet Algemene Bepalingen mag uit verschillende her en der verspreide benaderingen opgemaakt worden dat het woord 'wet' in artikel 11 als algemeen verbindend voorschrift verstaan pleegt te worden.[16] Dit houdt in, dat de rechter zijn eigen waardeoordelen niet tegenover een algemeen verbindend voorschrift mag stellen, maar aan zijn uitspraak ten grondslag dient te leggen de waardeoordelen welke in het algemeen verbindend voorschrift zelf liggen opgesloten.[17] Hoe dit in de jurisprudentie van de administratieve rechter uitwerkt, zal uit het onderzoek blijken. Voor administratief beroep ligt het anders. De Wet Algemene Bepalingen richt zich tot de rechter, niet tot de wetgever noch tot het bestuur. Voor administratief beroep geeft deze wet geen regeling, zij speelt dan ook in dat verband geen rol.

1.3 De ontvankelijkheidsvraag

Naast de bevoegdheid van de rechter staat de vraag naar de ontvankelijkheid van het beroep. Voor administratieve rechters blijkt deze niet steeds op dezelfde wijze geregeld te worden. De Beroepswet geeft terzake van algemeen verbindende voorschriften geen relevante regeling.[18] Artikel 58 1.5 Ambtenarenwet 1929 bepaalt dat het beroep niet-ontvankelijk is, voorzover het gericht is tegen algemeen verbindende voorschriften. De Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie geeft niet expressis verbis zo'n regeling,[19] terwijl de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, ingevolge welke alléén tegen beschikkingen opgekomen kan worden, besluiten van algemene strekking uitzondert (zie art. 2). Uitsluitend bezwaren tegen een algemeen verbindend voorschrift – hetgeen per definitie een besluit van algemene strekking is – kunnen door betrokkenen niet aan het oordeel van administratieve rechters onderworpen worden. Steeds zal een concreet besluit – beschikking – of soms ook (concrete) handeling de grondslag dienen te zijn om zich tot deze rechter te wenden. Hier ligt een verschil met de burger-

lijke rechter, waarvan de effecten ook in de jurisprudentie waarneembaar zijn.[20]

In dit preadvies wordt met name nagegaan hoe verschillende administratieve rechters hun toetsingsbevoegdheid met betrekking tot algemeen verbindende voorschriften hebben gehanteerd gedurende de laatste decennia, ofschoon rechtstreeks beroep daartegen niet ingesteld kan worden. De Centrale Raad van Beroep blijkt weinig uitspraken in de loop van die tijd in dit opzicht gedaan te hebben, zodat voor dit onderzoek weinig relevante gegevens van dit college verzameld konden worden. Uitspraken van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven leverden wat meer materiaal op, terwijl de Afdeling rechtspraak van de Raad van State een ongekende hoeveelheid stof verschafte. Deze Afdeling is toonaangevend gebleken naar kwantiteit. Het bleek ondoenlijk daarvoor een andere indeling te maken dan in navolging van de verschillende wettelijke regelingen, waaraan getoetst werd. Dit systeem is verder doorgezet voorzover mogelijk, alhoewel een dergelijke rubricering meer inventariserend dan systematiserend werkt. Daarom is in hoofdstuk III getracht een aantal algemene aspecten aan de orde te stellen.

2 De wijze van toetsing

2.1 Toetsing door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State

Hierna wordt bezien hoe met name de *Afdeling rechtspraak van de Raad van State* en soms haar Voorzitter op grond van art. 80 van de Wet op de Raad van State geoordeeld heeft over algemeen verbindende voorschriften. Daarbij is een zekere rubricering aangebracht naargelang het toetsing betrof aan bepalingen in internationale verdragen, Grondwet of wetten. Toetsing aan algemene maatregelen van bestuur en ministeriële verordeningen – los van wetten – werd niet nagegaan. Wel konden enige uitspraken vermeld worden waarbij gemeentelijke verordeningen aan provinciale werden getoetst.

2.1.1 Toetsing aan internationale verdragen

Bij haar uitspraak van 31 juli 1979 (*AB* 1979, 539 m.nt. v.d.V.) overwoog de Afdeling dat *geen toepassing kan worden gegeven* aan artikel 2 j° 3, eerste lid onder a Vestigingsregeling *Terschelling* wegens strijd met artikel 14 van het EVRM in samenhang met artikel 1 van het Eerste Protocol. De belangrijkste overwegingen luiden: 'Terwille van de leefbaarheid wordt in de Vestigingsregeling (...) een onderscheid gemaakt tussen degenen die wel op het eiland geboren en getogen zijn (...) en degenen met wie dat niet het geval is (...) In genoemd art. 14 is bepaald dat het genot van de rechten en vrijheden, welke in dit Verdrag zijn vermeld, is verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status. Door toepassing van het criterium van eilander-binding t.a.v. appellant doen verweerders (...) appellant een niet te rechtvaardigen verschil in behandeling ondergaan, dat zich niet met art. 14 van meergenoemd Verdrag (...) verdraagt. Toepassing van een criterium, waarbij maatgevend is of een persoon op het eiland geboren en getogen is, acht de Afd. een middel dat uitgaat boven hetgeen objectief en redelijkerwijs te rechtvaardigen is als passend bij het doel van de verordening, t.w. het wegnemen van de druk op de bestaan-

de woningvoorraad en de bescherming van de leefbaarheid op het eiland'.[21]

Bij deze toetsing legt de afdeling als maatstaf aan of de desbetreffende toepassing van het geboren- en getogen-criterium *een objectief en redelijkerwijs te rechtvaardigen middel is* als passend bij het doel van de verordening. Het valt op dat de Afdeling niet aangeeft op welk aspect zij dit middel in strijd acht met art. 14 EVRM, terwijl zij daarnaast het middel relateert aan het doel van de verordening. Zou hetzelfde middel bij een ander doel wel de toets met art. 14 EVRM doorstaan? De *Groesbeekse* vestigingsregeling werd volgens de Afdeling *zo toegepast* dat slechts als onderscheidend criterium het 'geboren en getogen zijn' gehanteerd werd, hetgeen zich niet met artikel 14 EVRM verdroeg.[22] In deze gevallen acht de Afdeling strijd aanwezig met een internationale verdragsbepaling vanwege de wijze waarop de plaatselijke verordening wordt toegepast.

In zijn noot onder de uitspraak over Terschelling zegt Jeukens over het verschil in toetsing aan de Grondwet en aan verdragsbepalingen: 'Het ene leidt tot onverbindend verklaren van de norm, het andere tot het vernietigen of onrechtmatig verklaren van de toepassing van de norm'.[23] Van Reijen ziet geen wezenlijk verschil, hij stelt: 'Onverbindend verklaren leidt dus steeds tot buiten toepassing laten. De discussie die de laatste jaren ontbrandt over het verschil tussen beide, miskent deze vérité de M. de la Palisse'.[24] Van Reijen wijst erop, dat de Hoge Raad reeds in 1864 stelde dat het de rechter geenszins verboden is 'een plaatselijke verordening voor elk geval aan de wet te toetsen en haar, bij bevonden strijd met de wet, niet toe te passen. Door zodanige niet-toepassing wordt de verordening niet vernietigd, maar blijft zij alleen in een bepaald geval buiten toepassing'.[25] Hij schrijft: 'Voor de Arob-rechtspraak ligt dit in wezen niet anders. De Arob-rechter oordeelt over rechtmatigheid van beschikkingen en is niet geroepen over verordeningen te oordelen. In voorkomend geval kan hij niettemin vaststellen, dat een beschikking, met een algemeen verbindend voorschrift in strijd is, wanneer de verordening, die als rechtvaardiging van de beschikking is ingeroepen, met de wet in strijd te achten valt. Dan wordt de beschikking, niet de verordening, vernietigd'.

Dat de Arob-rechter een verordening niet vernietigt houdt verband met zijn competentie die beperkt is tot het beschikkingsbegrip, zoals dat in de Wet Arob verankerd is. Dat hij verordeningen onverbindend verklaart is bij herhaling voorgekomen en zal hierna nog blijken. Op de vraag inzake verschillen tussen enkele gehanteerde begrippen zal ik in het laatste hoofdstuk terugkomen. Jeukens attendeert erop, dat de tekst van artikel 66 (nu 94) Grondwet abstracte toetsing van een Nederlands voorschrift aan een verdragsbepaling uitsluit.[26] Van der Burg wijst er daarentegen op dat in de strafrechtspraak Nederlandse wettelijke voor-

schriften *in abstracto* getoetst worden aan het EVRM; zie de bundel *Gemeentelijke Vrijheden* (Samsom 1983, blz. 30). Naar mijn oordeel valt uit de *tekst* van art. 94 GW (60 c oud) niet af te leiden dat abstracte toetsing uitgesloten is. Als de rechter een wettelijk voorschrift buiten toepassing laat omdat *dit* in strijd is met een verdragsbepaling toetst hij in abstracto. Hij toetst in concreto door voor het specifieke geval een bepaald voorschrift buiten toepassing te laten omdat voor dit geval deze toepassing van dat voorschrift niet opgaat. In het navolgende zal nader blijken hoe de rechter van zijn toetsingsbevoegdheid ten deze gebruik maakt.

De Afdeling toetste aan artikel 10 EVRM in haar uitspraak van 20 december 1982 (*AB* 1983, 243 m.nt. P.J. Boon) in concreto. Zij achtte de verzekeringsplicht tegen wettelijke aansprakelijkheid voor de *markthandelaar in boeken* niet noodzakelijk. Zij vermocht niet in te zien dat de in artikel 10, tweede lid genoemde belangen – bijvoorbeeld de openbare orde – deze beperking in het onderhavige geval noodzakelijk maakte.[27] 'Te dezen had verweerder derhalve art. 13 eerste lid onder d Marktverordening van de gemeente Krimpen aan den IJssel buiten toepassing moeten laten'.[28] De benadering van de Afdeling verschilt van die van haar voorzitter. Deze had in zijn beschikking van 1 mei 1981 (*AB* 1982, 28) op voorhand niet uitgesloten geacht, 'dat nu de verordening niet daadwerkelijk de mogelijkheid biedt hen die op grond van hun geloofsovertuiging gemoedsbezwaren hebben tegen elke vorm van verzekering vrij te stellen van de in art. 13 van die verordening gestelde eis tot het afsluiten van een verzekering, die verordening in dit opzicht strijdig is met de in art. 18 van eerdergenoemd verdrag (sc. Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten) gewaarborgde vrijheid van praktische toepassing van uit godsdienst of levensovertuiging voortvloeiende geboden of voorschriften'.

De voorzitter had abstracte toetsing toegepast – hij achtte strijdigheid van de verordening niet uitgesloten – waar de Afdeling zich tot concrete toetsing beperkt. De voorzitter liet het wettelijk voorschrift buiten toepassing afgezien van het besluit dat op dit voorschrift steunde, de Afdeling achtte het besluit in strijd met artikel 10 EVRM en liet dientengevolge de verordening buiten toepassing. In de voorzittersbeschikking 'sneuvelde' het besluit omdat de verordening in zijn ogen strijd opleverde met de verdragsbepaling, de verordening sleepte het besluit in de ondergang mee. De Afdeling achtte de verordening op zichzelf niet in strijd met het verdrag, doch liet ze buiten toepassing vanwege het gevolg dat dit besluit teweeg bracht. Hier had de strijdigheid van de op de verordening steunende beschikking gevolgen voor de toepasbaarheid van de verordening. Het spiegelbeeld van de opbouw van de overwegingen van de voorzitter.

Antenneverboden, zoals die meestal in voorschriften bij een bestemmingsplan of in een bouwverordening geredigeerd zijn hebben eni-

ge malen de toets met artikel 10 EVRM niet doorstaan; met name kan hier verwezen worden naar ARRS 10 oktober 1978, *AA* XXVIII, p. 477-485 m.nt. F.C.L.M. Crijns. Een aantal malen bleek het college van B en W reeds uit dien hoofde van het bestemmingsplan in concreto *af te wijken,* hetgeen de Afdeling rechtspraak sanctioneerde (zie ARRS 7 mei 1982, *AB* 1982, 582 m.nt. C.L.R.; *Gst.* 1982, 6725 m.nt. J.M.K. en 14 mrt. 1983, *AB* 1983, 399 m.nt. C.L.R.). De Afdeling liet een voorschrift in het bestemmingsplan 'buiten toepassing' wegens strijd met artikel 10, eerste lid EVRM in haar uitspraak van 3 oktober 1979, *AB* 1980, 247 m.nt. C.L.R. Het bestemmingsplanvoorschrift was op zichzelf niet houdbaar, hier abstracte toetsing, beperkt tot 'in zoverre'.

De voorzitter van de Afdeling achtte artikel 6, eerste lid, Woonruimteverordening 1978 van de gemeente Valkenburg in strijd met artikel 11 eerste lid, eerste zin Internationaal Verdrag van New York inzake economische, sociale en culturele rechten en artikel 26 IVBPR, omdat deze verordening het registreren van vrouwen als woningzoekenden uitsloot in gevallen, waarin mannen wel konden worden ingeschreven. Het daarop steunende besluit van verweerder kon reeds daarom niet in stand blijven (Vz AR 10 mei 1979, *AB* 1979, 472, m.nt. v.d.V.). De Afdeling onderschreef dit oordeel, zodat 'in dit geval geen toepassing kon worden gegeven aan artikel 6, eerste lid, onder a van de Woonruimteverordening 1978 van de gemeente Valkenburg' (29 januari 1981, *Gst.* 1981, 6682). Hier is sprake van abstracte toetsing: het voorschrift zelf was strijdig en *dus* hetgeen ter uitvoering van dit voorschrift besloten werd ook. Men kan het tevens zo zeggen: de basis was aan het concrete besluit komen te ontvallen.

Als de Afdeling stelt dat een bepaling *in strijd is* met een verdragsartikel zegt zij iets over die bepaling zelf in relatie tot het Verdrag, *ongeacht* de concrete toepassing van die bepaling. De toetsing van een abstracte norm aan een andere abstracte norm is abstracte toetsing en geen concrete toetsing van de toepassing van een abstracte norm in een specifiek geval. Het feit dat gesproken wordt van buiten toepassing laten van een bepaling zegt op zichzelf nog niets omtrent de vraag of er concreet danwel abstract getoetst is. In de doctrine wordt soms als vanzelfsprekend aangenomen dat de term 'buiten toepassing laten' gerelateerd is aan concrete toetsing. Dit is een misverstand.

2.1.2 Toetsing aan de Grondwet

Wat toetsing aan de Grondwet betreft, heeft de Afdeling met name enige malen strijd met artikel 7 – drukpersvrijheid – vastgesteld van bepalingen in algemeen verbindende voorschriften. In haar uitspraak van 23 otober 1978 (*AB* 1979, 499 m.nt. F.H.v.d.B.) overweegt de Afdeling: 'De Afd. zal in de eerste plaats onderzoeken of voormeld art. 1 verenig-

baar is met het bepaalde in art. 7 Gw. (...) De artt. 1 en 2 van voormelde veroordening brengen mede, dat het aanbrengen op of aan een onroerend goed van gedrukte of geschreven stukken of afbeeldingen, waarin gedachten of gevoelens zijn geopenbaard, welke stukken van een voor het publiek toegankelijke plaats af zichtbaar zijn in de gemeente geheel in het algemeen is verboden, zonder voorafgaand verlof van B en W. Het in art. 1 gestelde verbod is in zodanige algemeen luidende bewoordingen vervat, dat daarin geen voldoende aanknopingspunten zijn te vinden voor een splitsing van de wilsverklaring van de gemeenteraad in het gebruiken van onroerend goed voor opschriften, aankondigingen of afbeeldingen, waarin gedachten of gevoelens zijn geopenbaard en het aanwenden van onroerend goed voor andere opschriften, aankondigingen of afbeeldingen. Evenmin zijn daarvoor in art. 2 Verordening voldoende aanknopingspunten te vinden'.

De Afdeling merkte deze vorm aan als een middel van bekendmaking met zelfstandige betekenis en achtte daarom artikel 1 van de Leidse verordening op het stadsschoon 1965 wegens strijd met artikel 7 Grondwet onverbindend. Van der Burg wijst in zijn noot onder deze uitspraak op het feit dat de Afdeling op alle essentiële punten inzake de werking van artikel 7 GW de Hoge Raad volgt: 1. het gebruik maken van een bepaald middel van bekend maken; 2. de leer van de onsplitsbare wilsverklaring; 3. de wijze van toetsing, waarbij na een vaststelling in abstracto van de onverbindende kracht, in concreto de beschikking vernietigd wordt zoals de verdachte in zulke gevallen van rechtsvervolging ontslagen pleegt te worden. Hierbij merkt de annotator op: 'Art. 1 Sr. dwingt... tot beoordeling van de verordening in abstracto en laat slechts in beperkte mate splitsing toe. Voor de administratieve rechtspraak geldt art. 1 Sr uiteraard niet. Het spreekt derhalve niet van zelf dat de Afd. rechtspraak lagere regelingen aan een zelfde wijze van toetsing onderwerpt als de strafrechter, maar het is natuurlijk wel praktisch'.[29]

Op dezelfde wijze te werk gaande achtte de Afdeling artikel 2 van de Verordening op het reclamewezen der gemeente *'s-Gravenhage* onverbindend,[30] evenals artikel 15, eerste lid onder b Provinciaal wegenreglement *Utrecht*[31] en artikel 199, eerste lid onder a van de *Nijmeegse* politieverordening.[32] In zijn noot onder deze laatste uitspraak schrijft Van der Veen: 'Het niet respecteren van de hiërarchie in nationale wetgeving ten opzichte van inter- en supranationaal recht geeft veel minder verreikende verrassingen te zien. Aan het slot van zijn noot bij de uitspraak van de Afdeling rechtspraak van 31 juli 1979 in *Ars Aequi* 1980, no. 3, blz. 186 (Eilander-binding) wijst prof.mr. H.J.M. Jeukens op de incongruentie tussen toetsing aan de Grondwet en toetsing aan verdragsbepalingen; het ene leidt tot onverbindend verklaren van de norm, het andere tot het vernietigen of onrechtmatig verklaren van de toepassing van de norm, aldus Jeukens. Die incongruentie kan aanleiding geven tot de vraag of zij

behoort voort te bestaan. Het ligt niet voor de hand dat bij een ontkennend antwoord de gedachten zullen uitgaan naar de leer van de onsplitsbare wilsverklaring in plaats van art. 66 GW. De kaalslag dientengevolge zou heel ver kunnen reiken'.[33]

Anders dan Van Reijen neemt Van der Veen verschillen waar tussen onverbindendverklaring en buiten toepassing laten. Zoals ik hierboven reeds stelde, zegt naar mijn mening het 'buiten toepassing laten' op zichzelf onvoldoende. Relevant is mijns inziens de redengeving van het buiten toepassing laten, zij het dat het gevolg in concreto rechtens gelijk is. Wordt een bepaling onverbindend geacht, dan kan de ter uitvoering van die onverbindend geachte bepaling genomen beslissing a fortiori niet meer in rechte aanvaard worden. Is de bepaling daarentegen op zichzelf verbindend dan kan desniettemin een bepaalde toepassing daarvan toch niet aanvaardbaar zijn omdat juist *deze* toepassing zich niet verdraagt met een hogere regeling. Deze situatie kan zich zowel ten opzichte van verdragsbepalingen voordoen als ten opzichte van de Grondwet. Op de vraag naar de betekenis van splitsbare en onsplitsbare wilsverklaring kom ik nog terug.

2.1.3 Toetsing aan artikel 168 gemeentewet

De Afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft enige malen een algemeen verbindend voorschrift getoetst aan de in artikel 168 gemeentewet neergelegde begrenzingen, doch is – voorzover uit het onderzoek gebleken is – tot nu toe niet tot een negatieve bevinding gekomen. Inzake de verordening op de sex-inrichtingen van de gemeente Rotterdam overwoog de Afdeling: 'De Afd. is van mening dat de betekenis van de term "voorstellingen van erotisch-pornografische aard" voldoende duidelijk is. Gelet op de inhoud en de strekking van de Verordening moet onder deze voorstellingen in elk geval worden verstaan het vertonen van films die naar het huidig spraakgebruik worden aangeduid als sex-films. Ook het feit dat o.g.v. art. 1, sub a, onder 3, Verordening elke voor het publiek toegankelijke ruimte waar met filmautomaten voorstellingen van erotisch-pornografische aard kunnen worden gedraaid, als sex-inrichting dient te worden aangemerkt, maakt naar het oordeel van de Afd. de Verordening niet onverbindend, nu filmautomaatvertoningen van andere dan erotisch-pornografische aard, voorzover daaraan behoefte zou bestaan, door het vergunningenbeleid mogelijk gemaakt kunnen worden' (17 jan. 1979, *AB* 1979, 481 m.nt. v.d.V.).[34]

De hier toegepaste abstracte toetsing leidt tot aanvaarding van de bepaling, terwijl het vergunningensysteem als voldoende basis wordt aangemerkt voor een toepassing in concreto van deze bepaling voor gevallen waar toepassing niet meer in overeenstemming zou kunnen worden gebracht met inhoud en strekking der verordening. Deze benadering roept reminiscenties op aan het arrest van de Hoge Raad van 27 juni 1972

(*NJ* 1972, 380 m.nt. W.F.P.) waarbij de Gelderse caravan-, ligschepen- en tentenverordening niet onverbindend werd geacht omdat in artikel 3 een ontheffingsstelsel was opgenomen, waardoor toepassing van het in artikel 2 gegeven verbod kon worden voorkomen voor gevallen waar zo'n toepassing niet meer geacht kon worden het door de verordening gestelde doel te dienen.

Van de 'zwarte-lijst'-bepalingen in de APV van de gemeente *IJsselstein* kan naar het oordeel van de Afdeling 'gelet op de motieven welke hebben geleid tot het in het leven roepen van de in geding zijnde bepalingen niet worden staande gehouden dat deze (...) niet de huishouding der gemeente betreffen als bedoeld in art. 168 gem.w.'[35] De Afdeling laat zich niet erover uit waar zij de grens hier zou willen trekken.

In dit verband vraagt ook aandacht de uitspraak van de Afdeling rechtspraak inzake een 'antikraak-verordening'. Artikel 13a van de *Tielse* APV was daarbij aan de orde, luidende: 'Het is verboden een niet in gebruik zijnde woning of gebouw binnen te dringen, in gebruik te nemen of in gebruik te houden, zonder toestemming van de rechthebbende.' Dat deze bepaling in strijd zou zijn met artikel 172 GW (nu art. 12, met enkele wijzigingen) kan volgens de Afdeling daarom geen doel treffen 'omdat de door het verbod van het eerstgenoemd artikel getroffen handelingen, te weten binnendringen, in gebruik nemen, of in gebruik houden van een *niet* in gebruik zijnde woning of gebouw, van geheel andere aard zijn dan het in art. 172 GW genoemde binnentreden van een bewoonde woning tegen de wil van de bewoner'. Ook kon de Afdeling geen strijd met artikel 138 Sr zien, omdat dit artikel niet meer beoogt te beschermen dan het 'huisrecht' van de bewoner, 'zodat art. 13a niet als een ongeoorloofde aanvulling daarop valt aan te merken'. De grief dat deze bepaling de in artikel 168 gemeentewet gegeven grenzen overschreed, weerlegt de Afdeling aldus: 'Het staat de gemeenteraden naar het oordeel van de Afd. vrij, nu geen hogere regeling daarin voorziet, een verbodsbepaling van vorengenoemde strekking uit de vaardigen. Daaraan doet niet af de omstandigheid, dat het voornemen bestaat bij wet een zodanige hogere regeling te treffen, nu ingevolge art. 194 gem.w. bepalingen van plaatselijke verordeningen, in wier onderwerp door een wet, een algemene maatregel van bestuur of een provinciale verordening wordt voorzien, eerst dan van rechtswege ophouden te gelden'.[36]

De wijze waarop artikel 168 gemeentewet wordt behandeld munt uit door haar kortheid en door het feit dat in zeer algemene bewoordingen het ontbreken van een 'hogere regeling' als *enig* argument wordt gebruikt voor de afgrenzing van de bevoegdheid van 'de gemeenteraden'. De Afdeling toetst de bepaling in abstracto zonder verder te motiveren waarom naar haar oordeel een dergelijke verbodsbepaling uitgevaardigd mocht worden. De vraag of een *openbaar belang* gediend werd kwam niet uit de doeken, doch werd impliciet positief beantwoord.

Tot een positief oordeel over de bepaling in de Amsterdamse APV inhoudende een verbod tot het houden van rondvaarten tegen betaling, behoudens vergunning van B en W, kwam de Afdeling in haar uitspraak van 18 september 1981, *Gst.* 6718 m.nt. B. De Afdeling overwoog: 'Gezien de algemene strekking en het algemeen kader waarin artikel 138 van de Algemene Politieverordening is geplaatst, zijn verweerders bij het geven van voorschriften op grond van dit artikel slechts gebonden aan de algemene grenzen die artikel 168 van de gemeentewet stelt'.

De voorwaarde dat door bemanningsleden noch ander personeel om fooi mocht worden gevraagd trad volgens de Afdeling niet in de arbeidsrechtelijke verhouding tussen werknemer en werkgever, doch strekte er slechts toe een bepaald gedrag achterwege te laten dat schadelijk was voor de goede gang van zaken bij het toeristenverkeer. Hier spreekt de Afdeling niet uitsluitend van een *hogere regeling,* doch stelt zij dat de gemeenteraad *'slechts'* gehouden is aan de algemene grenzen van artikel 168 gemeentewet. De abstracte toetsing vind hier overigens ook uiterst summier plaats, waar volstaan werd met te refereren aan de algemene grenzen en het algemeen kader van de bepaling. Nadere motivering bleef achterwege.

Uit de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak of haar voorzitter blijkt enige malen dat strijd met artikel 72 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening wordt aangenomen, hetgeen merkwaardig genoemd mag worden. Dit artikel luidt: 'De bevoegdheid aan de Provinciale Staten overeenkomstig artikel 90 der Provinciewet en aan de gemeenteraad overeenkomstig artikel 168 der gemeentewet toekomende blijft ten aanzien van het onderwerp, waarin deze wet voorziet, gehandhaafd, voor zover de door deze colleges te maken verordeningen niet met deze wet in strijd zijn'.

Deze bepaling vestigt geen bevoegdheden, doch erkent expressies verbis – teneinde alle twijfel uit te sluiten – de bestaande bevoegdheden tot aanvulling en wijst daarbij uitdrukkelijk naar de desbetreffende algemene bevoegdheidsbepalingen in Provincie- en gemeentewet. De wetgever heeft deze methodiek de laatste jaren meermalen toegepast, soms met verwijzing, soms zonder verwijzing naar de desbetreffende competentie-artikelen in de organieke wetten.[37] Door zo'n bepaling *verandert* er niets in de bevoegdheden-verdeling, de bevoegdheid tot aanvulling wordt gehandhaafd. De overweging van de Afdeling 'dat de begrenzing, die de Rijkswetgever aan het vaststellen van gemeentelijke verordeningen in art. 72 Wet op de Ruimtelijke Ordening heeft gesteld'[38] verdient geen navolging, omdat dit artikel geen grenzen stelt, slechts aan elders geregelde bevoegdheden refereert. Aangezien strijd van een algemeen verbindend voorschrift met een bijzondere wet(sbepaling), veeleer past in de categorie 'strijd met een specifieke regeling', wordt dit niet gerangschikt onder 'toetsing aan artikel 168 gemeentewet'. Alhoewel niet juist, zal ik desbetreffende uitspraken behandelen onder

de categorie bijzondere wetten om daarmede in het spoor te blijven van de jurisprudentie.

De voorzitter van de Afdeling rechtspraak kwam in zijn beschikking van 27 november 1984 onder meer tot het oordeel dat de grenzen van hetgeen in het belang van de openbare orde *kan* zijn vereist, door artikel 24 van de APV *Breukelen* overschreden werd. Afgezien van deze abstracte toetsing wilde de voorzitter ook niet van splitsing weten, omdat het 'in de open lucht goederen uit te stallen, aan het publiek aanbieden, verkopen of verstrekken' handelingen kan omvatten die elk karakter van openbaarheid missen. Dat appellant had verzocht om een standplaats voor de verkoop van groenten en fruit op de Hazeslinger te Breukelen, was niet relevant voor de voorzitter. In tegenstelling tot Brederveld – deze spreekt in *De Gemeentestem* 1985, 6793 van marginale toetsing – meen ik dat het *hier* om volledige toetsing gaat. De voorzitter eiste immers dat *in alle gevallen* de bepaling het karakter van openbaarheid had. Hij legde daarmede een zeer hoge abstractiegraad aan voor de verordening. Nu er gevallen denkbaar waren die elk karakter van openbaarheid zouden missen, werd de verordening onverbindend geacht. Onverbindend oordeelde de voorzitter de bepaling die het verlenen van een vergunning afhankelijk stelde van betaling (13 mei 1981, *Gst.* 1981, 6694 m.nt. J.M. Kan).

2.1.4 Toetsing aan de artikelen 193 en 194 gemeentewet

Een enkele keer is het voorgekomen, dat de Afdeling een uitdrukkelijk beroep heeft gedaan op een van bovengenoemde artikelen, die vanwege hun algemeen karakter afzonderlijk aandacht vragen. In de uitspraak van 26 mei 1978 (*AB* 1979, 396 m.nt. v.d.V.) komen een aantal overwegingen voor, die omwille van hun generale formulering hier integraal volgen inzake de Gebruiksverordening *Texel*: 'Appellanten stellen zich primair op het standpunt dat de Gebruiksverordening Texel onverbindend is. De door appellanten ter ondersteuning van deze stelling aangevoerde strijdigheid van deze verordening met art. 1 eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (...) acht de Afd. niet aanwezig. Deze bepaling laat immers onverlet de toepassing van wettelijke voorschriften, welke, zoals de bepalingen van de onderhavige verordening, noodzakelijk kunnen worden geacht m.b.t. het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang. Appellanten hebben zich in dit verband voorts beroepen op het bepaalde in de artt. 193, eerste lid, en 194 Gem.w., daarbij aanvoerend dat de gebruiksverordening Texel treedt in het onderwerp waarin is voorzien door de Woonruimtewet 1947 en de Woningwet. Art. 194, voornoemd, kan evenwel reeds hierom niet van toepassing zijn daar de gebruiksverordening later in werking is getreden dan genoemde wetten. Ook het beroep op art. 193, eerste lid, kan niet sla-

gen. Gezien het tweede lid van dit artikel staat de vraag of de verordening treedt in hetgeen van algemeen Rijksbelang is ter beoordeling aan de Kroon. De Afd. moet zich te dezen beperken tot de vaststelling dat toepassing van art. 185 Gem.w. niet heeft plaats gevonden'.

Onverbindendheid van een gemeentelijk algemeen verbindend voorschrift wegens strijd met artikel 194 gemeentewet *constateerde* de Afdeling rechtspraak in de zaak van de *Haagse Taxi Telefooncentrale:* 'Gezien de duidelijke bewoordingen waarin de aanhef van art. 3 eerste lid Haagse Huurautoverordening 1968 was gesteld, is geen andere conclusie mogelijk dan dat dit artikel in zijn geheel voorzag in hetzelfde onderwerp als art. 49 eerste lid Wet Autovervoer Personen. Dit betekent dat eerstgenoemd artikel op grond van art. 194 Gem.w. per 1 maart 1975 in zijn geheel van rechtswege heeft opgehouden te gelden'.[39]

Hetzelfde oordeel trof artikel 2, eerste lid, van de *Terschellingse Verordening op de kampeerplaatsen en op de kampeermiddelen* 'althans in zoverre deze bepaling betrekking heeft op kampeerwagens als de onderhavige'.[40] Waar er slechts een gedeeltelijke regeling was gekomen door een latere provinciale verordening kon niet verder tot 'ophouden van rechtswege te gelden' geconstateerd worden dan uit de provinciale regeling viel op te maken. De Afdeling rechtspraak achtte in haar uitspraak van 1 november 1985 (*AB* 1986, 393 m.nt. F.O. en *Gst.* 1986, 6821 m.nt. L. Bomhof) de bepaling in de *Amelandse* APV, inhoudende een verbod 'om zonder vergunning van B en W binnen de bebouwde kom ingekuild gras, loof of pulp of ingekuilde landbouwprodukten aan te leggen of te hebben', niet in strijd met de gewijzigde Hinderwet. Zij vroeg zich af of het betrokken voorschrift activiteiten betrof waarop ook het *vergunningsvereiste* ingevolge de Hinderwet van toepassing was en constateerde dat dit niet het geval was. Zij achtte de bepaling dan ook niet onverbindend, alhoewel zij had vastgesteld dat de Hinderwet onmiskenbaar *mede* strekte ter behartiging van de belangen die ook dat gemeentelijk voorschrift beoogde te dienen, te weten de bescherming van het dorpsschoon.

Deze methodiek waarbij de Afdeling nagaat of er een *samenval van vergunningsvereisten* is, wordt ook aangetroffen in de uitspraak van 20 februari 1986 (*AB* 1986, 395 m.nt. F.O.). Eerst stelt de Afdeling vast 'dat de Hinderwet (...) mede strekt tot behartiging van de belangen ten behoeve waarvan genoemd voorschrift der verordening is gegeven, te weten het belang van de bescherming van het stads- en landschapsschoon' om vervolgens van belang te achten 'of het betrokken voorschrift ziet op activiteiten, waarop tevens het vereiste van een vergunning op grond van de Hinderwet van toepassing is'. I.c. bleek een vergunning op grond van de Hinderwet nodig voor 'inrichtingen bestemd tot bewaring, bewerking of verwerking van voor de sloop bestemde automobielen', zodat de gemeentelijke bepaling 'verbindende kracht mist'. Ook hier blijkt de Afde-

ling in abstracto te toetsen en komt na het ontbreken van verbindende kracht vastgesteld te hebben bij de gemeentelijke verordening tot vernietiging van het concrete besluit. De annotator stelt dat in het concrete geval werd nagegaan of het om een door de Hinderwet beheerste activiteit ging (*AB* 1986, blz. 1148 r.k.). Dit wekt de indruk dat hij aan concrete toetsing denkt.

De garageverordening van de gemeente *Amsterdam* was voorwerp van toetsing in de uitspraken van de Afdeling rechtspraak van 11 maart en 18 maart 1986 (*Gst.* 1986, 6817 m.nt. J.M. Kan).[41] Het ging daarbij om toetsing aan artikel 194 gemeentewet vanwege de per 1 november 1981 in werking getreden wijziging van de Hinderwet, waardoor voorkomen en beperken van *visuele* hinder ook door deze wet wordt beheerst. De Afdeling overwoog in haar uitspraak van 11 maart onder meer: 'De verordening heeft blijkens het bepaalde in artikel 4, eerste lid, aanhef en onder e (...) mede tot doel de bescherming van het leefmilieu tegen aantasting door garages. Op grond van dit artikellid kan een vergunning onder meer worden geweigerd indien sprake is van visuele hinder als gevolg van geparkeerde voertuigen (...) De Wetsgeschiedenis (...) wijst uit dat de Hinderwet, zoals deze sedert 1 november 1981 luidt, ook ziet op het voorkomen dan wel beperken van visuele hinder en strekt derhalve mede tot behartiging van de belangen ten behoeve waarvan artikel 14, eerste lid, aanhef en onder e, van de verordening is gegeven. De doelstelling van deze bepaling en de Hinderwet komen op dit punt derhalve overeen. Blijkens artikel 2, eerste en tweede lid, ziet deze verordening op activiteiten waarop tevens het vereiste van een vergunning op grond van de Hinderwet van toepassing kan zijn.

Gelet op het vorenstaande moet worden geoordeeld dat in de verordening door het daarin opgenomen artikel 4, eerste lid, aanhef en onder e, mede een onderwerp wordt geregeld dat nadien is gaan behoren tot het onderwerp van de Hinderwet. In verband hiermede heeft artikel 4, eerste lid, aanhef en onder e, van de verordening krachtens artikel 194 van de gemeentewet van rechtswege opgehouden te gelden met ingang van 1 november 1981 (...) Hieraan doet niet af dat de Hinderwet slechts betrekking heeft op inrichtingen als in die wet bedoeld, terwijl artikel 4, eerste lid, aanhef en onder e, van de verordening die beperking (...) niet bevat. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat de wetgever heeft gekozen voor een systeem, waarbij de bepalingen van een provinciale of gemeentelijke verordening, in wier onderwerp door een latere, hogere regeling wordt voorzien, in hun geheel ophouden te gelden ten einde te voorkomen dat per onderdeel moet worden nagegaan of dit buiten toepassing dient te blijven wegens strijd met de hogere regeling. Ook bij een gedeeltelijke overlapping van onderwerpen treedt derhalve het door artikel 194 van de gemeentewet genoemde gevolg in'.

J.M. Kan vraagt in zijn naschrift onder de uitspraak van 18 maart 1986, die op dit onderdeel nagenoeg letterlijk overeenstemt met het citaat, aandacht voor zijn suggestie in het *Gedenkboek gemeentewet (1851-1951)* om artikel 194 aldus te herzien: 'Voor zover een wet, een krachtens de wet uitgevaardigde a.m.v.b. of een provinciale verordening voorziet in hetzelfde onderwerp als plaatselijke verordeningen, regelt eerstbedoelde regeling de verhouding. Zij kan bepalen, dat de plaatselijke verordeningen geheel of gedeeltelijk ophouden te gelden'.

Artikel 124 van het ontwerp-Gemeentewet stemt overeen met artikel 194 gemeentewet. In de toelichting wordt de suggestie van J.M. Kan verworpen 'aangezien een dergelijke redactie veronderstelt, dat bepalingen van gemeentelijke verordeningen, die zich ten dele inlaten met een door een nieuwe hogere regeling geregeld onderwerp, altijd zouden kunnen worden gesplitst in een verbindend en een onverbindend gedeelte' (blz. 119). Daarnaast merkt de toelichting op dat de bepaling ruimte laat voor een gemeentelijke regeling inzake andere onderwerpen, terwijl in laatste instantie de rechter bepaalt of er sprake is van een ander onderwerp. Men kan zich de vraag stellen of het begrip 'onderwerp' voldoende scherp is. De Afdeling verfijnt dit in onder andere de hierboven aangehaalde uitspraak *Ameland*. Een andere mogelijkheid die gehanteerd wordt bestaat uit het stellen van een bepaalde termijn binnen welke aanpassing van de verordening dient plaats te vinden, zoals gebeurd is in artikel 180 Wet geluidhinder en artikel 92 Afvalstoffenwet. Overigens wil dit niet zeggen dat binnen zo'n termijn dan ook alle aanpassingen hebben plaatsgevonden, zoals op te maken valt uit de beschikking van 15 maart 1983 van de wnd. vzr van de ARRS in *De Gemeentestem* 1983, 6757 m.nt. R.J. den Hartog, die spreekt over de wat rommelige vergaarbak van artikel 11 Wet geluidhinder. Artikel 35 lid 4 Hinderwet geeft een verfijning in die zin dat oude verordeningen van kracht blijven, totdat de Kroon deze van hun geldigheid vervallen verklaart. Een overgangstermijn is met name gewenst om te bevorderen dat aanpassing aan de nieuwe wetgeving daadwerkelijk geschiedt. De vervallenverklaring van rechtswege is abrupt en volledig, waardoor op de zorg voor aanpassing geen druk staat.[42]

Over de mogelijkheid tot splitsing in een verbindend en een onverbindend gedeelte schrijft F.H. van der Burg:[43] 'Aan de hand van artikel 194 gemeentewet (...) kan de rechter zeer wel bepalingen van gemeentelijke verordeningen gedeeltelijk onverbindend verklaren zoals de Hoge Raad heeft gedaan in "Sneek I" (HR 22 april 1952, *NJ* 679) en daarvoor reeds in Hoge Raad 7 juni 1937, *NJ* 1073 (verbod publieke vermakelijkheden aan te kondigen onverbindend voorzover betreft voor het publiek toegankelijke bioscoopvoorstellingen). Beide arresten hadden betrekking op artikel 194-situaties. In de gevallen van artikel 168 ligt de zaak veel moeilijker omdat in die gevallen de hogere regel ontbreekt waaruit zou

kunnen worden afgeleid welk gedeelte van de gemeentelijke bepaling onverbindend is'.

In haar uitspraak omtrent de Amsterdamse garageverordening overweegt de Afdeling enige malen uitdrukkelijk dat de verordening *mede* tot doel heeft, dat de Hinderwet *mede* strekt en dat de verordening ziet op activiteiten waarop *tevens* het vergunningvereiste van de Hinderwet van toepassing kan zijn, terwijl er niet aan afdoet dat de Hinderwet slechts op *inrichtingen* betrekking heeft. Dit alles duidt erop dat er zich nogal wat mogelijkheden tot splitsing konden aandienen, doch dit wordt door de Afdeling uitdrukkelijk verworpen met de overweging 'dat de wetgever heeft gekozen voor een systeem, waarbij de bepalingen van een provinciale of gemeentelijke verordening, in wier onderwerp door een latere, hogere regeling wordt voorzien, *in hun geheel* ophouden te gelden' (curs. dzz.). Hier haalt de Afdeling uit artikel 194 gemeentewet een *verbod* om te splitsen. De constatering van Van der Brug t.a.p. 'dat de Afdeling rechtspraak aansluiting heeft gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot toetsing van lagere regelingen' wordt i.c. voor artikel 194 gemeentewet niet gevolgd. In de toets van Terschellingse Verordening op de Kampeerplaatsen enz. volgde de Afdeling de methodiek van de Hoge Raad daarentegen wel. Op artikel 194 gemeentewet wordt in hoofdstuk 3 nader ingegaan.

2.1.5 Toetsing aan artikel 81 Provinciewet

De jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak inzake de werking van artikel 81 Provinciewet is niet rijk aan voorbeelden. Dit artikel spreekt evenals artikel 194 gemeentewet van 'onderwerp' en van ophouden te gelden 'van rechtswege' van bepalingen in een provinciale verordening tengevolge van 'voorzien door een wet of een algemene maatregel van bestuur'.

In haar uitspraak van 31 juli 1984 overwoog de Afdeling onder meer omtrent de *Friese 'Verordening opschriften en opslagplaatsen':* 'De verordening heeft blijkens haar aanhef tot doel wering van ontsiering van het stads- en landschapsschoon door opschriften en opslagplaatsen. De wetsgeschiedenis welke aan de Wet van 4 juni 1981 (*Stb.* 409) tot wijziging van de Hinderwet ten grondslag ligt, wijst naar het oordeel van de Afd. onmiskenbaar uit dat de Hinderwet, zoals deze sedert 1 nov. 1981 luidt, mede strekt tot behartiging van de belangen ten behoeve waarvan de verordening is gegeven, te weten het belang van de bescherming van het stads- en landschapsschoon. In verband hiermede en gelet op het feit dat de betrokken bepalingen van de verordening zien op activiteiten, waarop tevens het vereiste van een vergunning op grond van de Hinderwet van toepassing kan zijn, moet worden geoordeeld dat in de in geding zijnde bepalingen van de verordening een onderwerp wordt geregeld dat nadien is gaan behoren tot het onderwerp van de Hinderwet. Derhalve

hebben die bepalingen van de verordening krachtens art. 81 Provinciewet van rechtswege opgehouden te gelden met ingang van 1 nov. 1981, zijnde het tijdstip waarop de Wet van 4 juni 1981 (...) in werking is getreden. Hieraan doet niet af dat de Hinderwet blijkens haar considerans tevens het oog heeft op andere belangen dan die welke de verordening beoogt te dienen. Evenmin staat aan die conclusie in de weg dat de Hinderwet slechts betrekking heeft op inrichtingen als in de wet bedoeld, terwijl de verordening die beperking niet bevat. Daarbij neemt de Afd. in aanmerking dat de wetgever blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van bedoeld art. 81 uitdrukkelijk heeft gekozen voor een systeem, waarbij de bepalingen van een provinciale verordening, in wier onderwerp door een latere, hogere regeling wordt voorzien, in hun geheel ophouden te gelden ten einde te voorkomen dat per onderdeel moet worden nagegaan of dit buiten toepassing dient te blijven wegens strijd met de hogere regeling. Ook bij een gedeeltelijke overlapping van onderwerpen treedt derhalve het door art. 81 Provinciewet geregelde gevolg in'.[44]

Ook in haar uitspraak van 12 december 1985 betreffende een verordening van de *provincie Zuid-Holland (Bouwrecht* 1986, blz. 448) gaat de Afdeling eerst na wat het *doel* van de provinciale verordening is, wijst zij vervolgens erop dat de Hinderwet sedert haar wijziging van 1 november 1981 mede tot behartiging strekt van *belangen* ten behoeve waarvan de verordening bepalingen geeft en overweegt tenslotte dat de verordening ziet op *activiteiten* waarop tevens het vereiste van een Hinderwetvergunning van toepassing *kan* zijn, waarna zij concludeert 'dat in de (...) bepalingen van de verordening een *onderwerp* wordt geregeld dat nadien is gaan behoren tot het onderwerp van de Hinderwet' (curs. dzz.). In beide uitspraken waren de provinciale verordeningen ook van toepassing op gevallen die onder het begrip 'inrichting' begrepen konden worden vanwege het in lid 2 van artikel 1 Hinderwet bepaalde.

Zowel in Friesland als Zuid-Holland gaf de verordening ook een regeling voor 'opslagplaatsen', terwijl de Hinderwet onder 'inrichting' mede begrijpt 'werk-, bewaar-, stort-, opslagplaats of iets dergelijks'. De Afdeling wijdt hieraan geen overweging, alhoewel naar mijn oordeel het feit dat uitdrukkelijk gesproken wordt van 'activiteiten waarop het vereiste van een vergunning op grond van de Hinderwet van toepassing kan zijn' het begrip 'inrichting' impliceert. Dat de Afdeling spreekt van 'activiteiten waarop de Hinderwet van toepassing *kan zijn*' en *niet* 'van toepassing is' acht ik – in tegenstelling tot de annotator in *AB* 1985, blz. 343 r.k. – niet beslissend, omdat niet voor iedere onder de Hinderwet vallende activiteit vergunning nodig is. De Hinderwet zelf laat uitzonderingen toe op dat vergunningsvereiste (zie artikel 3 Hinderwet). Bovendien toetst de Afdeling in abstracto de provinciale verordening aan de wet en wil zij van splitsing niet weten. Relevant is voor haar niet of een vergun-

ning op grond van de Hinderwet i.c. nodig is, maar nodig kan zijn. Het zich hier voordoende bijzondere feit dat op de werking van een formele wetsregeling uitzonderingen gecreëerd kunnen worden door een verordening neemt niet weg dat het *totale* terrein van die 'activiteiten' door de formele wet bestreken wordt. Die verordening is dan ook een medebewindsverordening,[45] zij het een die de werking *opheft*. Naar mijn oordeel dient daarom onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds het element van de *reikwijdte* van de Hinderwet en anderzijds het element van het *vergunningsvereiste*. Het zou daarom mijns inziens juister zijn dat de Afdeling ook in gevallen dat geen vergunning ingevolge de Hinderwet vereist is – bijv. Afdelingsuitspraak 14 januari 1982, *AB* 1982, 251 m.nt. v.d.V. inzake crossterrein –, eveneens overwegen zou dat ingevolge de Hinderwet geen vergunning vereist *kan* zijn.

In dit verband moge nog gewezen worden op de uitspraak van de Afdeling rechtspraak dd. 26 nov. 1985 (*AB* 1986, 394 m.nt. F.O.), die niet, zoals in het opschrift staat, de werking van artikel 81, maar van artikel 80 Provinciewet betreft. De Afdeling overweegt hier 'dat opschriften, aankondigingen of afbeeldingen, zoals kennelijk bedoeld in art. 2 verordening, naar hun aard niet zijn onderworpen aan het vereiste van een vergunning op grond van de Hinderwet, omdat zij (...) als zodanig geen inrichtingen in de zin van die wet zijn'. Ook hier wordt het vergunningsvereiste gerelateerd aan de vraag of er een inrichting is, terwijl de Hinderwet evenwel toelaat dat er sprake is van een inrichting in de zin van de Hinderwet *zonder* dat een vergunning nodig is. Daarom zou mijns inziens hier beter zijn: naar hun aard niet onderworpen kunnen zijn aan het vereiste van een vergunning op grond van de Hinderwet.

2.1.6 Toetsing aan de Wet Arob

Artikel 15 van de Verordening openbaarheid van bestuur van de gemeente Groningen bepaalde dat binnen veertien dagen na de dag waarop de beslissing inzake verzoeken om informatie was medegedeeld bezwaar of beroep kon worden ingesteld bij een in dat artikel aangegeven instantie. 'De Afd. hecht eraan (...) op te merken dat de genoemde Verordening naar haar oordeel de in art. 1 vierde lid aanhef en onder b Wet openbaarheid van bestuur ten aanzien van verordeningsbevoegdheid van de besturen van onder meer gemeenten gestelde grenzen te buiten gaat. De Verordening voorziet immers in art. 15 in een beroeps- en bezwaarschriftprocedure die afwijkt van de regeling in de Wet Arob, welke wet van toepassing is met betrekking tot beschikkingen genomen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur'.[46]

De voorzitter van de Afdeling rechtspraak had reeds in zijn beschikking van 31 maart 1982 overwogen: 'Naar ons aanvankelijk oordeel is de in de Algemene subsidieverordening Zoetermeer neergelegde regeling inzake de rechtsbescherming in zoverre strijdig met het bepaalde in de

Wet Arob, nu daarbij (...) aan verweerder een aanzienlijk langere termijn wordt geboden om op het ingediende bezwaarschrift te beslissen. De Verordening is derhalve (...) als in strijd met de Wet Arob, op het hiervoor bedoelde onderdeel onverbindend te achten'.

Omtrent de opvatting dat deze verordening als een wettelijk voorschrift in de zin van artikel 5 aanhef en sub d van de Wet Arob bedoeld was, is naar het oordeel van de voorzitter 'de gemeentelijke wetgever (...) weliswaar bevoegd een aan de Wet Arob aanvullende regeling met betrekking tot de bezwaarschriftenprocedure vast te stellen, doch niet een van die wet afwijkende regeling te treffen'.[47]

De annotator schrijft onder deze beschikking: 'Waar (...) op het terrein der gemeentelijke autonomie de gemeenteraad wel een eigen rechtsbeschermingsregeling kan creëren, en wel door het openstellen van de mogelijkheid van beroep, kan de vraag rijzen hoe ver de raad zich dient te verwijderen van het Arob-bezwaar om de eigen regeling als niet strijdig met de Wet Arob overeind te zien blijven. Uiteraard zal niet de keuze van de term "bezwaar" dan wel "beroep" beslissend zijn'.

De motivering is niet sterk, noch in de voorzitterbeschikking noch van het 'obiter dictum' in de Afdelingsuitspraak. Artikel 5 sub d gebruikt de term 'wettelijk voorschrift' voor 'wet in materiële zin'.[48] Indien er een wettelijk voorschrift is kan eerst beroep bij de Afdeling ingesteld worden *nadat* de rechtsgang overeenkomstig dit voorschrift gevolgd is. Artikel 5 geeft een formele regeling omtrent de ontvankelijkheid, waarbij soms in het geheel geen voorziening meer openstaat bij de Arob-rechter, soms eerst mits en nadat er gebruik is gemaakt van een andere krachtens wettelijk voorschrift openstaande of open gestaan hebbende voorziening. Omtrent deze voorziening zegt de Wet Arob niets noch heeft zij beoogd iets te regelen, direct noch indirect. Zij verwijst slechts naar andere regelingen, die zij hier erkent.

Hiernaast staat de vraag of en zo ja in hoeverre bij verordening de Wet Arob aanvullende regelingen gegeven kunnen worden. Naar mijn oordeel kan dit niet, tenzij de Wet zelf daartoe mogelijkheden schept. De regeling van administratieve rechtspraak is opgedragen aan de wetgever in formele zin (art. 116 GW, vgl. art. 169 GW 1972), die de mogelijkheid heeft bepaalde onderdelen op grond van *delegatie van wetgeving* te laten regelen (zie bijv. art. 14 1.2 Wet Arob). Aanvulling buiten delegatie is niet toegestaan, hetgeen voor zich spreekt, omdat rechtspraak vanaf het ontstaan van onze eenheidsstaat omwille van die eenheid in rechtspraak als uitsluitend rijkszaak is vastgelegd. De opvatting van de voorzitter dat de gemeentelijke wetgever bevoegd zou zijn een de Wet Arob aanvullende regeling te geven inzake bezwaarschriftprocedures kan ik dan ook niet onderschrijven.

Daarnaast staat de vraag of een regeling – bijv. als bedoeld in artikel 5 sub d – de facto erop neerkomt of de door de Wet Arob geboden rechtsgang geheel of ten dele gefrustreerd wordt. Niet uitgesloten is dat zo'n

situatie zich in een bepaald geval voordoet. Hierbij dient opgemerkt te worden, dat de bepaling van artikel 5 sub d Wet Arob zo algemeen gesteld is dat zij veel – wellicht teveel – ruimte biedt. Kennelijk hebben de Afdeling en haar voorzitter beoogd wetscorrigerend te werken, alhoewel uit de uitspraak van 3 juli 1986 – zie onder noot 46 – niet duidelijk is of zij dit blijven doen.[49]

2.1.7 Toetsing aan bijzondere wetten en provinciale verordeningen

a De Wet en het Besluit op de Ruimtelijke Ordening en de Woningwet

De jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak en haar voorzitter is rijk aan voorbeelden, waarbij algemeen verbindende voorschriften van decentrale wetgevers getoetst werden aan Wet en Besluit op de Ruimtelijke Ordening. Daarnaast heeft ook de verhouding tussen bestemmingsplan enerzijds en algemeen verbindende voorschriften van dezelfde wetgever anderzijds vaak aandacht gekregen, waarbij met name de verhouding bestemmingsplan – bouwverordening een belangrijke rol heeft gespeeld.

De Afdeling deed op 15 februari 1980 'een uitermate belangrijke uitspraak', zoals Crince le Roy in zijn noot in *AB* 1980, 243 blz. 599 schrijft. Deze uitspraak houdt een principiële standpuntbepaling in omtrent *gebruiksverordeningen gebouwen,* welke in verschillende uitspraken terugkomt. De Afdeling ging ambtshalve in op de vraag of de verordening gebruik gebouwen voor detailhandel van de gemeente *Terschelling* verbindend was. Deze verordening hield behoudens ontheffing een verbod in om gebouwen en hun aanhorigheden geheel of gedeeltelijk te gebruiken voor de uitoefening van de detailhandel met uitzondering van gebieden waar een bestemmingsplan van kracht was.

De Afdeling overwoog: 'De verordening is blijkens de considerans vastgesteld om regels te stellen met betrekking tot het gebruik van gebouwen voor de uitoefening van de detailhandel in delen van de gemeente waarvoor geen op grond van de Wet op de Ruimtelijke Ordening vastgesteld bestemmingsplan geldt, zulks ten einde verdere voor het detailhandelsapparaat in de gemeente schadelijke ontwikkelingen tegen te gaan en voorts ten einde te voorkomen, dat daardoor aan de rust en leefbaarheid in woonbuurten afbreuk wordt gedaan of de verkeersvrijheid en -veiligheid wordt aangetast. De Afd. leidt hieruit af, dat de gemeentewetgever (bedoeld zal zijn: de gemeentelijke wetgever, HH) niet heeft beoogd om uitsluitend met het oog op een enkel bijzonder doel of ter bescherming van een bijzonder belang voorschriften vast te stellen. Het verbodsstelsel van de verordening, met de mogelijkheid van ontheffing, is bedoeld om tot werking te komen in een kader, waarbinnen de in de considerans genoemde, mogelijk onderling tegenstrijdige, belangen dienen te worden afgewogen. Om dit mogelijk te maken heeft het gemeentebestuur de weg gekozen van een regeling, welke, gelet op haar primai-

re en bij de vaststelling ook beoogde doelstelling, in hoofdzaak van planologische aard is. Het gemeentebestuur wenst althans duidelijk een ruimtelijk beleid te voeren.

De Afd. leidt dit mede hieruit af, dat de verordening met name het gebruik van opstallen regelt en niet geldt in die delen van de gem. Terschelling, waar (lees: waarvoor, HH) een bestemmingsplan is vastgesteld. De gemeente heeft zich aldaar immers reeds de bevoegdheid verschaft om ter zake van het gebruik van grond en opstallen voor detailhandel beslissingen te kunnen nemen en derhalve toepassing van de verordening om die reden niet noodzakelijk wordt (?, HH) geacht. De Afd. is gelet op het vorenstaande van oordeel, dat door vaststelling van de verordening op een zodanige wijze een voorschrift betreffende het gebruik van grond en opstallen tot gelding komt, dat de verordening, mede gelet op haar doelstelling en toepassingsgebied, de begrenzing die de Rijkswetgever aan het vaststellen van onder meer gemeentelijke verordeningen in art. 72 Wet op de Ruimtelijke Ordening heeft gesteld, overschrijdt. De verordening komt derhalve in strijd met evengenoemd wetsartikel alsmede met art. 10 eerste en tweede lid Wet op de Ruimtelijke Ordening'.[50]

Een benadering die afwijkt van deze opvatting volgde de Afdeling rechtspraak in haar uitspraak van 28 oktober 1983, *AB* 1984, 42 m.nt. C.L.R. Artikel 118, eerste lid van de APV *Westvoorne* verbood zonder kampeerexploitatievergunning als rechthebbende toe te laten dat derden verblijf houden op of in een kampeerplaats, terwijl artikel 119, eerste lid bepaalde dat zo'n vergunning alleen verleend wordt voor 'gebieden, die daarvoor uitsluitend of mede zijn aangewezen bij een bestemmingsplan'. Wegens strijd met de bestemming werd de vergunning geweigerd. Omdat het bestemmingsplan geen gebruiksverbod bevatte constateerde de Afdeling, dat het bestemmingsplan zich niet verzette tegen het gebruik van het onderhavige terrein als camping, alhoewel de bestemming was 'agrarische doeleinden'.

De Afdeling overwoog nu: 'De uitleg van de in art. 119 eerste lid opgenomen weigeringsgrond, zoals verweerders die (...) voorstaan, zou (...) tot gevolg hebben dat dit gebruik (...) onmogelijk wordt gemaakt doordat het verbod van art. 118 eerste lid (...) blijft gelden. (...) Indien art. 119 eerste lid in de door verweerders bedoelde zin zou moeten worden uitgelegd, zou met dit voorschrift de bevoegdheid zijn overschreden welke aan de gemeenteraad bij art. 72 Wet op de Ruimtelijke Ordening is gelaten, nu genoemd voorschrift niet tot stand is gekomen op de met waarborgen omgeven wijze als ingevolge die wet voor bestemmingsplannen is aangegeven. Gelet op het vorenstaande brengt een redelijke uitleg van een weigeringsgrond als vervat in art. 119 eerste lid APV met zich dat de zinsnede "aangewezen bij een bestemmingsplan" niet zo moet worden verstaan dat een kampeerexploitatievergunning slechts kan worden

verleend indien de desbetreffende gronden uitsluitend of mede voor kampeerdoeleinden zijn bestemd'.

De annotator wijst erop dat de Afdeling bereid was het APV-voorschrift te 'redden', doch dat de vernietigingsgrond gebaseerd had kunnen worden op artikel 8 lid 1 sub a in plaats van sub d Wet Arob. Naar mijn oordeel redde de Afdeling hier niet de APV-bepaling, doch de vergunningverzoeker, terwijl het mij de vraag lijkt of in andere gevallen – zie hierboven – een zo vergaande uitleg aanvaardbaar zou zijn geacht dat ingevolge een autonome bepaling afgeweken mocht worden van een positieve bestemming. Dat de door verweerder gegeven uitleg in strijd was met lid 1 sub a van artikel 8 Arob lijkt mij dan ook aan twijfel onderhevig. Er doen zich op dit terrein overigens in het bijzonder vragen voor van collisie, die het bereik van deze bijdrage te buiten gaan; zie ook de annotatie in de *AB*.[51]

Een vergelijkbaar geval treft men aan in de uitspraak van de Afdeling van 18 november 1985, *AB* 1986, 442 m.nt. P.v.B., waarin de verhouding tussen de havenverordening *Enkhuizen* en het bestemmingsplan aan de orde kwam. De Afdeling oordeelde dat de strekking van de verordening niet in de weg stond aan het laten meewegen van ruimtelijke ordeningsaspecten, maar zij achtte de planologische situatie niet zonder meer reden tot het weigeren van de vergunning. In casu was overigens het overgangsrecht een belangrijke toetssteen om tot dit oordeel te komen. Alhoewel de Afdeling 'overeenkomsten en parallellen' waarnam inzake de strekking van de verordening en het bestemmingsplan was er geen reden tot onverbindendverklaring.

De verordening van het *Plassenschap Loosdrecht* regelde belangen betreffende de recreatie, terwijl – zoals de Afdeling overweegt – 'een bestemmingsplan een regeling bevat ten aanzien van de ruimtelijke ordening voor het betrokken gebied'. Daarom deelde de Afdeling niet de mening van appellanten dat de verordening bepalingen bevatte, welke in een bestemmingsplan zouden thuis horen. Deze verordening werd eveneens getoetst aan artikel 10 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening.[52]

Het bijzondere bij *deze* toetsing is dat het niet gaat om de vraag of het gemeentebestuur bevoegd is tot het nemen van bepaalde, de burgers bindende voorschriften. De bevoegdheid als zodanig staat ten principale niet ter discussie, getoetst wordt of de juiste juridische weg bewandeld is danwel het juiste juridisch instrumentarium is gebruikt. Dit komt erop neer dat *niet* op grond van autonomie gehandeld mag worden, waar een medebewindsregeling gegeven is. De strijd met de 'hogere regeling' bestaat hierin, dat regelgeving op grond van medebewind derogeert aan autonomie. Dit gaat ook op bij zogenaamd 'facultatief' medebewind – bijv. bestemmingsplan voor de bebouwde kom –, uit welk gegeven, naast andere, reeds blijkt dat deze vorm tot het medebewind en niet tot autonomie gerekend dient te worden.[53] De vraag of er een medebewindsregeling mogelijk is, komt daarbij eveneens aan de orde. Via interpretatie

zal dit vastgesteld dienen te worden, waarbij de motieftheorie – zie Plassenschap Loosdrecht – een belangrijke rol speelt. De toetsing is een abstracte, waarbij zich dan tevens de vraag naar splitsbaarheid aandient.

In de Westvoornse zaak maakte de Afdeling een uitzondering op deze regel, doordat zij een cumulatieve regeling van zowel bestemmingsplan en kampeerverordening onwenselijk achtte. De overweging dat het APV-voorschrift niet met de waarborgen tot stand gekomen is die voor een bestemmingsplan gelden, begrijp ik in dit verband niet, omdat i.c. naar het bestemmingsplan verwezen wordt. De Afdeling interpreteerde de APV-bepaling zo, dat deze in zekere zin de mogelijkheid bood inbreuk te maken op een bestemmingsplan, namelijk als hierin geen *verbod* is opgenomen inzake het voorgenomen gebruik.

In aansluiting op het vorenstaande vraagt aandacht de 'Gebruiksverordening Gebouwen' van de gemeente *Oostburg*, omtrent welker verbindendheid de Afdeling een uitspraak deed op 23 juni 1983.[54] Hierbij ging het om een autonome verordening die het aan een zakelijk gerechtigde van een in een bepaalde situatie gelegen gebouw verbood dat gebouw te gebruiken, in gebruik te geven of te doen gebruiken als recreatie-woonverblijf. Hiervan kon ontheffing verleend worden. De gemeente beoogde hiermede het aantal recreatiewoningen in de bebouwde kommen van de kernen niet groter te doen worden en zo mogelijk terug te dringen ten behoeve van de leefbaarheid van de kernen. Op grond hiervan 'en tevens in aanmerking genomen dat in de verordening geen verband wordt gelegd met de planologische bestemming van de grond waarop de gebouwen zich bevinden, treft de stelling van appellanten dat de verordening wegens strijd met de Wet op de Ruimtelijke Ordening onverbindend is, naar het oordeel van de Afd. geen doel'. De annotator wijst erop, dat gebruiksverordeningen die ten doel hebben de leefbaarheid van kleine kernen te vergroten via een verbodsregeling met ontheffingsmogelijkheid niet aangemerkt plegen te worden als een regeling van planologische aard.[55] Ook strijd met de Woningwet of de Woonruimtewet achtte de Afdeling voor een dergelijke verordening niet aanwezig.[56]

De Verordening op de vermaakcentra van de gemeente *Berkel en Rodenrijs*, die zowel het belang van de openbare orde als de bescherming van het leefmilieu dient, kon 'naar het oordeel van de Afdeling gegeven dit motief (...) niet worden aangemerkt als een regeling van planologische aard'.[57] De annotator vraagt aandacht voor het feit dat deze verordening een autonome is en niet steunt op artikel 18 Drank- en Horecawet, hetgeen hij onder andere mogelijk acht omdat de gemeenteraad 'materieel gezien wat anders voor ogen heeft gehad dan die waarbij art. 18 Drank- en Horecawet (meteen) in het beeld komt'.[58]

Niet alleen de verhouding tussen een autonome verordening enerzijds en het bestemmingsplan als medebewindbesluit anderzijds is door de Afdeling definitief beslecht, zij heeft ook constante jurisprudentie ge-

vestigd inzake de uitleg van artikel 2 lid 2 Woningwet. Dit bepaalt dat bepalingen van de bouwverordening buiten toepassing blijven, voorzover de voorschriften van een bestemmingsplan daarmede niet overeenstemmen. Bij deze toetsing gaat het niet om een abstracte, doch een concrete benadering. Op zichzelf kunnen de voorschriften verbindend zijn (i.c. de artikelen 37 en 290 van de modelbouwverordening inzake bouwen aan een weg), doch in concreto wordt nagegaan of zich een conflict voordoet met betrekking tot voorschriften van het bestemmingsplan. Komt de rechter tot de conclusie dat zich zo'n situatie voordoet, dan laat hij de voorschriften van het bestemmingsplan prevaleren, over de bepaling van de bouwverordening als zodanig laat hij zich niet uit.[59]

Strijd met artikel 12 Woningwet stelde de Afdeling vast in haar uitspraak van 3 augustus 1982 *(De Gemeentestem* 1983, 6740 m.nt. J.M.K.), waardoor aan de artikelen 42a en 48a van Leidse bouwverordening 'verbindende kracht werd ontzegd'.[60] De Afdeling overwoog: 'Wanneer het gaat om vrijstelling van rooilijnvoorschriften waardoor de plaatsing van bouwwerken ten opzichte van de weg en andere bouwwerken wordt beheerst en waarbij de belangen van derden in hoge mate betrokken kunnen zijn, vraagt bescherming van de belangen van die derden en mitsdien een redelijke wetsinterpretatie dat de door artikel 12 gevorderde regelen een objectief bepaald – althans bepaalbaar – criterium bieden omtrent datgene, waartoe de vrijstelling kan strekken. Een zodanig criterium ontbreekt in de omstreden bepalingen, nu de mogelijkheid tot het verlenen van vrijstelling op geen enkele wijze in relatie is gebracht met een redelijke verwachting, dat het bouwplan in overeenstemming zal zijn met een voldoende omlijnd, voor alle belanghebbende kenbaar, toekomstig planologisch kader'.

'De vraag kan gesteld worden', zo schrijft de annotator, 'of, nu de wetgever in art. 12 Woningwet het stellen van regelen als hier bedoeld in dit artikel zonder enige beperking en/of criteria aan de raad der gemeente heeft overgelaten (behalve de i.c. niet relevante beperkingen in het derde lid), de stelling van de Afdeling dat hier sprake zou zijn van strijd met art. 12 niet te ver gaat' (a.w. blz. 83).

Dat de Afdeling wetsinterpreterend nogal eens verder blijkt te gaan dan nodig, is niet onbekend. Met name op het terrein van de ruimtelijke ordening en het bouwrecht heeft zij een jurisprudentie ontwikkeld die, nogal onverwacht, onverbindende bepalingen hebben opgeleverd. De positie van de wetgevende rechter valt hier duidelijk te onderkennen. Ten opzichte van verordeningen van decentrale organen is dit met name het geval geweest op het onderhavige terrein.[61] De Afdeling heeft inmiddels in haar uitspraak van 8 oktober 1985 (*AB* 1986, 501 m.nt. P.v.B.) beslist dat – in afwijking van haar eerdere jurisprudentie – het soortgelijke artikel 48 lid 3 van de Middelburgse bouwverordening niet onverbindend is.

In de voorzittersbeschikking van 11 maart 1980 (*AB* 1980, 449 m.nt. v.d.V.) kwam de vraag aan de orde naar de verhouding tussen de op grond van de Wet op de Ruimtelijke Ordening steunende aanlegvergunning en artikel 15 Boswet. De voorzitter overwoog: 'Naar ons aanvankelijk oordeel is het onzeker (...) of art. 15 derde lid niet een zodanige beperking van de regelgevende bevoegdheid van de gemeenteraad met zich brengt dat de bevoegdheid ontbreekt tot het invoeren van een aanlegvergunningenstelsel voor het vellen van houtopstanden, welke deel uitmaken van de in art. 15 Boswet bedoelde bosbouwondernemingen'.

De voorzitter geeft hier de specifieke wetsbepaling in beginsel voorrang boven de algemene regeling via bestemmingsplan en planvoorschriften. Een toepassing van het beginsel 'lex specialis derogat legi generali'.

b Strijd met de Woonruimtewet 1947

De Afdeling rechtspraak stelde in haar uitspraak van 30 juli 1982 vast, dat artikel 6 eerste lid aanhef en onder d van de Woonruimteverordening *Wageningen* 1979 verbindende kracht miste wegens strijd met de Woonruimtewet 1947.[62] Dit, bij raadsbesluit van 16 februari 1981 gewijzigde, artikelonderdeel hield in dat een ander regime werd gevolgd voor huurders dan voor eigenaren van woningen bij besluiten inzake woonruimtevergunningen. Deze op de Woonruimtewet 1947 steunende verordening kwam daarmede in strijd met de wet zelf, die een onderscheid naar bepaalde categorieën woningen niet toestaat.[63]

In dit geval doet zich een samenloop van concreet en abstract voor, waarbij de Afdeling de door B en W van Wageningen gegeven beperkte uitleg van de verordening ten behoeve van het concrete geval in relatie bracht met de bewoordingen van het desbetreffende artikelonderdeel. Deze bewoordingen lieten volgens de Afdeling de door B en W gehanteerde uitleg niet toe, zodat niet de toepassing die B en W aan de verordening gaven, maar de verordening zelf in strijd met de wet werd geoordeeld. Van der Veen schrijft in zijn noot onder deze uitspraak: 'De eenvoud zou op dit terrein te dienen zijn met het ecarteren van de onverbindendverklaring ten gunste van de (...) reeds zowel bij strijd met verdragsbepalingen als bij strijd met ministeriële regelen te hanteren figuur'.[64] Met dit laatste duidt hij op buiten-toepassing-laten van de bepaling zonder een oordeel uit te spreken over verbindendheid 'tout court'.

Het komt mij voor dat de Afdeling rechtspraak juist de onverbindendverklaring bij herhaling heeft gehanteerd om daarmede te bewerkstelligen dat de desbetreffende verordeningen het veld zouden ruimen. De methodiek van de abstracte toetsing is een aantrekkelijk hulpmiddel gebleken om algemeen verbindende voorschriften te toetsen, ook al kan slechts door de rechtstreeks in zijn belang getroffene tegen een beschikking worden opgekomen bij de Afdeling. Een belangrijk deel van de rechtsvorming heeft zich voltrokken door de abstracte toetsing van verordeningen.

c Strijd met de Monumentenwet

In zijn beschikking van 9 december 1983 uitte de voorzitter van de Afdeling rechtspraak ernstige twijfel over de verbindendheid van de verordening op het stedeschoon 1980 van de gemeente *Maastricht*, voorzover daarin een materie werd geregeld, welke reeds in de artikelen 14 en 15 Monumentenwet voorkomt.

'Wij nemen daarbij met name in aanmerking de verklaring van de zijde van de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur ter zitting, dat de besluitvorming aangaande wijziging van beschermde monumenten moet worden geacht te zijn gemonopoliseerd bij de Minister, welke stelling ons voorhands juist voorkomt. Aldus bezien kan van aanvullende verordenende bevoegdheid ter zake van de gemeente geen sprake zijn'.[65]

Hier gaat de toetsing in abstracto vooraf aan de toepassing van de verordening. De voorzitter spreekt van twijfel over verbindenheid voor zover een en ander in de Monumentenwet is geregeld. Splitsing in een verbindend en een onverbindend deel van de verordening was in dit geval niet aan de orde. *In* de verordening behoefde niet gesplitst te worden, het ging nu om het *bereik* van de verordening. Volgens de voorzitter is de gemeenteraad niet bevoegd nog regels te geven voor rijksmonumenten. Crince le Roy schrijft in zijn noot onder deze beschikking: 'Art. 11 Maastrichtse verordening zondert de monumenten, welke bescherming genieten ingevolge de Monumentenwet, niet uit, als gevolg waarvan het schilderen van de toren van de St. Janskerk onder het bereik van twee vergunningenstelsels viel (...) Art. 11 der verordening – voor zover dit voorschrift betrekking heeft op beschermde monumenten – confligeert met art. 32 lid 1 Monumentenwet: het bevat een voorziening welke zich niet verdraagt met (...) de art. 14 en 15 der wet'.[66]

De vraag rijst hoe geoordeeld zou zijn als het niet was gegaan om een rijksmonument. Had de voorzitter dan de verordening onverbindend verklaard 'voorzover deze rijksmonumenten zou kunnen treffen', zou hij de verordening in haar geheel onverbindend verklaard hebben of zou hij de vraag naar de verbindendheid hebben gelaten voor wat zij was? Dit laatste lijkt mij het meest voor de hand te liggen, niet alleen omdat het een voorzittersbeschikking betreft, maar ook omdat de administratieve rechter anders dan de strafrechter soms geneigd is abstracte toetsing toe te passen indien en voorzover zij nodig is voor zijn oordeel over het te berechten geval. De strafrechter is geneigd verder te gaan, waarschijnlijk omdat hij zich ook geroepen voelt te waken over de strafwaardigheid van bepalingen op zichzelf. De vraag wordt dus niet alleen òf abstracte òf concrete toetsing, maar bovendien: wanneer wèl of wanneer géén onverbindendverklaring wordt uitgesproken. Deze is gerelateerd aan de toepassing van de norm. De Afdeling rechtspraak overwoog bijv. in haar uitspraak van 8 januari 1982 (*AB* 1982, 234 m.nt. v.d.V.) dat het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is geweest de vrijheid van lagere

overheden onverlet te laten om in door hen vast te stellen monumentenverordeningen regelen te geven aangaande zaken die geen monument zijn in de zin van de Monumentenwet.[67]

d Strijd met de Hinderwet

Naast de reeds in verband met artikel 194 gemeentewet en 81 Provinciewet behandelde gevallen in relatie tot de Hinderwet zijn er ook nog uitspraken die anderszins onverbindheid van verordeningen inhouden wegens strijd met de Hinderwet. Artikel 20, lid 1 van de APV *IJsselmuiden* luidde: 'Onverminderd het bepaalde in de Hinderwet is het de eigenaars, houders of hoeders van varkens en/of rundvee verboden deze te houden in een bebouwde kom'.

De Afdeling rechtspraak overwoog 'dat (...) de bepaling van de Algemene Politieverordening ziet op activiteiten waarop tevens het vereiste van een vergunning op grond van de Hinderwet van toepassing kan zijn', nadat zij tevoren had vastgesteld: 'Genoemd voorschrift van de Algemene Politieverordening strekt (...) tot behartiging van dezelfde belangen als waarop de Hinderwet, onder meer, het oog heeft, te weten het belang van het tegengaan van hinder als gevolg van verontreiniging van het milieu door stank en dergelijke'.

Deze zelfde belangen en het mogelijk vergunningsvereiste ingevolge de Hinderwet leidde ertoe te concluderen dat eenzelfde *onderwerp* in Hinderwet en APV geregeld werd en het APV-artikel 'wegens strijd met de Hinderwet verbindende kracht mist' (ARRS 4 jan. 1985, *De Gemeentestem* 1985, 6802 m.nt. L. Bomhof). De APV-bepaling sprak uitdrukkelijk van 'onverminderd het bepaalde in de Hinderwet', hetgeen de Afdeling aldus verstond 'dat het in deze bepaling gestelde verbod geldt naast de verbodsregeling van de Hinderwet'. Zij had ook kunnen overwegen: 'waar de Hinderwet niet geldt'. Zij wilde van een dergelijke algemene uitzonderingsgrond niet weten en stelde, dat hier een onderwerp geregeld werd dat in de Hinderwet *uitputtend* geregeld is. Of dit zo is, is niet vrij van twijfel: de Hinderwet bestrijkt een ruim terrein, maar haar werking is niet zo uitputtend dat de gemeentelijke wetgever in het geheel geen regels mag stellen inzake stank en overige hinder.

De gekozen benadering wekt de indruk dat de Afdeling er niet toe wenste over te gaan de concrete weg te bewandelen door na te gaan of hier inderdaad de Hinderwet danwel de APV-bepaling toegepast zou moeten worden. Door het APV-voorschrift onverbindend te verklaren was dat onderzoek in concreto niet meer nodig. De vraag rijst wel hoe de gemeentelijke wetgever nu nog zijn verordening moet redigeren om stank en hinder te bestrijden voor gevallen die buiten het bereik van de Hinderwet vallen. In relatie tot de uitspraken over de Amsterdamse garageverordening, de Zuidhollandse opslagverordening en de Amelandse inkuil-bepaling zou men concluderen dat de Afdeling van onder andere de gemeentelijke wetgever een onderzoek wenst naar een aantal as-

pecten, zoals: inrichting of niet, zelfde belangen of niet, zelfde activiteiten of niet, samenval van vergunningen of niet.

e Strijd met de Wet verontreiniging oppervlaktewateren

De Afdeling rechtspraak achtte in haar uitspraak van 27 maart 1979 artikel 3 van de Verordening bestrijding verontreiniging oppervlaktewateren *Noord-Brabant* in strijd met artikel 5 van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren en derhalve onverbindend, aangezien artikel 3 van die verordening ook een regeling gaf voor oppervlaktewateren waarover het Rijk het kwaliteitsbeheer heeft, waaromtrent Provinciale Staten geen bevoegdheid hebben.[68] Het bijzondere in deze casus was, dat de minister zijn oordeel omtrent subsidietoekenning op grond van de Uitkeringsregeling bestrijding verontreiniging rijkswateren had laten afhangen van het oordeel van het bestuur van het Waterschap 'De Maaskant' en het college van Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant, terwijl deze besturen hun bevoegdheid meenden te kunnen ontlenen aan de door de Afdeling rechtspraak onverbindend geachte bepaling. De Afdeling vernietigde de weigering van de minister om een bijdrage te verlenen niet wegens strijd met een algemeen verbindend voorschrift, doch wegens strijd met het motiveringsbeginsel.

Stellinga vraagt zich in zijn noot onder deze uitspraak in de *AB* af, of 'de beslissing niet beschouwd kan worden als in strijd met een algemeen verbindend voorschrift t.w. art. 5 Wet verontreiniging oppervlaktewateren. (...) De beslissing gaat immers tegen bedoeld art. 5 in door uit te gaan van het daarmee strijdige art. 3 der verordening'.[69] Hier doet zich de bijzondere vraag voor of de Afdeling *in elk geval* waarin zij de onverbindendheid van een bepaling heeft vastgesteld de in dat kader genomen beschikking dient te vernietigen wegens strijd van de a-grond van artikel 8 lid 1 Wet Arob. Deze vernietigingsgrond lijkt zonder meer geboden, wanneer de genomen beslissing op de onverbindend geachte bepaling berust. De onverbindendverklaring brengt dan als het ware ipso facto de vernietiging van de beschikking teweeg. Daarnaast kunnen zich gevallen voordoen, waarbij de onverbindend verklaarde bepaling niet direct ten grondslag ligt aan dit besluit, maar een rol speelt – zoals in casu – bij de voorbereiding en of motivering van het besluit. Het lijkt mij alsdan afhankelijk van de mate waarin die bepaling een rol heeft gespeeld of de vernietiging op de a-grond van artikel 8 lid 1 Wet Arob dient te berusten.

f Strijd met de Wegenverkeerswet

Zowel de strafrechter als de administratieve rechter zijn geconfronteerd met gemeentelijke verboden of geboden die gevolgen hadden voor de regeling van het verkeer, ofschoon zij een ander doel dienden. Het behoud van het karakter van het eiland was voor de gemeenteraden van *Vlieland* en *Schiermonnikoog* het motief geweest bepalingen te geven voor onder andere bromfietsen en motorvoertuigen. B en W van Vlie-

land hadden afwijzend beschikt op het verzoek van Bolman om ontheffing van het verbod 'zich met een motorvoertuig op twee of meer wielen dan wel met een bromfiets te bevinden op voor het het publiek toegankelijke wegen en paden binnen de grenzen van de gem. Vlieland'.

Alvorens te beoordelen of de weigering in redelijkheid had kunnen plaatsvinden onderzocht de Afdeling rechtspraak ambtshalve 'of voornoemd verbod, gelet op het bepaalde bij en krachtens de WVW, verbindende kracht heeft. De Afd. overweegt dienaangaande dat in art. 6 van deze wet is bepaald dat de bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen ten aanzien van het onderwerp waarin de wet voorziet, gehandhaafd blijft, voorzover de verordeningen niet in strijd met de wet zijn. Het stelsel van de WVW en de ter uitvoering daarvan gegeven voorschriften brengen met zich dat, met inachtneming van de daarin gestelde voorwaarden, geboden en verboden, een ieder vrij is op voor het openbaar verkeer openstaande wegen en paden aan het verkeer deel te nemen onder andere met motorvoertuigen en bromfietsen. Met dit stelsel is onverenigbaar een door de gemeenteraad zelfstandig en buiten genoemde voorschriften om uitgevaardigd verbod als vervat in voornoemd art. 40a APV Vlieland. Een zo algemeen en diep in het normale verkeer op de wegen ingrijpend verbod, zij het met een ontheffingsmogelijkheid, is mitsdien onverbindend wegens strijd met de WVW'.[70]

De annotator in de *AB* wijst erop dat een ander resultaat niet geheel ondenkbaar was geweest 'nu het onderwerp van de verordening (behoud van het eigen karakter van het eiland) andersoortig is dan dat van de WVW (het nemen van maatregelen ten behoeve van de verkeersveiligheid)'. Daaraan voorafgaande stelt hij: 'De HR acht een zodanig verbod rechtstreeks in strijd met het stelsel van de WVW. De Afd. rechtspraak redeneert een zodanige onverbindendheid via art. 6 WVW'. Zij ziet hier kennelijk een zelfde onderwerp, waarbij ik er met name aan moge herinneren dat ook de Afdeling rechtspraak motief en onderwerp als synoniemen aanmerkt, bijv. in de uitspraak van 4 november 1980, *AB* 1981, 207 m.nt. C.L.R. inzake Verordening Plassengebied Loosdrecht. Het *onderwerp* waarin de WVW voorziet betreft 'regelen (...) nopens het verkeer op de wegen', terwijl de Vlielandse bepaling geen verkeersregels gaf, doch in een ander 'onderwerp' voorzag, te weten bescherming van het karakter van het eiland. De regeling van dit onderwerp ging evenwel zo ver, dat de hogere regeling – de WVW – nauwelijks gelding had.

In zijn arrest van 4 maart 1952 overwoog de Hoge Raad dat artikel 14 APV *Emmen* 'kennelijk strekt ter voorkoming van het doelloos verblijven op of in de onmiddellijke nabijheid der evenbedoelde bruggen en andere inrichtingen en ter kering van de uit dat verblijven voortvloeiende gevaren van baldadigheid; dat daartegenover art. 40 lid 4 Wegenverkeersreglement aan voetgangers verbiedende het blijven staan op of nabij kruisingen en splitsingen van wegen en op bruggen, indien daardoor

het verkeer wordt belemmerd of in gevaar gebracht, slechts beoogt het tegengaan van gedragingen van voetgangers, waardoor de verkeersbelangen kunnen worden geschaad; dat mitsdien geen grond bestaat voor de opvatting als zou door het laatstgenoemd artikel zijn voorzien in een *onderwerp* (curs. dzz.), geregeld door het evenbedoelde voorschrift der APV Emmen'.[71]

De Hoge Raad verstaat hier 'onderwerp' in de zin van 'motief', zodat hij in de lijn van dit arrest in de casus Schiermonnikoog geen strijd met artikel 6 WVW constateert, doch onverbindendheid met de WVW als zodanig wegens 'een zo algemeen en diep in het normale verkeer op de wegen ingrijpend verbod'. De conclusie van A-G Biegman-Hartogh was voorzichtig, vanwege de voor ons land vrij uitzonderlijke situatie diende men volgens haar 'niet te snel aan te nemen dat art. G 34, dat blijkens de titels in de APV Schiermonnikoog bescherming van het milieu, het aanzien van de gemeente en het behoud van het eigen karakter van het eiland ten doel heeft, in strijd komt met de WVW'.[72]

Van Veen ziet in het Schiermonnikoog-arrest de Hoge Raad aan de WVW de functie toekennen van een wet 'die het fundamentele recht erkent van ieder om op gelijke voet met anderen aan het verkeer deel te nemen'.[73]

Het zal interessant zijn te zien, hoe de rechters gaan oordelen wanneer gemeenten verkeersmaatregelen kunnen nemen ter bescherming van het leefmilieu als de nieuwe verkeerswetgeving dit mogelijk heeft gemaakt.

g Strijd met de Wet op Woonwagens en Woonschepen 1918

Artikel 19 van de APV *Middelharnis* bepaalde met ingang van 30 januari 1984, dat het verboden is om zonder vergunning van burgemeester en wethouders met een woonschip ligplaats in te nemen binnen de gemeente. De APV omschreef het begrip 'woonschip' niet. De Afdeling leidde uit de geschiedenis van de Wet op Woonwagens en Woonschepen 1918 af 'dat de wetgever, uitgaande van een in beginsel bestaand recht om met een woonschip binnen een gemeente te verblijven, een algeheel verbod van zodanig verblijf heeft willen tegengaan, doch de gemeenteraden de bevoegdheid heeft willen laten, voorschriften te geven met betrekking tot het innemen van ligplaats voor zodanig verblijf. Genoemd art. 19 bevat naar het oordeel van de Afd. een dergelijk algeheel verbod. Weliswaar is het volgens dit artikel slechts verboden om zonder vergunning van verweerders ligplaats met een woonschip in te nemen of te hebben, maar door, zoals blijkt, geen vergunningstelsel in te voeren, doch het bovengenoemde recht van woonschipbewoners geheel afhankelijk te stellen van de verlening door verweerders van een vergunning die slechts als een ontheffing van het verbod kan worden beschouwd, wordt de ruimte voor toepassing van de Wet op Woonwagens en Woonschepen 1918 te ver ingeperkt. Een dergelijk voorschrift als art. 19, waarmee aan

verweerders het middel is verschaft ieder woonschip uit de gemeente te weren brengt naar het oordeel van de Afd. ten onrechte niet tot uitdrukking dat binnen het grondgebied van een gemeente met een woonschip ligplaats kan worden ingenomen op een of meerdere vaststaande, daartoe aangewezen plaatsen'.[74] De rechter ging hier zeer ver.

De Afdeling concludeerde uiteindelijk, dat artikel 19 APV Middelharnis wegens strijd met de Wet op Woonwagens en Woonschepen 1918 onverbindend is. Daarna achtte zij het op dit artikel gebaseerde besluit dan ook in strijd met de wet. In zekere zin kan men in deze uitspraak een parallel trekken met de bepalingen in de APV van Schiermonnikoog en Vlieland inzake het verkeer op deze eilanden. Deze bepalingen frustreerden het in de WVW neergelegde beginsel om binnen bepaalde regels aan het verkeer te kunnen deelnemen. De APV-bepaling van Middelharnis deed i.c. hetzelfde terzake van het innemen van een ligplaats met een woonschip, terwijl de Wet op de Woonwagens en Woonschepen 1918 juist beoogde een dergelijke mogelijkheid in beginsel vast te leggen. Het feit dat ontheffing van het verbod mogelijk was deed volgens de Hoge Raad in Schiermonnikoog en de Afdeling rechtspraak in Vlieland en Middelharnis onvoldoende recht aan de wet. Met herinnering aan de verspreidingsjurisprudentie inzake artikel 7 Grondwet zou men kunnen zeggen: gebruik van enige betekenis was onvoldoende gegarandeerd. Men kan ook refereren aan de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake eigendomsbeperking bij verordening welke niet zover mag gaan dat zij het eigendomsrecht geheel of ten dele teniet doet.

Over verbindendheid van de Woonschepenverordening *Noord-Holland* in relatie tot de Wet op Woonwagens en Woonschepen 1918 sprak de Afdeling rechtspraak zich uit op 8 maart 1980.[75] In deze uitspraak kwam de 'onderwerp-theorie' aan de orde, waar de Afdeling overwoog: 'Weliswaar gaat de verordening uit van dezelfde feitelijke omstandigheden als de Wet op Woonwagens en Woonschepen, doch dit behoeft geenszins te betekenen dat beide regelingen hetzelfde onderwerp hebben. De verordening geeft bepalingen ter bescherming van het natuur- en landschapsschoon in de provincie, welk belang duidelijk van andere aard is dan dat waarvoor de Wet op Woonwagens en Woonschepen is gegeven. Nu de onderhavige verordening derhalve betrekking heeft op een ander onderwerp is zij naar het oordeel van de Afd. niet met deze wet in strijd'.

De betekenis van het begrip 'onderwerp' is hier synoniem aan 'motief', zoals de Afdeling vaker pleegt te doen. Daarna gaat de Afdeling in op de vraag of deze verordening de facto leidde tot een algeheel verbod om ligplaats in te nemen met een woonschip. Zij meende van niet, omdat de bepalingen in de verordening niet zover gaan 'dat zij het recht van woonschipbewoners om in een bepaalde gemeente verblijfplaats te kiezen geheel ondermijnen'.

De Afdeling spreekt hier van een *recht,* zoals zij ook deed in de casus

waarbij de provinciale *Utrechtse verordening* op woonschepen en vaartuigen op haar verbindendheid werd getoetst.[76] In de casus Middelharnis is de Afdeling enerzijds voorzichtiger, anderzijds meer-eisend dan voor de provinciale verordeningen van Noord-Holland en Utrecht. Voorzichtiger, omdat zij niet van een recht spreekt, maar van 'de zekerheid dat voor een (...) aantal woonschepen ligplaatsen in de gemeente Middelharnis aanwezig zijn'. Meer-eisend, daar zij van Middelharnis een vergunningstelsel eist en voor de provinciale verordeningen een ontheffingssysteem aanvaardt.

In zijn annotatie onder de Afdelingsuitspraak van 22 oktober 1979 in de *AB* wijst Van der Veen erop, dat verschil in onderwerp geen beslissende rol speelt tussen de gemeentelijke en provinciale verordeningen. In beide gevallen dient er gebruik van enige betekenis over te blijven, zo kan men stellen. Toch is het goed zich ervan bewust te zijn, dat de gemeentelijke verordening ex artikel 31 lid 2 Wet op Woonwagens en Woonschepen 1918 als een *medebewindsverordening* aangemerkt kan worden. De bepaling luidende 'blijven bevoegd' kan i.c. begrepen worden als op een *facultatieve* medebewindsfiguur, terwijl de provinciale verordeningen in bovenstaande casus autonome regelingen zijn. Als het bij de gemeente om een medebewindsverordening gaat lijkt het verdedigbaar en aanvaardbaar, dat de administratieve rechter een verbod behoudens ontheffing onvoldoende acht ter voldoening aan de Wet op Woonwagens en Woonschepen 1918 en een vergunningensysteem noodzakelijk acht. De rechter geeft aldus aan de Wet die uitleg welke hij nodig acht om de wet tot 'haar recht' te laten komen, waar een dergelijke rechterlijke benadering voor autonome verordeningen naar mijn mening te ver zou gaan. De rechter zou dan zijn oordeel stellen in plaats van de in autonomie regelgevende instantie. Hij zou dan treden in de 'innerlijke waarde' van de wet. Hierbij zij erop gewezen dat de autonome verordening niet zover vermag te gaan dat zij de rijksregeling frustreert.[77]

h Strijd met de Wegenwet

De Afdeling rechtspraak heeft naam gemaakt met haar uitspraken waarbij zij uitwegvergunningenstelsels in strijd achtte met artikel 14 Wegenwet.[78] Uit artikel 14 Wegenwet en de geschiedenis van zijn totstandkoming heeft de Afdeling in een reeks uitspraken afgeleid, dat onder gebruik overeenkomstig de bestemming van een openbare weg tevens moet worden verstaan het gebruik van de weg ten behoeve van de ontsluiting van aan die weg grenzende terreinen, waartoe het uitwegen op die weg dient te worden gerekend. Uitgaande van die interpretatie heeft de Afdeling een aantal 'verordeningen' onverbindend verklaard, deze 'verordeningen' construerend uit de bijdrageregelingen.

Vooreerst valt erop te wijzen dat deze regelingen niet als de burgers bindende regelingen aangemerkt kunnen worden, het zijn algemene voorwaarden die gehanteerd zijn hetzij bij de privaatrechtelijke toe-

stemming tot uitwegen,[79] hetzij bij de ontheffing van een uitwegverbod.[80] Reeds om die reden valt deze 'onverbindendverklaring' buiten het onderhavige onderwerp. Deze bijdrageregeling kan men in de *Maastrichtse constructie* nog het beste vergelijken met een exploitatieverordening ex artikel 42 Wet op de Ruimtelijke Ordening, waarvan Crince le Roy onder de Afdelingsuitspraak van 13 oktober 1983 schrijft: 'zodanige verordening verordent niet in de betekenis van het geven van algemene regels die de burgers binden. In wezen is de exploitatieverordening te vergelijken met een bindend aanbod zijdens de gemeente'.[81] In de gevallen waarin de bijdrageregeling gekoppeld is aan een ontheffingssysteem kan men ze aanmerken als beleidsregels die gehanteerd worden bij het verlenen van ontheffingen. Dat de Afdeling verordeningen – in de zin van algemeen verbindende voorschriften – geaccepteerd heeft, waarbij het verboden werd op een openbare weg uit te wegen behoudens ontheffing en derhalve geen strijd met artikel 14 Wegenwet constateerde, blijkt uit verschillende uitspraken.

In de meest algemene zin stelde de Afdeling dit in haar uitspraak van 28 oktober 1983 over artikel 33 APV der gemeente *Vlijmen*. De bepaling luidt onder andere: 'Het is zonder vergunning van burgemeester en wethouders niet geoorloofd, daartoe niet bevoegd a. een uitweg te maken naar de weg; b. van de weg gebruik te maken voor het maken of hebben van een uitweg; c. verandering te brengen in een bestaande uitweg naar de weg.' Toen appellant zich op onoverbindendheid van deze bepaling beriep vanwege strijd met artikel 14 Wegenwet, overwoog de Afdeling over de betekenis van art. 14 Wegenwet:

'Deze bepaling kan (...) naar haar aard geen beletsel vormen voor een gemeentebestuur om regels te geven, waarbij het zonder vergunning maken of hebben van een uitweg naar de weg wordt verboden in het belang van de orde en veiligheid op de weg'.[82] Daarmede verdraagt zich niet de bijdrageregelingen – kwalificerend als verordeningen – wel onverbindend te verklaren. Van tweeën één: òf gemeenteraden mogen op publiekrechtelijke grondslag uitwegen op openbare wegen verbieden zonder in strijd met artikel 14 Wegenwet te komen òf zij mogen dit niet.

Of artikel 14 Wegenwet zich ertegen verzet dat de *eigenaar* van een openbare weg het uitwegen naar *zijn* openbare weg verbiedt, is een vraag die daarbuiten staat en niets zegt omtrent de verbindendheid van gemeentelijke verordeningen in de zin van de burgers bindende regelingen. De wetsgeschiedenis leert overigens over de betekenis van artikel 14 Wegenwet: 'De Regering is (...) van oordeel, dat de grondeigenaar of grondgebruiker het recht van uitweg niet heeft, hetzij het hem bepaaldelijk is toegekend of door hem is bedongen'.[83] Daarnaast is duidelijk dat eigendomsbevoegdheid geen verordeningsbevoegdheid verleent. De Afdeling heeft in haar uitspraken over de bijdrageregelingen de onverbindendheid uitgesproken van regels die naar publiekrecht per definitie geen verbindende regeling gaven. Het moge zo zijn dat de Afdeling een

eind heeft gemaakt aan de bijdrageregelingen, de motivering daarvan kan mij niet overtuigen noch wat de onverbindendverklaring betreft noch wat de interpretatie van artikel 14 Wegenwet aangaat.[84] Het valt te betreuren dat de Hoge Raad in arrest Heesch aan de vraag naar de interpretatie van dit artikel voorbij is gegaan, met name ook vanwege het feit dat met dit artikel zowel artikel 715 BW als enige bepalingen in titel 5.4 van het NBW nauw verwant zijn.

Naar aanleiding van de jurisprudentie van de Afdeling over de zgn. 'uitwegvergunningstelsels' is de vraag bij mij gerezen of de administratieve rechter ook beleidsregels[85] onverbindend zou kunnen verklaren. Dit heeft hij immers de facto gedaan waar hij de 'onverbindendheid' uitsprak van de 'Bijdrageregeling', met name waar die haar basis vond in een publiekrechtelijke ontheffingsbevoegdheid.

Een uitspraak waarbij de Afdeling beleidsregels onverbindend verklaarde werd gedaan op 23 oktober 1984 (*AB* 1985, 143). Het college van burgemeester en wethouders van *Venray* had een regeling vastgesteld inzake kienbijeenkomsten welke betrekking had op de wijze waarop zij van hun bevoegdheid gebruik zouden maken omtrent het in de Wet op de kansspelen geregelde verbod van het organiseren van kleine kansspelen. Zij hadden bepaald als beleid niet meer dan één bijeenkomst per maand toe te laten. De Afdeling 'ontzegde' aan deze regeling 'verbindende kracht' wegens strijd met artikel 7c lid 3 van de Wet op de Kansspelen en vernietigde daarom de beschikking op grond van artikel 8 eerste lid onder a Wet Arob. Deze benadering wijkt af van de gebruikelijke toets van beschikkingen die met inachtneming van beleidsregels genomen worden. De rechter gaat hierbij na of van de regels ten nadele van de justitiabele is afgeweken danwel of *toepassing* van deze regels hetzij in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval hetzij op zichzelf beschouwd strijd oplevert met enig beginsel van behoorlijk bestuur.[86] Beleidsregels hebben slechts externe werking *dankzij* de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Met een benadering waarbij beleidsregels (on)verbindend verklaard worden, kan ik weinig vrede hebben. Vooreerst niet, omdat deze regels niet binden, niet op rechtsgevolg gericht zijn, doch de wijze aangegeven waarop een bevoegdheid gebruikt pleegt te worden. Relevant is of van de bevoegdheid een rechtmatig of onrechtmatig gebruik is gemaakt jegens de burger. Vervolgens niet, omdat in dit soort gevallen het rechtsoordeel over de beschikking bepalend dient te zijn voor het te voeren beleid en niet omgekeerd. Beleid dient vorm te krijgen binnen hetgeen rechtens geoorloofd is. Tenslotte niet, omdat theorieën omtrent onverbindendverklaring, buiten toepassing laten, splitsbare en onsplitsbare wilsverklaring e.t.q. aldus de kans zouden krijgen binnen te sluipen in een materie die zich daarvoor niet leent.

i Strijd met de Vestigingswet Bedrijven 1954

Zeer omvangrijk is de Afdelingsjurisprudentie inzake het gemeentelijke standplaats- en ventvergunningenbeleid. In een vrij uitvoerige brochure bracht de VNG de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak en haar voorzitter over dit onderwerp bijeen en trok daaruit enige conclusies,[87] zodat daarnaar grotendeels verwezen kan worden. De Afdeling heeft bij herhaling de *toepassing* van een gemeentelijke bepaling in strijd geacht met de Vestigingswet Bedrijven 1954, doch heeft – voorzover mij bekend is – geen onverbindendverklaring uitgesproken van een gemeentelijke bepaling.[88] In beginsel vond hier geen abstracte toetsing plaats. Het zij nog eens herhaald.

Wanneer de ene bepaling met een andere in strijd wordt geacht blijft die strijd bestaan, zolang beide bepalingen aldus voortbestaan. Die strijdigheid heeft tot gevolg dat die ene bepaling onverbindend is en blijft, ook al wordt ervan gezegd dat zij buiten toepassing wordt gelaten. Wordt een beschikking vernietigd omdat juist deze beschikking strijd oplevert met een algemeen verbindend voorschrift en heeft deze strijd tengevolge dat een verordening waarop die beschikking steunt daarom buiten toepassing wordt gelaten, dan is er sprake van concrete toetsing. De strijdigheid van de *beschikking* met een hogere regeling heeft dan tot *gevolg* dat i.c. de verordening buiten toepassing blijft. Bij abstracte toetsing heeft de strijdigheid van de *verordening* met een hogere regeling tot *gevolg* dat de op deze verordening steunende beschikking vernietigd wordt. De mate van abstractie is in zoverre van betekenis, dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend kon worden verklaard voor *alle* gevallen of voor een *aantal* gevallen. Dit laatste doet zich voor, indien bijvoorbeeld een bepaalde interpretatie niet aanvaard wordt. In dit verband kan ook de vraag naar splitsbaarheid aan de orde komen.

In de benadering van de Afdeling kunnen economische motieven niet gerekend worden tot de 'openbare orde'-belangen.[89] De Afdeling werkt hier in zekere zin met de 'rubrica est lex'-leer, alhoewel het begrip 'openbare orde' voor de gemeentelijke verordeningsbevoegdheid in veel gevallen weinig begrenzingen opwerpt. De Afdeling interpreteert het begrip openbare orde op een bepaalde wijze, waardoor een verder reikende betekenis niet onder deze rubriek aanvaard wordt. De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld wel aanvaard, dat onder dit begrip economische belangen begrepen kunnen worden.[90] E.H. s'Jacob schrijft over begrippen als openbare orde: 'Elke vage term laat grote ruimte aan hem, die gerechtigd is met die term te werken'.[91] Zo rekende de Afdeling tot 'openbare orde' aspecten als de toereikendheid van het aantal verkooppunten voor ambulante handel en de voorkoming van verkapte marktvorming.[92] Het is dubieus via het openbare ordebegrip hier een oplossing te zoeken.

Zoals Schroot in zijn artikel in *De Gemeentestem* uiteenzet komt ook niet zozeer de Vestigingswet Bedrijven 1954 in beeld, waar het gaat om

standplaatsen en ventvergunningen, als wel het beginsel van vrijheid van ondernemen, bedrijf en arbeid, zoals dit is neergelegd in artikel 6 ESH en artikel 19 lid 3 van de Grondwet.[93] Evenals in de verkeerswetgeving en de Wet op de Woonwagens en Woonschepen heeft ook nu de Afdeling rechtspraak in de Vestigingswet Bedrijven 1954 – of anderszins – per saldo gezocht naar beginselen die de vrijheid van de burger garanderen. Alhoewel verwijzing naar wet of wetsgeschiedenis daarbij meestal gehanteerd wordt – soms meer, soms minder overtuigend – blijkt in wezen het achterliggende beginsel de toets te bieden voor de reikwijdte van de verordenende bevoegdheid in relatie tot de vrijheid van de burger.

j Strijd met de Drank- en Horecawet

Artikel 18 van de Drank- en Horecawet kent aan de gemeenteraad de bevoegdheid toe onder andere te verbieden dat in de gehele gemeente of een deel daarvan in inrichtingen alcoholhoudende drank wordt verstrekt anders dan om niet. De gemeenteraad van Domburg had op grond hiervan een verordening vastgesteld met de bevoegdheid van B en W ontheffing te verlenen, eventueel onder voorwaarden. Ingevolge artikel 3 van de *Domburgse* verordening was weigering van de ontheffing alleen toegestaan indien de vestiging van de inrichting zou leiden tot overconcentratie van horecabedrijven in een straat of buurt danwel ontoelaatbare aantasting van het woon- en leefklimaat tot gevolg zou hebben. De Afdeling overwoog: 'Nog daargelaten dat appellant heeft betwist dat hij zijn restaurant tot een café wil laten uitgroeien heeft verweerder het begrip "overconcentratie" in artikel 3 van de Verordening (...) op een kwantitatieve, op de behoefte toegespitste, manier uitgelegd. Deze uitleg verdraagt zich echter niet met het bepaalde in artikel 18 Drank- en Horecawet zodat artikel 3 van de Verordening – op deze wijze uitgelegd – onverbindend is' (18 november 1985, *AB* 1986, 459 m.nt. J.H. v.d. V. en *Regelmaat* 1986, blz. 162 e.v. m.nt. J.T.). De Afdeling past hier *abstracte* toetsing toe, zij het dat die toetsing met name gerelateerd is aan een *bepaalde interpretatie* van het begrip 'overconcentratie'.

Van der Veen merkt in zijn noot in de *AB* op: 'zolang de leer van de onsplitsbare wilsverklaring geen algehele onverbindendheid der bepaling oplevert, doch de onverbindendheid slechts de buitenwettelijke uitleg treft, zal het eindresultaat wel hetzelfde zijn' (blz. 1329 r.k.). Hierbij wijst hij dan op de uitspraak *Maastricht* (19 juni 1984, *AB* 1984, 505 m.nt. J.H.v.d.V.), waarin de Afdeling aan 'onverbindendheid' niet toekwam, ofschoon de Maastrichtse en Domburgse bepalingen met elkaar op dit punt overeenstemden. De Afdeling oordeelde in de Maastrichtse zaak, dat de term 'overconcentratie' slechts als een *kwalitatief* criterium dienst kon doen. Het komt mij voor dat de Afdeling zowel in de Domburgse als in de Maastrichtse uitspraak *in essentie* de leer van splitsbare wilsverklaring toepast doordat zij alléén die interpretatie aanvaardt waarbij 'overconcentratie' als kwalitatief begrip wordt verstaan. Een kwantitatieve

uitleg is in strijd met de Drank- en Horecawet en maakt de bepaling 'in zoverre onverbindend'. De wijze van uitleg blijkt weliswaar uit de toepassing waardoor de mate van abstractie zeer nauw gebonden is aan de toepassing, maar via de interpretatie wordt een abstracte toetsing van de bepaling toegepast. Ook in Maastricht zou een kwantitatieve uitleg niet aanvaard worden, terwijl in Domburg een kwalitatieve niet tot onverbindendheid zou leiden.

Deze wijze van toetsing door de Afdeling rechtspraak laat wederom zien, dat deze administratieve rechter weliswaar in vele gevallen geneigd is abstract te toetsen, maar de onverbindendverklaring eerst uitspreekt wanneer dit nodig is om het daarop steunende besluit te vernietigen. Zoals ik reeds opmerkte bij de bespreking van de Maastrichtse monumentenverordening wijkt deze benadering af van die van de strafrechter. Deze laatstgenoemde rechter toetst bij voorkeur altijd abstract en verklaart de verordening onverbindend, ongeacht de vraag of dit voor het concrete geval nodig is. De Afdeling toetst abstract, doch verklaart bij voorkeur alleen dan de verordening onverbindend, wanneer dit nodig is om het concrete gevolg te kunnen vernietigen. De relatie toepassing van de norm en toetsing van de norm is bij de Afdeling duidelijker aanwezig dan bij de strafrechter, alhoewel beide rechters abstract toetsen. Dit heeft ook weer gevolgen voor de vraag naar splitsbaarheid. Deze wordt indringender naarmate het abstractieniveau hoger is. Indien de rechter overweegt dat de *aldus geïnterpreteerde norm* 'ermee door kan', is splitsing niet nodig, evenals wanneer hij stelt dat een andere interpretatie 'er niet mee door kan'. Hij toetst de norm zelf, dus abstract, doch het abstractieniveau is nauw gerelateerd aan de toepassing in concreto die leidt tot relatief abstracte toetsing.[94]

k Strijd met de provinciale caravan- en tentenverordening

In haar uitspraak van 17 november 1981, *De Gemeentestem* 1982, 6718 m.nt. B. achtte de Afdeling rechtspraak artikel 241 van de APV van *Harenkarspel*, ondergebracht in het hoofdstuk ter bescherming van natuurschoon en zorg voor het uiterlijk aanzien van de gemeente, in strijd met de *Noordhollandse caravan- en tentenverordening* met als doel bewaking, instandhouding en bevordering van het natuur- en landschapsschoon. De annotator wijst erop dat toetsing aan de onderwerptheorie bij de Afdeling geen nieuws meer is, terwijl het motief van het uiterlijk aanzien van de gemeente hieraan niet kan afdoen. Zou men aannemen, aldus de annotator, dat er een onderscheid te maken zou zijn tussen het ruime natuurbeschermingsbegrip en het uiterlijk aanzien van de gemeente, dan wordt dit 'zo specieus dat de Afdeling er geen splitsbare wilsverklaring van kan maken'. Uit de verordening kon de Afdeling niet lezen dat de gemeentelijke APV-bepaling alleen voor de bebouwde kom zou gelden, waar de provinciale verordening niet zou gelden. Het voorbehoud 'onverminderd het bepaalde in de Caravan- en tentenverorde-

ning' was daarvoor te dubieus. De Afdeling paste abstracte toetsing toe en stelde bovendien eisen aan de redactie van de bepaling, zoals zij dat ook deed inzake de besproken APV-bepaling IJsselmuiden. De wijze waarop Harenkarspel deze lacune zal hebben te dichten verschilt evenwel aanzienlijk van IJsselmuiden. Meer dan in het 'onderwerp' zal nu de oplossing in de territoriale begrenzing gezocht dienen te worden.

l Strijd met de provinciale landschapsverordening

Op 1 januari 1977 trad in werking de provinciale *Landschapsverordening Friesland* 1975 met als doel: voorkoming van ontsiering van en rustverstoring en andere overlast in het landschap. De gemeente *Terschelling* kende de Verordening op de Kampeerplaatsen en op de Kampeermiddelen, welke was vastgesteld in het belang van de openbare orde, van de gezondheid en van natuur en landschap. Op grond van deze verordening schreven B en W van Terschelling de latere appellant aan zijn caravan te verwijderen nu deze op een plaats stond waar het verboden was deze te plaatsen of geplaatst te hebben, zonder dat daarvoor ontheffing was verleend.

Bij haar uitspraak van 2 december 1980 (*AB* 1981, 302 m.nt. v.d.V. en *Gst.* 1981, 6647) overwoog de Afdeling: 'Genoemde voorschriften van de gemeentelijke verordening strekken mede tot behartiging van een belang ten behoeve waarvan de provinciale verordening is gegeven, te weten het belang van de bescherming van het landschap. In verband hiermede moet worden geoordeeld dat, althans voor wat betreft het plaatsen van kampeerwagens als de onderhavige, door de artt. 7 en 8 van de provinciale verordening wordt voorzien in een onderwerp waarop art. 2 eerste en tweede lid gemeentelijke verordening betrekking heeft. Hieraan doet niet af dat laatstgenoemde voorschriften tevens zijn gegeven met het oog op andere belangen dan welke voornoemde artikelen van de provinciale verordening beogen te dienen. Derhalve heeft krachtens art. 194 Gem.w. meergenoemd art. 2 eerste lid, althans in zoverre deze bepaling betrekking heeft op kampeerwagens als de onderhavige, van rechtswege opgehouden te gelden met ingang van 1 jan. 1977'.

Bij deze overweging valt het op dat de Afdeling uitdrukkelijk een beperking aanbrengt tot *althans de onderhavige kampeerwagens* in de verordening, waar zij in latere uitspraken – zie onder 2.1.4 – uitdrukkelijk heeft gesteld 'dat de wetgever heeft gekozen voor een systeem, waarbij de bepalingen van een provinciale of gemeentelijke verordening, in wier onderwerp door een latere, hogere regeling wordt voorzien, in hun geheel ophouden te gelden ten einde te voorkomen dat per onderdeel moet worden nagegaan of dit buiten toepassing dient te blijven wegens strijd met een hogere regeling. Ook bij een gedeeltelijke overlapping van onderwerpen treedt derhalve het door artikel 194 van de gemeentewet genoemde gevolg in' (garageverordening Amsterdam). Er is geen reden om aan te nemen dat de Afdeling ten deze onderscheid zou willen

maken tussen strijd met een wet en strijd met een provinciale verordening, zodat aannemelijk is dat de Afdeling – mede gelet op de geciteerde vrij algemene overweging – niet meer tot splitsing bereid is, zoals zij in de Terschellingse zaak deed. Toch rijst de vraag of zo'n absolute stellingname verantwoord is, zeker waar een vrij grote opsomming van voorwerpen wordt gegeven en slechts één of enkele daarvan in strijd zouden komen met een latere, hogere regeling. In Terschelling speelde dit tot op zekere hoogte.

Een tweede aspect dat in de onderhavige casus speelde betrof het feit, dat het college van Gedeputeerde Staten van Friesland bij besluit van 1 juli 1977 de desbetreffende paragraaf van de Friese Landschapsverordening voor het grondgebied van de gemeente Terschelling buiten toepassing hadden verklaard. De Afdeling overwoog daaromtrent: 'Door voormeld besluit kon het gevolg van de werking van art. 194 Gem. wet niet ongedaan worden gemaakt'. Ook al 'stond' de Terschellingse verordening nog 'op papier', de iure was zij verdwenen. De woorden in artikel 194 gem. w. 'houden van rechtswege op te gelden' verstaat de Afdeling als 'houden van rechtswege op te bestaan'. Een andere interpretatie zou kunnen zijn: zij *werken* van rechtswege *niet.* Deze interpretatie wordt niet aanvaard, geheel overeenkomstig hetgeen in de literatuur sinds lang is aangenomen.

In dit verband past het nader in te gaan op nog een verschil tussen het ene en het andere onverbindendverklaren. Indien de rechter een verordening onverbindend verklaart op grond van artikel 194 gemeentewet is deze 'verklaring' *declaratoir:* hij constateert dat de verordening niet meer bestaat. Hij zal dan ook bij een dergelijke constatering steeds abstract moeten werken. Hij stelt hier het ontbreken van juridische existentie vast. In andere dan 194-gevallen is er geen wetsbepaling die het bestaan van de verordening teniet doet. Toch zal de rechter ook hier bij zijn onverbindendverklaring in beginsel niet een constitutieve, maar eveneens een in wezen *declaratoire* beslissing nemen. Het rechtsgevolg is evenwel anders. In de 194-gevallen verdwijnt de strijdige verordening voorgoed uit het juridische bestaan. Zij kan niet meer herleven en nooit meer een bron zijn voor besluiten. In de andere gevallen van onverbindendverklaring verdwijnt de verordening niet. Zij leidt een *feitelijk* bestaan, doch kan niet toegepast worden voor het nemen van rechtsgeldige besluiten. Dit feitelijk bestaan kan evenwel weer juridisch leven ingeblazen worden, doordat de regeling waarmede strijd geconstateerd was zodanig veranderd wordt, dat de strijdigheid van de verordening niet meer aanwezig is. Beslissingen die op grond van deze herrezen verordening genomen worden, zijn van 'goede afkomst'. De declaratoire beslissing van de rechter is uitgewerkt op het moment dat de strijdigheid ophield.

Toch lijkt mij niet zinvol in de toekomst dergelijke verschillende rechtsgevolgen te verbinden aan in wezen dezelfde declaratoire beslissingen. In tegenstelling tot de opvattingen die bestonden bij de ontwer-

pers van de vigerende gemeentewet heeft zich een ontwikkeling voltrokken die een dergelijk onderscheid niet meer rechtvaardigt. In hoofdstuk 3 zal hierop nog verder ingegaan worden.

m Strijd met de provinciale afvalstoffenverordening
De Afdeling rechtspraak ging in haar uitspraak van 9 mei 1980, *Gst.* 1981, 6655 m.nt. J.M.K. in op de door appellante aangevoerde grond, dat de gemeentelijke voorschriften onverbindend waren 'omdat zij strijdig zijn met het beginsel, dat de verordenende bevoegdheid beperkt is tot datgene wat redelijkerwijs nodig is'. Zij overwoog dienaangaande 'dat het oordeel omtrent de noodzaak van het nemen van bepaalde wettelijke maatregelen niet aan de rechter toekomt, *die zich alleen de toetsing van de verordeningen aan hogere regelingen tot taak kan rekenen'* (curs. dzz.). Daarna gaf zij haar oordeel over de verhouding van de gemeentelijke bepalingen tot de Afvalstoffenwet en de 'Verordening industriële en chemische afvalstoffen Gelderland'. De Afvalstoffenwet was ten tijde van het bestreden besluit nog niet van kracht, zodat deze bij de toetsing ex tunc geen rol kon spelen.

Inzake de relatie tot de provinciale verordening overwoog de Afdeling: 'De provinciale en gemeentelijke verordening strekken beide tot de bevordering van de hygiëne van het milieu, voor zover dit door afvalstoffen wordt bedreigd. Daaraan doet niet af, dat de gemeentelijke verordening betrekking heeft op alle afvalstoffen zonder onderscheid, terwijl de provinciale verordening betrekking heeft op industriële en chemische afvalstoffen. De Afdeling is van oordeel dat door de provinciale "Verordening industriële en chemische afvalstoffen Gelderland" wordt voorzien in het onderwerp, waarop de bepalingen, neergelegd in de artikelen 112 en 115 van de Algemene Politieverordening Zevenaar 1976 betrekking hebben. Mitsdien zijn laatstgenoemde bepalingen van rechtswege vervallen met ingang van 1 januari 1978, zulks krachtens artikel 194 der gemeentewet'.

De Afdeling past de 'onderwerp-theorie' toe en wil van splitsing niet weten.

2.1.8 Onverbindendheid wegens onbevoegdheid

In de jurisprudentie van de (voorzitter) Afdeling rechtspraak komt men verschillende malen *onverbindendverklaringen* tegen van delegatiebepalingen. De onverbindendheid vindt haar grondslag in een wettelijke regeling die zich tegen de desbetreffende delegatie verzet. Vaak gaat het om verkeerde toepassing van artikel 211 gemeentewet, zoals het geval was bij de toekenning van bevoegdheden aan een marktmeester door de gemeenteraad[95] en delegatie aan een ambtenaar van het korps rijkspolitie.[96] Soms kon de Afdeling de vraag naar de verboden delegatie ontgaan. Zo'n geval deed zich voor in haar uitspraak van 6 juli 1985 (*Gst.*

1985, 6800 m.nt. B.), aangezien het verzoek tot wijziging van het sluitingsuur zich beperkte tot een bepaalde inrichting. De Afdeling ging voorbij 'aan de vraag of (...) artikel 56, tweede lid, in zoverre de raad der gemeente Nieuwegein verweerder daarbij de bevoegdheid heeft toegekend eerderbedoelde tijdstippen ook voor alle inrichtingen te wijzigen, zich verdraagt met het bepaalde in de artikelen 167, 168, 169 en 220 van de gemeentewet'. Aldus aanvaardde de Afdeling ten principale de mogelijkheid van splitsing voorzover de burgemeester wel bevoegd was – artikel 221 gemeentewet[97] – en delegatie ten onrechte verleend was. De bepaling werd niet onverbindend verklaard, doch de overweging gaf te denken. Delegatie van regelgevende bevoegdheid aan de burgemeester is immers in strijd met artikel 169 gemeentewet.[98] Zoals bij herhaling is gebleken, is de afdeling niet geporteerd voor splitsing. Zij kiest veeleer voor een relatief abstractieniveau.

Soms doet zich het geval voor dat men als het spiegelbeeld van ongeoorloofde delegatie zou kunnen aanmerken: ongeoorloofde bevoegdheidsassumptie. Dit gebeurt als de gemeenteraad beroep op zichzelf openstelt van door de burgemeester te nemen besluiten waar de wetgever exclusief de burgemeester bevoegd heeft gemaakt, zoals in de artikel 221-gevallen. Dit artikel houdt tevens in dat de uitvoering van raadsverordeningen op het gebied van openbare vermakelijkheden en publieke bijeenkomsten niet aan B en W opgedragen mag worden. (Zie o.m. ARRS 23 juni 1981, *Gst.* 1982, 6699 m.nt. B. en ARRS 26 juli 1985, *AB* 1985, 543 m.nt. J.H.v.d.V. en ARRS 6 januari 1986, *AB* 1986, 565 m.nt. J.H.v.d.V.).

2.2 Toetsing door de Centrale Raad van Beroep

Uitspraken van de Centrale Raad van Beroep waarbij onverbindendheid van algemeen verbindende voorschriften werd vastgesteld zijn gering. Slechts een paar voorbeelden konden opgespoord worden, welke hieronder kort de revue passeren. Hierbij zijn opgemerkt dat de Centrale Raad in tegenstelling tot de Afdeling rechtspraak beroepen tegen besluiten van algemene strekking ontvankelijk kan verklaren. Overigens blijkt uit de jurisprudentie dat de Raad geneigd is zulke besluiten 'op één lijn te stellen' met algemeen verbindende voorschriften (bijv. CRvB 4 april 1974, *AB* 1975,1 m.nt. St. en CRvB 10 december 1985, *TAR* 1986, 52).

2.2.1 Strijd met de wet

In zijn uitspraak van 29 oktober 1976 (*AB* 1977, 109) overwoog de Centrale Raad van Beroep in vrij algemene bewoordingen:

'Naar 's Raads oordeel dient, wil een verordening als de onderhavige (t.w. Verordening Organisatie Pedagogische Academie), afkomstig

van een op zich zelf bevoegd orgaan, door de rechter voor onverbindend worden gehouden wegens strijd met een hogere regeling, zodanige strijd duidelijk kenbaar zijn. (...) Het komt de Raad voor dat althans een deel van eisers argumenten (...) meer past bij een verzoek tot de Kroon om vernietiging van de Verordening met toepassing van art. 185 Gemeentewet dan bij een beroep op de ambtenarenrechter'.

Een geval waarbij de CRvB onverbindendheid wegens strijd met een hogere regeling vaststelde komt men tegen in zijn uitspraak van 13 maart 1956 (*AB* 1957, blz. 166). Het Reglement voor de werkloosheidsverzekering gaf in artikel 6 tweede lid aanhef en onder a een regeling voor vaststelling van dagen waarover zonder te werken loon werd ontvangen. De Centrale Raad overwoog: 'dat deze bepaling – hoe redelijk ze overigens ook moge zijn – naar 's Raads oordeel wegens strijd met dit artikel 35 (sc. Werkeloosheidswet) niet verbindend is'. De Raad deed daarvoor niet alleen een beroep op de tekst, maar ook op de parlementaire geschiedenis en het systeem van de wet. De Raad gaf bovendien aan welk artikelonderdeel van het Reglement wel aanvaard kon worden. De Raad toetste in abstracto en achtte splitsing mogelijk.

2.2.2 Onverbindendheid wegens onbevoegdheid

Ongeoorloofde delegatie en daardoor onverbindendheid van een bepaling stelde de Raad vast in zijn uitspraak van 24 oktober 1975 (*AB* 1976, 235). Het betrof hier overigens een regeling op centraal niveau, waarbij de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid een zodanig ruime uitleg aan artikel 7 lid 2 van het KB van 27 juni 1967 had gegeven dat hij niet alleen de maatstaven zou vaststellen waarnaar premie geheven zou moeten worden, doch ook de premie zelf zou vaststellen. Met instemming haalt de CRvB aan: 'In de thans aangevallen uitspraak heeft de eerste rechter te dezen voorts nog overwogen, dat in art. 7, tweede lid, KB aan de minister regelgevende bevoegdheid is verleend en zodanige bevoegdheid niet insluit een beschikkingsmacht voor concrete gevallen'.

De Raad overwoog: 'Zo dit al niet voldoende zou blijken uit de in de geciteerde bepaling gekozen bewoordingen, dan zou het in elk geval daarom moeten worden aangenomen, omdat een andere uitleg (...) inbreuk zou maken op het systeem van de toepasselijke sociale verzekeringswetten. (...) Zonder een daarvoor in de wet zelf uitdrukkelijk gegeven grondslag kan die uitvoering niet aan een ander orgaan worden toevertrouwd, te minder wanneer dit consequenties zou kunnen hebben voor de rechtsbescherming. Door zulks althans ten dele (...) wel te doen, komt de omstreden bepaling dus in strijd met het systeem van de hier aan de orde zijnde sociale verzekeringswetten'.

Wederom toetste de Raad in abstracto en achtte hij splitsing mogelijk.

2.2.3 *Onverbindendheid wegens terugwerkende kracht*

De CRvB heeft enige malen tot onverbindendheid van algemeen verbindende voorschriften geconcludeerd wegens strijd met het *algemeen rechtsbeginsel van rechtszekerheid* dat aantasting van hetgeen rechtmatig is verworven, verbiedt. Deze voor het eerst in zijn uitspraak van 31 oktober 1935 (*AB* 1936, blz. 168) toegepaste grondslag, wordt ook aangetroffen in de uitspraak van 20 oktober 1981 (*RSV* 1982, nr. 78) inzake een ministeriële beschikking waaraan 'voorzover daaraan ten nadele van de verzekerden terugwerkende kracht is ontleend, rechtskracht moet worden ontzegd'.

Precies twee jaar later achtte de Raad artikel 4 van een 'verklarings-KB' – steunende op artikel A8 van de Algemeen burgerlijke pensioenwet – onverbindend 'voorzover daaraan terugwerkende kracht is verleend (...) wegens strijd met het rechtsbeginsel van de rechtszekerheid' (*AB* 1984, 100 m.nt. v.E.). Een a.m.v.b. tot wijziging van het Salarisbesluit Lager Nijverheidsonderwijs werd om dezelfde reden onverbindend geacht (CRvB 3 april 1963, *AB* 1964, pag. 75).[99] Alhoewel de meeste uitspraken van de Centrale Raad van Beroep geen betrekking hebben op verordeningen van lagere overheden kan geconcludeerd worden dat het beginsel van de rechtszekerheid naar zijn constante jurisprudentie medebrengt dat terugwerkende kracht ten nadele van betrokkenen leidt tot het oordeel dat 'in zoverre rechtskracht ontzegd wordt'.[100] De Raad *'ontzegt rechtskracht'*, deze formulering wordt meermalen gehanteerd waaraan geen inhoudelijk verschil met 'onverbindendverklaring' valt te ontlenen. Het gaat hier om abstracte toetsing, waarbij het ontzeggen van rechtskracht een meer *constitutief* element inhoudt. Deze constitutieve vaststelling heeft overigens terugwerkende kracht, omdat de rechter de regeling als zodanig – ongeacht het moment waarop hij zijn oordeel geeft – onverbindend verklaart op grond van zijn rechtswaardering van de norm. Bovendien blijkt de CRvB dat te doen 'voor zover' er terugwerking aan het voorschrift gegeven is.

Afgezien van het feit dat de Raad soms ook strijd met artikel 4 AB aannam, danwel met de Wet van 26 april 1852, *Stb.* 92, blijkt dat het als algemeen rechtsbeginsel gehanteerde criterium van de rechtszekerheid niet gezien is als een beoordeling naar 'de innerlijke waarde of billijkheid van de wet'. Zou immers beoordeling op deze waarde plaats vinden bij ontzegging van rechtskracht aan de terugwerkende kracht, dan zou de rechter zijn bevoegdheid te buiten gaan.[101] Verdedigbaar is het element 'terugwerking' niet als een betreffende 'de innerlijke waarde of billijkheid' van de regeling aan te merken, omdat het slechts gaat om de vraag *vanaf welk tijdstip* omtrent de werking van de desbetreffende bepalingen geoordeeld wordt. Dit tijdstip kan men als een 'extern' gegeven zien, dat op zichzelf niets zegt omtrent 'de innerlijke waarde of billijkheid' van het voorschrift.

De Centrale Raad heeft zich evenwel niet alleen tot het tijdstip beperkt, doch daaraan tevens toegevoegd het element van de werking *ten nadele* van betrokkenen. Geeft hij hiermede over de innerlijke waarde en billijkheid van de regeling een oordeel? Wordt de inhoud van de regeling op haar rechtmatigheid getoetst? De CRvB heeft, zoals gezegd, verschillende malen een beroep gedaan op artikel 4 van de Wet Algemene Bepalingen en de artikelen 1 en 3 van de wet van 26 april 1852 op grond waarvan de terugwerkende kracht *als zodanig* strijdig werd geacht, daaraan toevoegend het beginsel van de rechtszekerheid vanwege het *nadelige* effect voor de ambtenaar. Met name het beroep op de genoemde wettelijke regelingen is ernstig bekritiseerd en ook door de Hoge Raad niet geaccepteerd. Zou het beroep op deze artikelen op zichzelf juist zijn, dan zou in het geheel geen terugwerkende kracht mogelijk zijn. Deze conclusie nu wordt ook door de CRvB zelf niet getrokken.

Blijft het beginsel van de rechtszekerheid dat overigens ook niet sterk is, omdat dit ten principale wederom de terugwerkende kracht betreft. Bovendien leert de jurisprudentie dat bij confligeren van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel dit laatste de overhand kan krijgen, zodat ook de werking van het rechtszekerheidsbeginsel niet onaantastbaar blijkt te zijn. Wellicht had de CRvB zwaarder geschut in stelling kunnen brengen, namelijk dat niemand door de overheid ontnomen wordt wat hem rechtmatig is toegekomen buiten de gevallen in de Grondwet geregeld. Aangezien de Grondwet een dergelijke regeling niet kent – zie: onteigening en belastingheffing – is een terugwerkende kracht in strijd met de in de Grondwet gegeven regeling, voorzover ontnomen wordt wat iemand rechtmatig toekomt. Aldus had de CRvB zo'n voorschrift in strijd met een hogere regeling kunnen achten.[102]

Dit zou wel betekend hebben dat de CRvB in bepaald opzicht de werking van grondrechten voor ambtenaren aanvaard had. Verwezen zij naar CRvB 12 november 1985, *AB* 1986, 579 m.nt. C.A.J.M. Kortmann en H.H.

2.2.4 Strijd met andere ongeschreven rechtsbeginselen

De Centrale Raad van Beroep heeft soms overwogen dat *wetsbepalingen niet toegepast* behoeven te worden, als deze toepassing in strijd zou zijn met ongeschreven recht. In zijn uitspraak van 24 november 1971 (*AB* 1972, 269 m.nt. V.d.H. onder nr. 270) beoordeelde de Centrale Raad van Beroep een bepaling in de studiekostenregeling van de gemeente Groningen, onder meer inhoudende dat de genoten studiekosten moesten worden terugbetaald indien men voor het einde van de studie of binnen drie jaren na het behalen van het desbetreffende diploma de dienst der gemeente verliet om een particuliere functie te aanvaarden. Hij overwoog: 'Nu aan eiser op vooromschreven wijze en onder vorenge-

noemde omstandigheden een exemplaar van de Regeling was uitgereikt en hij er op grond van dat exemplaar van mocht uitgaan dat zijn verzoek om ontslag om te gaan studeren niet zou leiden tot een verplichting tot terugbetaling van althans een gedeelte van de hem verstrekte studietoelagen, verzet het algemeen rechtsbeginsel der rechtszekerheid zich ertegen, dat gedaagde ten opzichte van eiser uitvoering geeft aan het bepaalde in art. 8, lid 2, onder c 1 van de Regeling, zoals deze m.i.v. 1 juli 1966 is komen te luiden'.

Het beroep op het algemeen rechtsbeginsel der rechtszekerheid komt mij onjuist voor, omdat juist in en door algemeen verbindende voorschriften rechtszekerheid pleegt te worden verschaft. Zo een beroep op een beginsel gewenst was dan was hier het vertrouwensbeginsel van toepassing, dat ik niet als een algemeen rechtsbeginsel maar als een tussen overheid en burger werkend beginsel van behoorlijk bestuur zou willen aanmerken. De vraag of het vertrouwensbeginsel 'praeter legem' kan werken is mede een vraag van waardering van de feiten en omstandigheden en van de aard van de wettelijke bepaling.

De Raad kwam in de pensioenzaak, waarin de directie van het ABP schriftelijk bepaalde standpunten kenbaar had gemaakt waarop gedaagde was afgegaan, tot het oordeel 'dat (...) de omstandigheid dat de directie (...) door haar brief (...) bij gedaagde (...) verwachtingen heeft gewekt m.b.t. de wijze van berekening van het hem eerlang toe te kennen ouderdomspensioen, niet op zichzelf ertoe kan leiden dat die verwachtingen door die directie (...) zouden behoren te worden gehonoreerd óók wanneer daarbij in strijd gehandeld zou moeten worden met de geldende wettelijke voorschriften' (CRvB 23 mrt. 1972, *AB* 1972, 270 m.nt. V.d.H.).

In zijn uitspraak van 11 september 1980, *AB* 1981, 233 m.nt. V.d.N. beriep de Centrale Raad zich niet meer op het rechtszekerheidsbeginsel, maar heeft hij uitgesproken dat er bijzondere omstandigheden denkbaar zijn, waarin strikte toepassing van een wetsbepaling in die mate in strijd zou komen met het ongeschreven recht, dat zij op grond daarvan geen rechtsplicht meer kan teweeg brengen.

Het lijkt mij bij toepassing van het *vertrouwensbeginsel* primair van belang zich ervan bewust te zijn dat hier de rechtsregel zelf *niet* getoetst wordt. De vraag of de wettelijke bepaling gelding heeft is niet aan de orde, het gaat er veeleer om of het bestuur een situatie heeft gecreëerd waardoor het tot nakoming is gehouden aan zijn toezegging, ondanks de wettelijke bepaling. In zoverre past dit onderwerp niet in dit kader, aangezien niet toetsing *van* een algemeen verbindend voorschrift plaats heeft, doch toetsing *aan* een algemeen verbindend voorschrift. Het gewone patroon is dat het bestuur gelegitimeerd is als het zich beroepen kan op een algemeen verbindend voorschrift, afgezien van andere eisen inzake besluiten of handelingen. Vraagt de burger een besluit waartegen

een wettelijk voorschrift zich verzet, dan kan het bestuur met een beroep daarop zijn weigering legitimeren. Dit wordt anders als het bestuur in strijd met dat wettelijk voorschrift een zodanige situatie heeft gecreëerd, dat de burger op een bepaalde prestatie mocht vertrouwen vanwege dit bestuursoptreden. De onrechtmatige bestuurshandeling heft het voorschrift niet op noch qua gelding noch qua toepassingsbereik, maar de onrechtmatigheid van het bestuurlijk optreden verplicht dit bestuur tot schadeloosstelling aan de betrokkene. De hoogte van deze schadeloosstelling wordt gelijk gesteld met hetgeen de toegezegde prestatie inhoudt. Formeel zou het bestuur de gevraagde prestatie moeten weigeren wegens strijd met de wet, doch meteen daaraan dienen te koppelen een tegemoetkoming ter grootte van de niet geleverde prestatie vanwege de schade die betrokkene lijden zal door de gepleegde onrechtmatigheid. Deze twee stappen, weigering en schadeloosstelling, worden in elkaar geschoven door direct tot toekenning van de gevraagde prestatie over te gaan.

Het komt mij daarom niet geheel juist voor te zeggen dat het vertrouwensbeginsel 'contra legem' kan werken, alhoewel dit per saldo het resultaat kan zijn. Vanuit een theoretische beschouwingswijze kan deze figuur beter ingepast worden in ons rechtssysteem, doordat men de algemene regel hanteert dat het bestuur gehouden is tot vergoeding van schade die een burger lijdt tengevolge van door dit bestuur gemaakte fouten.[103] Dat die schadevergoeding plaats kan vinden in een typische bestuursdaad is daarbij niet wezenlijk.

Het voordeel van deze benadering lijkt mij ten eerste, dat ten principale aan het wettelijke voorschrift geen geweld wordt aangedaan; ten tweede, dat de wijze van schadeloosstelling niet per definitie behoeft plaats te vinden door 'contra legem' te handelen; tenslotte, dat binnen de overheidsorganisatie duidelijk is dat een onrechtmatig handelen heeft plaats gevonden, hetgeen bovendien de mogelijkheid zou bieden van verhaal op degene(n) die daaraan debet is (zijn).

In de annotatie bij de uitspraak van de CRvB van 7 januari 1986[104] wijst T.M. van Male erop, dat de CRvB een wet in materiële zin op het *gelijkheidsbeginsel* toetste. In casu betrof het een regeling waarbij een verschil werd gemaakt in ontslaguitkeringen naar gelang vermindering van de omvang van een betrekking plaats vond aan verschillende onder hetzelfde bevoegde gezag ressorterende scholen danwel aan niet onder hetzelfde bevoegde gezag staande scholen.

De eerste bijzonderheid in de motivering van de Centrale Raad is, dat hij de omstreden *ministeriële circulaire* 'ondanks de daarvoor minder geëigende vorm, tot de toepasselijk algemeen verbindende voorschriften' rekende. De Raad motiveert dit in deze overweging: 'Het bestreden besluit berust op de regeling die verweerder heeft vastgesteld ter uitvoering van art. IV-H2 Rechtspositiebesluit KO/LO'. Artikel IV-H2 stelt

dat de minister voorschriften geeft waarbij wachtgeld wordt toegekend in verband met taakvermindering. Daarna overwoog de Raad: 'Het is echter niet aan de rechter om over de in algemeen verbindende voorschriften neergelegde maatstaven die tot een verschil in behandeling leiden, een oordeel te geven, tenzij uit rechtsnormen van hogere rang voortvloeit dat het orgaan dat deze regeling heeft vastgesteld, niet op grond van deze maatstaven onderscheid mocht maken'.

Op zoek naar 'rechtsnormen van hogere rang' overweegt de Raad o.a.: 'De regeling veroorzaakt wel een verschil in positie tussen degenen die binnen één betrekking een taakvermindering ondergaan en degenen, bij wie dit gespreid over meer betrekkingen het geval is, maar toch kan niet worden gezegd dat dit onderscheid op rechtens onaanvaardbare maatstaven berust'.

Geheel consistent lijkt mij dit betoog niet: 'een rechtens onaanvaardbaar onderscheid' is in deze redenering een rechtsnorm van hogere rang dan een in een algemeen verbindend voorschrift vastgelegde maatstaf. Aldus geeft de rechter per definitie een oordeel over in algemeen verbindende voorschriften neergelegde maatstaven, aangezien hij degene is die uitmaakt of daarbij een rechtens onaanvaardbaar onderscheid is gemaakt. Hij geeft dan een oordeel over de in een algemeen verbindend voorschrift neergelegde maatstaf zonder enige andere beperking dan dat het om een *rechts*oordeel moet gaan. Nu is dit laatste altijd het geval voor de rechter, zodat hierin geen relevant criterium wordt geboden. Van Male wijst er op dat de Centrale Raad hier toetst aan het gelijkheidsbeginsel.

Frappant is in dit verband de slotoverweging van de Raad: 'Verweerder heeft dus terecht geoordeeld, dat hij klagers verzoek om toekenning van een ontslaguitkering naar deze in de circulaire neergelegde maatstaven moest beoordelen'. De Centrale Raad haalt hier abstracte en concrete toetsing door elkaar. Hij toetst uitsluitend in abstracto de als algemeen voorschrift aangemerkte regeling, acht deze verbindend en laat vervolgens aan verweerder – de minister – het oordeel om naar die maatstaven te besluiten. Moest verweerder nagaan of de door hemzelf vastgestelde ongelijkheid in casu in strijd was met het gelijkheidsbeginsel? Zo ja, waarom toetst de Raad dan niet in concreto of verweerder terecht tot dit oordeel gekomen is? Afgezien van het feit dat de Centrale Raad van Beroep hier tot een afwijzend oordeel kwam omtrent de vraag of er onverbindendheid van dit algemeen verbindend voorschrift op zichzelf aanwezig was wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel, blijkt uit de wijze waarop getoetst werd niet duidelijk waarom de Raad betrokkene in zijn bezwaar tegen een algemeen verbindend voorschrift ontvankelijk verklaarde.[105] Deze uitspraak munt niet uit door helderheid en kan mede daarom niet aangemerkt worden als baanbrekend voor nieuwe ontwikkelingen inzake toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

2.3 Toetsing door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven

Evenals het geval is voor de Centrale Raad van Beroep is ook bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven de mogelijkheid aanwezig in beroep te gaan tegen besluiten van algemene strekking voorzover deze geen algemeen verbindende voorschriften zijn. In tegenstelling tot de Centrale Raad van Beroep blijkt het College van Beroep voor het Bedrijfsleven niet geneigd de besluiten van algemene strekking 'op één lijn te stellen' met algemeen verbindende voorschriften. Gewezen kan worden op onder andere CBB 8 juni 1973, *SEW* 1973, blz. 575; 18 oktober 1977, *SEW* 1978, blz. 438 en 31 juli 1979, *SEW* 1980, blz. 813. In zijn uitspraak van 22 april 1975 overwoog het College van Beroep voor het Bedrijfsleven expliciet dat onder *besluiten* in de wet *niet* zijn begrepen *verordeningen* en dat ook handelingen in de zin van die wet niet verordeningen omvatten (*SEW* 1975, blz. 449-452 m.nt. J.P.).

2.3.1 Toetsing aan EEG-recht

In zijn uitspraak van 13 mei 1977, *AB* 1977, 264 m.nt. In 't V. overwoog het CBB 'dat de Retributieverordening Afgifte Uitvoerformulieren Bloemkwekerij-produkten 1975 krachtens welke door verweerder sub 1 aan verzoekster de retributie van f 181,50 is opgelegd, onverbindend is wegens strijd met het gemeenschapsrecht; dat die verordening met name in strijd is met art. 16 Verdrag, daar door de uitwerking van het (...) bedrag van de retributie op de prijs van de uitgevoerde goederen, die retributie het vrije goederenverkeer beperkt op dezelfde wijze als een douanerecht; dat daarbij in aanmerking is te nemen, dat de retributie uitsluitend de uitvoer belast en niet van toepassing is op de binnenlandse handel'.

Het wekt geen verbazing dat het CBB hier spreekt van 'onverbindend' en niet van 'buiten toepassing laten', aangezien normen van EEG-recht in de nationale rechtsorde gelden krachtens de communautaire rechtsorde en niet krachtens artikel 93 Grondwet (zie blz. 5 en 23 e.v. van *Het Europese perspectief van het Nederlandse staatsrecht* door F.C.L.M. Crijns, Zwolle 1984). De verhouding tussen EEG-recht en nationaal recht is te vergelijken met die tussen de wet en de provinciale verordening. Verwezen zij overigens naar het gestelde op p. 23.

Van onverbindendheid sprak het CBB ook toen het de Verordening Vakheffing Bloembollen onverenigbaar oordeelde met artikel 40 lid 3 EEG-verdrag.[106] In deze uitspraak kwam tevens aan de orde de vraag of een 'onverbindend' verklaarde verordening voor gedekt verklaard zou kunnen worden, welke vraag ontkennend werd beantwoord, 'omdat', zo werd gesteld, 'artikel 59 van de Wet Arbo een dergelijke figuur niet kent'. Deze motivering is niet sterk, aangezien de Wet Arbo ook niet de bevoegdheid verleent om verordeningen onverbindend te verklaren.

Komt de rechter tot de bevinding dat een verordening onverbindend is, dan is deze vaststelling – declatoir of constitutief – een gegeven voor hem dat hij niet bij machte is te veranderen. Zijn *abstract* oordeel over een bepaling zou dan immers vervangen worden door een contrair oordeel van eenzelfde abstracte betekenis. Hij kan *in concreto* de toepassing van een op zo'n onverbindend geachte bepaling steunend besluit gedekt verklaren, hetgeen systematisch aanvaardbaar is. De uitdrukking 'buiten toepassing laten' hanteerde het College in zijn uitspraak van 16 juni 1970, *SEW* 1970, blz. 476 in een beoordeling van de Prijzenbeschikking goederen en diensten 1969-II artikel 2 onder a.[107]

Het CBB kwam, na het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen om een prejudiciële beschikking te hebben gevraagd, tot het oordeel dat enige bepalingen van de Wet Assurantiebemiddeling *onverbindend* waren wegens strijd met dit EEG-verdrag in zijn uitspraak van 23 maart 1976, *AB* 1976, 124 m.nt. J.P. Het College overwoog: 'dat, voor zover bij art. 5, lid 1, aanhef en onder f der Wet als vereiste voor inschrijving van een tussenpersoon in een der in art. 4 der Wet genoemde registers geldt dat de tussenpersoon in Nederland moet wonen en voor zover bij art. 9, lid 1, aanhef en onder c, als grond voor doorhaling van de naam van een tussenpersoon in het desbetreffende register is genoemd, en die tussenpersoon niet meer aan dat vereiste voldoet, die wetsbepalingen onverbindend zijn wegens strijd met de bepalingen van de artt. 59, 60 en 65 van het Verdrag'. Hier werd splitsbaarheid aangenomen.

2.3.2 Toetsing aan grondrechten

Voorzover nagegaan kon worden heeft toetsing aan internationale en nationale grondrechten tot nu toe niet geleid tot onverbindendverklaring of buiten toepassing laten van algemeen verbindende voorschriften door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Een enkele maal vond toetsing plaats, zoals in de uitspraak van 14 december 1985, *AB* 1985, 380 m.nt. J.H.v.K. en 6 april 1982, *SEW* 1984, blz. 550 m.nt. J.H.v.K. In beide gevallen speelde de vrijheid van vereniging, waarop de verordening inbreuk kon maken, een rol. Ook het feit dat geen vrije en geheime verkiezingen gehouden werden voor de samenstelling van het bestuur van het produktschap voor siergewassen werd i.c. niet aanvaard om 'onverbindendheid' aan te nemen.

2.3.3 Strijd met de wet

De Algemene Heffingsverordening van het Hoofdbedrijfschap voor de detailhandel maakte in artikel 4 lid 2 en artikel 5 contributie-aftrek van een op te leggen bestemmingsheffing slechts mogelijk voor bepaalde met name genoemde verenigingen. Niet alleen leden van bepaalde organisaties, maar alle in aanmerking komende ondernemingen dienden voor af-

trek in aanmerking te komen. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven achtte *'in zoverre'* het bepaalde in die artikelen 'onverbindend' wegens strijd met *artikel 126 lid 1 Wet op de Bedrijfsorganisatie,* zoals dat artikel naar de bedoeling van de wetgever moet worden uitgelegd (CBB 24 september 1976, *AB* 1977, 13 en *SEW* 1977, blz. 832 m.nt. Van Houten; vgl. CBB 31 augustus 1962, SEW 1963, blz. 238 m.nt. J.P.).

Strijd met artikel 102 Wet BO nam het CBB aan in zijn twee uitspraken van 13 maart 1979 en in zijn uitspraak van 22 mei 1979 (*SEW* 1980, blz. 483-489 m.nt. J.H.v.K.), omdat het Produktschap voor Vee en Vlees *ook* regels had gesteld voor andere ondernemingen dan waarvoor het lichaam ingesteld was. Het College wenste hier *niet* te *splitsen* tussen ondernemingen waarvoor het schap wel en niet bevoegd was.

In zijn uitspraak van 15 februari 1961 (*SEW* 1961, blz. 44) achtte het CBB zich bevoegd te toetsen – ondanks het bepaalde in lid 7 van *artikel 93 Wet BO* – of het Produktschap voor Pluimvee en Eieren een *onderwerp* had geregeld waartoe het niet bevoegd was, daarmede oordelend over de verbindendheid van de verordening in relatie tot de Instellingswet. Voor nadere bespreking hiervan zij verwezen naar 2.3.4 hierna.

Wegens niet-naleving van het bepaalde in artikel 7 van de *Instellingswet* Produktschap voor Siergewassen werden de Heffingsverordeningen Boomkwekerijprodukten 1966, 1967, 1968, 1969 en 1970 onverbindend verklaard. Het produktschap had nagelaten het 'ontwerp' van verordening aan de Commissie van Bijstand voor de Boomkwekerij voor te leggen (CBB 1 november 1974, *SEW* 1975, blz. 280 m.nt. J.P.).[108] Een *ministeriële* beschikking werd onverbindend geacht omdat de minister het Landbouwschap niet had gehoord: CBB 22 februari 1967, *SEW* 1968, blz. 289, m.nt. J.P.

Het feit dat ingevolge de Vestigingswet Bedrijven 1954 de eisen slechts betrekking mogen hebben op kredietwaardigheid, handelskennis en vakbekwaamheid verzette er zich niet tegen dat een verordening praktijkervaring, opgedaan voor het bereiken van de 23-jarige leeftijd, slechts voor de helft liet meetellen (CBB 14 maart 1975, *SEW* 1975, 623 m.nt. J.P.).

2.3.4 Onverbindendheid wegens onbevoegdheid

Het Produktschap voor Pluimvee en Eieren had een verordening vastgesteld die in artikel 6 een regeling inhield terzake van de vestiging en uitbreiding van ondernemingen. Het tweede lid van artikel 5 der Instellingswet Produktschap voor Pluimvee en Eieren bepaalt onder a welke aangelegenheden niet vallen onder de onderwerpen die het Produktschap vermag te regelen. Het CBB overwoog naar aanleiding hiervan 'dat, zolang een verordening van een lichaam (...) niet is vernietigd door de Kroon, zij geacht wordt een onderwerp, als bedoeld in het eerste lid van dat artikel (sc. 93 der Wet BO) te regelen of nader te regelen; (...) dat

mitsdien in beginsel de rechter niet mag onderzoeken of een niet door de Kroon vernietigde verordening van verweerder strekt tot regeling of nadere regeling van een onderwerp, als bedoeld in artikel 4, lid 1, der Instellingswet Produktschap voor Pluimvee en Eieren; (...) dat echter het tweede lid van dit artikel bepaalt, dat als aangelegenheden, bedoeld in het eerste lid onder a niet worden aangemerkt: a. de vestiging, uitbreiding en stillegging van ondernemingen; b. de in- en uitvoer; (...) dat mitsdien verordeningen, die desondanks zodanige onderwerpen regelen, door de wet worden aangemerkt, als niet zijnde verordeningen, regelende of nader regelende onderwerpen, bedoeld in het eerste lid onder a (...); dat derhalve zodanige verordeningen, nu de bevoegdheid tot het uitvaardigen daarvan ook niet anderszins op de wet berust, krachtens de bepaling van artikel 4, lid 2, niet verbindend zijn en de rechter, nu hem de toetsing van verordeningen aan deze bepaling niet is ontzegd, de verordeningen aan deze bepaling moet toetsen; (...) dat artikel 6 der Verordening op het houden van pluimvee 1959, de vestiging en de uitbreiding van ondernemingen in de zin van artikel 4, lid 2, der Instellingswet Produktschap voor Pluimvee en Eieren, regelt, tot welke regeling verweerder krachtens lid 2 van dat artikel niet bevoegd was'. (*SEW* 1961, blz. 44-55 m.nt. A.M.).

De door het CBB gegeven motivering op grond waarvan de rechter zich bevoegd acht – ondanks het bepaalde in artikel 93 lid 7 Wet BO – te toetsen of het Produktschap 'zijn onderwerp te buiten' is gegaan, doet denken aan de wijze waarop de Hoge Raad een gemeenteverordening onverbindend heeft verklaard omdat zij met een hogere regeling strijdt, ondanks het bepaalde in artikel 193 gemeentewet. Donner schrijft in zijn noot onder HR 17 november 1953: 'dat de rechter, ook wanneer hij niet bevoegd is te toetsen of een gemeenteverordening in strijd kwam met art. 193 Gemeentewet, toch geroepen blijft te constateren of er geen strijd is met andere wettelijke bepalingen'. (*AA* III, blz. 215).[109]

In zijn uitspraak van 27 april 1970 (*SEW* 1971, blz. 726 m.nt. J.P.) liet het College daar of het bestuur van het Landbouwschap *bevoegd* zou zijn bij verordening de ondernemers te verplichten gegevens te verstrekken aan een privaatrechtelijke stichting, aan welke geen bevoegdheden en taken bij of krachtens de Wet BO zijn toegekend en welke geen waarborgen voor geheimhoudingsplicht kent.[110]

2.3.5 Toetsing aan ongeschreven recht

Het Produktschap voor Siergewassen had naar aanleiding van de uitspraak van het CBB van 24 februari 1976 (zie onder 2.3.1) de onverbindendverklaarde verordeningen inzake de Vakheffing Bloembollen ingetrokken en door een drietal nieuwe vervangen, die op dezelfde periode betrekking hadden als de ingetrokken verordeningen. Op grond van de nieuw vastgestelde verordeningen verrekende dit Produktschap de nieu-

we bedragen met de onder de onverbindend verklaarde verordeningen betaalde heffingen. Het CBB overwoog: 'Uit het voorgaande volgt, dat drie verordeningen in het leven zijn geroepen en zijn toegepast uitsluitend met het doel alsnog een wettelijke grondslag te geven aan de reeds opgelegde heffingen (...) als waren voorzien bij de "Verordening PVS Vakheffing Bloembollen" van 10 december 1974, die door het College wegens strijd met het communautaire recht als onverbindend waren aangemerkt. Dit moet tot de conclusie leiden, dat ook de drie nieuwe, op 25 mei 1976 vastgestelde verordeningen voor onverbindendverklaring in aanmerking komen wegens strijd met het communautaire recht. Aan dat oordeel kan niet worden afgedaan door verweerders betoog dat, nu in de nieuwe Verordeningen PVS "Vakheffing Bloembollen EEG" en "Vakheffing Bloembollen Derde Landen" exact is aangegeven welk deel van de vakheffing voor welk doel is bestemd, ingeval en voorzover die verordeningen in strijd zouden worden bevonden met het communautaire recht, kan worden volstaan met de onverbindendverklaring van de betreffende bestemmingsbepaling. Immers, bij dat betoog ziet verweerder over het hoofd, dat de drie nieuwe verordeningen uitsluitend in het leven zijn geroepen om gezamenlijk en als één wetgevingsprodukt de "Verordening PVS Vakheffing Bloembollen" van 10 december 1974 te vervangen, en dat met het vaststellen van de drie nieuwe verordeningen uitsluitend is beoogd heffingen op te leggen en de geïnde heffingsbedragen te besteden op de wijze als voorzien bij de laatstgenoemde verordening, die juist deswege onverbindend is verklaard'.[111]

Alhoewel het College van Beroep voor het Bedrijfsleven refereert aan het feit dat het Produktschap zijn bevoegdheid hier had aangewend met het uitsluitende doel de onverbindendverklaarde verordeningen alsnog tot gelding te laten komen spreekt het *niet* van *détournement de pouvoir of abus de pouvoir,* maar van *onverbindendheid* wegens *strijd* met het *communautaire recht.* Over het algemeen blijken de rechter en de Kroon niet geneigd het détournement-criterium voor verbindendheid van verordeningen te hanteren.

In zijn uitspraak van 27 februari 1957 overwoog het CBB 'dat het uitvoeringsbesluit onmiskenbaar betrekking heeft op het gebied der voedselvoorziening, voor het belang waarvan verweerder is ingesteld, terwijl niet kan worden gezegd dat een regeling als gegeven bij dat uitvoeringsbesluit *nimmer* in belang van voormeld gebied zou kunnen zijn; dat (...) al evenmin kan worden afgeleid, dat verweerder zijn bevoegdheid tot het maken van een zodanige verordening heeft gebruikt tot een ander doel, dan waartoe deze bevoegdheid was gegeven, *afgezien van de vraag of dit, zo het wel het geval ware, de nietigheid van het uitvoeringsbesluit zou medebrengen'* (curs. dzz.), *SEW* 1957 blz. 120 m.nt. A.M. De *Hoge Raad* overwoog in zijn arrest van 18 april 1967 (*AB* 1968 blz, 67 e.v. en *AA* XVII, blz. 229 e.v.): 'dat (...) het in de middelen gedane beroep op algemene beginselen van behoorlijk bestuur reeds daarom faalt, om-

dat zodanige beginselen het bestuur raken en als zodanig geen maatstaven inhouden voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften'.[112] De *Kroon* achtte het raadsbesluit van de gemeente Weert tot vervroeging van het sluitingsuur van bioscopen teneinde het bezoek aan café's te bevorderen in strijd met artikel 168 gemeentewet, omdat het niet geacht kon worden de huishouding der gemeente te betreffen.[113]

Het CBB heeft enkele malen uitdrukkelijk overwogen dat het desbetreffende algemeen verbindende voorschrift zich niet verzette tegen algemene rechtsbeginselen, daarmede te kennen gevende dat het tot een dergelijke toetsing bereid is. In zijn uitspraak van 9 oktober 1985, *AB* 1985, 331 m.nt. J.H.v.K. geeft het CBB enige algemene beschouwingen over beginselen: 'De bij en krachtens het EEG-Verdrag gestelde bepalingen en de *aan het Verdrag ten grondslag liggende beginselen* brengen niet mee dat een binnenlandse heffing als hier aan de orde niet zou zijn toegestaan, tenzij alle bloembollenhandelaren in de gehele Gemeenschap aan eenzelfde heffing onderworpen zijn. Tenslotte moet worden geoordeeld dat ook verzoeksters bezwaren in verband met de hoogte van de heffing en de daaruit naar haar opvatting voortvloeiende te hoge belasting van de bedrijfsopbrengsten geen doel treffen. De verordeningen zijn ook in dit opzicht niet in strijd met een wettelijk voorschrift van hogere orde, terwijl evenmin kan worden gezegd dat de verordeningen zich niet verdragen met *enig, aan behoorlijke wetgeving ten grondslag te leggen rechtsbeginsel'*. (Curs. dzz.)

Op 22 februari 1985 overwoog het College: 'Ook kan niet worden gezegd, dat algemene rechtsbeginselen zich tegen deze heffingsverdubbeling verzetten'. (*AB* 1985, 345 m.nt. J.H.v.K.) Annotator wijst erop dat het CBB in een eerdere uitspraak – bijv. dd. 20 oktober 1981, *SEW* 1982, 666 m.nt. J.H.v.K. – algemeen verbindende voorschriften enigszins marginaal aan algemene rechtsbeginselen leek te toetsen, waar gesteld werd dat de verordening niet 'zozeer in strijd is met enig rechtsbeginsel dat de hogere wetgever (...) dergelijke gevolgen niet kan hebben gewild'. Kennelijk zocht het College hier naar strijd met een hogere regeling, waar het in de uitspraak van 22 februari 1985 algemene rechtsbeginselen als een op zichzelf staande toetsingsgrond aanvaardde. Deze algemene uitspraken geven weinig houvast, waar zij gehanteerd worden zonder dat aangegeven wordt op *welk* algemeen rechtsbeginsel gedoeld wordt en waar zij leiden tot de conclusie dat zij zich *niet* verzetten tegen een bepaald besluit zoals i.c. de verdubbeling. De facto vindt immers geen toetsing plaats, doch wordt slechts gesuggereerd dat in andere gevallen aan beginselen getoetst zou kunnen worden.[114]

In zijn uitspraak van 17 mei 1968 hanteerde het CBB het willekeurcriterium bij de toetsing van een ministeriële verordening: 'Nu uit een onderzoek was komen vast te staan dat het prijzen-argument voor de horecabedrijven in belangrijke mate werd overschreden, kon de minister in

redelijkheid tot het oordeel komen dat het algemeen sociaal-economisch belang het nemen van een maatregel, als vervat in de Prijzenbeschikking, vereiste' (*SEW* 1969, blz. 516 m.nt. J.P.). Annotator wijst erop dat de interpretatie van 'naar hun oordeel' in artikel 2 lid 1 Prijzenwet leidt tot een oordeel in redelijkheid, waardoor het CBB de neiging vertoont de grenzen aan de administratieve rechtspraak te verruimen.

Onverbindendheid wegens het ontbreken van publikatie in de Staatscourant is niet aanvaard, daar *niets geregeld* is betreffende publikaties van verordeningen (CBB 10 januari 1962, *SEW* 1962, blz. 65, m.nt. Sk.). Het CBB wil hier niet van beginselen weten.

2.4 Toetsing door de Kroon in administratief beroep

Het bleek niet doenlijk een verantwoord overzicht samen te stellen van uitspraken van de Kroon in administratief beroep vanwege de zeer geringe omvang. Hierna volgt een selectie waarbij een summier overzicht is gegeven van Kroonuitspraken, zonder dat de indeling gevolgd kon worden die voor de jurisprudentie van de administratieve rechters is aangehouden. Bij dit administratief beroep is buiten beschouwing gebleven het uitsluitend aan publiekrechtelijke lichamen of hun organen toekomend beroep vanwege de specifieke aspecten daarvan.

2.4.1 Toetsing aan wetten

De Kroon overwoog in haar besluit van 28 mei 1985 in twee identieke gevallen 'dat in dit geval de toepassing van art. 7, derde lid van de geluidhinderverordening (...) achterwege dient te blijven', nadat zij had vastgesteld, dat de *Wet geluidhinder* geen betrekking heeft op lawaai ten gevolge van menselijk gedrag (*Gst.* 1985, 6799 nrs. 8 en 9 m.nt. L.F. Doorduijn).

In het KB *De Bilt* heet het: 'dat uit de stukken blijkt, dat de artt. 148 t/m 149 APV strekken ter uitvoering van het bepaalde in art. 11 Wet Geluidhinder; dat (...) de regeling van art. 11 e.v. van deze wet geen betrekking heeft op lawaai ten gevolge van menselijk gedrag zowel binnen als buiten de inrichting; dat mitsdien art. 148 f derde lid APV (...) zich niet verdraagt met de geest en strekking van art. 11 e.v. Wet Geluidhinder, dat (...) in dat geval de toepassing van art. 148 f, derde lid achterwege dient te blijven'. (KB 18 januari 1985, *AB* 1985, m.nt. R.M. van Male.)

Het Koninklijk Besluit van 15 januari 1985 bevat de passages 'dat art. 5 eerste lid aanhef en sub d van laatstgenoemde verordening (sc. de provinciale *Utrechtse* verordening bescherming natuur en landschap) een verbod bevat om op een onroerend goed materialen op te slaan; dat evenwel ingevolge art. 6 onder j dit verbod niet van toepassing is "indien en voorzover de Afvalstoffenwet, de Wet chemische afvalstoffen of de

Hinderwet van toepassing is", dat, *mede* gelet op *art. 80 Provinciewet,* de geciteerde woorden voor wat de Hinderwet betreft moeilijk anders kunnen worden opgevat dan aldus dat indien (...) sprake is van een inrichting die onder de werking van de Hinderwet valt, het verbod van art. 5 verordening niet van toepassing is; dat hieraan niet afdoet, dat de belangen, welke de verordening beoogt te beschermen ten dele niet samenvallen met die, welke de Hinderwet beschermt; dat Aannemingsbedrijf B.M. van Noordenne BV voor de opslag van de (...) materialen niet langer een ontheffing krachtens deze verordening behoeft'. (*AB* 1985, 168 m.nt. B.J.v.d.N.)

De Kroon liet de bepaling buiten toepassing omdat voor *deze* materialen geen ontheffing krachtens deze verordening meer nodig was.

In het Koninklijk Besluit van 10 juni 1986 (*AB* 1986, 453 m.nt. B.J.v.d.N.) overwoog de Kroon over de sinds 4 juni 1981 gewijzigde *Hinderwet* dat deze betrekking heeft op bezwaren van milieuhygiënische aard in ruime zin overeenkomstig de moderne wetgeving op milieuhygiënisch gebied. Het doel van de *Drentse* verordening grondwaterkwaliteit was bescherming van bodem- en grondwaterkwaliteit. Naar aanleiding van het feit dat voor een onder de Hinderwet vallende inrichting een vergunning ingevolge de provinciale verordening was verleend, overwoog de Kroon: 'In dit geval, nu het een zodanige inrichting betreft, dienen bovengenoemde verbodsbepalingen buiten toepassing te blijven wegens strijd met de Hinderwet. De appellant behoeft derhalve (...) geen vergunning krachtens deze verordening'.

De Kroon toetste abstract en achtte de verordeningsbepalingen in strijd met de Hinderwet. Toch wordt overwogen 'nu het een (...) inrichting betreft'; dit zou op splitsing kunnen duiden. Uit het besluit wordt niet duidelijk of de Drentse verordening vooraf ging aan of volgde op de Hinderwetswijziging. Het laatste lijkt het geval, omdat beroep wordt gedaan op artikel 80 Provinciewet.[115]

Vanwege de op 1 november 1981 in werking getreden verruimde werking van de Hinderwet werd door de Kroon vastgesteld dat de 'bij het bestreden besluit toegepaste bepalingen vanaf evengenoemde datum van rechtswege hebben opgehouden te gelden, dat derhalve in dit geval niet langer een ontheffing krachtens meergenoemde verordening nodig is'. (KB 14 maart 1986, *AB* 1986, 396 m.nt. F.O.) Het besluit betrof de provinciale Verordening landschapsschoon *Overijssel* 1973, die de belangen beschermde van de schoonheid van het landschap in samenhang met de schoonheid van het stads- of dorpsbeeld. In artikel 9 van deze verordening was het verboden 'kennelijk ten verkoop in voorraad te hebben gebruikte, dan wel geheel of ten dele uit gebruikte onderdelen samengestelde voertuigen'.

De provinciale *Zeeuwse* verordening inzake de behandeling van admini-

stratieve geschillen bepaalde in artikel 3, dat wordt gehandeld overeenkomstig de volgende artikelen – betrekking hebbend op de behandeling van de geschillen na sluiting van het vooronderzoek – tenzij Gedeputeerde Staten op grond van het vooronderzoek van oordeel zijn, dat het beroep niet-ontvankelijk is. Dit werd in *strijd* bevonden *met artikel 109, lid 3 Provinciewet,* ingevolge welke bepaling belanghebbenden de bevoegdheid toekomt in een vergadering van Gedeputeerde Staten persoonlijk of door hun gemachtigden hun standpunt toe te lichten (KB 3 oktober 1975, *AB* 1976, 14 m.nt. St.). In casu werd het niet houden van een vergadering waarin belanghebbende zijn standpunt zou hebben kunnen toelichten in strijd geacht met artikel 109 Provinciewet.

In het Koninklijk Besluit van 21 november 1973 (*SEW* 1974, blz. 650 m.nt. J.P.) overwoog de Kroon 'dat ingevolge het bepaalde in art. 128, eerste lid, der *Wet op de Bedrijfsorganisatie,* indien een verordening (...) de goedkeuring van de Sociaal Economische Raad behoeft, deze door de Raad alleen geweigerd wordt wegens strijd met de wet of de belangen, waarvan hem bij art. 2 dier wet de behartiging is opgedragen; (...) dat derhalve in verband met de vraag of aan de Verordening Heffingen in 1973 van het bedrijfschap voor het slagersbedrijf goedkeuring kan worden verleend, behoort te worden nagegaan of deze verordening strijdig is met de wet of met de evengenoemde belangen; dat het bestuur van het bedrijfschap op grond van art. 126, eerste lid, der Wet op de Bedrijfsorganisatie op heffingen als hier in het geding, aan de leden van erkende organisaties voor ondernemers een aftrek kan toestaan tot een deel van het bedrag dat zij als contributie aan deze organisatie hebben betaald; dat in dit verband slechts onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds op grond van art. 5 der Wet van 22 april 1855 erkende organisaties, regelmatig werkzaam tot de behartiging van sociaal economische belangen van ondernemers in een bepaalde bedrijfstak en als zodanig in een aanwijsbare positie van enige betekenis verkerend en anderzijds organisaties, die in die opzichten niet aan redelijke eisen voldoen (...) dat de Vereniging van Grootwinkelbedrijven in Levensmiddelen regelmatig en aanwijsbaar werkzaamheden op dit terrein verricht; dat van een doorslaggevend verschil met de Nederlandse Vereniging van Coöperatieve Werkgevers, aan welker leden art. 2 van de onderwerpelijke verordening wel een aftrek van contributie als voren bedoeld toestaat, niet is gebleken; (...) dat uit het vorenstaande volgt, dat art. 2 van de in het geding zijnde verordening in strijd moet worden geacht met art. 126, eerste lid der Wet op de Bedrijfsorganisatie'.

2.4.2 Toetsing aan algemene beginselen

Naar aanleiding van een door het Bedrijfschap Horeca ingesteld beroep tegen het besluit van Gedeputeerde Staten van *Friesland* tot het verlenen van goedkeuring aan het raadsbesluit der gemeente Haskerland kwam

de Kroon tot de bevinding 'dat in de onderwerpelijke wijzigingsverordening een overgangsbepaling ontbreekt ten aanzien van degenen, die ten tijde van het in werking treden van deze verordening een inrichting exploiteren; dat het uit een oogpunt van rechtsbescherming bovendien noodzakelijk is te bepalen, dat tegen een besluit, waarbij een ontheffing is geweigerd, aan een ontheffing voorwaarden zijn verbonden of een ontheffing is ingetrokken of gewijzigd, beroep kan worden ingesteld bij G.S. in stede van bij de gemeenteraad'. (KB 13 oktober 1977, *AB* 1978, 235.) De Kroon let hier op de beginselen van rechtszekerheid – overgangsbepaling – en waakt over een juiste rechtsbeschermingsgang. Dit laatste baseert de Kroon niet op het feit dat daarmede aangesloten wordt op het bepaalde in artikel 49 Drank- en Horecawet en aansluit bij in deze wet neergelegde rechtsbescherming, maar uitsluitend met de overweging: 'dat, gezien de grote belangen die hier eveneens op spel staan hij een beroep op de gemeenteraad niet omgeven acht door voldoende waarborgen; dat een ontheffingsprocedure waarbij men bij een hogere instantie – bijv. G.S. – in beroep kan gaan, hier noodzakelijk wordt geacht'.

De Kroon had in beroep bezwaren tegen een a.m.v.b.-bepaling, zij overwoog: 'dat thans de weigering tot vergoeding neerkomt op het verlenen van *terugwerkende kracht* (curs. dzz.) aan de wijziging van voormeld art. I – p 55, zonder dat dit met zoveel woorden in de wijzigingsregeling is neergelegd; dat zulks, gelet op het beginsel van rechtszekerheid, niet kan worden aanvaard'. (KB 10 november 1983, *AB* 1984, 99 m.nt. B.J.v.d.N.) Ofschoon het niet gaat om een decentraal vastgesteld besluit vermeld ik dit hier in verband met de terzake besproken CRvB-jurisprudentie onder 2.2.3.

3 Conclusies en slotbeschouwing

Uit het vorenstaande moge duidelijk zijn dat de jurisprudentie van administratieve rechters weinig hoofdlijnen aanreikt. Wetgeving is op dit terrein – zoals vaak op staatsrechtelijk gebied – nauwelijks richting bepalend, terwijl ook de doctrine geen stramien biedt waarop te werk kan worden gegaan. Een groot aantal vraagstukken speelt hier, waarbij meestal geen onderscheid wordt gemaakt tussen wezenlijk te onderscheiden aspecten. Uit een oogpunt van systematiek lijkt het gewenst, dat meer dan tot nu toe nagegaan wordt welke specifieke materie aan de orde is bij de vraag naar de toetsing door de rechter van algemeen verbindende voorschriften. Hieronder zal ik zoveel mogelijk naar aanleiding van het aangetroffen materiaal een eerste aanzet daartoe trachten te geven naast hetgeen in het voorgaande reeds in het bijzonder geconcludeerd is.

3.1 De verhouding wetgever-rechter

Enige verspreid staande bepalingen geven een regeling voor de verhouding wetgever-rechter. Uitsluitend op formele wetten heeft artikel 120 Grondwet betrekking, dat de rechter verbiedt te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. De bepaling dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties (artikel 94 GW), heeft op alle wettelijke voorschriften betrekking en is niet alleen tot de rechter gericht. Dit laatste neemt niet weg, dat met name de rechter in deze een belangrijke rol vervult.

De rechterlijke toetsing, ook van administratieve rechters, laat zien dat er twee verschillende wijzen gehanteerd worden omtrent het *buiten toepassing laten* van wettelijke voorschriften. De ene methode is die, waarbij een wettelijk voorschrift als zodanig in strijd bevonden wordt met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling. Is dit het geval, dan wordt het wettelijk voorschrift onverbindend verklaard *of* buiten toepassing gelaten, waarbij deze termen als synoniemen worden gehanteerd.

Het wettelijk voorschrift zelf is niet verenigbaar met die verdragsbepaling en deze onverenigbaarheid heeft ipso facto ten gevolge, dat hetgeen ter uitvoering van dat wettelijke voorschrift is gedaan, niet toegepast kan worden. Deze wijze van toetsing kan men *abstract* noemen, omdat de ene norm gerelateerd wordt aan de andere (de internationale), voordat de vraag naar de toepassing zelf van die eerstgenoemde norm wordt gesteld. De andere methode is die, waarbij getoetst wordt hoe het resultaat van de toepassing van een wettelijk voorschrift zich verdraagt met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling. Over het wettelijk voorschrift zelf wordt geen oordeel uitgesproken. In concreto wordt nagegaan of *dit* effect van de toegepaste norm zich verdraagt met de verdragsnorm. Alhoewel deze concrete toetsing door de rechter *per saldo* niet verschilt van de abstracte – in beide gevallen wordt het wettelijk voorschrift buiten toepassing gelaten – is er een wezenlijk verschil.

Bij de abstracte toetsing geeft de rechter een oordeel over het voorschrift zelf, zodat van dit wordt gezegd of het verenigbaar is met een verdragsbepaling, ongeacht zijn toepassing. Voor de rechter is het onverenigbaar bevonden wettelijk voorschrift niet meer aanvaardbaar. Steeds opnieuw zal hij strijd met de desbetreffende verdragsnorm constateren en steeds opnieuw zal wat ter uitvoering van het wettelijk voorschrift gedaan is, hoe dit ook moge verschillen van andere gevallen, in dat lot delen. Het heeft dan ook geen zin meer 'überhaupt' nog toepassing aan dat wettelijk voorschrift te geven, het is juridisch onacceptabel geworden. Zo het bestuur toch voortgaat dit voorschrift toe te passen, kan dit aansprakelijkheid voor daaruit voortvloeiende gevolgen met zich meebrengen (zie Hoge Raad 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669 m.nt. J.A.B. en *AB* 1984, 399 m.nt. Van Eijden). Uit het recente Van Gelder-arrest blijkt, dat de staat onrechtmatig handelde door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en dat de op grond van dit voorschrift handelende aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade (HR 9 mei 1986, *AB* 1986, 429 m.nt. F.H.v.d.B.) 'In dit arrest zegt de Hoge Raad – zo schrijft Van der Burg in zijn noot – dat met het uitvaardigen van een met een hogere regeling strijdig voorschrift de schuld van het betrokken overheidslichaam in beginsel gegeven is'. Een ander gevolg is dat de vastgestelde onverenigbaarheid opgaat voor *alle* wettelijke voorschriften van dezelfde inhoud, ongeacht van welke, bijv. gemeentelijke of provinciale, wetgever dan ook. Er doen zich dan verschillende problemen voor, waarop hierna nog ingegaan zal worden.

Naast deze verschillen tussen abstracte en concrete toetsing zijn er nog andere: stelt de rechter strijdigheid van bepalingen vast, dan is dit in wezen een *declaratoire* beslissing. De strijdigheid is er sinds beide bepalingen bestaan; de rechter constateert die strijdigheid, niet meer. De strijdigheid is er vanaf het moment waarop beide bepalingen met elkaar in conflict kwamen. Voor de aansprakelijkheid mag het normaliter zo

zijn, dat het moment van de rechterlijke constatering gehanteerd wordt, in essentie is de strijdigheid er 'ab initio'. Uit de in de rechtspraak gehanteerde zegswijze dat een wettelijk voorschrift 'rechtskracht mist' komt deze declaratoire werking ex tunc vrij duidelijk naar voren. Op de verschillen tussen de ene declaratoire strijdigheid – 194 gemeentewet en 81 Provinciewet – en de andere eveneens in essentie declaratoire strijdigheid, waarvoor de wet het rechtsgevolg niet regelt, werd reeds ingegaan bij de bespreking onder 2.1.7 ad 1, blz. 55 e.v.

Van geheel ander karakter is het rechterlijk oordeel dat een wettelijk voorschrift buiten toepassing laat, *omdat* de *uitvoering* die aan dit wettelijk voorschrift is gegeven onverenigbaar is met een verdragsbepaling. In tegenstelling tot het zojuist besproken geval acht de rechter het wettelijk voorschrift op zichzelf wel verenigbaar met bijvoorbeeld de internationale norm. De rechter geeft dit impliciet te kennen, door het wettelijk voorschrift niet strijdig te achten met de verdragsbepaling. Het bestuur mag ervan uitgaan dat het desbetreffende voorschrift een verantwoorde rechtsbasis biedt voor zijn handelen. De rechter acht slechts de in dit geval gegeven uitvoering in haar effect niet verenigbaar met de verdragsnorm. Hij laat het wettelijk voorschrift 'buiten toepassing', omdat dit voorschrift niet als rechtvaardiging aanvaard wordt voor *dit* concrete resultaat. Zijn oordeel is dan ook niet declaratoir, maar constitutief. Hij komt tot de bevinding en bepaalt dat dit effect van dat desbetreffende voorschrift zich niet verdraagt met de verdragsnorm. Hij stelt als het ware: 'Nu het door u – bestuur – gehanteerde wettelijk voorschrift leidt tot *dit* resultaat, laat ik dit voorschrift buiten toepassing en vernietig ik het resultaat, omdat ik dit laatste onverenigbaar acht met deze verdragsbepaling'.

Het resultaat van de bestuurshandeling is bepalend voor de vraag of het voorschrift toegepast mag worden. Bracht de onverbindendheid van het voorschrift ipso facto vernietiging van de daaruit voortvloeiende gevolgen teweeg, nu heeft het onacceptabele resultaat tot gevolg dat in dit geval het wettelijk voorschrift buiten toepassing wordt gelaten.[116] Híer wordt het bestuurshandelen beoordeeld, in de hierboven beschreven situatie de norm onderzocht. In de toekomst zal het bestuur rekening houden met dit bereik van dat wettelijk voorschrift, zoals onder andere bij de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak inzake de antenneverboden in bestemmingsplanvoorschriften is gebleken, maar het bestuur zal verder op basis van datzelfde voorschrift zijn besluiten blijven nemen.

Er is geen reden om dit voorschrift zelf voor niet-verbindend te houden. Er kan zich zelfs het geval voordoen, dat de rechter de gegeven uitvoering buiten toepassing laat, omdat het resultaat zich niet verdraagt met een hogere regeling, terwijl hij het algemeen verbindend voorschrift waaraan uitvoering werd gegeven *niet* buiten toepassing laat. In een overigens 'vreemde' voorzittersbeschikking van de Afdeling rechtspraak van 6 september 1985, *AB* 1986, 422 m.nt. P.J. Boon deed zich zo'n geval

voor inzake de toepassing van artikel 19 Verordening op de geluidhinder Oegstgeest in relatie tot artikel 7 Grondwet.

Enige andere bepalingen inzake de verhouding wetgever-rechter geeft de Wet van 15 mei 1829, *Stb.* 28, houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk. Uit de jurisprudentie blijkt dat de administratieve rechter soms uitdrukkelijk een beroep heeft gedaan op artikel 11 van deze wet, zoals uit verschillende aangehaalde uitspraken is gebleken. Alhoewel schoorvoetend en met onderlinge verschillen, blijken sommige administratieve rechters in beginsel tot beoordeling van een wet in materiële zin op strijd met ongeschreven rechtsregels bereid. Zo'n beoordeling wordt kennelijk niet gezien als een die de innerlijke waarde of billijkheid van de wet betreft.

De Afdeling rechtspraak stelt zich ten deze terughoudend op. Zij heeft soms met zoveel woorden overwogen, dat zij *alléén* toetsing van verordeningen aan *hogere* regelingen tot haar taak rekent (bijv. uitspraak dd. 9 mei 1980, *Gst.* 1981, 6655). Hier staat tegenover, dat zij des te gemakkelijker een beroep doet op en geneigd is tot een bepaalde interpretatie van wetsvoorschriften, ook waar zulks minder overtuigt. De interpretatie die zij aan artikel 5 sub d Wet Arbo heeft gegeven, is daarvan een sprekend voorbeeld, evenals de aanvankelijk aan artikel 12 Woningwet gegeven uitleg. Tekenend is dat de Afdeling aanknopingspunten wenst in wettelijke regelingen.

Waar administratieve rechters ook een beroep op ongeschreven recht doen, is niet duidelijk, welke regels van ongeschreven recht wèl en welke niet bepalend zijn voor de onderzochte rechterlijke toetsing van materiële wetten. Zo heeft de Centrale Raad van Beroep sinds geruime tijd als toetsingsgrond gehanteerd het algemeen rechtsbeginsel 'dat niet ten nadele van betrokkenen aan een algemeen verbindend voorschrift terugwerkende kracht wordt verleend'. Het CBB heeft wel eens een beroep gedaan op 'aan het EEG-verdrag ten grondslag liggende beginselen' en soms gerept van 'aan behoorlijke wetgeving ten grondslag te leggen rechtsbeginselen', zonder te expliciteren welke deze zouden zijn. Het willekeur-criterium lijkt een beginsel waaraan getoetst kan worden, zoals ook uit een recent arrest van de Hoge Raad valt af te leiden: HR 16 mei 1986, *AB* 1986, 574 m.nt. P.v.B., 110 en *AA* 1986, katern 20, blz. 792[117] (a.m.v.b. Luchtvaarttoepassingen bestrijdingsmiddelen). Doch van onverbindendheid wegens willekeur zijn geen uitspraken voorhanden.

Zou men, evenals bij de toetsing van beschikkingen, ook voor algemeen verbindende voorschriften onderscheid wensen te maken tussen rechtmatigheid en doelmatigheid, dan blijven nog de nodige vragen onbeantwoord. Vooreerst de vraag of 'doelmatigheid' een juiste aanduiding zou zijn voor 'de innerlijke waarde of billijkheid der wet'. In zijn arrest van 31 mei 1887 *W* 5441 overwoog de Hoge Raad, dat onder beoor-

deling van innerlijke waarde of billijkheid verstaan wordt de beoordeling van de wijze waarop de tot het vaststellen der verordening bevoegde macht van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, *dat is die der doelmatigheid, rechtvaardigheid en billijkheid der verordening.*[118]

Alhoewel nergens uitdrukkelijk een zo stellige uitspraak bij de onderzochte administratieve rechtspraak wordt aangetroffen, mag aangenomen worden dat artikel 11 Wet Algemene Bepalingen een niet onbeduidende betekenis speelt in de begrenzing van de toetsingsbevoegdheid. Zoals in hoofdstuk 1 werd aangegeven is een aantal malen uitdrukkelijk een beroep op dit artikel gedaan, met name door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, die hierin mogelijk een verbod leest om een verordening aan algemene rechtsbeginselen te toetsen.[119] Zou men voor een beperktere uitleg van artikel 11 AB kiezen en niet alle rechtsbeginselen onder de innerlijke waarde of billijkheid laten vallen, dan rijst de vraag naar de bepaling van die beginselen. Tot nu toe blijkt dit een speculatieve aangelegenheid te zijn, terwijl reeds zoveel in voorschriften van internationale en nationale orde is neergelegd of daaruit valt af te leiden, dat deze meestal voldoende aanknopingspunten blijken te bieden voor een rechterlijke toetsing van verordeningen. Waar administratieve rechters refereren aan algemene beginselen is dit meestal in negatieve zin, door te overwegen dat van niet-naleving geen sprake is. Daarmede wordt de mogelijkheid van toetsing weliswaar open gehouden, maar daaruit wordt niet duidelijk welke die beginselen zouden zijn. Tot nu toe geven deze uitspraken met name voedsel aan ideeën van auteurs die omtrent toekomstige ontwikkelingen visies geven. Wellicht is dit een reden voor onder meer de Hoge Raad om aldus na te kunnen gaan hoe in de doctrine op zo'n overweging gereageerd wordt.

In de doctrine is verdedigd dat beroep bij de administratieve rechter tegen algemeen verbindende voorschriften – voor zover geen wetten in formele zin – opengesteld zou dienen te worden.[120] Principieel maakt het geen verschil of de rechter toetst naar aanleiding van concreet ter uitvoering van verordeningen genomen beslissingen of direct wegens beroep tegen verordeningen. In beide gevallen wordt getoetst, echter de formele weg om tot die toets te komen verloopt anders. Ook wat de rechtsgevolgen betreft zijn er verschillen, met name de werking 'erga omnes' indien beroep tegen een verordening als zodanig mogelijk is, terwijl bij onverbindendverklaring als basis voor de vernietiging van een concreet besluit formeel de werking beperkt is tot dat ene besluit. Maar ook dit is in essentie een gradueel verschil, terwijl de aansprakelijkheid voor de op deze onrechtmatig geoordeelde verordening steunende besluiten er wel toe leidt dat 'men eieren voor zijn geld kiest'. Bovendien is er aldus een *indirecte* werking 'erga omnes', hetgeen het St. Oedenrode-arrest duidelijk aantoont (HR 24 februari 1984, *AB* 1984, 399 m.nt. E.M. van Eijden).

Bij het pleidooi om beroep open te stellen op de administratieve rechter tegen verordeningen rijst de vraag naar de toetsingsgronden zelf, waarmede een terrein zich nader aandient dat hiervoor reeds betreden werd. J.M. Kan bepleit schrapping van artikel 2 lid 2 onder a Wet Arob juncto wijziging van artikel 5 sub a en geeft als daarvan te onderkennen gevolg aan, dat de Afdeling rechtspraak ook aan het ongeschreven recht toetst.[121] Kortmann acht toetsing aan 'beginselenrecht' wenselijk.[122] Juist hier dienen zich problemen aan: waaraan zal de rechter dienen de toetsen indien hij vorderingen op hun rechtmatigheid zal beoordelen? Toetsing aan rechtstreeks werkende verdragen, Grondwet en wet is ook nu gebruikelijk; juist de nieuwe gronden zijn niet duidelijk. Ook zal het karakter van het oordeel veranderen, daar de rechter bij strijd met een hogere regeling een *declaratoir* oordeel velt, terwijl hij bij toetsing aan rechtsbeginselen *constitutieve* uitspraken doet. Aan de jurisprudentie van administratieve rechters zoals dit hiervoren bleek, valt weinig houvast te ontlenen omtrent beginselen-toetsing, terwijl bovendien bezinning omtrent de redactie van artikel 11 Wet AB wenselijk lijkt.

De door Kan voorgestelde schrapping van artikel 2 lid 2 onder a Wet Arob lijkt mij te ongenuanceerd, indien dit zou moeten leiden tot toetsing van verordeningen aan de in artikel 8 lid 1 genoemde gronden. Of zou de rechter dan zelf moeten uitmaken dat bepaalde van deze gronden wel voor beschikkingen, doch niet voor verordeningen opgaan? Dat is evenwel niet zijn taak, doch die van de wetgever. Bovendien is daarbij de vraag naar de bezwaarschriftenprocedure: moeten bijvoorbeeld B en W bevoegd worden een raadsverordening te toetsen op strijd met ongeschreven recht? Dit zou een ontwikkeling inluiden die tegengesteld is aan het staatsrechtelijk gegeven, dat de raad aan het hoofd staat van de gemeente. Bij toetsing aan hogere regelingen stellen B en W *hun* mening *niet* in de plaats van de verordening, maar zijn zij gehouden de hogere regeling uit te voeren, omdat ons ongeschreven staatsrecht dit respect voor de hiërarchisch hogere regeling gebiedt. Bij toetsing aan ongeschreven recht wordt een geheel nieuw element geïntroduceerd: de toetsende instantie *vindt* recht èn *vormt* recht op een originaire wijze.

Daarnaast een vraag van geheel andere aard: moet iedere rechter afzonderlijk uitmaken of een verordening in strijd is met het ongeschreven recht? De opvattingen inzake toetsingsgronden tussen de verschillende administratieve rechters lopen niet parallel, terwijl de verhouding van deze tot de burgerlijke en strafrechter nieuwe problemen zal oproepen. Zelfs geschreven regels blijken verschillend geïnterpreteerd te worden door verschillende rechters.[123] Ter vermijding van onder de huidige competentieregeling zich voordoende conflicten is door de Hoge Raad de regel geformuleerd, dat de rechtmatigheid van een beschikking wordt aangenomen, wanneer een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan. Zou nu de strafrechter van de rechtmatigheid van een verordening dienen uit te gaan, wanneer

de Arob-rechtsgang niet benut zou zijn?[124] Zou ervan uitgegaan moeten worden dat algemeen verbindende voorschriften waartegen binnen een bepaalde termijn geen beroep is ingesteld onaantastbaar zijn? Zo niet, wat voor zin heeft een dergelijk beroep dan? Zo ja, leidt dit er dan niet toe dat beroepen worden ingesteld om later niet voor een gesloten deur te staan? Nog een veelheid vragen kan opgeworpen worden, maar ik sluit af met de opmerking dat de Nederlandse wetgeving tot nu toe zo gebrekkig is waar het de competentie-afbakening tussen de verschillende rechters betreft, dat verbetering in wetgeving op dit terrein zowel omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid als omwille van procesdoelmatigheid vooraf zal dienen te gaan aan competentievergroting.

De uitleg die de verschillende rechters aan *artikel 194 gemeentewet* geven, blijkt niet identiek te zijn. Waar de Hoge Raad bij de toepassing van dit artikel in beginsel splitsing niet uitgesloten acht,[125] meent de Afdeling rechtspraak uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling te moeten afleiden dat de wetgever 'uitdrukkelijk heeft gekozen voor een systeem, waarbij de bepalingen van een gemeenteverordening, in wier onderwerp door een latere, hogere regeling wordt voorzien, in hun geheel ophouden te gelden'.[126] Te betreuren is, dat de Afdeling nogal eens een beroep doet op de wetsgeschiedenis in zeer algemene bewoordingen zonder aan te geven op welke concrete aanduidingen haar beroep steunt. Deze laatste methode zou niet alleen de kenbron duidelijker maken, maar waarschijnlijk ook de zorgvuldigheid bevorderen inzake de hantering van het wetshistorisch argument. Oppenheim vermeldt over artikel 194 gemeentewet: 'De vergelijking van dit voorschrift met het ontwerp er van, dat voorkwam in de aan de Staten aangeboden schets der Gemeentewet, toont aan, dat aanvankelijk het voornemen bestond de plaatselijke verordening *geheel* krachteloos te doen worden, als, *na* hun vaststelling, de stof, waarover zij loopt, van rijk of provincie regeling ontvangt en hierdoor wordt verklaard tot rijks- of provinciaal belang. Maar tenslotte is de krachteloosheid beperkt gebleven tot *die* bepalingen der verordening, welke de regeling der hoogere macht zich aantrekt. Het overige, waarin niet op deze wijze is voorzien, blijft van kracht'.[127]

In de geschiedenis rond de totstandkoming heb ik verder geen aspecten kunnen vinden omtrent een bedoeling van de wetgever in de zin als door de Afdeling rechtspraak aangegeven, terwijl bij de totstandkoming van de gemeentewet nog geen sprake was van de leer van de splitsbare en onsplitsbare wilsverklaring, zoals Huart deze voor het eerst omschreef in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1929, blz. 461-491. De interpretatie die de Afdeling aan artikel 194 gemeentewet heeft gegeven is op zijn minst aan twijfel onderhevig, terwijl het beroep op de wetsgeschiedenis ongegrond lijkt. Voor artikel 81 Provinciewet wijst de wetsgeschiedenis wel uit, dat om redenen van de rechtszekerheid afgezien is van de redactie '*voor zover*' in een onderwerp zou worden getreden door een later tot stand gekomen wet of a.m.v.b.[128]

Behalve in de artikelen 194 gemeentewet en 81 Provinciewet wordt in artikel 80 Provinciewet de term *'onderwerp'* gebruikt omtrent welks betekenis verschillende interpretaties in de loop der tijden zijn gegeven. Naast de 'onderwerp'-theorie wordt in de doctrine gewag gemaakt van de motief-theorie, de punten-theorie en de belangen-theorie. Ook het ontwerp-Gemeentewet spreekt in de artikelen 123 en 124 van 'onderwerp', waarmede de bestaande onduidelijkheid gecontinueerd wordt. Indien de rechtszekerheid vereist dat bepalingen in hun geheel van rechtswege niet meer gelden tengevolge van later tot stand gekomen hogere regelingen voor dat 'onderwerp', dan vereist diezelfde rechtszekerheid in niet mindere mate dat duidelijk is wat onder 'onderwerp' verstaan dient te worden. Om te weten dat *'iets'* geheel ophoudt te gelden, is het nodig eerst te weten wat 'iets' inhoudt. Aan deze primaire vraag wordt in het ontwerp voorbij gegaan,[129] wellicht omdat niet duidelijk is voor welke regeling gekozen zou moeten worden. Bovendien is niet geregeld wat dient te gebeuren met verordeningen die opgehouden hebben te gelden.

Naar mijn oordeel is de onderhavige, huidige en in het ontwerp voorgestelde regeling door de jurisprudentie achterhaald, terwijl mij verbetering mogelijk en noodzakelijk lijkt. Het komt mij raadzaam voor het onderscheid tussen posterieure en anterieure verordeningen te laten vervallen, de term 'onderwerp' niet meer te hanteren en in plaats daarvan een regeling op te nemen die recht doet wedervaren aan de inmiddels min of meer gevestigde jurisprudentie. Uit deze jurisprudentie blijkt dat de rechter een verordening ingeval van strijd met een hogere regeling onverbindend verklaart, waarvan de werking in wezen niet verschilt met 'van rechtswege ophouden te gelden'. Daarnaast blijkt de vraag naar gehele of ten dele onverbindendverklaring niet in haar algemeenheid te beantwoorden noch voor posterieure noch voor anterieure verordeningen.

Het ligt in deze lijn dat de wetgever bepaalt, dat verordeningen niet in strijd mogen zijn met internationale verdragen, Grondwet, wet, a.m.v.b. of provinciale verordening[130] en dat door de rechter *onverbindendverklaarde* verordeningen ophouden te gelden. Daaraan ware toe te voegen dat deze verordeningen ingetrokken worden, hetgeen ter openbare kennis wordt gebracht. Een dergelijke bepaling includeert, dat aanvulling in het algemeen mogelijk is. Wenst een bijzondere wet deze bevoegdheid uit te sluiten, dan blijft die mogelijkheid bestaan. Bovendien wordt door een dergelijke bepaling voorkomen dat onverbindendverklaarde verordeningen blijven voortbestaan, hetgeen voor de rechtszekerheid een groot bezwaar is en uit doelmatigheidsoverwegingen ongewenst. De vraag of een verordening(sbepaling) geheel of ten dele onverbindend verklaard wordt is ter beantwoording van de rechter, hetgeen nu niet anders is. Indien de hier voorgestelde regeling haar intrede zou doen, speelt ook niet meer de vraag of een anterieure verordening met een *ander* onderwerp dan de posterieure hogere regeling, door wier

werking de posterieure hogere regeling *doorkruist* wordt, blijft bestaan.

Een aspect dat daarnaast om een wettelijke regeling vraagt is het moment waarop de onverbindendverklaring effect sorteert. Zoals ik hiervoor uiteengezet heb werkt de verklaring terug tot het moment, waarop de strijdigheid van de verordening met de hogere regeling *ontstond*. De rechterlijke beslissing is in wezen van declaratoire aard, zij het met verschil in rechtsgevolgen naar gelang het een 194 gemeentewet- of 81 Provinciewet- geval is, danwel niet een later tot stand gekomen hogere regeling betreft. Tegen de werking ex tunc valt theoretisch geen bezwaar in te brengen, de daaraan verbonden rechtsgevolgen roepen evenwel aparte problemen op. Wordt het feit dat een met een hogere regeling strijdig voorschrift bestaat als een onrechtmatige daad aangemerkt, dan zou de aansprakelijkheid voor de daaruit voorvloeiende gevolgen onaanvaardbare afmetingen kunnen aannemen. Het genoemde Van Gelder-arrest van 9 mei 1986 legt duidelijk enige beperkingen aan, doordat het zich beperkt tot aansprakelijkheid van de staat voor door een van zijn *eigen* organen uitgevaardigde regeling die in strijd was met een hogere regeling van een staatsorgaan.

De overweging 'In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen is daarmede in beginsel de schuld van het overheidslichaam gegeven' houdt, ofschoon algemeen geformuleerd, beperkingen in. De Hoge Raad spreekt over wettelijke voorschriften die tot stand zijn gekomen *nadat* de hogere regeling vigeerde. De jurisprudentie laat zien, dat zich veel gevallen voorgedaan hebben waardoor wettelijke voorschriften onverbindend werden wegens later tot stand gebrachte hogere regelingen. De eerdere wetgever treft geen schuld aan deze later ontstane onverbindendheid. Met te bepalen dat de eerdere regels van rechtswege vervallen is de kous evenwel niet af, omdat – zoals eveneens uit de jurisprudentie blijkt – deze onverbindendheid niet zo duidelijk en algemeen bekend is dat daarop geen besluiten meer gebaseerd plegen te worden.

Hier doet zich het geval voor dat deze onbevoegd genomen besluiten onrechtmatig zijn zonder dat het aanvankelijke besluit onrechtmatig was, terwijl de onrechtmatigheid een gevolg is van het feit dat de grondslag is komen te ontvallen. Onbekendheid met het ontvallen van deze grondslag danwel onduidelijkheid over de vraag of deze grondslag ontvallen is, blijkt in veel gevallen geleid te hebben tot deze situatie. Het is nodig dat deze onbekendheid en onduidelijkheid zoveel mogelijk voorkomen wordt. Een algemene wetsbepaling als nu met als inhoud 'ophouden van rechtswege' is daarvoor niet voldoende gebleken.

Naar mijn oordeel kan hierbij een oplossing gezocht worden in verschillende maatregelen. Vooreerst zou de hogere regeling normaliter niet direct moeten ingaan, maar een overgangstermijn in acht dienen te

nemen. Vervolgens zou gedurende deze overgangstermijn een zeer grondige en duidelijke uiteenzetting vanwege de hogere regelgever dienen te worden gegeven omtrent de consequenties van de nieuwe regeling voor bestaande wettelijke voorschriften. Tenslotte zou de mogelijkheid geboden dienen te worden om vooraf advies te vragen omtrent de mogelijke werking van specifieke voorschriften na de inwerkingtreding van de nieuwe regeling. De verantwoordelijkheid hiervoor dient te liggen bij het Rijk als het rijksregelingen betreft danwel uit internationale verdragen voortvloeiende regelingen en bij de provincie als het om provinciale regelingen gaat. Zoals hierna nog zal blijken, lijkt het mij de overweging waard op rijksniveau te denken aan een aparte taak van de Raad van State tot advisering omtrent prejudiciële vragen op dit terrein. Langs deze weg zou de rechtszekerheid en rechtseenheid niet alleen bevorderd kunnen worden, maar ook voorkomen kunnen worden dat onrechtmatige besluiten genomen worden met alle, onder andere civielrechtelijke, gevolgen van dien vanwege later tot stand gekomen hogere regelingen.

Worden wettelijke voorschriften voorbereid *nadat* er hogere regelingen tot stand zijn gebracht, dan ligt de verantwoordelijkheid en daarmede de civielrechtelijke aansprakelijkheid anders. De latere regelgever zal zich dienen te vergewissen van mogelijke strijdigheid met hogere regels. Doch ook hier zal advisering goede diensten kunnen bewijzen. Bij twijfel omtrent mogelijke *strijdigheid* zou ook hier bij dezelfde instanties als zojuist vermeld advies kunnen leiden tot voorkoming van onverbindendverklaringen. De adviesbevoegdheid zou tot dit aspect beperkt dienen te worden onder meer teneinde de eigen verantwoordelijkheid van decentrale ambten in tact te laten.

Wordt in een later geval door de rechter toch de onverbindendverklaring uitgesproken – één hoogste instantie zou hiervoor alleszins wenselijk zijn omwille van de momenteel ernstig onder druk staande rechtseenheid en -zekerheid – dan zal de schuldvraag voor civielrechtelijke aansprakelijkheid mede beoordeeld kunnen worden aan de hand van de adviezen en de genomen besluiten. De 'schuld' moge *in beginsel* gegeven zijn, zoals de Hoge Raad in de geciteerde overweging stelt, bij een dergelijke voorbereiding zou apart gewogen kunnen worden de vraag òf er schuld is en wie er schuldig is (zijn). De rechter blijft vrij zijn eigen oordeel te geven over al dan niet verbindendheid, maar de gevallen waarin onverbindendheid uitgesproken zal worden zullen aldus behoorlijk kunnen afnemen en de civielrechtelijke aansprakelijkheid dientengevolge evenzeer. Dit is aantrekkelijk voor de burger en de regelgever zelf, voor de rechtszekerheid en de rechtseenheid. Het zal ook uit een oogpunt van kostenbeheersing de moeite kunnen lonen. Proces-economisch kleven immers vele bezwaren aan de huidige gang van zaken.

3.2 De verhouding rechter-Kroon

De Kroon blijkt in administratief beroep niet geneigd te zijn tot onverbindendverklaring van verordeningen. Nu het Kroonberoep grotendeels verdwijnt, ligt het in de lijn der verwachting dat de bij administratieve rechters gebruikelijke methode nagevolgd zal worden, zij het dat divergentie altijd mogelijk is. Voor het nog resterende administratief beroep op de Kroon zal in dit opzicht geen belangrijke betekenis overblijven. Daarnaast blijft bestaan het spontane vernietigingsrecht van de Kroon, dat ook voor verordeningen geldt. Alleen reeds binnen de Raad van State zullen – als de huidige voorstellen doorgang vinden – binnenkort vier verschillende mogelijkheden zijn, waarbij een oordeel over verordeningen kan worden gegeven: twee in decisieve zin en twee in adviserende zin. Reeds lang geleden is de tijd aangebroken zich in het algemeen te bezinnen op de vraag naar vereenvoudiging en bevordering van rechtszekerheid binnen de regeling van de rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid. De onoverzichtelijkheid van de rechtsbeschermingsregelen bedreigt het door deze regelingen beoogde doel.

Nu bezinning daarop nog volop gaande is, waag ik het erop ook naar aanleiding van de onderhavige problematiek een kort woord hieraan te wijden. In aansluiting op het hierboven gestelde zou een oplossing gezocht kunnen worden door de opdracht aan (één afdeling van) de Raad van State uit te breiden tot advisering ook aan de rechter omtrent prejudiciële vragen – zo deze zich zouden voordoen – inzake strijd van verordeningen met hogere regelingen. Deze zou betrekking dienen te hebben op mogelijke onverbindendverklaring, naast de bestaande advisering aan de Kroon inzake vernietiging wegens strijd met het recht of het algemeen belang.[131]

De zorg voor de *eenheid van wetgeving* in totaliteit zou aldus gestalte kunnen krijgen, waar zij nu institutioneel geheel ontbreekt met alle verdeeldheid van dien. Het zou daarbij gewenst zijn dat de huidige Afdeling rechtspraak samen met de toekomstige rechtsprekende Afdeling voor de geschillen niet meer als afdelingen van de Raad van State zouden functioneren, maar naar mijn – hier niet nader te onderbouwen – voorkeur als administratieve kamers bij hoven en Hoge Raad, zoals nu voor het procesrecht inzake een zeer groot deel der belastingen het geval is. Daarbij zou tevens onderzocht kunnen worden of het beroep op Gedeputeerde Staten, dat nu in vele wetten geregeld is, niet aanmerkelijk teruggebracht kan worden.[132] Zou strijd met een hogere regeling in een prejudicieel onderzoek blijken niet aanwezig te zijn, dan zou in datzelfde onderzoek tevens nagegaan kunnen worden of aan de Kroon tot vernietiging geadviseerd zou dienen te worden wegens strijd met het recht of het algemeen belang. Deze laatste grond is overigens zo weinig concreet dat nadere aanduiding wenselijk lijkt, zeker nu in plaats van strijd met de wet strijd met het recht in de Grondwet is vastgelegd (artikel 132 lid 4) en in

de ontwerp-Gemeentewet is opgenomen (artikel 261).

Te overwegen valt of naast 'recht' niet 'de voor de eenheidsstaat vereiste doelmatigheid' als specificatie van 'algemeen belang' aangegeven kan worden. Hierdoor zou aansluiting gevonden kunnen worden bij het ingeburgerde onderscheid tussen rechtmatigheid en doelmatigheid, terwijl als 'algemeen belang' wordt gepreciseerd dat het moet gaan om hetgeen voor de eenheidsstaat vereist is. De Kroon heeft niet de vrijheid doelmatigheid 'tout court' als vernietigingsgrond te hanteren.[133] Dat zou een te ver reikende inbreuk kunnen betekenen op de zelfstandigheid der decentrale organen.

3.3 De verhouding autonomie-medebewind bij verordeningen

Uit de jurisprudentie blijkt, dat een autonome verordening in beginsel dient te wijken voor een medebewindsverordening, indien zij beide een regeling op hetzelfde gebied inhouden. Deze lijn is ook daar aanwezig, waar een medebewindsverordening vastgesteld *kan* worden, doch niet vastgesteld is. De rechter wenst dat de keuzemogelijkheid tussen het al dan niet vaststellen van een medebewindsverordening niet verstaan wordt als een keuzemogelijkheid tussen autonomie en medebewind. Het komt voor, dat in een verordening zowel medebewindsbepalingen als autonome bepalingen opgenomen zijn. De model-bouwverordening is een voorbeeld daarvan. Voor deze methode kunnen omwille van de samenhang van bepalingen, die in verschilllende bevoegdheidsbronnen hun grondslag vinden, voordelen verbonden zijn. Uit een oogpunt van toezicht, verwaarlozingsregeling, strafsancties en rechtsbescherming is deze methodiek minder aantrekkelijk.

In het Koninklijk Besluit van 18 januari 1985 (*AB* 1985, 422 m.nt. R.M. van Male) deed zich zo'n situatie voor. De APV van de gemeente De Bilt bepaalde in artikel 148f derde lid, dat een vergunning voor het ten gehore brengen van muziek geweigerd kan worden, indien redelijkerwijs kan worden verwacht dat in de omgeving van de inrichting geluidhinder zal worden ondervonden door gedragingen van bezoekers van de inrichting. In beroep stelde de Kroon dat deze bepaling strekte ter uitvoering van artikel 11 e.v. Wet geluidhinder, hetwelk geen betrekking heeft op geluidhinder tengevolge van menselijk gedrag. De Kroon ging eraan voorbij, dat in de considerans van de verordening ook artikel 168 gemeentewet als fundament van de regeling was aangewezen. De annotator wijst erop dat de Kroon niet duidelijk maakt hoever de strijdigheid van de Biltse bepaling met de Wet geluidhinder strekt. Deze schrijft even verder: 'Uit het abstracte karakter van de overwegingen die de Kroon aan zijn beslissingen ten grondslag heeft gelegd, mag worden afgeleid, dat zij in toekomstige gevallen niet anders zal oordelen. Dit behoeft echter niet te betekenen dat art. 148 derde lid APV De Bilt niet meer kan

worden toegepast. Indien deze bepaling op grond van art. 168 gem.w. rechtsgeldig kan worden vastgesteld, kan zij ook worden uitgevoerd, zij het dat over haar handhaving niet de Kroon, maar de Afdeling rechtspraak te oordelen krijgt. Wij bevinden ons dan in de curieuze, maar niet aan het Nederlandse bestuursrecht vreemde (...) situatie, dat een op geluidhinderverordening gebaseerde vergunning gesplitst moet worden in een deel dat in administratief (Kroon)beroep moet worden aangevochten en een deel dat tot de competentie van de Arob-rechter behoort'.[134] De Kroon had in beroep nu eenmaal geen oordeel te geven over 168-verordeningen. De verordening sneuvelde, terwijl zij in een andere procedure even zo goed staande was gebleven. Behalve om vele andere redenen[135] pleit ook de hier geschetste problematiek voor afschaffing van administratief beroep en concentratie van de rechtsbescherming voor de burger bij de administratieve rechter.

Er doet zich een tweede vraag voor in de verhouding autonomiemedebewind, waar het om anterieure verordeningen gaat, indien artikel 194 gemeentewet onverhoopt gehandhaafd zou blijven. De bepaling van artikel 194 gemeentewet (en artikel 81 Provinciewet) wordt als een generaal geldend voorschrift aangemerkt, ongeacht de vraag wat door de later tot stand gekomen hogere regeling omtrent de autonome bevoegdheid tot regelgeving is bepaald. Met een aan het hierboven besproken KB ontleend voorbeeld moge ik dit toelichten.

Artikel 180 Wet geluidhinder stelt in lid 1: 'De bevoegdheid van gemeenten en van waterschappen, veenschappen en veenpolders tot het maken van verordeningen blijft ten aanzien van het onderwerp waarin deze wet voorziet, gehandhaafd voorzover deze verordeningen niet met het bij of krachtens deze wet bepaalde in strijd zijn'. Ondanks een dergelijke bepaling[136] pleegt de heersende leer en een deel van de jurisprudentie ervan uit te gaan, dat bepalingen inzake hetzelfde onderwerp vervallen ingevolge artikel 194 gemeentewet. Hier manifesteert zich een zekere tegenstrijdigheid, waar het ene voorschrift leidt tot de conclusie dat die bepalingen vervallen en het andere voorschrift stelt dat de bevoegdheid tot het maken van verordeningen ten aanzien van dat onderwerp blijft bestaan.

Waarom zou in het bovenstaande voorbeeld van geluidhinder door menselijk lawaai zo'n bepaling moeten vervallen ex artikel 194 gemeentewet nu zij tot onderwerp 'geluidhinder' heeft, terwijl de bijzondere wet zelf zegt dat de bevoegdheid om zo'n bepaling vast te stellen 'blijft gehandhaafd'. Welk doel is ermede gediend om de non-existentie aan te nemen van een bepaling tegen wier bestaan op zichzelf geen bezwaar bestaat? Zo men al aan artikel 194 gemeentewet een dergelijke ruime interpretatie zou willen geven, zou het bepaalde in de bijzondere wet dan niet gezien kunnen worden als 'lex specialis'? De betekenis van zo'n speciale bepaling zou dan zijn, dat zij aan artikel 194 gemeentewet derogeert. Een dergelijke uitleg zou ook om een andere reden aantrekkelijk zijn.

Zou men er immers van uitgaan, dat de gemeenteraad *tot aan* de inwerkingtreding van de nieuwe wet bevoegd zou zijn bepalingen vast te stellen inzake geluidhinder door mensen *en* dat hij ook *na* de inwerkingtreding van die wet nog deze bevoegdheid zou hebben, waarom zou hij dan opnieuw zo'n bepaling moeten vaststellen! Zowel vóór als na de Wet geluidhinder is de bevoegdheid niet omstreden, terwijl de vraag naar een rechterlijk oordeel over splitsing tussen wat wel en wat niet van kracht zou zijn niet aan de orde behoeft te komen. Ook de grondslag verandert niet: in beide situaties gaat het om een autonome verordening. Eerst als er twijfel bestaat of ingevolge een nieuwe medebewindswet danwel ingevolge autonomie een bepaald voorschrift vastgesteld moet worden, kan er reden zijn om de anterieure bepaling te laten vervallen. Als het gaat om autonomie of autonomie is daartoe geen aanleiding.

Overigens heb ik mijn voorkeur om artikel 194 gemeentewet en daaraan analoog artikel 81 Provinciewet te laten vervallen hierboven uiteengezet. Ook bepalingen als artikel 80 Provinciewet en 123 ontwerp-Gemeentewet verdienen geen aanbeveling.[137]

Een derde aspect in de relatie autonomie-medebewind vraagt aandacht. De jurisprudentie toont aan, dat niet unaniem geoordeeld wordt over het feit dat in autonomie gegeven bepalingen gerelateerd worden aan in medebewind vastgestelde planologische regelingen. De Afdeling rechtspraak achtte het feit dat een kampeervergunning ook afhankelijk gesteld werd van de bestemming niet aanvaardbaar (*AB* 1984,42) terwijl de Kroon aanvaardde dat een kampeervergunning geweigerd kan worden wegens strijd met een geldend bestemmingsplan (*AB* 1980, 151). De ruimtelijke ordening bestrijkt een ruim terrein en heeft raakvlakken met veel bijzondere deelgebieden. Dit komt ook tot uitdrukking in landelijke wetgeving.[138] De vraag die zich hier aandient speelt niet in het vanouds bekende terrein inzake al dan niet aanvullingsbevoegdheid of naast elkaar staande regelingen. Men zou van koppelregelingen kunnen spreken, waarbij eerst nadat aan de vereisten ingevolge het bestemmingsplan is voldaan andere regelingen aan bod kunnen komen. Het in autonomie besluitende wetgevende decentrale orgaan stelt de regeling afhankelijk van het bestemmingsplan. De vergunningsvereisten staan niet naast elkaar, maar komen na elkaar. De mogelijkheid van dergelijke koppelregelingen lijkt mij aanwezig, mits aan een aantal criteria voldaan wordt.

Vooreerst zal het nodig zijn dat de basisregeling een ruimer terrein bestrijkt dan de daarop voortbouwende. Daarnaast zal de opvolgende regeling naar haar aard niet zonder de basisregeling kunnen; negatief geformuleerd: een inbreuk maken op de basisregeling als zij daarvan los zou staan. Tenslotte zal de opvolgende regeling zodanige specifieke eisen dienen te stellen, dat deze in de basisregeling niet tot hun recht kunnen komen.

Deze criteria komen in de jurisprudentie (nog) niet sterk tot uitdrukking, maar 'her en der' kunnen hiervoor aanknopingspunten gevon-

den worden. Uit de Terschellingse uitspraak van de Afdeling rechtspraak dd. 15 februari 1980 blijkt dat een bijzondere regeling niet geaccepteerd wordt, omdat het beoogde doel via de algemene regeling – i.c. voorschriften bij een bestemmingsplan – tot haar recht kon komen. Alhoewel hier de algemene regel 'medebewind gaat voor autonomie' terug gevonden wordt, kan men in de overwegingen ook aspecten vinden voor de opvatting dat, ware de primaire doelstelling niet in hoofdzaak van planologische aard geweest doch een daarop voortbouwende, de regeling aanvaardbaar had kunnen zijn.

De Oostburgse gebruiksverordening – uitspraak ARRS van 23 juni 1983 – werd gesauveerd, daar 'in de verordening geen verband wordt gelegd met de planologische bestemming'. Het doel was de leefbaarheid van de kleine kernen te vergroten, in zekere zin ligt hier *uit de aard der materie* een relatie met planologische maatregelen. Het feit dat *er geen verband wordt gelegd* tussen de planologische bestemming en de verbetering van de leefbaarheid van kernen, lijkt mij dan ook niet beslissend. In tegendeel, uit de per 1 januari 1985 in werking getreden Wet op de stads- en dorpsvernieuwing blijkt dat ook de wetgever een duidelijk verband ziet tussen enerzijds de bescherming van de leefbaarheid van kernen en anderzijds planologische maatregelen. De vraag die mijns inziens in de Oostburgse casus wezenlijk was, betreft die naar doorkruising van mogelijke planologische maatregelen. De Wet op de stads- en dorpsvernieuwing stelt zelfs de prioriteiten anders, waar zij in artikel 16 bepaalt: 'Planologische maatregelen welke gelden in een gebied waarvoor een leefmilieuverordening tot stand is gekomen, blijven – behoudens intrekking – van kracht voorzover zij niet met die verordening in strijd zijn'. Nu de leefmilieuverordening een medebewindsverordening is, blijkt de bescherming van de leefbaarheid een hechtere basis te hebben dan toen via autonome regelingen opgetreden moest worden. Zo roept de ene medebewindsregeling een andere op, waar autonome regelingen lager gerangschikt worden.

Naar aanleiding van deze ontwikkeling in rechtspraak en wetgeving kan men de vraag opwerpen of het niet wenselijk is meer aandacht te schenken aan een vorm van regeling bij medebewind die reeds lang bekend is, doch over het algemeen weinig toepassing heeft gevonden. Hierbij denk ik aan de regeling die de Hinderwet geeft in artikel 3, op grond waarvan de gemeenteraad kan bepalen dat het in artikel 2 lid 1 gestelde verbod niet geldt in de gemeente of bepaalde gedeelten daarvan. Deze verordening kan algemene voorschriften bevatten tot het tegengaan van te vrezen gevaar, schade of hinder.

De Winkelsluitingswet 1976 kent in artikel 9 een soortgelijke regeling. Het voordeel van regelingen als deze is, dat plaatselijke differentiatie op voorhand mogelijk is gemaakt en de vraag naar hetzelfde onderwerp of motief, die zich bij autonome regelingen in relatie tot medebe-

windsregelingen steeds voordoet, niet gesteld behoeft te worden. Bovendien zou de bijzondere wetgever zelfs kunnen aangeven, dat in bepaalde gevallen autonome regelingen voor medebewindsregelingen zouden kunnen gaan. In het hierboven gegeven voorbeeld van Oostburg zou een bepaling in de Wet op de Ruimtelijke Ordening een uitzonderingsgrond hebben kunnen geven, waardoor op voorhand duidelijkheid geschapen was. Deze methodiek is aantrekkelijk, omdat anders door weer nieuwe bijzondere wetten mogelijkheden gecreëerd moeten worden om een te stringente werking van eerdere bijzondere wetten te kunnen opheffen. De vraag of die opheffende werking in medebewind of in autonomie kan plaatsvinden, is ter beoordeling van de wetgever die de ontheffingsmogelijkheid creëert. Er zouden via deze weg twee doeleinden gediend kunnen worden: vooreerst differentiatie waar dit wenselijk wordt geacht en daarnaast mindere noodzaak tot toenemende regelgeving en soms de mogelijkheid tot incorporeren van verschillende regelingen.

3.4 De rechter en tegengestelde belangen in wettelijke regelingen

Met name in de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak blijkt soms tot uitdrukking te komen, dat de rechter geroepen wordt bij tegenstellingen tussen verschillende wettelijk geregelde belangen een keuze te bepalen. Zo'n situatie wordt meestal manifest, wanneer in de uitvoering verschillende belangen tegen elkaar afgewogen moeten worden. Bij het bestemmingsplan bijvoorbeeld wordt de bestemming van de in het plan begrepen grond aangewezen en worden 'zo nodig, in verband met de bestemming, voorschriften (...) gegeven omtrent het gebruik van de in het plan begrepen grond en de zich daarop bevindende opstallen' (art. 20 WRO). Tot dit laatste behoren ook winkelvoorzieningen, waardoor in het bestemmingsplan een regeling voor mogelijke vestigingen wordt gegeven. Beoogd wordt hier een goede relatie tot stand te brengen – in abstracto – tussen behoeften en voorzieningen. Daarnaast heeft de Afdeling herhaaldelijk een beroep gedaan op de Vestigingswet Bedrijven 1954 om de vrijheid van ondernemen en bedrijf te motiveren. Realisering en instandhouding van het desbetreffende bestemmingsplan kan met zich meebrengen dat ook de ambulante handel aan grenzen wordt gelegd. Een afweging van ondernemingsvrijheid ten opzichte van een zekere gebondenheid is hier niet in abstracto mogelijk, alhoewel de Afdeling daar aanvankelijk in zekere zin toe neigde, bijvoorbeeld door het behoefte-element niet als een openbare orde-aangelegenheid in de zin van 168 gemeentewet aan te merken. Daarentegen bleek zij bereid aan het begrip openbare orde juist in een regeling ter bescherming van de vrijheden en rechten van de mens (artikel 8 EVRM) een zeer ruime interpretatie te geven (ARRS 2 januari 1986, *AB* 1986, 443 m.nt. P.J. Boon), hetgeen op zichzelf overigens vragen oproept.

In haar uitspraak van 1 november 1985 (R 03.84.2710) blijkt de Afdeling haar aanvankelijke benadering inzake de vestigingswetgeving naar een meer verfijnde optiek bijgesteld te hebben. Zij stelt in voornoemde uitspraak inzake de weigering van een standplaatsvergunning: 'Zoals de Afdeling reeds eerder heeft overwogen mag de beslissing om een aanvraag om een standplaatsvergunning niet strekken ter regulering van bestaande of toekomstige concurrentieverhoudingen en aldus ter bescherming van de gevestigde plaatselijke middenstand. Dit moet in strijd worden geacht met de Vestigingswet Bedrijven 1954. Naar het oordeel van de Afdeling doet de in voormelde wet gegeven regeling niet af aan de bevoegdheid van gemeentebesturen om met toepassing van voorschriften welke hun grondslag vinden in artikel 168 van de gemeentewet in het belang van de huishouding van de gemeente in te grijpen in het aanbod van detailhandelsvoorzieningen indien het opbouwen van een voor de plaatselijke bevolking en de leefbaarheid van de betrokken gemeente noodzakelijk te achten centraal en evenwichtig voorzieningenapparaat dit vergt. Gezien de hiervoor weergegeven feiten en omstandigheden bestond er naar het oordeel van de Afdeling in het onderhavige geval voldoende grond om de winkeliers die zich in het nieuwe winkelcentrum hebben willen vestigen gedurende een zekere aanloopperiode te vrijwaren van concurrentie door standplaatshouders in de nabijheid van het centrum'.

Nu een generale benadering van alle zich aandienende belangen duidelijk maakt dat haar wijze van afweging niet steeds tot een rechtmatige beslissing in concreto behoeft te leiden, lijkt de Afdeling ertoe bereid de rechtmatigheid van de bestuursafweging zelf te toetsen in plaats van een absolute gelding aan min of meer geregelde rechten toe te kennen. Een *absolute* tenietdoening van zo'n recht zal in abstracto nog te toetsen zijn, zoals zij in het Vlielandse geval tot uitsluiting van het verkeer deed (zij het op een vreemde grond, via artikel 6 WVW). Zo vlug als genuanceerde afwegingen van tegengestelde belangen door een regeling mogelijk gemaakt worden, zal abstracte toetsing minder in aanmerking komen. De bevoegdheid tot regelgeving dient daarbij *uiteraard aanwezig te zijn.*

De toegenomen diversiteit van overheidsregelingen ter behartiging van niet met elkaar strokende belangen biedt kansen op onevenwichtigheden. De zorg voor herstel van het vereiste evenwicht heeft ertoe geleid dat weer nieuwe regelingen in het leven werden geroepen. Soms gebeurde dit op verscheiden wetgevende niveaus, waarbij de motief-theorie een uitkomst bood. De voortgaande nationale regelgeving vermindert de mogelijkheden tot deze motief-regelingen voor verordeningen. Wijzigingen van de Hinderwet (visuele hinder) en de Verkeerswet (milieubelang) zijn uitingen hiervan. Er is een nieuw gevaar: de opsplitsing van overheidsactiviteiten in belangen: ieder belang krijgt als het ware 'zijn eigen overheid'. De rechter zal soms wel, soms niet corrigerend (kun-

nen) werken. Integrale afweging in concreto kan niet plaatsvinden door uitsluitend te zien naar deelbelangen, zeker niet als deze scheiding in plaats van onderscheiding betekenen. Een verordening die alleen maar voor een bepaald 'wetsbelang' mag opkomen vraagt om een andere. De teneur in sommige rechterlijke uitspraken om uit wettelijke regelingen beginselen te destilleren wijst erop dat niet primair de motieven van een regeling bepalend zijn, maar gezocht wordt naar de grenzen van welk motief dan ook. De wetgevende overheden lopen hier tegen hun grenzen aan. De motieven maken plaats voor beginselen, zij het dat deze in een verdrag of wet gezocht worden of daaruit gedestilleerd worden. Het ziet ernaar uit dat met name de Afdeling rechtspraak soms aldus haar koers uitzet, vaak in abstracto maar wellicht in toenemende mate in concreto.[139]

Een laatste aspect dat hier waargenomen kan worden is de tweesporigheid. Met name in de ruimtelijke ordening is die ontwikkeling op gang gekomen. In haar uitspraak van 16 januari 1986 (*AB* 1986, 461 m.nt. D.A. Lubach) gaf de Afdeling rechtspraak blijk van het feit dat twee verschillende procedures *naast* elkaar gehonoreerd konden worden. In zijn noot wijst Lubach op een soortgelijke ontwikkeling in de Kroonjurisprudentie. Deze meersporenregeling zal eveneens aanleiding zijn om minder in abstracto en meer in concreto te gaan toetsen, zoals ook uit de aangehaalde uitspraak blijkt.[140]

3.5 Slot

Het hierbij afgesloten onderzoek laat meer de bomen zien dan het bos. Heel vaak – zo bleek – gaat het erom vast te stellen hoe de ene regeling zich verdraagt met de andere, waarbij de abstracte toetsingsmethode ruimschoots aan haar trekken pleegt te komen. Het abstractieniveau is niet steeds hetzelfde, waarbij de Afdeling rechtspraak geneigd is een lager abstractieniveau te prefereren boven splitsing. Bij andere administratieve rechters speelt dit geen rol van betekenis. De hoeveelheid onverbindendverklaarde wettelijke voorschriften toont evenwel onomstotelijk aan dat continuering van deze situatie onwenselijk is. De roep om verbetering van wetgeving treft ook dit aspect van het wetgevende overheidshandelen. Tot nu toe is dit een vergeten onderdeel. De gevolgen voor de burger en voor het bestuur zijn uiteindelijk niet meer acceptabel in een rechtsorde die deze naam waardig is. Ook redenen van kostenbeheersing pleiten voor wijziging. Het voorstel voor een goed uitgeruste algemene adviesinstantie voor wetgeving van centrale en decentrale ambten vindt hierin zijn oorsprong.

Noten

1 Zie Böhtlingk/Logemann *Het Wetsbegrip in Nederland,* Alphen aan den Rijn 1966, over het beperkte wetsbegrip van de Franse revolutie, blz. 24: wet zijn die door de wetgever vastgestelde algemene rechtsregels, die de burger iets ge- of verbieden. Subsidieregelingen zouden onder het Franse wetsbegrip gerekend zijn: 'Had men deze regelingen gekend en eraan gedacht, dan zou men ze zeker onder het wetsbegrip hebben gevat, omdat zij, in niet mindere mate dan de ge- of verbiedende regelingen, de positie van de vrije onderdaan beheersen' (blz. 25).

2 Zie evenwel H.J.M. Jeukens in zijn preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland *Toetsing door de rechter van de wet aan de Grondwet,* Zwolle 1967, blz. 54-58.

3 C.W. Opzoomer, *Aantekening op de Wet houdende Algemene Bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk,* derde veel vermeerderde uitgave, Amsterdam 1873, blz. 3

4 A.w., blz. 7.

5 Blz. 9.

6 Blz. 20.

7 Blz. 22; verwezen zij ook naar de in noot 2 op blz. 23/24 uiteengezette verschillen van inzicht.

8 Blz. 177.

9 Blz. 177-178. Noot 1 op blz. 178 vermeldt dat de Franse tekst sprak van 'le mérite intrinsèque'. Kemper stelt: 'de inwendige waarde of onwaarde'. Het woord billijkheid heeft er geen nieuw begrip aan toegevoegd. In het arrest van 16 mei 1986, *AB* 1986, 574 m.nt. P.v.B. 1986, no. 110 spreekt de HR van 'de waarde of het maatschappelijk gewicht' (landbouwvliegers).

10 Blz. 187.

11 Blz. 189 met verwijzing naar Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Grondwet,* blz. 270. Thorbecke heeft voor de bepaling 'De wetten zijn onschendbaar' in zijn *Bijdrage tot de herziening der Grondwet* geen goed woord over. Letterlijk zegt hij: 'Voor deze nieuwe spreuk zal, geloof ik, ieder als voor eene gesloten deur blijven staan; en naar de Memorie van Toelichting grijpen om gewaar te worden wat men meent; bedenkelijke verborgenheid in eene Grondwet, die haar licht in zich zelve dient te hebben en wier zin van geene Gouvernementsmemorie kan afhangen. "De onschendbaarheid der wetten", zegt deze, "heeft eene driedubbele beteekenis. Zij plaatst de wet boven alle bedenking; zij waarborgt haar tegen alle aanranding zoowel van de uitvoerende en regterlijke magt, als van de plaatselijke autoriteiten, aan wie, alleen behoudens de wet, het vaststellen van plaatselijke verordeningen is toegekend'. "Zij plaatst de wet boven alle bedenking". Wat wil dit zeggen? Dat de wet boven kritiek is? Dit kan men niet bedoelen. Dat de regtskracht der gewone wet boven twijfel is? Dit spreekt, in de onderstelling dat zij de grondwettige vereischten eener wet bezit, van zelf, en behoeft geen enkel woord. Met even veel reden kon men noodig

oordeelen te verzekeren, dat de algemene maatregelen van inwendig bestuur, de provinciale en plaatselijke verordeningen, en de Grondwet zelve, onschendbaar zijn. Zou men dan meenen, van de phrase een schild te maken voor eene wet tegen de Grondwet? Het is onmogelijk, dat men dit meene. Men zou de eenheid der wetgeving verbreken; de Grondwet zou ophouden Grondwet te zijn; en de gewone wetgever, die zijn bestaan en zijn regt enkel uit de Grondwet ontleent, boven de Grondwet wezen. Hoe ver de ministeriële voorstellers van zulke eene averechtsche leer zijn, blijkt ten overvloede uit de Memorie van Toelichting zelve bij het VIIIste Hoofdstuk, waar als grond om de stelling: de verbintenissen van den Staat jegens zijn schuldeischers worden gewaarborgd: op te nemen wordt vermeld, dat zij de heiligheid dier verbindtenissen ook *tegen eenen ligtzinnigen wetgever* waarborgt. "Zij waarborgt haar tegen alle aanranding van de uitvoerende en regterlijke magt": 'dit begrijp ik even min als het voorgaande. Tegen aanranding door de besturende magt zal, denk ik, de wet alleen door eene wél ingerigte verantwoordelijkheid, tegen den regter, die de wet mogt schenden,alleen door den hoogeren regter kunnen worden beschermd. Of heeft men eenvoudig willen zeggen, dat de wetten door de besturende en regterlijke magten moeten worden geëerbiedigd? Waarom dan ook niet door allen, voor wie de wetten zijn gemaakt? Men kan, dunkt mij, niet hebben geloofd, dat, om die waarheid te vestigen, de verklaring: "de wetten zijn onschendbaar:" noodig ware. Nog minder kan het doel zijn geweest, vrijheid te geven of zelfs te verpligten tot schennis der Grondwet door uitvoering eener niet grondwettige en dus niet verbindende wet. Verzaking der Grondwet te bevelen, ten einde de betrachting der gewone wetten te verzekeren, ware gewis de zonderlingste luchtsprong, dien een wetgever ooit had gewaagd. De Grondwet is niet voor den wetgever alleen, maar voor alle magten en voor alle burgers van den Staat geschreven. "Zij waarborgt haar tegen alle aanranding van de plaatselijke autoriteiten, aan wie, alleen behoudens de wet, het vaststellen van plaatselijke verordeningen is toegekend." De wet wordt, meen ik, tegen miskenning door plaatselijke, gelijk door provinciale verordeningen, in de eerste plaats gewaarborgd door het regt des Konings om zoodanige verordening buiten werking te stellen. De plaatselijke of provinciale verordening staat tot de wet, als de wet tot de Grondwet. Zoo min als de wet het regt mag krenken, dat de burger heeft uit de Grondwet, even min dergelijke verordening het regt, dat hij heeft uit de wet. Hij moet bij den regter even eens regt kunnen vragen en krijgen uit de Grondwet tegen de wet, als uit de wet tegen de plaatselijke verordening. Eene plaatselijke of provinciale verordening, welke de wet schendt, kan zoo min onschendbaar zijn als de wet, welke de Grondwet schendt'.
Uitgave Martinus Nijhoff, Den Haag 1948, met notitie en bijlagen van C.W. de Vries, blz. 60-63. Voor een nadere uiteenzetting over artikel 131 l. 2 GW moge verwezen worden naar De oratie van H.J.M. Jeukens *De wetten zijn onschendbaar,* Tilburg 1963 en zijn genoemd preadvies, blz. 50 e.v. Omtrent toetsing van wet aan rechtsbeginselen, zie C.A.J.M. Kortmann, *'Ega-*

lité' en 'défense', Samsom 1976, blz. 119-123.

12 Blz. 191-192.

13 Blz. 211.

14 C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening* 1983, blz. 306/7. Zie ook E.A. Alkema in *NJ* 1986, blz. 2215 en P. van Buuren in *AB* 1986, 1695.

15 Wanneer een wet niet op de juiste wijze tot stand is gekomen zal de rechter haar als non existent kunnen aanmerken en daarom buiten beschouwing kunnen laten. Materieel is er in dit geval toetsing aan de Grondwet, doch men kan ook stellen dat bij gebreke van een aan de eisen voldoende wet artikel 120 Grondwet niet aan de orde komt, omdat er geen 'wet' is. Aldus ook G. van den Bergh in *NJB* 1957, blz. 599, waar hij schrijft: 'De wet is tot stand gekomen op een wijze, welke tegen op de Grondwet voorgeschreven wijze indruist (...) wij raken hier een min of meer beroemde vraag: sluit art. 131 lid 2 Grondwet (...) ook *formele* toetsing aan de Grondwet uit? Ik persoonlijk heb steeds in woord en geschrift verdedigd, dat de rechter tot zulk een formele toetsing bevoegd en dus verplicht is'.

16 Het artikel van J. Eggens in *WPNR* 1963 no. 4780 gaat op dit aspect niet in. Uit de noot van Jeukens in *AA* jrg. XVII (1968) op blz. 235 valt op te maken dat hij 'wet' in art. 11 *AB* als materieel begrip verstaat, terwijl Veegens in zijn annotatie onder HR 26 oktober 1951, *NJ* 1952, blz. 1317 art. 4 der Wet AB ook voor decentrale wetgevende organen van toepassing acht. Zie ook de literatuur die A-G Berger aanhaalt in zijn conclusie bij HR 18 april 1967, *AA* XVII, blz. 231.

17 Zie Eggens in aangehaald artikel, blz. 378. De *Afdeling rechtspraak* heeft verschillende malen uitdrukkelijk overwogen dat het haar niet toegestaan is de innerlijke waarde of billijkheid van een verordening te beoordelen, zonder daarbij overigens gewag te maken van art. 11 Wet AB. Er kan o.m. gewezen worden op ARRS 20 augustus 1982, *AB* 1983, 15 m.nt. C.L.R.; 11 november 1982, *AB* 1983, 255 m.nt. J.H.v.d.V. en 10 december 1984, *AB* 1985, 237 m.nt. J.H.v.d.V. Ook het *College van Beroep voor het Bedrijfsleven* heeft soms uitdrukkelijk overwogen dat het niet de innerlijke waarde van een verordening heeft te beoordelen, bijv. CBB 16 april 1974, *AB* 1974, 170 op blz. 98 l.k., m.nt. J.P. en 2 juli 1971, *SEW* 1972, blz. 297 m.nt. J.P.; vgl. HR 7 mei 1985, *NJ* '86, 829. Beschouwingen over de opvattingen in met name de vorige eeuw omtrent de verhouding wet-rechter bij civilisten geeft P.C. Kop in *Legisme en Privaatrechtswetenschap,* Kluwer, Deventer 1982.

18 Zie artt. 86 t/m 89 van de Beroepswet.

19 Het begrip 'besluit' in artikel 4 Wet Arbo omvat, zo toont de wetsgeschiedenis aan, slechts beslissingen voor het concrete geval of concrete gevallen. Lid 4 van dit artikel zondert bovendien besluiten van algemene strekking uit, indien het woord 'beschikking' in een andere wet zulk een besluit wel zou omvatten.

20 Zie o.a. HR 1 juli 1983, *AB* 1984, 103 m.nt. F.H.v.d.B.

21 Voor bespreking hiervan zij verwezen naar *AA* jrg. XIX, blz. 186-189 door H.J.M. Jeukens; G.R. de Goede in *De Nederlandse Gemeente* 1979, blz. S

158/9; R. Crince le Roy in *Bouwrecht* 1979, blz. 931.

22 ARRS 31 maart 1981, *AB* 1981, 415 m.nt. v.d.V.; zie ook *Gst.* 1981, nr. 6662, J.M. Kan *'Geboren en getogen in Groesbeek'*; R. Crince le Roy in *Bouwrecht* 1981, blz. 613. In haar uitspraak van 15 januari 1982, *AB* 1982, 332 m.nt. v.d.V. merkte de Afdeling de eis van enige maatschappelijke of economische binding met een van de kernen van de gemeente Wamel aan als een op zichzelf objectief en redelijkerwijs te rechtvaardigen middel, dat past bij het met de vestigingsregeling beoogde doel. Vlg. ARRS 30 augustus 1982, *AB* 1983, 51 m.nt. J.H.v.d.V. Zie ook: ARRS 20 juli 1981, *AB* 1982, 88 m.nt. v.d.V. inz. recreatievergunningstelsel Tietjerksteradeel, dat als een noodzakelijk te achten beperking van het gebruik van eigendom aanvaard werd.

23 *AA* jrg. XIX, blz. 189.

24 L.G. van Reijen, Algemene beginselen van decentrale regelgeving, in: *Regelmaat* 1986, blz. 7. Vgl. in *andere* zin: R. de Winter, Alles is verboden, in: *NJB* 1984, blz. 1126-1130.

25 O.c., blz. 6 met verwijzing naar HR 2 december 1864, *W* 2646, *Gst.* 692 en HR 11 april 1865, *W* 2706, *Gst.* 722.

26 A.w., blz. 189.

27 Zie hierover ook R. de Winter in *NJCM-bulletin* 1983, blz. 137 e.v.

28 *AB* 1983, blz. 673, r.k.

29 Deze passage haal ik met name aan vanwege de vergelijking die de annotator trekt. De toetsing door de strafrechter van verordeningen wordt behandeld door de mede-preadviseur R.E. de Winter, zodat op de vraag naar de betekenis van artikel 1 Sr in dit verband door mij niet ingegaan wordt.

30 ARRS 22 januari 1981, *NG* 1981, blz. S 63/4; *Gst.* 1982, 6692; in dit nummer geeft C.N.M. Versteden een uiteenzetting over 'De Afdeling rechtspraak en artikel 7 van de Grondwet'. Geen strijd met art. 7 GW stelde de Afd. vast in haar uitspraak van 20 augustus 1981 inzake reclame via verlichte fotovitrine gepubl. in hetzelfde no. van *Gst.* Eveneens abstract toetsend kwam de Afd. tot de bevinding dat de Amsterdamse bepaling van art. 310a eerste lid bouwverordening niet in strijd was met art. 7, eerste lid Grondwet noch met het derde lid. Het ging hier om een op art. 168 gemeentewet steunende welstandsbepaling voor het maken van reclame: ARRS 14 november 1985, *AB* 1986, 458 m.nt. P.v.B.

31 ARRS 13 juni 1980, *AB* 1981, 311 m.nt. v.d.V. De artikelen 1 en 2 van de verordening tot weren van inbreuken op natuurschoon van de provincie Limburg sneuvelde eveneens op art. 7 GW, waarbij de Afdeling overwoog geen aanknopingspunten te vinden voor een splitsing van de wilsverklaring van de provinciale wetgever: ARRS 13 oktober 1981, *Gst.* 1982, 6717 m.nt. v.Z.

32 ARRS 28 april 1981, *AB* 1981, 480 m.nt. v.d.V.

33 *AB* 1981, blz. 1291 r.k. Vgl. Van der Veen in *AB* 1983, blz. 549 onder 3.

34 De Verordening op het weren van overlast in woonstraten riep in het geheel geen twijfel op: zie ARRS 31 januari 1979, *AB* 1979, 482 m.nt. v.d.V. Zie

ook ARRS 24 februari 1978, *Gst.* 6505 inz. art. 110, eerste lid APV Hulst. Verwezen zij ook naar de beschikking van de wnd. voorzitter ARRS inzake verbindendheid verordening op inrichtingen van vermakelijkheden naast de Wet op de Filmkeuringen in *Gst.* 1982, 6718 m.nt. B.

35 ARRS 19 juni 1984, *AB* 1985, 215. Vgl. ARRS 27 sept. 1985, *AB* 1986, 527 m.nt. J.H.v.d.V.

36 ARRS 14 juni 1979, *AB* 1980, 158 m.nt. P. Nicolaï. Ook in deze uitspraak volgt de Afdeling de weg waarbij de abstracte toetsing van de verordening voorafgaat aan die van het concrete geval.

37 Met verwijzing naar artikel(en) in organieke wet(ten), zie: artt. 107 Woningwet, 49 Waterleidingwet, 46 Vleeskeuringswet. Zonder zo'n verwijzing, zie: artt. 57 Wegenwet, 33 Ontgrondingenwet, 34 Wet verontreiniging oppervlaktewateren, 97 Wet op de luchtverontreiniging, 80 Afvalstoffenwet. Voor een twijfelgeval zie: Wet op Woonwagens en Woonschepen art. 31.

38 Zie ARRS 7 januari 1983, *AB* 1983, 229 m.nt. C.L.R. Vgl. de overweging in ARRS 31 juli 1984, *AB* 1985, 598 (m.nt. J.H.v.d.V.), luidende: 'In laatstgenoemd artikel van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (sc. art. 72) is aan de gemeentewetgever de bevoegdheid *toegekend*'. Zo is ook sprake van *toepassing* in de uitspraak van 15 februari 1980, *AB* 1980, 243 m.nt. C.L.R. Ware dit juist, dan zou toepassing van de organieke bevoegdheid (168 gemeentewet) afhankelijk zijn van deze uitdrukkelijke wetsbepaling. Het tegendeel is waar, ook zonder artikel 72 WRO kan de gemeenteraad regels stellen, o.g.v. 168 gemeentewet, mits hij maar niet in strijd komt met hogere regelingen en niet treedt in de bijzondere belangen van ingezetenen. De Afdeling heeft van erkenning van dit gegeven blijk gegeven, daar zij *naast* strijd met art. 72 ook nog andere artikelen pleegt te noemen: bijv. artikel 10 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, zoals in bovengenoemde uitspraken geschiedde. De literatuur omtrent de betekenis van artikel 72 heeft bijgedragen tot de door de Afdeling gevolgde redenering. Verwezen zij naar de aantekening bij artikel 72 Wet op de Ruimtelijke Ordening, losbladige uitgave Kluwer en M. Gonggrijp van Mourik e.a., *WRO/Bro* 1985, p. 113.

39 ARRS 18 november 1980, *AB* 1981, 240 m.nt. v.d.V.

40 ARRS 2 december 1980, *AB* 1981, 302 m.nt. v.d.V. Voor een uitvoerige uiteenzetting over deze bepaling, mede over verschillen in 'onverbindend verklaren' zij verwezen naar de nog volgende uiteenzetting over strijd met provinciale landschapsverordening. Vanwege het feit dat een verordening van de gemeente Alkemade op de kampeerplaatsen en de kampeermiddelen geheel andere *belangen* beoogde te beschermen dan aan de caravan- en tentenverordening Zuid-Holland als *motieven* ten grondslag lagen, was er geen onverbindendheid; zie ARRS 3 oktober 1980, *AB* 1981, 376 m.nt. v.d.V., die het in zijn annotatie onder deze uitspraak denkbaar acht dat 'verschil in *onderwerp*' in de optiek van de Afdeling mogelijk herleid kan worden tot verschijnselen als verschil in belangen, motieven enz.

41 Zie ook *Bouwrecht* 1986, blz. 523 en *AB* 1986, 563 en 564 m.nt. M. van der

Ham. Vgl. ARRS 12 dec. 1985, *AB* 1986, 562 m.nt. J.H.v.d.V.

42 Zie ook Van der Veen in zijn annotatie in *AB* 1984, blz. 256 onder 'Afdelingsuitspraak' dd. 9 december 1983.

43 Zie Bundel *Gemeentelijke Vrijheden,* Samsom 1983, blz. 23.

44 *AB* 1985, 141 m.nt. F.O. Zie ARRS 31 juli 1984, *De Gemeentestem* 1985, no. 6782 en ARRS 15 juli 1985, *Gst.* 1985, 6799 beide m.nt. L. Bomhof, die erop wijst dat sinds de inwerkingtreding van het werkenbesluit in het geheel geen ruimte meer is voor een provinciale verordening inzake het opspuiten met baggerspecie. Zie ook: ARRS 20 mei 1986, AB 1986, 545 m.nt. F.O. en M.A. van der Ham in de noot *AB* 1986, p. 1609 e.v.

45 Idem Oud, in: *Handboek voor het Nederlands Gemeenterecht,* deel II, blz. 186.

46 ARRS 13 oktober 1983, *AB* 1984, 180. In haar uitspraak van 3 juli 1986, *AB* 1986, 587 m.nt. J.H.v.d.V. aanvaardde de Afdeling rechtspraak evenwel, dat een verordening van beroepsmogelijkheid bood op de gemeenteraad binnen twee weken na de verzenddatum van het B en W-besluit. Zij vernietigde het besluit wegens strijd met art. 5 aanhef en onder d Wet Arob, omdat niet conform de verordening gehandeld was.

47 *AB* 1982, 422 m.nt. v.d.V. en *Gst,* 6739, 5 m.nt. B.

48 MvA, Tweede Kamer 11279, blz. 17 ad art. 5. Zie ook J.G. Steenbeek, *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen,* 3e herziende druk, Vuga 1984, blz. 163-171.

49 Een soortgelijk wetscorrigerend optreden heeft plaatsgevonden door de belastingrechter die niet-nakoming van de verplichting door de inspecteur om de belastingplichtige op zijn verzoek te horen (artikel 25 lid 2, eerste volzin, Algemene wet inzake rijksbelastingen) niet zo dwingend verstaat, dat hij de beschikking op die grond vernietigt.

50 Idem ARRS 7 januari 1983, *AB* 1983, 229 m.nt. C.L.R., waarin meer uitspraken genoemd worden. Inzake komregelingen tot stand gekomen voor de Wet op de Ruimtelijke Ordening: zie ARRS 20 augustus 1982, *AB* 1983, 15 m.nt. C.L.R. Zie verder ARRS 31 juli 1984, *Gst.* 1985, 6795 en ARRS 1 nov. 1985, *Gst.* '86, 6821, beide m.nt. J.M.H.F. Teunissen. Vgl. Wnd. Vz. ARRS 16 februari 1978, *Bouwrecht* 1978, blz. 412. De uitspraak van 15 februari 1980 is ook gepubliceerd in *De Gemeentestem* 1980, 6616 met noot J.M.K.

51 Het is de moeite waard deze uitspraak te vergelijken met het KB 2 januari 1980, *AB* 1980, 151 m.nt. V.d.N. Artikel 67, eerste lid, Kampeerverordening Noord-Brabant bepaalde dat een vergunning geweigerd kan worden a. op gronden ontleend aan het algemeen belang; b. wegens strijd met een geldend bestemmingsplan. De Kroon overwoog 'dat meergenoemde bepaling noch naar haar inhoud, noch naar haar strekking treedt in de bevoegdheden van de organen, die ingevolge de Wet op de Ruimtelijke Ordening bevoegd zijn tot de uitvoering, dan wel controle op de uitvoering van bestemmingsplannen'.

52 ARRS 5 juli 1983, *AB* 1983, 513 m.nt. C.L.R.; vgl. ARRS 4 november

1980, *AB* 1981, 207 m.nt. C.L.R.: 'Gelet op de verscheidenheid in onderwerpen is de Afd. van oordeel dat niet kan worden gesproken van strijdigheid van de verbodsbepaling van art. 352 eerste lid bouwverordening gem. Loosdrecht met bepalingen van de Verordening bescherming plassengebied'. Zie ook ARRS 9 januari 1980, *AB* 1981, 96.

53 Voor een uiteenzetting zij verwezen naar Schroot/Van Vliet/Wijma, *Begrip van de Nederlandse gemeente,* deel 2, blz. 364 e.v. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 1972, *NJ* 1972, 326 dat een gemeentelijke APV-bepaling inzake vestiging van benzineverkooppunten slechts 'de strekking' toekende in het belang van de openbare orde, alhoewel 'een aspect van de ene materie bijkomstig een rol kan spelen bij het vellen van een oordeel inzake het verlenen van een ontheffing inzake de andere materie'.

54 *AB* 1983, 535 m.nt. C.L.R.

55 Hij verwijst daarbij naar ARRS 26 februari 1979, *AB* 1979, 418; 5 januari 1978, *OB* 1978, III 2.2.7; 26 mei 1978, *Bouwrecht,* 1978, blz. 657 en 22 oktober 1982, *Bouwrecht* 1983, blz. 203.

56 ARRS 20 juni 1981, *Gst.* 1981, 6688.

57 ARRS 14 mei 1984, *AB* 1984, 506 m.nt. J.H.v.d.V.

58 AB 1984, blz. 1496, l.k.

59 O.a. ARRS 21 februari 1979, *Bouwrecht* 1979, blz. 418; 7 mei 1979, *Bouwrecht* 1979, blz. 767; 10 oktober 1979, *AB* 1980, 248 m.nt. C.L.R.; ARRS 18 juli 1980, *Gst.* 1981, 6651 m.nt. J.M.K.; 16 december 1982, *AB* 1983, 228 m.nt. C.L.R. Er zij op gewezen dat de Woningwet van 1901 een dergelijke bepaling inz. voorrangsregeling niet kende, terwijl conflictsituaties zich juist voor in het verleden gemaakte voorschriften achteraf voordeden. In dit preadvies wordt niet ingegaan op vragen van overgangsrecht bij wijziging van medebewindswetten. Het overgangsrecht laat nogal eens te wensen over. Inzake art. 352 model-bouw-verordening, zie ARRS 30 juni 1977, *AB* 1977, 392 m.nt. G.J.M. Cartigny.

60 Idem uitspraak ARRS dd. 15 oktober 1982, *Bouwrecht* 1983, blz. 135.

61 Zie noot van J.M.H.F. Teunissen in *Gst.* 1985, 6793 onder beschikking wnd. Vz. ARRS 15 juni 1984, waarin melding wordt gemaakt van *wijziging van de modelbouwverordening* vanwege deze jurisprudentie.

62 *AB* 1983, 201 m.nt. J.H.v.d.V.

63 Zie artikel 4 lid 1 Woonruimtewet 1947. Op zelfde grond: ARRS 22 april 1983, *Gst.* 1984, 6759 m.nt. K. van Duyvendijk en J.A.M. Smulders.

64 *AB* 1983, blz. 549, r.k.

65 *AB* 1984, 211 m.nt. C.L.R.

66 *AB* 1984, blz. 635 r.k.

67 Zie art. 32 Monumentenwet, dat geen bevoegdheid *toe*kent, maar de bevoegdheid van de gemeenteraad tot het maken van verordeningen (ex artikel 168 gemeentewet) *er*kent. Vgl. ARRS 31 maart 1983, *Gst.* 1983, 6757, blz. 636 e.v. m.nt. J.M.K.

68 *AB* 1979, 379 m.nt. J.R.St. Zie ook *Gst.* 1979, 6577.

69 *AB* 1979, blz. 981 r.k.

70 ARRS 5 maart 1981, *AB* 1981, 238; *Gst.* 1981, 6678 m.nt. B. Vgl HR 23 december 1980, *AB* 1981, 237 onder *AB* 1981, 238 inzake Schiermonnikoog, waarvoor ook verwezen wordt naar *NG* 1981, blz. S 63 en *NJ* 1981, 171 m.nt. Th.W.v.V.

71 *AB* 1952, blz. 645 r.k. Vgl. noot 40.

72 AB 1981, blz. 622/3. Over de vraag hoe ver de Wegenverkeerswetgeving zich uitstrekt gaat het artikel van W.H. Vellinga, 'Schiermonnikoog en de reikwijdte van de Wegenverkeerswet' in *NJB* 1981, blz. 385-400, m.n. blz. 388-391.

73 *NJ* 1981, blz. 580 l.k. en blz. 579 r.k.: 'Het juridisch fundament voor het arrest ligt in de opvatting van de HR over de strekking van de WVW. Deze wet werkt het beginsel – het grondrecht, zou men kunnen zeggen – uit, dat een ieder vrij is aan het verkeer deel te nemen met inachtneming van de regels, die in (...) de WVW zijn vastgesteld'. In haar uitspraak van 21 december 1979, *AB* 1980, 462 m.nt. v.d.V. kent de Afd. aan art. 20 van de Wet op de lijkbezorging de betekenis toe van een 'recht', waaraan een gemeentelijke verordening niet kan 'afdoen'. De annotator wijst er op dat de verordening niet onverbindend wordt verklaard, doch de beschikking buiten toepassing wordt gelaten wegens strijd met artikel 10. Vgl. i.v.m. omwisseling soort rijbewijzen ARRS 6 dec. 1985, *AB* 1986, 528 m.nt. J.H.v.d.V., die terecht erop wijst dat buiten toepassing laten i.c. een (gedeeltelijke) onverbindendverklaring was.

74 ARRS 25 april 1985, *AB* 1986, 360 m.nt. J.H.v.d.V.

75 *AB* 1981, 96.

76 ARRS 22 oktober 1979, *AB* 1980, 460 m.nt. v.d.V., die ook verwijst naar de beschikking van de voorzitter van 28 september 1977, *Gst.* 6487, waarin deze naar aanvankelijk oordeel strijd constateert met de strekking van artikel 31, tweede lid van de Wet op de Woonwagens en Woonschepen 1918.

77 Verwezen zij naar het arrest van de Hoge Raad dd. 27 juni 1972, *NJ* 1972, 380 m.nt. W.F.P. inzake Gelderse caravan-, ligschepen- en tentenverordening.

78 O.m. in uitspraken dd. 1 september 1977, *AB* 1977, 366 m.nt. v.d.V. en *Gst.* 1977, 6472 met inleidend woord J.M.K.; *Bouwrecht* 1977, blz. 914-919 m.nt. R. Crince le Roy; 8 juni 1978, *Gst.* 1978, 6514, met naschrift redactie; *AA* 1978, blz. 574 e.v. m.nt. J. Wessel; 8 mei 1981, *AB* 1981, m.nt. J.A.B.

79 Aldus in de Maastrichtse constructie, waarbij de eigendom van de weg als grondslag gehanteerd werd voor de heffing.

80 Zo in Nuth en in Heesch, met dien verstande dat in Nuth het uitwegverbod gehandhaafd werd, doch de daaraan gekoppelde betalingsregeling in strijd met artikel 14 Wegenwet werd geoordeeld. Over Heesch deed uitspraak de Hoge Raad op 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 m.nt. M.S.; *AA* 1986, blz. 642-649 m.nt. dzz.; *AB* 1986, 573 m.nt. F.H.v.d.B. en *Bouwrecht* 1986, p. 775 m.nt. N.S.J. Koemman.

81 *AB* 1984, blz. 77 r.k. Men kan de bijdrageregeling, wanneer zij gekoppeld is aan het eigendomsrecht, zien als 'tariefregeling', zoals de Dienst der Do-

meinen bijv. tarieven hanteert voor uitgifte van in bermen gelegen gronden langs rijkswegen voor benzinestations. Ook hierop is artikel 14 lid 3 Wegenwet van toepassing. Zie mijn diss. *De openbare weg en het privaatrecht,* Zwolle 1977, blz. 54.

82 *Gst.* 1984, 6774 m.nt. B., die in zijn naschrift stelt: 'Hoewel in de door appellant met name genoemde casus – Maastricht (...) uitdrukkelijk worden (wordt?) gesteld dat artikel 14 Wegenwet de gemeente als rechthebbende (naar burgerlijk recht) noopt het een en ander te dulden, leest appellant daarin klaarblijkelijk dat het bij APV eisen van een publiekrechtelijke vergunning niet geoorloofd zou zijn. Zo is het uiteraard niet'. Even 'uiteraard' is het Maastrichtse besluit een rechtshandeling naar burgerlijk recht, zodat in de casus Maastricht appellant niet ontvankelijk verklaard had dienen te worden. De Afdeling nam evenwel een beschikking aan en verklaarde de 'Bijdrageregeling' *onverbindend.* Bovendien was in de casus Nuth een publiekrechtelijk verbod tot uitwegen waaraan gekoppeld was een betalingsregeling. Zou deze laatste regeling, waarin voorschriften stonden voor het geval vergunning verleend werd, als privaatrechtelijk aangemerkt moeten worden? Vgl. ook het aangehaalde Heesch-arrest van HR 16 mei 1986.

83 *Hand. Stat. Gen.* I, 1936-1937, 49ste vergadering, blz. 681-682. Voor een uitvoerige beschrijving van de wetsgeschiedenis zij verwezen naar mijn opstel 'Uitwegen gewogen' in de bundel *Goed en Trouw*, Zwolle 1984, blz. 403-413.

84 Er zij op gewezen dat de leden 1 en 2 van artikel 14 Wegenwet aanmerkelijk verschillen van de leden 3 en 4. Zou er een recht op uitweg naar de openbare weg zijn, zoals de Afdeling kennelijk aanneemt, dan zou ook bij verordening een dergelijk recht niet geheel of ten dele teniet gedaan mogen worden. De vraag hoe ver de eigendomsbevoegdheden voor de eigenaar van een openbare weg ingeperkt zijn vanwege de openbaarheid, vraagt een genuanceerde benadering, die ver buiten het bestek van dit preadvies gaat. Zij werd door mij behandeld in hoofdstuk 2 van mijn dissertatie *De openbare weg en het privaatrecht*, Zwolle 1977, blz. 19-77.

85 De vraag of algemene voorwaarden als beleidsregels aangemerkt kunnen worden kan naar mijn indruk in twee aspecten onderscheiden worden. Het ene is het *louter* privaatrechtelijke waarbij het minder aantrekkelijk is van beleidsregels te spreken. Daarnaast kunnen in het publiekrecht privaatrechtelijke voorwaarden gehanteerd worden als voorschriften bij de wijze waarop een overheidsambt zijn beleid inhoud geeft. In dit geval zou van beleidsregels gesproken kunnen worden.

86 Zie voor aldus geformuleerde toetsing het arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad dd. 10 juni 1985, *BNB* 1986/29 en *AR* 1986, blz. 623 e.v. (met name blz. 625, r.k.) m.nt. J.W. Zwemmer. Dat de Afdeling rechtspraak beleidsregels niet als algemeen verbindende voorschriften wenst te behandelen is constante jurisprudentie, zie o.m. ARRS 2 november 1977, *AB* 1978, 55 m.nt. I. 't V., die de conclusie onderschrijvend terecht stelt dat de overwegingen vragen oproepen; ARRS 8 mei 1978, *AB* 1978, 362 m.nt.

F.H.v.d.B.; Vz. AR 25 juli 1985, *AB* 1986, 202 m.nt. J.H.v.d.V.; ARRS 2 augustus 1985, *AB* 1986, 285.

87 'Gemeentelijk standplaats- en ventvergunningsbeleid' dd. 10 augustus 1983. Verwezen zij ook naar het artikel van J.C. Schroot, 'Van plaatselijke protectie tot bescherming van consumentenbelangen', in: *De Gemeentestem* 1984, no. 6760.

88 Zie ARRS 25 maart 1983, *AB* 1984, 94 m.nt. J.H.v.d.V.; *Gst.* 1984, 6760 en *NG* 1983 blz. S 210 e.v.; 9 december 1983, *AB* 1984, 97 m.nt. J.H.v.d.V.; 9 februari 1984, *AB* 1985, 514 m.nt. J.H.v.d.V.; 24 januari 1984, *Gst.* 1984, 6772 en 5 mei 1986, *AB* 1986, 544 m.nt. J.H.v.d.V. De voorzitter sprak o.m. op grond van strijd met de Vestigingswet Bedrijven 1954 de onverbindendheid uit van artikel 24 van de APV Breukelen omdat de bepaling tot *motief* had ambulante handel te weren. Deze beschikking kwam reeds ter sprake bij de bespreking van artikel 168 gemeentewet, zie *Gst.* 1985, 6793, m.nt. B. Vgl. Wnd.Vz. AR 2 juli 1982, *Gst.* 1983, 6741 m.nt. J.M.K. Inzake Vestigingswet Detailhandel, zie ARRS 18 juni 1985, *AB* 1986, 543 m.nt. J.H.v.d.V.

89 ARRS 27 januari 1979, *Gst.* 1979, 6569; 17 januari 1980, *Gst.* 1980, 6622; 25 maart 1980, *Gst.* 1980, 6635; 6 mei 1980, *Gst.* 1980, 6639.

90 Zie J.C. Schroot in *Gst.* 1983, blz. 19.

91 In *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1958, blz. 533. Verwezen zij ook naar het artikel van A.W. Heringa in de bundel *Gemeentelijke Vrijheden*, Alphen aan den Rijn 1983, blz. 130.

92 Zie Schroot t.a.p. en de aldaar vermelde jurisprudentie.

93 Zie over art. 19 lid 3 Gw ARRS 10 april 1986, *AB* 1986, 586 m.nt. J.H.v.d.V.

94 Verwezen zij naar de bespreking onder 2.1.7 sub c.

95 ARRS 21 mei 1981, *AB* 1982, 265 m.nt. J.H.v.d.V., waarbij alléén de opdracht aan de marktmeester onverbindend werd geoordeeld; Vz. AR 26 augustus 1981, *AB* 1982, 266 m.nt. v.d.V.

96 Vz. AR 3 mei 1984, *AB* 1985, 42 m.nt. J.H.v.d.V.

97 Vz. AR 15 augustus 1985, *AB* 1985, 21 m.nt. M.A. van der Ham en Vz. AR 21 februari 1979, *AB* 1980, 195 m.nt. v.d.V.

98 ARRS 7 juni 1985, *AB* 1985, 539 m.nt. J.H.v.d.V.

99 *AA* XIII, blz. 69 e.v. m.nt. W.F.P. Vgl. arrest Hoge Raad inzake terugwerkende kracht van ministeriële verordening dd. 15 maart 1974, *NJ* 1974, 348 m.nt. W.F.P.; *AB* 1975, 85, m.nt. J.R.St. en *AA* XXIV blz. 623 m.nt. H.J.M. Jeukens.

100 Voor uitgebreide bespreking van de jurisprudentie tot op dat ogenblik inzake terugwerkende kracht kan verwezen worden naar de preadviezen van W. Duk en H.J.M. Jeukens, VAR 1965. Voor een uitspraak over terugwerkende kracht van het BB, zie *AB* 1976, 104. Vgl. Van Kreveld in *AB* 1986, p. 1705 e.v.

101 Het Hof Noord-Holland achtte bij arrest van 14 oktober 1858, *W* 2005, *Gst.* 371 de vraag of een verordening terugwerkende kracht heeft een betreffen-

de de innerlijke waarde. Deze opvatting is reeds direct omstreden geweest: zie *Gst.* 349 p. 4, kol. 2.

102 Jeukens pleit met name voor het gelijkheidsbeginsel als toetsingsgrond: zie genoemd preadvies blz. 94/95. Hij is van mening dat de CRvB 'de grens duidelijk overschreden had' in de uitspraak van 31 oktober 1935, *AB* 1936, 168; zie *AA* XVII, blz. 234. Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel kan m.i. leiden tot een oordeel over de innerlijke waarde of billijkheid van de norm. De Rechtbank te 's-Gravenhage vernietigde reeds hij haar vonnis van 28 april 1896, *W* 6858, *Gst.* 2354 het vonnis van de Kantonrechter aldaar op de overweging dat niemand, ook niet de Staat, zich kan onttrekken aan een ontstane verplichting van publiek- of privaatrechtelijke aard. Dit kon ook niet door aan een KB dat traktementen van zekere ambtenaren vermindert terugwerkende kracht te verlenen.

103 Vgl. Vonnis Rb. Den Haag 30 juli 1986 waarin de staat veroordeeld is tot betaling van aan de gemeente Zaanstad toegezegde gelden, ook al was de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing reeds in werking getreden (nog niet gepubliceerd; zie de *Nederlandse Gemeente 1986,* blz. 711).

104 Gepubliceerd in *TAR* 1986, 64 en besproken in *TAR* 1986, blz. 464-467.

105 Vgl. CBB 18 oktober 1977, *AB* 1978, 74 m.nt. In 't V., die wijst op het verschil tussen 'algemeen verbindend voorschrift' en 'besluit van algemene strekking', dat in dit geval getoetst werd. De CRvB heeft nogal eens de neiging besluiten van algemene strekking 'op één lijn te stellen met algemeen verbindende voorschriften', zie bijv. uitspraak dd. 24 december 1985, *AB* 1986, 408 m.nt. HH. In de uitspraak van 7 januari 1986 past de CRvB een dergelijke constructie toe waar hij overweegt dat de circulaire 'ondanks de daarvoor minder geëigende vorm, tot de toepasselijke algemeen verbindende voorschriften moet worden gerekend'. Rechtstreekse toetsing van een verordening verrichtte het CBB in zijn uitspraak van 24 september 1976, *AB* 1977, 13, waarbij eveneens het gelijkheidsbeginsel speelde.

106 CBB 24 februari 1976, *AB* 1976, 104 en *SEW* 1977, p. 579-583 m.nt. H.H.M. Zie ook CBB 5 mei 1978, *AB* 1978, 311. Art. 174 EEG-verdrag geeft het Hof van Justitie de mogelijkheid een vernietigde EEG-verordening van toepassing te laten zijn totdat deze door een nieuwe is vervangen.

107 Voor andere uitspraken waarbij getoetst werd aan het communautaire recht zij o.m. verwezen naar *SEW* 1982, blz. 49-57; 125-127; 129-135; 656-668; *SEW* 1984, blz. 550-557; *AB* 1985, 331, 620 en 621.

108 Eenzelfde beslissing betreffende de Verordening Heffingen en kortingen bloembollen Oost 1972 en de Verordening Produktschap voor Siergewassen 1971 Vakheffing Bloembollen nam het CBB op 17 februari 1976 (*SEW* 1977, blz. 577 m.nt. H.H.M.). In de uitspraak van 24 februari 1976 – zie noot 106 – kwam eveneens de vraag aan de orde naar het niet ter inzage leggen van het ontwerp. Volgens de CBB sneed dit bezwaar geen hout, omdat het aantal verschillen met de eerdere verordening gering was en de aard der verschillen daartoe geen aanleiding gaf: het ging om nieuwe verordeningen met in beginsel dezelfde inhoud. Vgl. ook: CBB 6 juli 1976, *SEW* 1977, blz. 199 m.nt. J.P.

109 In zijn arrest van 13 maart 1951 (*NJ* 1951, 481 m.nt. B.V.A. Röling en *AA* II, blz. 47 m.nt. A.M.D.) stelt de Hoge Raad vast 'dat indien een aangevochten verordening nimmer in het belang van de handel (...) kon zijn, het Bedrijfschap zijn verordenende bevoegdheid te buiten zou zijn gegaan en de verordening onverbindend zou zijn', aldus de annotator op blz. 50 in *AA*. Aan het slot stelt hij: 'Hij (sc. de rechter) vindiceert zich een vrijheid, die dicht nadert tot het beoordelen van de innerlijke waarden der (organieke) wet'.

110 Vgl. Inzake *delegatie:* CBB 21 november 1969, *SEW* 1970, blz. 480 m.nt. J.P. en CBB 9 juni 1970, *SEW* 1970, blz. 541 m.nt. J.P.

111 CBB 5 mei 1978, *AB* 1978, 311.

112 Vgl. HR 21 februari 1969, *NJ* 1969, 227 m.nt. W.F. Prins inzake ophoging polder.

113 KB 12 oktober 1933, *AB* 1933, blz. 914; vgl. KB 29 augustus 1980, *Stb.* 1980, 468 en advies RvS in *Stcrt.* 1980, nr. 174, blz. 6 en 7; KB 25 juli 1983, *De Gemeentestem* 1984, 6764, blz. 113 e.v. m.nt. B. Voor oudere KB's zij nog verwezen naar KB 18 oktober 1910 in *Gemeentebestuur* 1927, blz. 162 en KB 3 november 1927 *Stb.* 363. Zie ook Labberton in *Gemeentebestuur* 1926, blz. 222 e.v.

114 De Voorzitter CBB overwoog in zijn beslissingen om een voorlopige voorziening van zowel 5 december 1984 (*AB* 1985, 620 m.nt. J.H.v.K.) als van 7 maart 1985 (*AB* 1985, 621 m.nt. J.H.v.K.) dat het i.c. ging om een algemeen verbindend voorschrift 'waarvan de inhoud, behoudens strijd met een hogere regeling (...) niet ter beoordeling van de rechter staat' (*AB* 1985, blz. 1614 l.k. en blz. 1618 r.k.). Het valt op dat hier van een *'hogere regeling'* gesproken wordt en in het algemeen van *'de rechter'*.

115 Het is interessant dit KB te vergelijken met het KB 20 mei 1975, *AB* 1975, 296 inzake de Noord-Hollandse verordening bescherming bodem en grondwater. Zij werd voorzover zij stortplaatsen van afval betrof *niet* in strijd geacht met de Hinderwet, omdat de verordening een *ruimere strekking* had dan de wet. Het KB van 14 maart 1986 betreft kennelijk art. 80 Prov. wet; zie Vz. AR 20 juni 1985, *AB* 1986, 392.

116 In zijn arrest van 21 oktober 1981, *NJ* 1982, 103 m.nt. Th.W.v.V. overwoog de Hoge Raad omtrent de onverbindendverklaring door de Rechtbank van de artikelen 198 en 199 van de Nijmeegse APV *omdat* B en W daaraan nog geen uitvoering had gegeven: 'Dit oordeel kan niet als juist worden aanvaard, aangezien de verbindendheid van een gemeentelijke verordening niet afhangt van de wijze waarop daaraan uitvoering wordt gegeven'.

117 In zijn arrest van 12 oktober 1869, *W* 3162 overweegt de Hoge Raad dat het onderzoek of een bij een gemeenteverordening de burgemeester gegeven bevoegdheid tot willekeur kon leiden een beoordeling van de *innerlijke waarde* zou zijn. Zie ook HR 6 mei 1983, *NJ* 1984, 361 m.nt. M.S., waarin de Hoge Raad van onverbindendheid volgens d.d.p. niet wenst te weten. Of er willekeur is, blijkt niet door alle rechters volgens dezelfde criteria beoordeeld te worden. De Hoge Raad is hierin m.i. terughoudender dan de Afde-

ling rechtspraak. In dit geschrift blijft dit buiten beschouwing. Het gaat dan om een geheel andere vraag, nl. deze: *wanneer* kan van een besluit gezegd worden dat het willekeurig tot stand gekomen is.

118 Vgl. HR 11 december 1893, *W* 6450 inzake waterschapskeur.

119 Zie noot 17. Zou zich het geval voordoen dat een verordening onaanvaardbaar wordt geacht bijv. omdat zij rechtsonzekerheid teweeg brengt, dan zal de Afdeling geneigd zijn een wettelijke toetssteen te zoeken.

120 Bijv. door C.A.J.M. Kortmann in zijn diss. *'Egalité' en 'défense'* blz. 123-127; J.M. Kan in Van der Hoeven-bundel *Non ex regula,* 1985, blz. 71-75; *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat,* De Haan/Drupsteen/Fernhout, Kluwer 1986, Deel I, blz. 193 en 215 e.v.

121 O.c. blz. 74.

122 Diss. blz. 123/4.

123 Voor recente voorbeelden omtrent verschillende beoordeling van de vraag of er sprake is van een beschikking zij verwezen naar Vz. Afd. rechtspr. 7 november 1985, *AB* 1986, 423 m.nt. J.H.v.d.V. en Pres. Rb. Amsterdam 14 augustus 1986, vernietigend door Hof Amsterdam, inzake het ontzeggen van de toegang tot de openbare raadsvergadering door de raadsvoorzitter; daarnaast zij gewezen op de geheel uiteenlopende uitleg van de betekenis van artikel 4 Wet openbaarheid van bestuur door de Hoge Raad enerzijds (HR 23 mei 1986, *AB* 1986, 406 m.nt. H.J. d.R.) en Vz. ARRS anderzijds in twee beschikkingen dd. 4 maart 1986, *AB* 1986, nrs. 404 en 405 m.nt. H.J.d.R. Over toverformule, zie HR 22 juli 1985, *NJ* 1986, 724 en 725 m.nt. M.S.

124 Gewezen kan in dit verband worden op het arrest van de Hoge Raad van 7 januari 1986, *NJ* 1986, 693 inzake veroordeling wegens niet voldoen aan bevel van het hoofd van de Plantenziektekundige Dienst, terwijl de Afdeling rechtspraak dit bevel vernietigd had.

125 HR 22 april 1952, *NJ* 1952, 679 (Sneek I) m.nt. W.P. en HR 31 maart 1953, *NJ* 1953, 532 (Sneek II) m.nt. B.V.A.R. Vgl. HR 23 okt. 1916 en ARRS 12 dec. 1985, *AB* 1986, 562 m.nt. J.H.v.d.V.

126 ARRS 18 maart 1986, *Gst.* 1986, 6817 m.nt. J.M. Kan. De Afdeling heeft aanvankelijk de koers van de Hoge Raad gevolgd.

127 *Het Nederlandsch Gemeenterecht,* eerste deel, bewerkt door C.W. van der Pot, Haarlem 1928, blz. 346. Verwezen kan ook worden naar Van Loenen-Troostwijk, *De Gemeentewet en haar toepassing ad art. 194,* die vermeldt dat 'wier onderwerp' terugslaat op 'bepalingen' en niet op 'plaatselijke verordeningen'. Inhoudelijk is art. 194 nooit gewijzigd.

128 *MvT* 2e Kamer 5460, 3, blz. 21; *VV* 1e Kamer 5460, blz. 12; *MvA* 1e Kamer, 5460, 27a, blz. 12. Zie ook J.M.F.H.F. Theunissen in *Gst.* 6823 onder Vz.AR 15 aug. 1985.

129 Zie *MvT* 19403, 3, blz. 118 en 119.

130 Dit zou voor de gemeentewet gelden. Voor de Provinciewet kan 'of provinciale verordening' uiteraard vervallen. Bovendien valt erop te wijzen dat 'ministeriële regelingen' (term ontleend aan de Aanwijzingen voor de wet-

gevingstechniek) niet genoemd worden. Eerder bepleitte ik, dat vordering van regelgeving en bestuur krachtens de wet niet zou mogen plaatsvinden door een ministeriële regeling (inaug. rede, blz. 12).

131 Hierbij verwijs ik tevens naar mijn pleidooi voor de versterking van de positie van de Raad van State in mijn inaugurale rede *Spelregels of rechtsregels tussen overheden?* op blz. 9/10 en 17-19, 's-Gravenhage 1986.

132 Het in de Woningwet geregelde beroep op de gemeenteraad roept meer problemen op dan het oplost. Zowel uit een oogpunt van rechtsbescherming als uit doelmatigheidsoverwegingen kan het verdwijnen. Dit lijkt inmiddels algemeen erkend te zijn.

133 Vgl. Oud, o.c. deel II, blz. 184 en 191.

134 De annotator heeft hier het oog op de model-geluidhinderverordening van de VNG.

135 Zie o.m. mijn inaugurale rede, blz. 14/15.

136 Omwille van de duidelijkheid laat ik lid 2 van artikel 180 Wet geluidhinder voor deze beschouwing geheel terzijde, terwijl ik eveneens afzie van de motivering die de Kroon heeft gegeven. Het voorbeeld heb ik gekozen naar aanleiding van het desbetreffende KB.

137 Een bepaling als artikel 80 Provinciewet en het daarmede overeenstemmende voorstel van artikel 123 ontwerp-Gemeentewet past ook niet in het systeem van deze organieke wetten. De bevoegdheid tot het maken van aanvullende verordeningen ligt opgesloten in de artikelen 168 gem. wet en 90 Provinciewet. De bijzondere wet kan daarvan afwijken, hetzij uitdrukkelijk hetzij vanwege haar impliciete exclusiviteit. De bijzondere wet kan die bevoegdheid ook uitdrukkelijk erkennen, niet met een verwijzing naar artikel 80 Provinciewet en t.z.t. artikel 123 ontwerp-Gemeentewet, maar naar – zoals gebruikelijk – artikel 90 Provinciewet en 168 gemeentewet. Twee generale bepalingen naast elkaar waarvan de ene de bevoegdheid tot het vaststellen erkent (art. 80 Provinciewet) en de andere ongeacht de vraag of die bevoegdheid er is de bepalingen van rechtswege laat ophouden te gelden (art. 81 Provinciewet), blinken niet uit door consistentie. Het ligt veeleer op het terrein van de bijzondere wetgever om aan te geven hoever de bevoegdheid van de decentrale wetgever nog reikt op dat bijzondere terrein.

138 Het feit dat tegengestelde benaderingen op dit terrein soms ver kunnen gaan blijkt duidelijk uit het contrair KB van 23 oktober 1984, *AB* 1985, 166 m.nt. F.C.P.L. Tonnaer en *Gst.* 1985, 6788 m.nt. B.

139 Mijn veronderstelling is mede hierop gebaseerd, dat de Afdeling rechtspraak verschillende malen terug is gekomen op haar standpunt omtrent onverbindendheid. Verwezen zij naar ARRS 8 oktober 1985, *AB* 1986, 501 m.nt. P.v.B; 3 juli 1986, *AB* 1986, 587 m.nt. J.H.v.d.V. in relatie tot 13 oktober 1983, *AB* 1984, 180 en Vz.AR 23 mei 1986, *AB* 1986, 553 m.nt. J.H.v.d.V. in vergelijking tot 19 juni 1984, *AB* 1984, 505 m.nt. J.H.v.d.V., waarbij het relatieve abstractieniveau een rol speelde. Door concrete toetsing blijft 'de schade beperkter' dan ingeval van abstracte.

140 Geen tweesporigheid is volgens Vz.AR aanvaardbaar inzake de Wet

verontreiniging oppervlaktewateren en de ruimtelijke ordening, zie zijn beschikking van 7 maart 1986, *Gst.* 1986, 6821 m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

mr. J. W. Ilsink

Een tweetal aspecten van de rechterlijke toetsing van belastingverordeningen

Vage normen en algemene rechtsbeginselen

'De overtuiging dat hier de rechtvaardigheid heerscht, moet leven bij het groote publiek.'
B. Schendstok, *Raden van Beroep voor de directe belastingen,* Zwolle 1932, blz. 142.

Voorwoord

Dit preadvies is op een ietwat ongebruikelijke manier tot stand gekomen. Nadat ik in de zomer van 1984 de eervolle uitnodiging tot het schrijven van een preadvies over de rechterlijke toetsing van belastingverordeningen had aangenomen en ik mij met tussenpozen in de stof begon te verdiepen, bleek na enige tijd dat de materie niet zo heel gemakkelijk toegankelijk was. Bovendien bleek dat er wel veel fiscale jurisprudentie bestond, maar dat die jurisprudentie nooit systematisch was onderzocht. Ook werd duidelijk dat ik niet kon volstaan met recente rechtspraak, maar dat teruggegaan moest worden naar het midden van de vorige eeuw. Oudere literatuur is nog wel vrij eenvoudig te vinden, maar oudere jurisprudentie is op een niet zo heel systematische wijze verzameld en dus moeilijk toegankelijk. Uiteindelijk kwam ik tot de slotsom dat ik het te verrichten onderzoek niet alleen binnen een redelijke termijn zou kunnen doen.

Ik heb dan ook hulp en assistentie gezocht en gevonden. Het Ministerie van Binnenlandse Zaken bleek bereid het onderzoek – als zogenaamd derde-geldstroom onderzoek – te financieren. Er werd een contract gesloten met de Erasmus Universiteit te Rotterdam en aangesteld werd een wetenschappelijk assistent, mr. W.G. Balfoort, die onder supervisie van mr. J.A. Monsma, universitair hoofddocent, aan het werk ging. Geassisteerd door twee student-assistenten heeft mr. Balfoort het benodigde jurisprudentie-onderzoek verricht. Op dat onderzoek en op de belangrijkste fiscale literatuur heb ik mijn studie gebaseerd. Gaandeweg ben ik mij daarin gaan concentreren op de functie die de algemene rechtsbeginselen van de rechter hebben gekregen en op de wijze waarop de rechter de zogenaamde vage normen toetst. De andere aspecten van de rechterlijke toetsing van belastingverordeningen zijn door mr. Balfoort bestudeerd en op schrift gezet in zijn rapportage aan het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Het leek mij niet zinvol het werk van mr. Balfoort nog eens over te doen. Mij zou trouwens ook de tijd hebben ontbroken. Wel heb ik overwogen delen van zijn studie al dan niet samengevat in mijn opstel op te nemen, maar ook dat achtte ik niet zinvol. De studie van mr. Balfoort is immers – naar ik aanneem – voor een ieder te verkrijgen bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Bovendien was die stu-

die bij het ter perse gaan van mijn geschrift nog niet helemaal gereed. Daarbij kwam dat de twee door mij gekozen onderwerpen al zo veel stof opleverden dat, indien ik nog andere onderwerpen zou opnemen, het preadvies veel te omvangrijk zou worden. Uiteindelijk zijn wij met drie preadviseurs en het moet allemaal wel binnen de perken blijven. In mijn opstel worden derhalve slechts twee aspecten van de rechterlijke toetsing behandeld, de andere onderwerpen staan in het door mr. Balfoort geschreven rapport aan Binnenlandse Zaken. Wie zich dus breder wil oriënteren, leze ook dat rapport.

1 Tussen Kroon en rechter

Toetsing van vage normen

1.1 Inleiding

Het belastinggebied van de lagere overheden is heel klein. Nog geen 5% van de totale belastingopbrengst in Nederland wordt door lokale en regionale overheden geheven. Nochtans spreken wij dan wel over vijf miljard gulden, net zo veel als bijvoorbeeld de begroting voor 1987 van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, inclusief ontwikkelingshulp.

In dat kleine belastinggebied zitten echter wel bijna alle inwoners van Nederland. Immers nagenoeg iedereen is gebruiker van een onroerend goed of van een deel daarvan en wordt dus betrokken in de gemeentelijke onroerend-goedbelastingen die in alle gemeenten worden geheven. Ook de door provincies en waterschappen geheven verontreinigingsheffing oppervlaktewateren raakt vrijwel iedereen.

Behalve door het Rijk worden belastingen geheven door provincies, gemeenten en waterschappen. Provincies en waterschappen dragen zorg voor het waterbeheer, zowel in kwalitatieve zin (verontreinigingsheffing oppervlaktewateren) als in kwantitatieve zin (waterschapsomslagen). Eerstbedoelde heffingen leveren jaarlijks 850 miljoen gulden op, laatstbedoelde 550 miljoen.

De gemeentelijke heffingen zijn in vele opzichten interessanter dan de andere: meer heffingen, meer opbrengst en meer rechtspraak. Met name dat laatste is de reden waarom ik mij vooral met de gemeentelijke belastingen heb beziggehouden, al wil ik niet verhelen dat mijn weerzin tegen de milieuheffingen bij die keuze wel degelijk een rol heeft gespeeld. Maar de rationele argumenten zijn natuurlijk belangrijker. Milieuheffingen en waterschapsomslagen worden pas sinds 1979 door de belastingrechter beoordeeld. Voordien bestond er voor dic heffingen slechts administratief beroep en daarover gaat dit onderzoek niet. Gemeentelijke belastingen echter zijn van meet af aan aan burgerlijke of aan fiscale rechtspraak onderworpen geweest. De rechtspraak is dus ouder en heeft een veel langere ontwikkeling doorgemaakt. Die ontwikkeling wordt in deze studie nader onderzocht.

Ik heb mij dus voornamelijk gericht op de gemeentelijke heffingen, doch

heb daar waar nodig en nuttig ook de andere heffingen in de beschouwingen betrokken. Wellicht is het goed hier de gemeentelijke belastingen even heel kort te duiden.

Titel VI van de gemeentewet, dat die belastingen regelt, is onderverdeeld in drie hoofdstukken: de algemene bepalingen in hoofdstuk I, de bijzondere bepalingen omtrent enkele belastingen in hoofdstuk II en de heffing en invordering in hoofdstuk III. Hier gaat het om de eerste twee hoofdstukken.

In het tweede hoofdstuk staan de heffingsbepalingen, die grofweg in twee categorieën kunnen worden verdeeld. De artikelen 273 t/m 276 behelzen de echte belastingen: onroerend-goedbelastingen (273), baatbelasting (273a), bouwgrondbelasting (274), hondenbelasting (274a), forenzenbelasting (275) en toeristenbelasting (276); ook kan nog een reclamebelasting worden geheven, maar die speelt in feite geen enkele rol.

De tweede categorie bestaat uit de retributies – waaronder begrepen de leges en de precariorechten – die worden geregeld in de artikelen 277, 278 en 279. Krachtens wetsduiding worden die retributies wel voor belastingen gehouden, maar het zijn geen belastingen. Dat vereist een toelichting, waarvoor ik te rade ga bij twee veel geciteerde definities.[1]

- 'Belastingen zijn gedwongen betalingen aan de overheid als zodanig, waar geen rechtstreekse individuele contraprestatie van de overheid tegenover staat, en die krachtens algemene regelen worden geheven'.
- 'Retributies zijn betalingen die door de overheid krachtens algemene regelen worden gevorderd terzake van een concrete door de overheid in haar functie als zodanig individueel bewezen dienst.'

Het verschil tussen belastingen en retributies is dus gelegen in het verband tussen prestatie en tegenprestatie, welk verband bij belastingen ontbreekt en bij retributies wezenlijk is.

Alle gemeentelijke belasting- en retributieverordeningen moeten door de Kroon worden goedgekeurd (zie artikel 271 van de gemeentewet); provinciale belastingverordeningen trouwens ook (zie artikel 145 van de Provinciewet). Een ander belangrijk verschil tussen een belasting en een retributie is dat ingevolge het bepaalde in artikel 279 van de gemeentewet een retributieverordening niet wordt goedgekeurd indien de krachtens die verordening geheven retributies hoger zijn dan vereist wordt om een matige winst aan de gemeente te verzekeren. Voor 1971 gold dat voorschrift ook voor de leges en de precariorechten, sindsdien niet meer. Artikel 279 heeft met haar voorlopers een grote invloed gehad op de jurisprudentie over de zogenaamde vage normen. Het is dus een belangrijk voorschrift waaraan ik veel aandacht zal schenken.

Algemeen aanvaard is dat de Koninklijke goedkeuring van belastingverordeningen moet worden beschouwd als een recht van placet; zij is dus een voorwaarde voor de inwerkingtreding van de belastingveror-

dening.[2] Ook de Hoge Raad huldigt die opvatting blijkens zijn arrest van 21 november 1951, *NJ* 1952, 2, *AB* 1952, 488 waarin hij overweegt 'dat (...) de goedkeuring (...) enkel strekt tot de vervulling van de voorwaarde, waaraan volgens de wet moet worden voldaan teneinde de verordening verbindend te doen worden, doch die goedkeuring aan den inhoud der verordening (...) niets kan toevoegen of afdoen, (...)'.

Preventief toezicht door de centrale overheid bestaat al zolang lagere overheden belasting heffen. Reeds gedurende het grafelijke tijdperk hadden de steden voor de heffing van accijnzen toestemming van de vorst nodig. Na de Franse tijd werd het preventieve toezicht geregeld in de Grondwet, waaruit het in 1983 weer verdween. Die deconstitutionalisering had overigens geen ander gevolg dan dat het toezicht thans nog slechts in de Provincie- en gemeentewet is geregeld. De preventieve toetsing als zodanig is ongewijzigd gebleven.

Globaal genomen kunnen als motieven voor preventief toezicht op belastingverordeningen worden genoemd het motief van de beleidsbewaking, dat van de kwaliteitsbewaking en dat van de rechts- en belangenbescherming. Die motieven dienen te worden teruggevonden in de toetsingscriteria die de Kroon hanteert. Deze criteria zullen in overeenstemming moeten zijn met de doelen waarvoor het Kroontoezicht in het leven is geroepen. Goedkeuring mag dan ook slechts aan een belastingverordening worden onthouden indien anders de belangen, welke de Kroon wordt geacht te bewaken, worden geschaad.

Uit de literatuur[3] blijkt dat over de omvang van het Koninklijke goedkeuringsrecht slechts in algemene termen wordt gesproken. Strijd met het recht, strijd met het algemeen belang en strijd met het individuele belang der belastingplichtigen zijn de richtlijnen waarmee de Kroon het moet doen. Er is in feite geen sluitend stelsel van criteria dat in alle gevallen toepasbaar is. Duidelijk is echter wel dat de Kroon zich bij de uitoefening van het goedkeuringsrecht niet behoeft te beperken tot een rechtmatigheidstoetsing. Ook doelmatigheids-, redelijkheids- en billijkheidsaspecten kunnen in het kader van het Kroontoezicht aan de orde komen. In het algemeen echter zal de Kroon zich bij de toetsing terughoudend opstellen en niet op de stoel van de lagere wetgever gaan zitten. Aan de lagere overheden moet de gelegenheid worden gelaten om binnen de in de wet gegeven ruimte een eigen beleid te realiseren.

De wet regelt nauwkeurig welke belastingen gemeenten mogen heffen en ook naar welke criteria die heffing mag geschieden. De wettigheid van de in een belastingverordening geschreven bepalingen moet dan ook aan in de wet – meestal: de gemeentewet – gegeven aanwijzingen worden getoetst. Volgens P. Meyjes,[4] '(past) (hier) een onderscheid, dat de rechter bij het hanteren van zijn toetsingsrecht niet uit het oog mag verliezen. Hij mag niet in elk opzicht beoordelen of de verordeningsbepalingen wel met de wet in overeenstemming zijn. Onder de in de wet gestelde criteria

zijn er namelijk, die alleen op het *beleid* van de plaatselijke overheid betrekking hebben. Voor wat deze aangaat, is de autonomie van de gemeentelijke wetgever alleen beperkt door de voorwaarde van Koninklijke goedkeuring en heeft de rechter geen controlerende taak'.

Ik betwijfel of dat standpunt wel helemaal juist is. Naar mijn inzicht – dat ik hierna tracht toe te lichten – kan de rechter hier minstens marginaal toetsen. Dat ligt, dunkt mij, ook voor de hand omdat niet valt in te zien waarom door de gemeentelijke overheid gevoerd beleid in de bestuurssfeer wel getoetst kan worden en hetzelfde beleid gevoerd door middel van wetgeving niet. Niettemin blijkt uit de jurisprudentie dat de rechter al heel lang, namelijk al zeker zo lang als de gemeentewet oud is, met het probleem worstelt. Het valt op dat hij daarbij tot verschillende antwoorden komt, die deels wel en deels niet theoretisch verklaarbaar zijn.

Van beleid in de zojuist bedoelde zin is sprake waar zogenaamde vage of open normen moeten worden ingevuld. Het Nederlandse belastingrecht kent veel van dergelijke normen. Dat is vreemd voor dit rechtsgebied dat als leading principle het legaliteitsbeginsel kent.

Alleen al in de Wet op de inkomstenbelasting 1964 levert een snelle blik de volgende vage normen op:
- goed koopmansgebruik (artikel 9);
- voorwerpen van geringe waarde (artikel 10);
- regelmatig boekhouden (artikel 12 en 20);
- uitgaven tot het voeren van een zekere staat (artikel 42, eerste lid);
- algemeen nut beogende instellingen (artikel 47).

Alhoewel de wetgever min of meer de contouren heeft aangegeven, is het de rechter geweest die genoemde begrippen nader heeft ingevuld. Heel sprekend is dat gebeurd in de jaren vijftig met het begrip goed koopmansgebruik. Echter in de gegeven voorbeelden is het de heffingswet zelf die de norm bevat, terwijl het in de door Meyjes bedoelde gevallen gaat om normen die in de (gemeente)-wet zijn neergelegd en die in de daarop gebaseerde heffingsverordening moeten worden ingevuld; dat zou verschil kunnen maken.

De belangrijkste in de heffingen van de lagere overheden voorkomende vage normen zijn:
- een matige winst (bij de retributies);
- een billijke bijdrage (bij de baatbelastingen);
- op benaderende wijze (bij de onroerend-goedbelastingen);
- een redelijke verhouding (bij de onroerend-goedbelastingen en bij de verontreinigingsheffingen oppervlaktewateren).

Deze begrippen zal ik hierna achtereenvolgens bespreken.

1.2 Een matige winst

Artikel 279 van de gemeentewet bepaalt dat retributieverordeningen niet worden *goedgekeurd* indien de krachtens die verordeningen geheven retributies – de wet spreekt overigens over rechten, niet over retributies – hoger zijn dan vereist wordt om *een matige winst* aan de gemeente te verzekeren.[5] Retributies zijn minstens zo oud als de gemeentewet oud is. Het behoeft dan ook geen betoog dat artikel 279 een lange voorgeschiedenis heeft. Die geschiedenis moet ik hier eerst bespreken omdat anders de jurisprudentie over het begrip matige winst niet valt te begrijpen.

De wettelijke bepalingen voor retributies zijn tegenwoordig te vinden in de artikelen 272 (aanhef en onder h), 277 en 279 van de gemeentewet. In de oorspronkelijke versie van de gemeentewet, in 1851 dus, waren de voorlopers van evengenoemde bepalingen geregeld in de artikelen 240 (aanhef en laatste lid), 238 en 254.

Artikel 254 (oud), eerste lid, luidde destijds:

'De aan het slot van art. 240 vermelde regten, loonen en gelden worden tot geen hooger bedrag geheven, dan noodig is te achten, om den betaler, naar evenredigheid van het gebruik of genot, dat hij heeft, in de kosten van aanleg, onderhoud of verstrekking van het door hem gebruikte of genotene te doen dragen'.

Deze bepaling was aan de orde in HR 6 december 1872, *W* 3532, betreffende het havengeld van de gemeente Rotterdam. Destijds bestond er voor retributies nog geen belastingrechtspraak. Het geschil tussen de belastingplichtige en de gemeente werd berecht via een door de belastingplichtige ingestelde actie uit onverschuldigde betaling. De procedure werd dan ook gevoerd voor de burgerlijke rechter: kantonrechter, rechtbank en (burgerlijke kamer van de) Hoge Raad.

In artikel 1 van de verordening werd bepaald dat, onder de naam van havengeld, een belasting werd geheven van de schepen die op stroom binnen het grondgebied der gemeente Rotterdam laden of lossen. Op grond van die bepaling kreeg belanghebbende een aanslag in de havengelden. Hij beweerde dat hij geen gebruik of genot had gehad van gemeentewerken en dat hij daarom niet verplicht was het havengeld te betalen. Aan de orde was de vraag of belanghebbende dat wel kon beweren. In zijn conclusie zei Advocaat-Generaal mr. Römer daarover het volgende:

'De beslissing, in hoeverre die vraag door den regter kan worden onderzocht, hangt af van den zin, dien men hecht aan art. 254 der gemeentewet. Naar mijne beschouwing bevat dat artikel een regel voor den wetgever om zorg te dragen, dat de heffingen niet strijden met het beginsel der wet, namelijk dat de regten niet tot een hooger bedrag mogen worden geheven dan nodig is om de kosten van aanleg te bestrijden, en daarin te doen dragen naar evenredigheid van zijn genot. De regel van art. 254 bevat een *suasorium* voor den gemeentewetgever; die regel moet

in acht worden genomen bij het voordragen, beoordeelen en goedkeuren der heffing. (...) Maar dat artikel geeft m.i. geen regt aan iederen betaler om bij den regter te beweren, dat hij of geen genot heeft gehad van de gemeentewerken, of wel dat de van hem gevorderde heffing niet in evenredigheid is met zijn genot of gebruik. Bij het beklaagde vonnis is m.i. art. 254 der gemeentewet juist opgevat. Ik geloof, (...) dat de vraag, of de gemeentewetgever bij het vaststellen dezer verordening het beginsel der gemeentewet al dan niet uit het oog heeft verloren betreft de innerlijke waarde van de verordening, in welker beoordeeling de regter niet mag treden'.

De Advocaat-Generaal meende dan ook dat het middel niet tot cassatie kon leiden en concludeerde tot verwerping ervan. De Hoge Raad benadrukte dat de enige grond voor de onderhavige heffing was het gebruik of genot dat men had van de gemeentelijke diensten of werken. Hij deed daarvoor mede een beroep op het bepaalde in artikel 254 en overwoog: 'dat, al moge deze bepaling meer een bevel zijn voor den gemeente-wetgever, waarvan de overtreding, uit den aard der zaak, niet ter kennisneming van den regter kan worden gebragt, in allen geval daaruit ten duidelijkste de wil des wetgevers volgt, dat geene heffingen op grond van art. 238 der gemeentewet mogen worden gedaan dan voor werkelijk gebruik of genot van datgene waarvoor de gelden worden gevorderd'.

Dit is een belangrijk arrest, vooreerst omdat de Hoge Raad heel duidelijk het voor retributies geldende no-use-no-pay-beginsel formuleert en ook omdat de Hoge Raad – terecht en anders dan de Advocaat-Generaal – de beoordeling van een klacht over schending van dat beginsel niet beschouwt als een beoordeling van de innerlijke waarde van de verordening. Echter even belangrijk is het arrest omdat daarin de reikwijdte van artikel 254 wordt aangegeven. Advocaat-Generaal èn Hoge Raad beschouwen die bepaling als een bevel voor de gemeentewetgever – bedoeld is natuurlijk de gemeentelijke wetgever – waarvan de overtreding, uit de aard der zaak, niet ter kennisneming van de rechter kan worden gebracht. Nu moet ik bekennen dat ik die opvatting toch wat minder vanzelfsprekend acht dan de Hoge Raad, maar het zou te ver voeren daarop nu nader in te gaan. Bovendien is mijn twijfel niet relevant, omdat de wetgever in 1897 de opvatting van de Hoge Raad uitdrukkelijk heeft onderschreven.

Bij de Wet van 24 mei 1897, *Stb.* 156, is namelijk artikel 254, eerste lid, gewijzigd. Voor zover thans van belang luidde die bepaling toen als volgt: 'Regten en loonen en andere gelden, in art. 238 bedoeld, ter zake van het gebruik of het genot van openbare werken en inrigtingen, (...) worden tot geen hooger bedrag goedgekeurd dan vereischt wordt tot dekking van de ten laste van de gemeente komende kosten van die werken of inrigtingen (...).'

De memorie van toelichting (blz. 12) vermeldt daarover het volgende: 'Art. 254. Behalve dat het artikel beperkt is, wordt door de verandering van het woord *geheven* in *goedgekeurd* duidelijk aangewezen, dat het hier slechts een leidraad geldt voor de toepassing van art. 147 der Grondwet.'

Bedoeld artikel 147 behelsde destijds het grondwettelijke voorschrift der Koninklijke goedkeuring, zoals dat tot 1983 nog in artikel 156 van de Grondwet voorkwam.

Bij de Wet van 30 december 1920, *Stb.* 923, werd artikel 254, eerste lid, wederom gewijzigd. De tekst kwam als volgt te luiden: 'Rechten en loonen en andere gelden terzake van het gebruik of genot van werken en inrichtingen, die volgens art. 238 voor plaatselijke belastingen worden gehouden, worden tot geen hooger bedrag goedgekeurd dan vereischt wordt, om een matige winst aan de gemeente te verzekeren. (...)'

Bij de wijziging van 1920 is dus het begrip matige winst ingevoerd waarover ik het hier wil hebben.

In 1931 zijn de artikelen 238, 240 en 254 vernummerd tot de artikelen 275, 277 en 287, evenwel zonder materiële wijzigingen. Voorts zijn in 1920 ingevoerd de bouwterreinbelasting, de straatbelasting en de baatbelasting, waarna in 1964 de bouwgrondbelasting volgde. Bij de Wet van 24 december 1970, *Stb.* 608, werden de bouwterreinbelasting en de straatbelasting weer afgeschaft.

Tot 1971 werd de straatbelasting geregeld in artikel 280, dat de gemeenten toestond een belasting te heffen 'naar grondslagen, volgens welke eene billijke bijdrage gevorderd wordt in de kosten ten laste der gemeente komende voor aanleg en onderhoud' van openbare land- en waterwegen, voor de verlichting van die wegen en voor afvoer van water en vuil.

In HR 20 december 1939, *AB* 1940, 406, betreffende de straatbelasting van de gemeente Rotterdam, was sprake van een samenloop van deze straatbelasting met een heffing van precariorechten, die destijds nog onder de retributies waren begrepen. Belanghebbende betoogde dat van de kosten, waarin als billijke bijdrage de straatbelasting werd geheven, moesten worden afgetrokken de door de gemeente ontvangen retributies wegens het hebben van voorwerpen onder of op de straten en wegen (precariorechten dus). De Raad van Beroep gaf belanghebbende gelijk. Daarvan was het gevolg dat kwam vast te staan dat de opbrengst van de straatbelasting hoger was dan de netto-kosten, zodat van een bijdrage in die kosten geen sprake was. Het tarief en daarmee de verordening was dus onverbindend wegens strijd met artikel 280 van gemeentewet. Op het cassatieberoep van de gemeente overwoog de Hoge Raad:

'dat de in art. 275 van de Gemeentewet bedoelde retributiën – zij het, dat door art. 287, zooals het thans luidt, een matige winst worden veroorloofd – dienen tot goedmaking van de kosten van de werken en

inrichtingen, waarop het toegestane gebruik of genot of de verstrekte diensten betrekking hebben, doch daaruit niet volgt, dat deze retributiën het bedrag van de ten laste der gemeente komende kosten voor aanleg en onderhoud van die werken of inrichtingen – in het onderhavige geval van de land- en waterwegen – verminderen;

dat die retributiën immers – zooals in de redactie van art. 287 (art. 254 oud) gelijk deze luidde ingevolge de wet van 24 Mei 1897, S. 156, met zooveel woorden was uitgedrukt –, uitgaande van de ten laste van de gemeente komende kosten, tot dekking van die kosten dienen, en dat daarnevens de belasting van art. 280, trouwens sprekende van een billijke bijdrage, een ander middel daartoe vormt;

dat daarom de opbrengst van deze retributiën bij de toepassing van art. 280 zeker niet buiten beschouwing kan blijven, doch niet ter bepaling van het bedrag van de ten laste der gemeente komende kosten, doch voor de beantwoording van de vraag, in hoeverre de te heffen belasting als een billijke bijdrage in die kosten kan gelden;

dat die vraag echter is onttrokken aan den regter en uitsluitend staat ter beoordeeling van het administratief gezag;

dat een aanwijzing dat het stelsel van de uitspraak den regter brengt op het aan het administratief gezag voorbehouden terrein, ook nog daarin kan worden gevonden, dat dit stelsel den regter dwingt zich uit te spreken over de vraag, wat ten aanzien van de retributiën als een matige winst is te beschouwen, gelijk dan ook in de berekening van de af te trekken opbrengst van de retributiën, die belanghebbende heeft gemaakt en welke de R.v.B. kennelijk bedoeld heeft aan zijn becijferingen ten grondslag te leggen, een bepaald bedrag daarvoor is aangenomen; dat nu echter de wetgever die vraag, door in art. 287 met voordacht van "goedgekeurd" en niet van "geheven" te spreken, bepaaldelijk aan den regter heeft willen onttrekken'.

Ik heb zelden een fiscaal arrest gelezen met een zo kromme motivering. De retributies mogen niet buiten beschouwing blijven, doch niet ter bepaling van de kosten, maar voor de beantwoording van de vraag of wel sprake is van een billijke bijdrage in die kosten, welke vraag aan het oordeel van de rechter is onttrokken. Zoals uit paragraaf 1.3 zal blijken, denkt de Hoge Raad over dat laatste nog net zo. Wel is thans een ontsnappingsmogelijkheid ingebouwd in de vorm van de willekeurige en onredelijke belastingheffing. De Hoge Raad toetst tegenwoordig echter wel of sprake is van een *bijdrage* in de kosten. Daartoe zal eerst de omvang van die kosten moeten worden bepaald, hetgeen door de feitenrechter gebeurt.

Het gaat mij nu evenwel niet om die billijke bijdrage, maar om de matige winst en daarover gaat de laatste rechtsoverweging van de Hoge Raad. Het eerste deel van die overweging lijkt mij evenmin juist te zijn. Immers bij de bepaling van de totaalopbrengst van de geheven retribu-

ties in het kader van zijn oordeelsvorming over de rechtmatigheid van de aanslag in de straatbelasting behoeft de rechter zich helemaal niet uit te laten over de vraag of die retributies wel correct zijn geheven. Die vraag moet worden beantwoord bij de toetsing van de rechtmatigheid van de retributieheffing. Een oordeel over de matige winst wordt dan ook helemaal niet gevraagd en behoeft dus ook niet te worden gegeven, zelfs niet ambtshalve.

Dat brengt mij bij het laatste deel van de laatste rechtsoverweging. Het daarin gegeven oordeel is op zichzelf wel juist, maar de motivering deugt niet. Immers, het is niet zo dat de wetgever met de wijziging van 1897, toen 'geheven' werd gewijzigd in 'goedgekeurd', de vraag of sprake is van een matige winst 'bepaaldelijk aan den regter heeft willen onttrekken'. Die vraag was, zo zagen wij bij de bespreking van HR 6 december 1872, *W* 3532, altijd al aan de rechter onttrokken.

In feite heeft het natuurlijk niet zoveel zin om een oud en deels achterhaald arrest te bespreken, ware het niet dat de Hoge Raad nog in 1968 zich wederom met zoveel woorden op de wetswijziging van 1897 heeft beroepen.

HR 26 juni 1968, *BNB* 1968/178, betrof de precarioverordening van de gemeente Haarlem. De Hoge Raad overwoog, 'dat de toetsing van het tarief aan de door de gemeente gemaakte kosten – en thans aan het beloop daarvan, vermeerderd met een matige winst – sedert de wijziging van de gemeentewet bij de wet van 24 mei 1897, Stb. 156, uitdrukkelijk is voorbehouden aan de Kroon, (...)'.

Soms is de Hoge Raad nog stelliger: 'dat aan de heffing slechts deze beperking is gesteld, dat zij niet te boven mag gaan een bedrag, vereist om een matige winst aan de Gemeente te verzekeren, doch de beoordeling of deze beperking is in acht genomen niet aan de rechter staat doch uitsluitend aan de Kroon is voorbehouden' (HR 4 december 1963, *BNB* 1964, 45, betreffende de legesheffing van de gemeente Egmond-Binnen) en:

'dat de beoordeling van de vraag of het tarief van de heffing zodanig is, dat de heffing niet meer dan een matige winst aan de Gemeente verzekert (...) uitsluitend toekomt aan de Kroon' (HR 7 februari 1973, *BNB* 1973, 69, betreffende de precarioverordening van de gemeente 's-Gravenhage).

In zijn noot onder laatstgenoemd arrest in *BNB* schrijft H.J. Hofstra dat hij deze wel zeer absolute formulering theoretisch niet houdbaar acht. 'De Kroon is bij haar goedkeuringsbeleid gebonden aan de wet. Koninklijke goedkeuring van een heffing die luce clarius een naar elk redelijk oordeel excessieve winst voor de gemeente oplevert kan derhalve de onverbindendheid van de verordening niet opheffen (...)', aldus Hofstra.

Intussen lijkt het erop dat de Hoge Raad inmiddels enige ruimte

voor een ietwat andersluidend oordeel heeft geschapen. Ik doel op HR 15 juli 1983, *BNB* 1984, 112, inzake de reinigingsrechten van de gemeente Abcoude. Bij de bespreking van de algemene rechtsbeginselen vraag ik ook aandacht voor dat arrest. Het gaat mij nu om het ogenschijnlijk terloops gegeven oordeel van de Hoge Raad dat artikel 279 van de gemeentewet 'niet eraan in de weg staat dat de belastingrechter toetst of de verordening strijdig is met het recht'. Dat oordeel zou erop kunnen duiden dat ook het matige-winst-criterium – marginaal – door de rechter kan worden getoetst, al moet ik nog zien dat het ook werkelijk gebeurt.

Er zijn retributies die wel de Koninklijke goedkeuring behoeven, maar waarvoor artikel 279 van de gemeentewet niet geldt. Een voorbeeld van zo'n retributie is te vinden in artikel 256 van de gemeentewet, welk artikel handelt over de gemeenterekening. Artikel 256, tweede lid, bepaalt dat die rekening 'tegen betaling der kosten' algemeen verkrijgbaar wordt gesteld. Geen heffing met een matige winst dus, maar een tegen kostprijs. Ook daarover heeft ooit een geschil bestaan dat door de belastingrechter moest worden beslecht: HR 20 juni 1962, *BNB* 1962, 279.

Blijkens de legesverordening van de gemeente Lith moest voor een afschrift van de gemeenterekening f 40,– worden betaald, hetgeen volgens de belanghebbende meer was dan de werkelijke kosten. De Hoge Raad overwoog, geheel overeenkomstig zijn jurisprudentie over de wel onder artikel 279 van de gemeentewet vallende retributies, 'dat (...) de vraag wat de kostende prijs is niet staat ter beoordeling van den rechter, doch is overgelaten aan den gemeentelijken wetgever, onder toezicht van de Kroon'.

Een ander voorbeeld van een retributie waarvoor artikel 279 niet geldt, is het havengeld dat krachtens artikel 31 van de Wet op Woonwagens en Woonschepen *(Stb.* 1918, nr. 492) kan worden geheven. Gemeenten hebben de bevoegdheid om terzake van het met een woonschip innemen van een ligplaats gelden te heffen tot een gering bedrag. De voor de hand liggende vraag was natuurlijk wat onder een gering bedrag moet worden verstaan. De Hoge Raad liet het antwoord op die vraag niet over aan de gemeentelijke wetgever onder toezicht van de Kroon, zoals bij de matige winst, maar beantwoordde haar zelf: 'dat (...) een vergoeding voor het innemen van een ligplaats met een woonschip in een openbaar gemeentewater gedurende een aaneengesloten tijdvak van 12 maanden tot een beloop van f 2,– per kubieke meter woonruimte kan gelden als een gering bedrag (...)' (HR 23 februari 1966, *BNB* 1966, 92, betreffende de havengelden van de gemeente Enschede). En een paar jaar later: 'dat een heffing van f 38,– per vier weken of f 494,– per jaar kan gelden als een gering bedrag in de zin van art. 31, lid 2, van de Wet op Woonwagens en Woonschepen' (HR 27 november 1968, *BNB* 1969, 47, inzake de precariorechten van de gemeente Rotterdam).

De laatste twee arresten maken duidelijk dat het de rechter niet per definitie verboden is een tariefbepaling te toetsen, al blijkt uit de gebruikte woorden 'kan gelden' wel dat aan de gemeentelijke wetgever zeker marges zijn gelaten; de toetsing zal derhalve altijd wel een marginaal karakter houden. *BNB* 1962, 279 kan ik niet rijmen met de twee geringbedrag-arresten. Voor zo veel terughoudendheid is geen enkele reden. Ik houd het er dan ook op dat dat arrest een vreemde eend in de bijt is.

De matige-winst-jurisprudentie is historisch geheel verklaarbaar. De wetgever heeft niet gewild dat de rechter het criterium toetst. Die toetsing is voorbehouden aan de Kroon, zij het dat mogelijk in een heel sprekend geval de rechter toch zal ingrijpen. Bij mijn weten heeft zulk een geval zich tot op heden niet voorgedaan.

1.3 Een billijke bijdrage

Het begrip *billijke bijdrage* kennen we sinds 1920. Het kwam voor in het toenmalige artikel 242c (van 1931 tot 1971: 280) van de gemeentewet, handelende over de straat- of wegenbelasting. Thans zien wij hetzelfde begrip in artikel 273a van de gemeentewet, de regeling van de baatbelasting, die overigens ook in 1920 is ingevoerd (eerst als artikel 242d en later als artikel 281 van de gemeentewet). Het gaat daarbij steeds over het als belasting heffen van een billijke bijdrage in bepaalde ten laste van de gemeente komende kosten.

De jurisprudentiestroom over dit begrip is al in de twintiger jaren op gang gekomen en duurt nog steeds voort. Van meet af aan is de rechter bij zijn toetsende arbeid terughoudend opgetreden. Enerzijds is dat begrijpelijk omdat de vaststelling van belastingtarieven een politieke beslissing is waarover de rechter zich geen oordeel moet aanmatigen, maar anderzijds is in de gemeentewet wel een norm neergelegd waaraan de gemeentelijke wetgever zich moet houden en die net als alle andere wettelijke normen door de rechter moet kunnen worden getoetst. Dat laatste is slechts anders indien de wetgever hem dat toetsingsrecht heeft ontnomen, zoals bijvoorbeeld het geval is met betrekking tot het begrip matige winst, waarover het vorige hoofdstuk ging. Wat betreft de billijke bijdrage is dat niet zo. De gemeentewet bevat geen voorschrift dat de rechter verbiedt zijn toetsingswerk te verrichten. Nochtans toetst hij niet of hoogstens marginaal.

Ik heb daarvoor een tweeledige verklaring. In de eerste plaats dringt zich hier de parallel op met de matige winst. In de vorige paragraaf heb ik de geschiedenis van en de jurisprudentie over dat begrip besproken. Het zou kunnen zijn dat de rechter, toen hij werd geroepen het begrip billijke bijdrage te beoordelen, aansluiting heeft gezocht bij de jurisprudentie over de matige winst. Zoals hierna zal blijken duidt de gehanteerde terminologie daar op. In de tweede plaats is het niet te boud te veronderstel-

len dat het bijvoeglijke naamwoord 'billijke' de rechter parten heeft gespeeld in die zin dat hij, indachtig het hem in artikel 11 Wet Algemene Bepalingen gegeven verbod de billijkheid der wet te beoordelen, meende evenmin de billijkheid der bijdrage te mogen toetsen. En inderdaad, door de wijze waarop de rechter zelf het hier aan de orde zijnde wettelijke voorschrift opvat, ontneemt hij zichzelf de mogelijkheid het begrip billijke bijdrage te toetsen. Drie arresten uit de jaren twintig maken duidelijk wat ik bedoel.

HR 11 april 1923, *W* 11.051, betreffende de straatbelasting van de gemeente Rotterdam, toen nog geheven krachtens artikel 242c van de gemeentewet, is nog voorzichtig omdat wordt 'daargelaten of beantwoording van de vraag of eene belasting geheven wordt naar grondslagen, volgens welke eene billijke bijdrage in een totaal van kosten gevorderd wordt, op 's rechters terrein zou kunnen liggen en niet als naar de bedoeling des wetgevers aan de administratie voorbehouden zou moeten worden beschouwd'.

HR 19 maart 1924, *W* 11.117, handelt over de wegenbelasting van de gemeente Schoten en is veel stelliger: 'dat het (...) aan den gemeentelijken wetgever onder toezicht van de Koningin is overgelaten deze bijdrage, met het oog op de plaatselijke omstandigheden, naar billijkheid te regelen en de vraag of daarbij de billijkheid is betracht niet staat ter beoordeling van den rechter'.

Iets dergelijks zien we in HR 5 januari 1927, *W* 11.619, betreffende de straatbelasting van de gemeente Soest: 'dat, waar hier aan den gemeentelijken wetgever is opgedragen de bijdrage met het oog op de plaatselijke omstandigheden naar billijkheid te regelen en het oordeel over de vraag of de in de gemeente Soest aangenomen grondslag, waarnaar ook de grondbelasting wordt geheven, inderdaad leidt tot eene billijke bijdrage danwel of, zoals belanghebbende beweert, heffing naar de huurwaarde volgens de personeele belasting tot billijker resultaten zoude leiden, niet staat ter beoordeling van den rechter'.

Met die arresten lag de zaak vast. Wel worden later nog enige nuances aangebracht waardoor de scherpe kanten van die oude rechtspraak enigszins worden afgeslepen. Het is niet zinvol al die arresten te bespreken; het zijn er vele. Een kort overzicht met enkele kernoordelen is evenwel onontbeerlijk. Hierna volgt derhalve zestig jaar billijke-bijdrage-jurisprudentie in vogelvlucht.

- Artikel 280 stelt de eis dat de daarbij bedoelde belasting een bijdrage in de kosten zal zijn en voorts de eis dat die bijdrage billijk zal zijn. Het artikel laat aan de gemeentelijke wetgever over, onder toezicht van de Kroon, het bedrag van deze bijdrage naar billijkheid te regelen. Derhalve staat de vraag of aan die eis is voldaan en dus de

billijkheid is betracht niet ter beoordeling van de rechter. Echter is niet aan diens oordeel onttrokken de vraag of de regeling voldoet aan eerstbedoelde eis waarin wordt uitgedrukt dat het totaal der belasting de kosten niet zal overtreffen. (HR 22 juni 1937, *AB* 1937, 1009, inzake de straatbelasting van de gemeente Dordrecht).

- De billijkheid van de heffing staat niet ter toetsing van de rechter. Wel kan hij de bijdrage toetsen in die zin dat hij nagaat of de opbrengst niet uitgaat boven de kosten (HR 23 december 1953, *BNB* 1954, 60, inzake de straatbelasting van de gemeente Ursem).
- De beoordeling of en in hoeverre een bijdrage een billijke bijdrage is als bedoeld in artikel 281 is aan het oordeel van de belastingrechter onttrokken. Evenmin staat te zijner beoordeling de vraag of de verdeling van de belasting over de verschillende gebate eigendommen wel billijk is. De rechter heeft wel te beoordelen of in een bepaald geval sprake is van een willekeurige en onredelijke belastingheffing welke de wetgever bij het toekennen van de bevoegdheid tot het heffen van een baatbelasting niet kan hebben beoogd (HR 27 mei 1964, *BNB* 1964, 203, inzake de baatbelasting van de gemeente Rijssen).
- De verordening is niet verbindend omdat de belastingheffing mede is gegrond op een bijdrage in de kosten van werken waardoor de in de belasting betrokken eigendommen niet zijn gebaat. De vraag of de bijdrage na eliminatie van evenbedoelde kosten wel billijk is, is aan het oordeel van de belastingrechter onttrokken. Slechts de gemeentelijke wetgever onder toezicht van de Kroon mag beslissen welke billijke bijdrage in de wel door het werk veroorzaakte kosten behoort te worden gevorderd (HR 21 juni 1967, *BNB* 1967, 235, inzake de baatbelasting van de gemeente Doetinchem).
- De vraag of bij een heffing ingevolge artikel 280 de bijdrage in de aldaar bedoelde kosten naar billijkheid is bepaald, is overgelaten aan de gemeentelijke wetgever onder toezicht van de Kroon en staat niet ter beoordeling van de belastingrechter (HR 13 januari 1971, *BNB* 1971, 44, inzake de straatbelasting van de gemeente Echt).
- De vraag of de bijdrage in de kosten nog als een billijke bijdrage kan worden aangemerkt, staat in beginsel niet ter beoordeling van de belastingrechter. Voor diens ingrijpen is slechts plaats indien de verordening leidt tot een willekeurige en onredelijke belastingheffing die de wetgever met het toekennen van de bevoegdheid een baatbelasting te heffen niet op het oog kan hebben gehad. (HR 24 april 1985, *BNB* 1985, 173, inzake de baatbelasting van de gemeente Vught).

De aangehaalde jurisprudentie leidt tot de conclusie dat de rechter wel toetst of sprake is van een bijdrage in de kosten, maar niet toetst of die bijdrage al dan niet billijk is. Wel zal hij ingrijpen indien sprake is van een willekeurige en onredelijke belastingheffing die de wetgever niet op het oog kan hebben gehad.

1.4 Op benaderende wijze

Het thans te bespreken begrip – *op benaderende wijze* – kennen we sinds 1971 en komt voor in het tweede lid van artikel 273 van de gemeentewet, het artikel waarin de onroerend-goedbelastingen zijn geregeld. Die belastingen kunnen worden geheven naar twee heffingsgrondslagen: de waardegrondslag en de oppervlaktegrondslag. Die oppervlaktegrondslag wordt gevonden door de oppervlakte van een onroerend goed te vermenigvuldigen met bepaalde correctiefactoren (vermenigvuldigingscijfers), 'zulks teneinde op benaderende wijze rekening te houden met verschillen in waarde in het economische verkeer'.

Alle jurisprudentie over dit begrip dateert van de laatste tien jaar; actualiteit kan er dus niet aan worden ontzegd. Voordeel daarvan is onder meer dat het criterium van de willekeurige en onredelijke belastingheffing al gemeengoed was toen de – inmiddels overweldigende – stroom onroerend-goedbelastingprocedures op gang kwam. Dat verbod van willekeur speelde aanvankelijk een belangrijke rol in de jurisprudentie van de Hoge Raad over het begrip 'op benaderende wijze'. Dat bracht een marginale toetsing met zich. Evenwel trad al heel spoedig een verschuiving op naar een meer rechtstreekse toetsing, al impliceert de vage norm natuurlijk een zekere ruimte voor de gemeentelijke wetgever, welke ruimte – ik merkte dat al vaker op – slechts aan haar grenzen kan worden afgepaald. De toetsing is derhalve steeds min of meer marginaal gebleven.

HR 21 november 1979, *BNB* 1980, 7, betrof de onroerend-goedbelastingen van de gemeente Heerenveen. Belanghebbende klaagde over de wijze waarop de gemeentelijke wetgever de vermenigvuldigingscijfers had vastgesteld. De Hoge Raad overwoog dienaangaande:

'dat deze vermenigvuldigingscijfers (...) niet ter beoordeling van de rechter staan;

dat dit anders zou zijn indien de wijze waarop de gemeentelijke wetgever de vermenigvuldigingscijfers heeft vastgesteld tot een willekeurige en onredelijke belastingheffing zou leiden, die de wetgever bij het toekennen van de bevoegdheid tot het heffen van de onderhavige belastingen niet op het oog kan hebben gehad;

dat daarvan sprake kan zijn wanneer bij de vaststelling van de belastinggrondslag in de verordening niet op benaderende wijze rekening is gehouden met verschillen in het economische verkeer;

dat het Hof echter niet aannemelijk heeft geoordeeld dat zulks hier het geval is.'

Dit arrest past nog geheel in het tot dusver geschetste beeld van de jurisprudentie over de vage normen: de rechter overweegt dat hij de vermenigvuldigingscijfers niet mag beoordelen tenzij sprake is van wille-

keur, waarvoor de feitelijke grondslag door het Hof moet worden vastgesteld. Die feitelijke grondslag bleek in dit geval te ontbreken.

Dat laatste was anders in HR 17 december 1980, *BNB* 1981, 46, betreffende de onroerend-goedbelastingen van de gemeente Vlaardingen. In de verordening was bij de vaststelling van de vermenigvuldigingscijfers geen onderscheid gemaakt tussen enerzijds erven van boerderijen en anderzijds aanhorige terreinen in de industriële en dienstverlenende sector, terwijl er wel belangrijke waardeverschillen bestonden tussen die erven en aanhorige terreinen. De Hoge Raad overwoog vervolgens: 'dat het, gelet op deze waardeverschillen, duidelijk is dat de in de Verordening gegeven regeling van de heffingsgrondslag voor ongebouwde aanhorigheden bij andere gebouwen dan woningen, omdat zij op geen enkele wijze rekening houdt met het bestaan van verschillen in waarde in het economische verkeer van die aanhorigheden per m^2, leidt tot een willekeurige en onredelijke belastingheffing, welke de wetgever bij het toekennen van de bevoegdheid tot het heffen van de in artikel 273 van de gemeentewet bedoelde belastingen niet op het oog kan hebben gehad', waarna de Hoge Raad de verordening op het punt van de berekening van de heffingsgrondslag voor aanhorige grond onverbindend oordeelde.

In zijn noot in *BNB* merkt H.J. Hofstra op dat het beroep dat de Hoge Raad deed op de willekeurige en onredelijke belastingheffing in dit geval niet eens nodig was omdat er een rechtstreekse strijd was van (een onderdeel van) de verordening met de wet. Dat de Hoge Raad het kennelijk met Hofstra eens was, zou heel snel blijken.

De eerste stap wordt gezet in HR 17 juni 1981, *BNB* 1981, 235, inzake de onroerend-goedbelastingen van de gemeente Waddinxveen. In die zaak ging het om verschillen die zich bij belanghebbendes pluimveeschuren enerzijds en de door hem in de vergelijking betrokken woningen anderzijds voordeden in de verhouding tussen de gecorrigeerde oppervlakte en de verkeerswaarde. De Hoge Raad overweegt, 'dat (...) mogelijk is dat de zojuist bedoelde verschillen daaraan moeten worden toegeschreven dat de te dezen toe te passen vermenigvuldigingscijfers als algemene indicatoren voor de waarde op onjuiste wijze zijn vastgesteld of dat bij die vaststelling in onvoldoende mate is gedifferentieerd, in welke gevallen duidelijk is dat die vermenigvuldigingscijfers moeten leiden tot een belastingheffing die de wetgever bij het toekennen van de bevoegdheid tot het heffen van de onderhavige belastingen niet op het oog heeft gehad'. Vervolgens werd de zaak verwezen voor een nader feitelijk onderzoek.

Opvallend is dat de Hoge Raad niet meer spreekt over een *willekeurige* en *onredelijke* belastingheffing die de wetgever niet op het oog *kan hebben* gehad, maar een directer criterium hanteert: een belasting die de wetgever niet op het oog *heeft* gehad. Dat lijkt toch al wel veel op een rechtstreekse toetsing aan het wettelijke criterium.

En dan volgt HR 17 maart 1982, *BNB* 1982, 141, inzake de onroerend-goedbelastingen van de gemeente Borger. Voor het Hof was als onweersproken komen vast te staan dat de waarde van belanghebbendes woning als gevolg van een ongunstige ligging minder dan de helft bedroeg van de waarde van andere woningen die overigens met die van belanghebbende vergelijkbaar waren. Bij de vaststelling van de factor ligging in de verordening was met dat waardeverschil van meer dan 100% geen rekening gehouden. Ten onrechte, volgens de Hoge Raad, omdat 'aldus te dezen in afwijking van het bepaalde in artikel 273 van de gemeentewet niet op benaderende wijze met verschillen in waarde in het economische verkeer is rekening gehouden'. De verordening was dus onverbindend.

Duidelijker kan het niet. De Hoge Raad toetst thans rechtstreeks aan de wet en niet meer langs de omweg van de willekeurige en onredelijke belastingheffing.

Die rechtstreekse toetsing neemt overigens niet weg dat nog immer onzekerheid bestaat over de vraag hoe benaderend benaderend eigenlijk is, de vraag dus welke afwijkingen nog wel en welke niet meer geoorloofd zijn. De Hoge Raad vindt dat 85% niet meer (HR 18 januari 1984, *BNB* 1984, 78, inzake de onroerend-goedbelastingen van de gemeente Wateringen) en 25% nog wel kan (HR 30 januari 1985, *BNB* 1985, 157, inzake de onroerend-goedbelastingen van de gemeente Capelle aan de IJssel), waarbij opmerking verdient dat volgens de annotatie in *Vakstudie-Nieuws* 1985, blz. 595, de Hoge Raad zich in de berekeningswijze heeft vergist en 25% eigenlijk 34% moet zijn. De grenzen zijn derhalve nog niet scherp getrokken en dat is jammer omdat zulks tot onzekerheden leidt. Daarom zou de Hoge Raad best eens wat duidelijker kunnen zijn en kunnen aangeven waar hij de grens wenst te trekken. Enige rechterlijke regelgeving lijkt hier wel nuttig te zijn.[5a]

1.5 Een redelijke verhouding

Zoals ik in het vorige hoofdstuk al aangaf kennen de gemeentelijke onroerend-goedbelastingen twee heffingsgrondslagen: de oppervlaktegrondslag en de waardegrondslag. Niet alleen de oppervlaktegrondslag kent een vage norm; op benaderende wijze. Ook in de waardegrondslag komt – sinds 1 januari 1983 – een vage norm voor: *een redelijke verhouding*. Die norm is in de wet opgenomen als gevolg van het streven van de wetgever incourante onroerende goederen net zo zwaar te belasten als onroerende goederen waarvoor wel een markt bestaat.

De heffingsgrondslag waarom het hier gaat is de waarde in het economische verkeer van een onroerend goed. De wetgever (gemeentewet) en de besluitgever (Besluit OGB) hebben het waardevoorschrift een zodanige inhoud gegeven dat in feite de heffingsgrondslag is geworden de

geobjectiveerde verkoopwaarde, zijnde de marktprijs waaruit alle subjectieve elementen zijn geëlimineerd. Met name de Hoge Raad heeft dat begrip nader gestalte gegeven. Het gevolg van wetsredactie en rechtspraak was dat onroerende goederen waarvoor geen marktprijs kon worden vastgesteld omdat er geen markt is waarop die goederen kunnen worden ge- of verkocht, incourante onroerende goederen dus, een verkeerswaarde van nihil bleken te hebben. Die goederen werden in feite eigenlijk niet belast. Om deze incourante goederen toch in de belastingheffing te kunnen betrekken heeft de wetgever het begrip gecorrigeerde vervangingswaarde geïntroduceerd. Bedoelde correctie betreft de technische en functionele veroudering die is opgetreden sedert de stichting van het goed.

Kort gezegd komt het nu erop neer dat goederen waarvoor een markt bestaat als heffingsgrondslag hebben de geobjectiveerde verkoopwaarde en dat de overige onroerende goederen worden belast naar hun gecorrigeerde vervangingswaarde. In het huidige vijfde lid van artikel 273 van de gemeentewet worden de hier bedoelde incourante onroerende goederen nader omschreven. Incourant is een onroerend goed waarvoor redelijkerwijs geen verkrijger kan worden gevonden die het goed zou willen verwerven tegen een bedrag dat in *een redelijke verhouding* staat tot de gecorrigeerde vervangingswaarde en die het goed onmiddellijk in vrije staat in gebruik zou willen nemen.

In het oorspronkelijke wetsontwerp ging het alleen nog om een onroerend goed waarvoor redelijkerwijs geen verkrijger kon worden gevonden. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State werd toegevoegd dat sprake zou moeten zijn van een verkrijger die het goed zou willen verwerven tegen een bedrag dat in een redelijke verhouding staat tot de gecorrigeerde vervangingswaarde. Noch de Raad van State, noch de regering in haar nader rapport geven aan wat moet worden verstaan onder die redelijke verhouding (TK 1982-1983, 17653, B-C). Kennelijk mag de rechter dit begrip verder invullen.

De Hoge Raad heeft dat tot dusver nog niet gedaan,[6] althans niet bij de onroerend-goedbelastingen. Wel is dat gebeurd bij een andere belasting, de verontreinigingsheffing oppervlaktewateren. Die heffing behoort tot de milieuheffingen, een onderdeel van het belastingrecht waarop de rechter niet schroomt regelend recht te spreken. In de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (WVO) komt het begrip redelijke verhouding niet met zoveel woorden voor. Evenwel heeft de Hoge Raad die norm zelf bij wijze van rechtsvinding geformuleerd en ook nader geconcretiseerd. Dat is gebeurd in HR 8 juli 1986, *BNB* 1987,16 welk arrest betreft de verontreinigingsheffing van het Waterschap Walcheren.

Heffingsgrondslag is de vervuilingswaarde uitgedrukt in vervuilingseenheden. Voor de berekening van die vervuilingswaarde kunnen op het aantal vervuilingseenheden correcties[7] worden toegepast, onder meer de zgn. dagencorrectie.

Nu worden de verontreinigingsheffingen geheven 'ter bestrijding van de kosten van maatregelen tot het tegengaan en het voorkomen van verontreiniging van oppervlaktewateren' (zie artikel 17 WVO). Er moet dus verband bestaan tussen de heffing of bijdrage en de door het waterschap gemaakte kosten. Die eis wordt ook gesteld aan het kunnen toepassen van de dagencorrectie. Voor een dergelijke correctie is geen plaats indien het feit dat een vervuiler op minder dan 365 dagen per jaar loost geen extra-kosten voor het waterschap tot gevolg heeft. Zijn die extra-kosten er wel, dan moet er volgens de Hoge Raad een redelijke verhouding zijn tussen de werkelijk gemaakte extra-kosten en de geheven bijdrage.

Het opvallende van het onderhavige arrest is nu dat de Hoge Raad nader inhoud geeft aan het begrip redelijke verhouding: 'een redelijke verhouding (...) (wordt) (pas) bereikt indien die kosten – (...) – ten minste 75 procent van de bijdrage belopen'.

Het is heel verleidelijk en eigenlijk ook voor de hand liggend nu wat betreft de onroerend-goedbelastingen te zeggen dat er sprake is van een redelijke verhouding tussen de gecorrigeerde vervangingswaarde en de geobjectiveerde verkoopwaarde indien deze verkoopwaarde tenminste 75% bedraagt van die vervangingswaarde. Dat zou betekenen dat de marge maximaal 33⅓% van de verkoopwaarde zou bedragen.

Het zal de lezer niet verbazen dat over de redelijke verhouding in gemeentelijke kringen druk wordt gediscussieerd.[8] De grote gemeenten in Nederland zouden in onderling overleg hebben vastgesteld dat een marge van 10% een redelijke verhouding oplevert. Echter zouden er ook gevallen zijn waarin grote taxatiebureaus, welke uitsluitend voor de gemeenten werken, een percentage van 30 aanhouden. Dat laatste percentage komt wel heel dicht in de buurt van de WVO-marge.

Een marge van 10% lijkt mij wat aan de krappe kant en daarom in de praktijk niet goed hanteerbaar. Wil er geen sprake zijn van een rigide wetstoepassing, dan dient de marge toch wel ruimer te zijn; een percentage van 25 tot 35 ligt dan meer in de lijn.[9] Daarbij komt dat in het belastingrecht een afwijking van 10% van oudsher wordt gekwalificeerd als 'nagenoeg geheel'. Een voorbeeld betreft de vroegere kinderaftrek. Tot 1 januari 1980 bestond ingevolge het zesde lid van het inmiddels vervallen artikel 56 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 in bepaalde gevallen recht op drievoudige kinderaftrek voor een kind dat door de belastingplichtige geheel of nagenoeg geheel op diens kosten werd onderhouden. Dat betekende dat de belastingplichtige 90 tot 100% van de kosten zelf moest dragen, wilde hij in aanmerking komen voor die drievoudige kinderaftrek.

Voor de hand zou hebben gelegen dat, zou de onroerend-goedbelastingwetgever slechts een marge van 10% hebben gewild, hij niet had gesproken over 'een bedrag dat in een redelijke verhouding staat tot (...)',

maar over 'een bedrag dat nagenoeg geheel gelijk is aan (...)'. Mijn conclusie is dan ook dat 10% te krap is en dat 25 à 35% beter te hanteren zal zijn. Een niet onbelangrijk voordeel is ook dat aldus wordt aangesloten bij de door de Hoge Raad gecreëerde WVO-marge. Ik begrijp trouwens ook nooit zo goed waarom een bepaald begrip in de ene belasting anders zou moeten worden uitgelegd dan in de andere heffing. Bovendien is zo'n andere uitleg hier helemaal niet nodig; niet doen dus.

1.6 Tot slot

Hiervoor heb ik aandacht geschonken aan enkele in het belastingrecht voorkomende vage normen die de lagere overheid (gemeente, waterschap) dient in te vullen. De gestelde vraag was of de rechter de wijze waarop zo'n vage norm is ingevuld kan toetsen. Gebleken is dat er een glijdende schaal bestaat van een niet of nauwelijks te toetsen norm (matige winst) naar een mede door de rechter zelf gecreëerde norm waarvan hij de toepassing in volle omvang toetst (redelijke verhouding). Daartussenin bevinden zich een slechts op willekeur en dus marginaal te toetsen norm (billijke bijdrage) en een norm die weliswaar in beginsel rechtstreeks kan worden getoetst, maar waarbij de rechter toch enige ruimte voor de lagere wetgever overlaat (benaderende wijze).

Wij hebben gezien dat dit alles historisch verklaarbaar is:

a. de wet verbiedt de rechter de matige-winst-norm te toetsen;
b. de rechter denkt dat de wet hem verbiedt de billijke-bijdrage-norm anders dan op willekeur te toetsen;
c. na een aanvankelijke aarzeling toetst de rechter wel de benaderende-wijze-norm en trekt een grens;
d. de rechter toetst wel de redelijke-verhouding-norm en geeft aan waar de grens ligt.

De Kroon trekt bij de goedkeuring in de eerste twee gevallen wel een grens: een matige winst betekent een winst van 25% en een billijke bijdrage betekent een bijdrage van 85% in de kosten. Wat ligt er nu meer voor de hand dan dat de rechter toetst of de betrokkenen, gemeente en Kroon, zich wel aan die grens hebben gehouden? En wat is er eigenlijk tegen dat hij dat doet?

Eigenlijk is het antwoord op die laatste – wat mij betreft: retorische – vraag al door de wetgever zelf gegeven tijdens de parlementaire behandeling van het ontwerp dat heeft geleid tot de Wet van 24 december 1970, *Stb.* 608, waarbij het gemeentelijke belastinggebied geheel is herzien. In dat ontwerp waren verschillende wetsartikelen van een fictie voorzien: artikel 273 (onroerend-goedbelastingen) en artikel 274 (bouwgrondbelasting).

De onroerend-goedbelastingen kennen limieten waarboven de op-

brengst van die belastingen niet mag uitkomen. Thans zijn die limieten geregeld in het negende lid van artikel 273, maar destijds stond een van die limieten in het tweede lid. Het vierde lid van het ontwerp-artikel 273 luidde als volgt: 'Indien de belastingverordening door Ons is goedgekeurd, wordt zij geacht te voldoen aan het bepaalde in het tweede lid'.

Het vijfde lid van het ontwerp-artikel 274 behelsde eenzelfde fictie. In de memorie van toelichting, blz. 23 rechter kolom, wordt dienaangaande opgemerkt dat eerstgenoemde fictie 'bedoelt de beoordeling van de vraag, of het in het tweede lid bedoelde maximum in acht is genomen, in het algemeen aan het oordeel van de rechter te onttrekken' en dat het vijfde lid van art. 274 een bepaling behelst die 'van soortgelijke strekking is als die, vervat in artikel 273, vierde lid'.

De Tweede Kamer was allerminst ingenomen met die ficties. Over de limieten van artikel 273 wordt in het voorlopig verslag, blz. 9, rechter kolom, het volgende opgemerkt: 'Het hier gesteld criterium – (...) – is voor geen enkele contribuabele controleerbaar en bovendien als gevolg van de zinsnede in het laatste lid door de rechter niet meer te toetsen'.

Op blz. 16, linker kolom, van het voorlopig verslag staat het nog duidelijker! 'Dezelfde leden hadden overwegend bezwaar tegen de ook in andere artikelen voorkomende bepaling, dat de belastingverordening geacht wordt in overeenstemming met de wettelijke bepalingen te zijn indien deze door de Kroon zijn goedgekeurd. Deze uitschakeling van de onafhankelijke rechterlijke macht achtten zij onjuist. Een ontwikkeling in de opvattingen die steeds meer gaan in de richting van een marginale toetsing door de rechter – (...) – wordt tegengegaan. Deze leden zouden gaarne zeer uitvoerig worden ingelicht over de motieven die de Regering hebben bewogen deze bepaling in het wetsontwerp te doen opnemen. Sommige leden vroegen zich eveneens af, of de beperking van het toetsingsrecht, welke uit het vierde lid voortvloeit, wel juist is. De rechtsbescherming van de burgers is een hoog goed en die bescherming behoort niet via het goedkeuringsrecht van de Kroon te worden geëffectueerd, maar door een onafhankelijke rechter. De Koninklijke goedkeuring kan nimmer een garantie betekenen, dat de gemeentelijke wetgever de grenzen van zijn bevoegdheid niet heeft overschreden. Aan belastingplichtigen zou in het geval, dat een verordening ten onrechte is goedgekeurd, de weg naar de rechter zijn afgesneden. De voorgestelde bepaling zou de Kroon langs een omweg toch weer mede-wetgever maken op het gebied van het plaatselijk belastingrecht. Deze leden achtten dat principieel fout'.

De Regering verdedigde de door haar voorgestelde ficties niet erg overtuigend en concludeerde, 'dat de goedkeuring niet beoogt een goedgekeurde verordening in haar geheel van toetsing door de rechter aan de wettelijke bepalingen uit te sluiten, en er evenmin toe strekt de Kroon

langs een omweg weer tot medewetgever op het gebied van het plaatselijke belastingrecht te maken. De rechtsbescherming van de burgers en het belang van de gemeentelijke belastingheffer tegen elkaar afwegende, zijn de ondergetekenden van oordeel dat met de beperkte fictie welke het ontwerp aan goedkeuring verbindt met het oog op de ten aanzien van zakelijk gerechtigden in acht te nemen limiet, een alleszins aanvaardbaar resultaat wordt verkregen'.[10]

Tezelfder tijd werd bij de Tweede Nota van Wijzigingen voorgesteld alsnog een baatbelasting in de nieuwe wet op te nemen: artikel 273a. En waarachtig, het vierde lid van dat artikel behelsde ook een fictie. 'Indien de belastingverordening door Ons is goedgekeurd, wordt zij geacht te strekken tot het heffen van een billijke bijdrage (...).'

Tijdens het mondeling overleg (pt. 26) bleek dat een van de commissieleden 'zeer aarzelend stond tegenover de fictie': 'De Minister van Binnenlandse Zaken wees erop, dat een dergelijke fictie geen onbekende figuur is in de regeling omtrent de gemeentelijke belastingwetgeving. Het doel van de fictie is slechts te voorkomen dat de rechtsgeldigheid wordt aangevochten van verordeningen, die achteraf gezien een belastingopbrengst geven, welke de limiet mogelijk in geringe mate overschrijdt. Het goedkeuringsbeleid zal gericht zijn op het voorkomen van overschrijding van de limiet.'

Bij de Vijfde Nota van Wijzigingen werd onder meer de oppervlaktegrondslag van de onroerend-goedbelastingen geregeld en werd de huidige tekst van het tweede lid van artikel 273 voorgesteld. Een nieuwe vage norm was geboren: op benaderende wijze. De meergenoemde fictie zou ook voor die norm moeten gaan gelden.

Bij amendement-Koning c.s. (nr. 31) werd voorgesteld de ficties te laten vervallen. Staatssecretaris Grapperhaus was het daarmee niet eens: 'In de voorgestelde artikelen is de fictie opgenomen dat, indien de belastingverordening is goedgekeurd, deze geacht wordt te voldoen aan in de wet opgenomen voorschriften, welke voornamelijk verband houden met de opbrengst van de belasting. De beoordeling of aan die voorschriften wordt voldaan, is dus in het algemeen aan de belastingrechter onttrokken (...) Ik zou (...) willen opmerken, dat met de (...) fictie niet wordt beoogd een goedgekeurde verordening in haar geheel aan toetsing door de rechter te onttrekken, maar dat de fictie is beperkt tot enkele onderdelen, waarbij het voornamelijk gaat om het beoordelen van feitelijke financiële gegevens met betrekking tot te verwachten opbrengsten en dergelijke, welke beoordeling beter door de administratie dan door de rechter kan plaatsvinden."

Het amendement-Koning voorzover betrekking hebbend op de fictie in de onroerend-goedbelastingen is bij zitten en opstaan aangenomen; slechts de Boerenpartij was tegen. Voorzover dat amendement betrekking had op de bouwgrondbelasting is het zonder hoofdelijke stemming aangenomen en voorzover het betrekking had op de baatbelasting

is het vervallen omdat het door de aanvaarding van een ander amendement overbodig was geworden.[12]

Opvallend is dat het werkelijke argument van de Regering voor de ficties pas in een laat stadium van de parlementaire behandeling door staatssecretaris Grapperhaus is verwoord. De beoordeling van feitelijke financiële gegevens met betrekking tot de te verwachten opbrengsten en dergelijke zou beter door de administratie dan door de rechter kunnen geschieden. Waarom dat zo zou zijn, wordt er niet bij gezegd. Het is natuurlijk ook niet waar. Zou de staatssecretaris nu niet zo'n hoge pet van rechters hebben opgehad of zou het de gewone angst van bestuurders voor rechterlijke controle zijn? Ik houd het op het laatste.

Maar wat daarvan ook zij, de zojuist geschetste fictieperikelen maken wel duidelijk dat de rechter zich met name wat betreft de billijke bijdrage niet zo terughoudend behoeft op te stellen als hij tot op heden heeft gedaan. Met de matige winst ligt dat anders, omdat de wet nu eenmaal toetsing verhindert. Wat mij betreft mag de wet dan ook worden gewijzigd.

2 Tussen wet en recht

Toetsing aan algemene rechtsbeginselen

2.1 Inleiding

'De vraag, of *wetten*, voor zover niet onschendbaar, aan algemene rechtsbeginselen getoetst kunnen worden, is zeer omstreden.'[13]

In zijn conclusie voor HR 6 mei 1983, *NJ* 1984, 361, verstrekt de Advocaat-Generaal mr. Van Soest daaromtrent een groot aantal gegevens. 'De lange reeks van, elkaar ten dele tegensprekende, citaten toont een leerstuk dat in volle ontwikkeling is', aldus de Advocaat-Generaal.

H.J. Hofstra[14] meent dat 'de vraag of de wet in overeenstemming met algemeen aanvaarde rechtsbeginselen is, (...) niet ter beoordeling van de rechter (staat). Hij moet volgens de wet recht spreken (...), en indien de wet onjuist wordt geacht is het slechts de wetgever die daarin verandering kan brengen'.

Lijnrecht tegenover de mening van Hofstra staat die van de auteurs van het andere eveneens zojuist geciteerde fiscale standaardwerk. 'Naar het ons voorkomt, heeft (...) de fiscale jurisprudentie, (...) de vraag (waarmee ik deze paragraaf begon, JWI) reeds in bevestigende zin beantwoord.' Het aardige is dat Hofstra zich ter onderbouwing van zijn standpunt – behalve op zijn eigen annotaties – beroept op het arrest HR 25 september 1985, *BNB* 1985, 305, waarin dezelfde bewoordingen worden gebruikt als in Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 1971, *BNB* 1972, 91, waarvan Meyjes c.s. zeggen dat het in die uitspraak gegeven antwoord niet onjuist is, maar langs de vraag heen gaat.

Ook R.E.C.M. Niessen, heeft een antwoord gezocht op de vraag waarmee ik deze inleiding begon.[15] Hij leidt uit de door hem besproken arresten af, 'dat ook de wetgeving van lagere overheden niet wordt getoetst aan algemene rechtsbeginselen. Verordeningen van gemeenten worden wel getoetst aan bepaalde beginselen, maar de rechter leidt die beginselen af uit de wetten in formele zin waarop de betreffende lagere wetgeving stoelt'. Wel is het volgens Niessen zo dat de jurisprudentie, die men naar zijn mening thans zou kunnen typeren als marginale toetsing, de rechtstreekse toetsing dicht nadert.

Voorts heeft Ch.J. Langereis zich in de onderhavige problematiek verdiept.[16] Hij concludeert dat uit de door hem bestudeerde arresten

'kan worden opgemaakt dat de algemene rechtsbeginselen bij de toetsing van gemeentelijke belastingverordeningen een belangrijke rol spelen; de rechter volstaat niet met een toetsing aan de hogere regeling "sec", maar laat zich bij vele beslissingen mede leiden door in de regeling besloten algemene rechtsbeginselen. In bepaalde uitspraken komen die algemene beginselen met zo veel kracht naar voren en worden deze zo algemeen geformuleerd dat daaraan ook voor gevallen die niet rechtstreeks onder die voorschriften vallen, maar wèl daaronder vallende eigenschappen hebben, doorslaggevende betekenis moet worden toegekend.'

Nieuwsgierig geworden door de haaks op elkaar staande opvattingen van Hofstra en Meyjes c.s. heb ik getracht de door Langereis en Niessen voorzichtig ingeslagen weg te vervolgen, zulks aan de hand van de jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad en van een enkel civielrechtelijk arrest. Met name de laatste tien jaar is op dit gebied het nodige overhoop gehaald, zoals hierna zal blijken. Voor zover ik heb kunnen nagaan spelen in de jurisprudentie vijf algemene rechtsbeginselen een rol. Het belangrijkste beginsel lijkt te zijn het verbod van willekeur, dat al ruim 25 jaar als waakhond fungeert. Voorts zijn van belang het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, welke twee beginselen ik los van elkaar zal bespreken. Ook het gelijkheidsbeginsel duikt op, terwijl eveneens het verbod van détournement de pouvoir in de jurisprudentie verscholen lijkt te zitten.

Naast die algemene rechtsbeginselen spelen in het stuk van de belastingheffing doelmatigheidseisen mee. Soms kan de doelmatigheid de rechtmatigheid van een bepaalde regeling opzij zetten. Ook heb ik nagegaan of de beginselen van behoorlijk bestuur van belang kunnen zijn voor ons onderwerp. Zo op het eerste gezicht lijkt dat niet het geval te kunnen zijn, maar nadere overpeinzing zou kunnen meebrengen dat daarover toch wat genuanceerder moet worden gedacht.

2.2 Het verbod van willekeur

In het eerste hoofdstuk van dit preadvies dat over de zgn. vage normen gaat, heb ik het begrip billijke bijdrage besproken. Dat begrip komt in de tegenwoordige versie van de gemeentewet nog voor in artikel 273a, de baatbelasting. Gemeenten mogen ingevolge die bepaling – kort samengevat – een billijke bijdrage heffen in de kosten van door de gemeente getroffen voorzieningen door welke bepaalde onroerende goederen gebaat zijn. Ook de vroegere straatbelasting (artikel 280 (oud)) werd op nagenoeg dezelfde wijze geheven. Belastingplichtigen klaagden nogal eens erover dat de van hen geheven bijdrage niet billijk was. Steevast kregen zij van de belastingrechter nul op hun rekest.[17]

Telkens overwoog de Hoge Raad dat het aan de gemeentelijke wetgever onder toezicht van de Kroon is overgelaten de bijdrage naar billijkheid te regelen en dat de vraag of daarbij de billijkheid daadwerkelijk is betracht niet ter beoordeling van de rechter staat.

In HR 2 maart 1960, *BNB* 1960, 138, welk arrest handelt over de – in artikel 277, letter l (oud) van de gemeentewet geregelde – brandverzekeringsbelasting van de gemeente Amsterdam, werd erover geklaagd dat de betreffende regeling niet billijk was; evenwel tevergeefs omdat naar het oordeel van de Hoge Raad 'de vraag, of een bij een op artikel 277, letter l, der Gemeentewet gegronde verordening getroffen regeling billijk is, in het algemeen aan het oordeel van de rechter is onttrokken'.

De woorden 'in het algemeen' duiden evenwel op een mogelijke uitzondering op de regel, welke uitzondering vervolgens aldus wordt geformuleerd: 'dat enkel ingeval een regeling zou zijn gegeven, waarvan het duidelijk is, dat zij moet leiden tot een willekeurige en onredelijke belastingheffing, welke de wetgever bij het toekennen van de bevoegdheid tot het heffen der in art. 277, letter l, voormeld bedoelde belasting niet op het oog kan hebben gehad, die regeling als in strijd met deze wetbepaling onverbindend zou moeten worden geoordeeld'.

In de formule 'een willekeurige en onredelijke belastingheffing' zitten begrippen als het verbod van willekeur en ook de redelijkheid en billijkheid, die als algemene rechtsbeginselen kunnen worden gekwalificeerd. Wel is het zo – en voor ons onderwerp is dat cruciaal – dat de Hoge Raad niet slechts spreekt over een 'willekeurige en onredelijke belastingheffing', doch daaraan steeds toevoegt 'welke de wetgever (...) niet op het oog kan hebben gehad'. Daarmee wordt duidelijk gemaakt dat niet het algemene rechtsbeginsel als zodanig de toetssteen is, maar het in de wet neergelegde algemene rechtsbeginsel. De toetsing is dus die van de wetmatigheid van de regeling en niet die van de rechtmatigheid. Voorts duiden de bewoordingen van de formule erop dat sprake is van een marginale toetsing. Dat is logisch omdat die formule slechts wordt gebruikt indien niet zo zeer een duidelijk omschreven hogere regel wordt geschonden maar een veel vager rechtsbeginsel. Die vaagheid impliceert een zekere vrijheid, een beleidsruimte, voor de lagere regelgever, welke ruimte uiteraard slechts aan haar grenzen kan worden afgepaald; een marginale toetsing derhalve.

Een heel fraai voorbeeld van die *wet*matigheidstoets is te vinden in HR 27 februari 1985, *BNB* 1985, 170. Dit arrest handelt over de waterschapsomslag van het Waterschap De Middelsékrite. De heffingsgrondslag was de zgn. belastbare opbrengst, een begrip uit de Wet op de Grondbelasting van 1870. Deze wet is nooit afgeschaft maar wel door de geleidelijke invoering in de zeventiger jaren van de gemeentelijke onroerend-goedbelastingen gaandeweg buiten toepassing geraakt, althans voor het grootste gedeelte. Nu is het zo dat de heffingsgrondslagen

van de grondbelasting, de belastbare opbrengst van onroerende goederen, voor het laatst zijn vastgesteld in 1908; bijna 80 jaar geleden dus!

Alom is men van mening dat die grondslag niet zo'n goede maatstaf is om het belang dat een onroerend goed heeft bij de activiteiten van een waterschap tot uitdrukking te brengen. De verkeerswaarde van dat goed is een veel betere maatstaf en dat vond het Hof ook. De twee in de omslagen betrokken panden van belanghebbende hadden dezelfde verkeerswaarde, doch de belastbare opbrengst van het ene pand was 3,5 keer zo hoog als die opbrengst van het andere pand. Daarom was het volgens het Hof 'duidelijk (...), dat de onderhavige belastingregeling leidt tot een willekeurige en onredelijke belastingheffing (...), welke de (provinciale) wetgever bij het toekennen van de bevoegdheid tot het heffen van bedoelde waterschapslasten niet op het oog kan hebben gehad'. Met die – gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad – begrijpelijke toevoeging ging het Hof de mist in. Immers de provinciale wetgever had in de artikelen 97, 103a en 103b van het Algemeen Reglement de belastbare opbrengst als heffingsgrondslag zelf voorgeschreven en dus op zijn minst een heffing als de onderhavige 'op het oog gehad'. Van de rijkswetgever (die van Grondwet, Provinciewet, Waterstaatswet 1900 en Bevoegdhedenwet Waterschappen van 1978, op welke wetten de waterschapsomslagen stoelen) kan evenmin gezegd worden dat hij 'niet op de hoogte was van de door de waterschappen vrij algemeen toegepaste omslagregeling op basis van de belastbare opbrengsten', aldus Advocaat-Generaal mr. Moltmaker in zijn conclusie voor het onderhavige arrest. De Advocaat-Generaal concludeerde dan ook 'dat de belastingregeling van het Waterschap niet in strijd is met (de strekking van) enige hogere regeling', een juiste conclusie volgens de Hoge Raad.

Ofschoon wellicht kan worden gezegd dat de gehanteerde heffingsmaatstaf – de belastbare opbrengst – leidt tot een willekeurige en onredelijke belastingheffing, is dat niet genoeg om de verordening daarom onverbindend te achten. Natuurlijk gaat het te ver te zeggen dat de wetgever die willekeur en onredelijkheid nu juist wel op het oog heeft gehad, maar evenmin is het zo dat hij zulk een resultaat niet kan hebben beoogd. *BNB*-annotator H.J. Hofstra vat de kwestie aldus samen. 'Voor de onverbindendverklaring is (...) niet voldoende dat van een willekeurige en onredelijke belastingheffing kan worden gesproken (...), maar tevens is nodig dat de wetgever deze consequenties "bij het toekennen van de bevoegdheid tot het heffen van de (desbetreffende) belasting niet op het oog kan hebben gehad".'

2.3 Het rechtszekerheidsbeginsel

De terugwerkende kracht van wettelijke regelingen is buiten het belastingrecht al sinds vele jaren onderwerp van kritische beschouwingen. Pas

de laatste tien jaar krijgt dit fenomeen ook in de fiscale literatuur meer aandacht.[18] Het was vaste jurisprudentie dat bijvoorbeeld de gemeentelijke wetgever aan zijn belastingverordeningen terugwerkende kracht mocht verlenen, omdat artikel 4 Wet AB 'de wetgever in het algemeen, en dus ook de gemeentelijke wetgever, niet verbiedt aan zijn voorschriften terugwerkende kracht te verlenen, doch alleen de rechter de bevoegdheid ontzegt, zulks eigenmachtig te doen', aldus onder meer HR 13 januari 1971, *BNB* 1971, 44. In 1979 wordt deze rechtspraak gewijzigd in die zin dat het algemene rechtsbeginsel der rechtszekerheid in de weg zou kunnen staan aan het verlenen van terugwerkende kracht aan een belastingverordening.

In HR 7 maart 1979, *BNB* 1979, 125, betreffende de onroerendgoedbelastingen van de gemeente Rotterdam, overwoog de Hoge Raad namelijk (ambtshalve!) 'dat nog de vraag zou kunnen rijzen of de voorschriften van Grondwet en gemeentewet omtrent belastingheffing door gemeenten niet geacht moeten worden de gemeentelijke wetgever slechts dan de vrijheid te laten om ten nadele van de burgers af te wijken van het op de eisen der rechtszekerheid berustende rechtsbeginsel dat wetgevende maatregelen alleen voor de toekomst behoren te gelden, indien zulks door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd, en of daaruit niet moet worden afgeleid dat de rechter in zodanig geval heeft na te gaan, of die wetgever, gelet op de door hem blijkens de tekst van de verordening of de daarop gegeven toelichting ter rechtvaardiging van zulk een afwijking in aanmerking genomen omstandigheden, in redelijkheid kon oordelen dat die afwijking daardoor werd gerechtvaardigd.'

De Hoge Raad liet die vragen in het midden omdat in het berechte geval het terugwerken van het nieuwe, hogere tarief 'voor de belastingplichtigen in zodanige mate voorzienbaar was, dat van inbreuk op de eisen der rechtszekerheid niet kan worden gesproken'.

In HR 24 oktober 1984, *BNB* 1985, 59, betreffende het rioolrecht van de gemeente Havelte, werd wederom een geval berecht waarin aan een verordening terugwerkende kracht was verleend. Ook deze heffing was in zodanige mate voorzienbaar dat sprake was van een bijzondere omstandigheid die rechtvaardigde dat werd afgeweken van het op de eisen der rechtszekerheid berustende rechtsbeginsel dat wetgevende maatregelen voor de toekomst behoren te gelden.

De voorzienbaarheid is dus een bijzondere omstandigheid en in dit geval – en eveneens in dat van 1979 – was die voorzienbaarheid kennelijk zo evident dat de marginale toets of de gemeentelijke wetgever in redelijkheid tot het aan de verordening verlenen van terugwerkende kracht kon oordelen, niet eens behoefde te worden gedaan. Voor meer duidelijkheid is dus het wachten op een minder evident geval.

Opvallend is trouwens dat de Hoge Raad hier het rechtszekerheidsbeginsel niet ziet als een ongeschreven rechtsbeginsel, maar als een begin-

sel dat zou zijn neergelegd in de wet (Grondwet en gemeentewet), dus als een ongeschreven rechtsregel. In welke wetsartikelen dat beginsel dan wel zou zijn geformuleerd, wordt echter niet vermeld, hetgeen doet vermoeden dat zulk een artikel niet valt aan te wijzen. In ieder geval heb ik er geen kunnen vinden. Langereis[19] is zelfs nog wat stelliger: 'dat, zoals de Hoge Raad oppert, uit de Grondwet en de gemeentewet een verbod valt te distilleren om anders dan in bijzondere omstandigheden met terugwerkende kracht te heffen, is uiterst dubieus'. De conclusie moet dus welhaast zijn dat hier sprake is van een directe toetsing van de verordening aan een algemeen rechtsbeginsel.

Aan de andere kant zou het ook zo kunnen zijn dat de Hoge Raad het hier gehanteerde rechtszekerheidsbeginsel ziet als een variant van het legaliteitsbeginsel dat wel in de belastingwetgeving is terug te vinden; zie noot 22. De materiële belastingschuld ontstaat uit de wet c.q. verordening. De aanslag is slechts de formalisering van die schuld; zij werkt dus declaratoir en niet constitutief.[20] Indien nu aan een (wijzigings)verordening terugwerkende kracht wordt verleend, betekent dat dat de materiële belastingschuld achteraf blijkt te zijn ontstaan op een moment waarop die (wijzigings)verordening er nog helemaal niet was, hetgeen niet met elkaar valt te rijmen. Aldus geredeneerd zou aan een (wijzigings)verordening nimmer terugwerkende kracht kunnen worden verleend en kan de door de Hoge Raad geformuleerde uitzondering niet worden verklaard. Ik houd het er dan ook op dat het legaliteitsbeginsel hier niet aan de orde is.

Soms is zo'n op de eisen der rechtszekerheid gebaseerd rechtsbeginsel wel met zoveel woorden in de wet opgenomen. Dat is bijvoorbeeld het geval met de bouwgrondbelasting. Blijkens het bepaalde in artikel 274 tweede lid, van de gemeentewet, moet tot heffing van een bouwgrondbelasting worden besloten binnen één jaar nadat de in dat voorschrift bedoelde voorzieningen van openbaar nut zijn voltooid.

In HR 17 december 1980, *BNB* 1981, 21, betreffende de bouwgrondbelasting van de gemeente Oostdongeradeel, oordeelde de Hoge Raad 'dat dit voorschrift, blijkens de (...) wetsgeschiedenis ten doel heeft te voorkomen dat belanghebbenden gedurende langere tijd in onzekerheid verkeren omtrent de vraag of bouwgrondbelasting zal worden geheven danwel omtrent de hoogte van die belasting'. Wederom het rechtszekerheidsbeginsel maar nu evident in de wet neergelegd.

Ook in andere zin speelt de rechtszekerheid een belangrijke rol. Een belastingverordening moet duidelijke criteria bevatten, waaruit de belastingplichtige zijn rechten en plichten kan kennen.[21] Vaagheid is derhalve uit den boze. Die eis is terug te voeren op het in fiscalibus allesoverheersende legaliteitsbeginsel[22] dat bijvoorbeeld voor de gemeentelijke heffingen nader is uitgewerkt in artikel 270 van de gemeentewet.

Bij wijze van voorbeeld kunnen twee recente arresten worden genoemd:

HR 13 februari 1985, *BNB* 1985, 172, betreffende de verontreinigingsheffing van het Hoogheemraadschap Uitwaterende Sluizen, en HR 22 juli 1985, *BNB* 1985, 259 betreffende de leges van de gemeente Wymbritseradeel.

In *BNB* 1985, 127 was artikel 12 van de heffingsverordening aan de orde. Bij dat artikel was aan het Dagelijks Bestuur van het schap de bevoegdheid gegeven een correctiefactor vast te stellen waarmee de zogenaamde piekcorrectie kon worden aangebracht. Die bevoegdheid was enkel gebonden aan de eis dat de piekcorrectiefactor moest worden vastgesteld 'afhankelijk van het effect van die wijze van afvoer'. Volgens de Hoge Raad is 'het in artikel 12 voorkomende criterium voor de vaststelling van de hoogte van de correctie zo vaag dat de heffingsplichtigen niet in staat zijn de omvang van hun te dezen uit de Verordening voortvloeiende verplichtingen te leren kennen, terwijl dit criterium ook aan de rechter onvoldoende mogelijkheden biedt om de juistheid van de aanslagen, waarin een piekcorrectie is verwerkt, te controleren'.

BNB 1985, 259 handelt over leges verschuldigd terzake van de verkrijging van een hinderwetvergunning. Het probleem was dat in de desbetreffende verordening (artikel 32, aanhef en onder 5 en 6) was voorgeschreven dat het basistarief zou worden 'verhoogd met de publikatiekosten die door de gemeente moeten worden gemaakt in verband met de toepassing van de Wet Algemene Bepalingen Milieuhygiëne' en 'met de kosten van de ten behoeve van de belanghebbende door de gemeente in te winnen externe adviezen'. Het basistarief was f 39,–, de publikatiekosten beliepen f 239,62 en de advieskosten bedroegen f 18.713,60, vermeerderd met f 3.368,45 aan omzetbelasting. Het geschil betrof de advieskosten, waarvan de belanghebbende niet meer wilde betalen dan f 10.500,– plus 18% BTW, ofwel f 12.390,–.

Het Hof stelde belanghebbende in het ongelijk. Naar aanleiding van diens cassatieberoep vernietigde de Hoge Raad 's Hofs uitspraak ambtshalve. De desbetreffende rechtsoverwegingen neem ik hierna integraal op, niet zozeer omdat zij ambtshalve gegeven zijn, want dat is schering en inslag in belastingzaken, maar omdat de Hoge Raad een fraaie afweging maakt tussen enerzijds het beginsel van de kenbaarheid en anderzijds de wetsgeschiedenis.

De Hoge Raad overwoog het volgende:

'1. Artikel 270 van de gemeentewet bepaalt dat een gemeentelijke belastingverordening in de daartoe leidende gevallen de in die bepaling genoemde gegevens moet vermelden.
Met de woorden "in de daartoe leidende gevallen" is blijkens de memorie van toelichting (bladzijde 23, linker kolom) behorende bij het wetsontwerp dat heeft geleid tot evenvermelde bepaling, beoogd tot uitdrukking te brengen dat de desbetreffende gegevens slechts in de verordening behoeven te worden opgenomen voorzover zulks met het oog op de aard van de belasting mogelijk en nodig is.

2. Wat betreft het tarief brengt zulks mede, dat de verordening niet – zoals artikel 269 (oud) van de gemeentewet voorschreef – het bedrag van de belasting behoeft te vermelden, maar dat ook op andere wijze kan worden aangegeven tot welke belastingverplichtingen het belastbare feit leidt, mits daarbij op voldoende duidelijke wijze aan de belastingplichtige inzicht wordt gegeven in het beloop van het van hem te heffen bedrag.
3. Artikel 32, aanhef en onder 5 en 6, van de Legesverordening houdt in dat tot de leges verschuldigd voor de in artikel 32, aanhef en onder 1 tot en met 4, vermelde diensten tevens behoren de aldaar nader omschreven – door de gemeente ten behoeve van de aanvrager van de vergunning gemaakte – publikatiekosten en kosten van externe adviezen.
   Deze bepalingen laten de belastingplichtige die een hinderwetvergunning wil aanvragen, in het onzekere omtrent de vraag tot welk bedrag door de gemeente publikatiekosten zullen worden gemaakt en of in zijn geval een extern adviesbureau zal worden ingeschakeld en, zo ja, welke omvang de adviesaanvraag zal hebben en welke kosten daaraan zullen zijn verbonden. Zij stelt de belastingplichtige mitsdien niet in staat de omvang van de voor het afgeven van de vergunning verschuldigde leges te leren kennen en is daarom niet in overeenstemming met het bepaalde in artikel 270 van de gemeentewet.
4. Aan het vorenoverwogene onder 3 doet de in de memorie van antwoord (bladzijde 19, linker kolom) bij meerbedoeld wetsontwerp voorkomende opmerking dat kosten van deskundigen bij hinderwetvergunningen door de gemeenten volledig aan de belanghebbenden kunnen worden doorberekend, niet af omdat daarbij niet kan zijn gedacht aan een wijze van doorberekening die de belastingplichtige op de zojuist bedoelde wijze in het onzekere laat omtrent de omvang van zijn verplichtingen.'

BNB-annotator A.L.C. Simons meent dat de door de Hoge Raad gemaakte afweging een keuze impliceert tussen twee ongelijksoortige grootheden. Terecht merkt hij op dat de kenbaarheid voor de belastingplichtige – als principe van de belastingheffing – van hogere orde is dan een feitelijke constatering in een memorie van antwoord. Volgens Simons zou toetsing, behalve aan artikel 270 van de gemeentewet zoals de Hoge Raad deed, ook kunnen plaatsvinden aan artikel 104 van de Grondwet. Die opvatting lijkt mij niet juist omdat artikel 104 de rijksbelastingen regelt en het hier gaat om een gemeentelijke heffing. Voorts is Simons van oordeel dat, indien onze wetgeving evengenoemde concrete bepalingen niet zou kennen, toetsing aan algemene rechtsbeginselen zou moeten plaatsvinden.

Ook legt de annotator een link met de willekeurige en onredelijke

belastingheffing: 'De formulering van de HR onder 4 dat met de opmerking in de M.v.A. inzake een kostendoorberekening niet kan zijn gedacht aan een wijze van doorberekening die de belastingplichtige in het onzekere laat omtrent de omvang van zijn verplichtingen ligt op hetzelfde vlak als de meerdere malen gebruikte overweging inzake "onredelijke en willekeurige belastingheffing die de wetgever niet kan hebben bedoeld". Dit is uiteraard abstract bedoeld en tendeert naar een toetsing aan algemene beginselen van behoorlijke wetgeving, hoe omstreden dit begrip ook is en hoe voorzichtig ook dit begrip geïntroduceerd mag en kan worden. Met betrekking tot de wetgeving van de lagere overheid is die toetsing meer concreet aanwezig.'

2.4 Het vertrouwensbeginsel

In deze paragraaf wil ik onderzoeken of, en zo ja in hoeverre, gedragingen van de wetgever of van de Kroon, danwel gedragingen die aan de wetgever of aan de Kroon kunnen worden toegerekend, van invloed kunnen zijn op de rechtskracht van algemeen verbindende regels. Voor alle duidelijkheid: het gaat mij niet om de wijze waarop die regels dienen te worden geïnterpreteerd, maar om de vraag of die regels al dan niet verbindend zijn, al is het onderscheid niet altijd scherp te maken. Het vertrouwensbeginsel speelt daarbij in tweeërlei opzicht een rol: als beginsel van behoorlijke wetgeving en als beginsel van behoorlijk bestuur.

In zijn conclusie voor HR 23 juni 1982, *BNB* 1983, 15, onderscheidt Advocaat-Generaal mr. Mok het vertrouwensbeginsel naar zijn drie verschillende gradaties in de toepassing ervan.

Als eerstegraads vertrouwensregel duidt hij aan 'de regel volgens welke het bestuur binnen de beleidsruimte die het aan de wet ontleent, verwachtingen die het bij de burger heeft opgewekt moet honoreren'.

Van een tweedegraads vertrouwensbeginsel is sprake bij toepassing van dat beginsel contra legem. Gewekte verwachtingen moeten worden gehonoreerd zelfs als dit voor de burger tot een gunstiger resultaat leidt dan uit de wet volgt.

Het derdegraads vertrouwensbeginsel vloeit voort uit de opvatting 'dat algemene rechtsbeginselen, waaronder algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dus ook het vertrouwensbeginsel, zouden prevaleren boven wettelijke voorschriften (...). In die opvatting zou de rechter wettelijke voorschriften, waarvan hij tot de bevinding komt dat zij in strijd zijn met een algemeen rechtsbeginsel, buiten toepassing moeten laten (of onverbindend verklaren) op dezelfde wijze waarop hij dat doet wanneer hij tot de bevinding komt dat lagere wettelijke voorschriften in strijd zijn met hogere'.

De Advocaat-Generaal vraagt zich verder dan nog af 'welke instantie verwachtingen zou kunnen wekken waarvan de honorering een hoger

beginsel is dan de wet zelf'. Volgens hem zou dat 'tenminste de instantie moeten zijn die het wettelijk voorschrift heeft uitgevaardigd, danwel een hogere instantie. Een gemeentelijke verordening zou men dan mogen toetsen aan verwachtingen, gewekt door de Raad, evt. door de Kroon, of door de wetgever in formele zin'.

Volgens mr. Mok toetst de Hoge Raad wettelijke voorschriften, daaronder begrepen gemeentelijke verordeningen, niet aan algemene rechtsbeginselen, maar – zo merkt hij op – 'de fiscale rechtspraak over willekeurige en onredelijke belastingheffing gaat wel die kant op'. Hetzelfde geldt, zo zagen wij in paragraaf 2.3, voor de jurisprudentie betreffende de terugwerkende kracht van belastingverordeningen, waarin het rechtszekerheidsbeginsel centraal staat.

Hoe staat het nu met het vertrouwensbeginsel? Kent het belastingrecht een zogenaamde derdegraads vertrouwensregel? Advocaat-Generaal Mok meent van niet, maar ik vraag mij af of bij die stellige ontkenning niet enige sporen van – desnoods alleen maar wetenschappelijke – twijfel kunnen worden gezaaid.

In de casus die leidde tot het arrest HR 5 september 1979, *BNB* 1979, 309, betreffende de onroerend-goedbelastingen van de gemeente Spijkenisse, stond vast dat de aan belanghebbende opgelegde aanslagen in overeenstemming waren met de door de gemeentelijke wetgever vastgestelde belastingverordening. Belanghebbende poneerde de stelling[23] 'dat die aanslagen niettemin op een lager bedrag hadden behoren te zijn vastgesteld teneinde een daartoe strekkend vertrouwen van belanghebbende te honoreren, dat zou zijn opgewekt, niet door de gemeentelijke overheid maar door de Minister en de Staatssecretaris van Financiën met uitlatingen in het kader van de parlementaire behandeling van de bepalingen van de gemeentewet, welke de Gemeente tot het heffen van de onderwerpelijke belastingen de bevoegdheid verlenen'. Volgens belanghebbende was de verwachting gewekt dat de vervanging van de grond- en straatbelasting door de gemeentelijke onroerend-goedbelastingen niet of nauwelijks tot een lastenverzwaring voor eigenaren van onroerende goederen zou leiden.

Het Hof verwierp die stelling omdat – kort gezegd – er geen strijd was met artikel 273 van de gemeentewet, er evenmin sprake was van een willekeurige en onredelijke belastingheffing, terwijl ook anderszins geen feilen aan de verordening kleefden.

De Hoge Raad ging een heel andere kant uit:

'dat in het midden kan blijven, of (...) plaats is voor de (hierboven verwoorde, JWI) stelling (...);

dat immers de daartoe te dezen door belanghebbende aangevoerde uitlatingen van voormelde bewindslieden niet een vertrouwen ten aanzien van door de Gemeente te volgen gedragslijn kunnen hebben opgewekt, waarop belanghebbende zich tegenover de Gemeente in redelijkheid mag beroepen'.

Vervolgens ging de Hoge Raad aan de hand van diverse citaten uitgebreid in op hetgeen tijdens de parlementaire behandeling is gevraagd en geantwoord, om tenslotte te concluderen 'dat uit het vorenstaande volgt dat een individuele belastingplichtige, gelijk belanghebbende, aan vorengeciteerde antwoorden van de Minister en de Staatssecretaris van Financiën op hun tijdens het mondelinge overleg in de bijzondere commissie gestelde vragen niet het vertrouwen heeft kunnen ontlenen, dat de vervanging van de grondbelasting en de straatbelasting door de onroerend-goedbelastingen voor hem niet of nauwelijks tot hogere heffingen zou leiden'.

Zetten wij dit arrest tegenover HR 7 januari 1970, *BNB* 1970, 78, het arrest waarin voor het eerst met een beroep op het vertrouwensbeginsel een resolutie werd toegepast. In *BNB* 1970, 78, dat overigens een rijksbelasting betrof, deed belanghebbende, behalve op die resolutie, ook een beroep op de memorie van toelichting bij het ontwerp van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

Dienaangaande overwoog de Hoge Raad:

'dat het Hof naar aanleiding van dit beroep terecht heeft overwogen dat op zichzelf de afwijking van het in de genoemde plaats in de M.v.T. tot uitdrukking gebrachte voornemen de nietigheid van een in overeenstemming met de voorschriften van de wet opgelegde aanslag nog niet meebrengt'.

Werd in *BNB* 1970, 78 nog zonder meer geoordeeld dat een in een memorie van toelichting gedane toezegging op zichzelf niet tot toepassing van het vertrouwensbeginsel kan leiden, in *BNB* 1979, 309 ging de Hoge Raad het probleem uit de weg door te overwegen dat er helemaal geen – al dan niet te honoreren – vertrouwen was gewekt, zodat het beroep op het vertrouwensbeginsel feitelijke grondslag bleek te missen. Duidt het verschil in aanpak tussen beide arresten nu op een kleine maar wel wezenlijke koerswijziging? Ik durf die vraag niet – ontkennend of bevestigend – te beantwoorden. Wel wil ik nog de volgende kanttekeningen plaatsen.

In 1972 bekritiseerde J. van Soest op de in dat jaar gehouden Belastingconsulentendag het, wat hij noemde, strenge verschil tussen toezeggingen gedaan tijdens de parlementaire behandeling van een wetsontwerp en toezeggingen gedaan in resoluties.[24]

'Met het honoreren van (eerstbedoelde, JWI) toezeggingen zou men dicht in de buurt blijven van wetshistorische interpretatie, maar het is mogelijk dat bijvoorbeeld de wettekst zo duidelijk is, dat dat niet helpt. Maar dan is de tekst toch tot stand gekomen na toezegging van de minister van Financiën, die niet alleen vertegenwoordiger van de Kroon bij het wetgeven is, maar mede hoofd van de belastingadministratie, ten overstaan van onze volksvertegenwoordigers, die het punt blijkbaar belangrijk genoeg vonden om erover te praten. Is het niet evident onbe-

hoorlijk bestuur, indien die toezegging in een concreet geval niet gehonoreerd zou worden?', aldus Van Soest.

Maar stel dat belanghebbendes klacht in *BNB* 1979, 309 nu eens wel juist was geweest en dat de bewindslieden van Financiën inderdaad met zoveel woorden zouden hebben gezegd dat invoering van de onroerendgoedbelastingen voor de individuele burger geen lastenverzwaring met zich zou brengen. Zou er dan geen sprake zijn van onbehoorlijke wetgeving indien een gemeentelijke onroerend-goedbelastingverordening een zodanig tarief zou bevatten dat een belastingplichtige veel meer belasting zou moeten betalen dan voorheen het geval was? Strijd met de wet is er niet, want behoudens de limieten van artikel 273, negende lid, van de gemeentewet behelst die wet geen tariefsvoorschriften; hetzelfde geldt voor het Besluit OGB. Blijft over strijd met een algemeen rechtsbeginsel, het vertrouwensbeginsel in dit geval, en wel de derdegraads vertrouwensregel van Mok, waarover ik op blz. 143 sprak.

H.J. Hofstra[25] is dit alles een gruwel. Enkele citaten spreken boekdelen. 'De vraag naar de rechtsgeldigheid van de verordening (...) heeft met buitenwettelijke rechtsbeginselen niets te maken', want 'een toetsing van de wet aan (...) "algemene beginselen van behoorlijke wetgeving" (...) kent ons recht niet.'

Opvallend is dat Hofstra zich daarbij niet alleen beroept op artikel 131 (oud) tweede lid van de Grondwet – op de onschendbaarheid van de wet in formele zin dus, waarover ik het hier niet wil hebben omdat ik slechts de rechtskracht van verordeningen onderzoek –, maar ook op artikel 11 Wet Algemene Bepalingen, een bepaling die ook ziet op de wet in materiële zin. Ik noem dat opvallend omdat ik tijdens de studie voor dit geschrift dat argument talloze keren ben tegengekomen bij diegenen die van toetsing van algemeen verbindende voorschriften überhaupt niets moesten hebben. Toen ging het om toetsing aan de wet, thans gaat het om toetsing aan het recht. Die wetmatigheidtoets is niet in strijd met artikel 11 Wet Algemene Bepalingen, omdat 'de toetsing eener plaatselijke verordening aan de wet niet is begrepen onder de beoordeling van hare innerlijke waarde, dat is hare deugdelijkheid en gepastheid en hare billijkheid', aldus reeds HR 2 december 1864, *W* 2646.

Ruim 120 jaar later oordeelt de Hoge Raad (HR 16 mei 1986, nr. 12818, *RvdW* 1986, 110) 'dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat de rechter een (...) niet door de formele wetgever gegeven voorschrift onverbindend (...) kan oordelen op de grond dat sprake is van willekeur (...).' Wel is het zo, aldus de Hoge Raad, dat 'zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in ons staatsbestel, zoals deze mede in art. 11 Wet Algemene Bepalingen tot uiting komt, meebrengen dat hij (...) bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten.' Bij die rechtmatigheidstoetsing 'heeft de rechter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen'.

Weliswaar is zowel het arrest van 1864 als dat van 1986 gewezen door de burgerlijke kamer van de Hoge Raad, maar ik zie niet in dat de gegeven oordelen niet evenzeer zouden kunnen gelden voor het belastingrecht.

Ik laat de beginselen van behoorlijke wetgeving nu even terzijde omdat het niet die beginselen zijn waarover ik het hier bij deze bespreking van het vertrouwensbeginsel wil hebben. Wel wil ik bezien of, en zo ja, in hoeverre, het vertrouwensbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur een rol speelt bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften.

Wij hebben op blz. 145 gezien hoe Van Soest zich op de Belastingconsulentendag 1972 kritisch heeft uitgelaten over het oordeel van de Hoge Raad in *BNB* 1970, 78 dat toezeggingen gedaan door de verantwoordelijke bewindsman tijdens de parlementaire behandeling van een wetsontwerp niet kunnen worden gehonoreerd. Anders dan Van Soest meent Hofstra,[26] 'dat tijdens de parlementaire behandeling gedane uitspraken – daargelaten hun betekenis voor de interpretatie van de desbetreffende wettekst – ook principieel geen te honoreren subjectieve verwachtingen kunnen opwekken dat de wet ten aanzien van één of meer belastingplichtigen die daarop hebben vertrouwd anders zal worden toegepast dan zoals zij tenslotte is komen te luiden'.

De gevolgen van dergelijke toezeggingen zijn dus onzeker. Wel zeker zijn de gevolgen van toezeggingen gedaan in resoluties. Het vertrouwensbeginsel brengt mee dat die toezeggingen wel worden gehonoreerd, zelfs als zij contra-legem zijn (de tweedegraads vertrouwensregel van Mok). Het betreft hier echter de administratieve uitvoering van een algemeen verbindend voorschrift betrekking hebbend op een rijksbelasting en niet de totstandkoming van een dergelijk voorschrift. Belastingen van de lagere overheden verschillen in zoverre van rijksbelastingen dat de verordeningen op grond waarvan eerstbedoelde belastingen worden geheven, willen zij verbindende kracht krijgen, moeten worden goedgekeurd door de Kroon (zie bijv. artikel 271 van de gemeentewet). Een niet goedgekeurde verordening verbindt niet.

Ik ga hier niet in op de aard van het goedkeuringsrecht, maar het lijkt mij dat ik niets te veel zeg als ik stel dat, waar algemeen aanvaard is dat goedkeuren niet (mede) wetgeven is,[27] de Kroon haar goedkeuringswerk verricht in het kader van haar bestuurstaak. Misschien gaat het om een specifieke bestuurstaak met een eigen karakter, maar dat lijkt mij voor ons onderwerp van ondergeschikt belang. Bij de uitoefening van die bestuurstaak kan de Kroon een beleid voeren. Op het gebied van bijvoorbeeld de gemeentelijke belastingen gebeurt dat de laatste jaren ook. De Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken, die onder meer verantwoordelijk is voor de gemeentelijke belastingen, stuurt als vertegenwoordiger van de Kroon regelmatig circulaires het land in waarin hij zijn beleid (en dus het beleid van de Kroon) bekend maakt. Laat ik een voorbeeld geven.

In de circulaire van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken van 16 februari 1982, nr. FB82/U104, *Stcrt.* 1982, nr. 42, is bekendgemaakt welke norm in het kader van de Koninklijke goedkeuring wordt aangehouden bij de beoordeling van het maximale tarief van de forenzenbelasting die krachtens artikel 275 van de gemeentewet kan worden geheven.[28] Denkbaar is dat een gemeente die circulaire aan haar laars lapt en een forenzenbelastingverordening vaststelt waarin geen of een te hoog maximumtarief is opgenomen. Wel voldoet de verordening geheel aan de wettelijke eisen. Evenzeer denkbaar is dat deze verordening er bij Gedeputeerde Staten en Binnenlandse Zaken tussendoor glipt en wordt goedgekeurd. Vervolgens wordt aan een belastingplichtige een aanslag opgelegd, die is berekend naar een hoger tarief dan volgens de circulaire is toegestaan. Deze belastingplichtige is op de hoogte van de circulaire en maakt bezwaar tegen de hem opgelegde aanslag met de stelling dat hij erop mocht vertrouwen dat gemeente en Kroon zich aan de circulaire zouden houden en dat de aanslag mitsdien moet worden vernietigd, c.q. verminderd.

Een eerste vraag die rijst is of de Kroon wel bevoegd is aan de gemeenten voor te schrijven welk maximumtarief zij voor de forenzenbelasting mogen hanteren. Het lijkt mij dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord, omdat het algemeen aanvaard is dat de rijksoverheid een inkomens- en prijspolitiek voert en er van dat beleid niets terecht komt indien lagere overheden met hun belastingpolitiek daarop inbreuk zouden kunnen maken. Dat de Kroon in dat kader haar beleid kenbaar maakt, dient slechts de doelmatigheid.

Een tweede kwestie is of een circulaire van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken bij een belastingplichtige verwachtingen kan wekken die een gemeente moet honoreren. Voor de oplossing van die kwestie dient te worden onderscheiden in verwachtingen die de gemeente bij haar *wetgevende* taak moet honoreren en verwachtingen die zij bij haar *bestuurlijke* taak moet waarmaken. Het komt mij voor dat de staatssecretaris een gemeente niet kan voorschrijven hoe zij een eenmaal goedgekeurde gemeentelijke belastingverordening moet uitvoeren, laat staan dat hij die gemeente kan opdragen die verordening contra-legem uit te voeren. Bovendien gaat het niet om verwachtingen die door de gemeente zijn gewekt, terwijl die verwachtingen evenmin aan haar kunnen worden toegerekend. Ook de andere weg loopt dood. Het kenbaar maken van het eigen goedkeuringsbeleid is wel wat anders dan het geven van voorschriften over het in de verordening op te nemen tarief. Die laatste bevoegdheid zou dan in de wet moeten zijn vastgelegd. Zulk een bepaling ontbreekt echter. Artikel 303 van de gemeentewet lijkt er op doch handelt slechts over de techniek van heffing en invordering.[29]

Komen wij bij het derde probleem. Is de Kroon gehouden haar eigen beleidsregels na te komen? Bevestigende beantwoording lijkt evident, maar wie kan haar daartoe dwingen en hoe? Het spreekt vanzelf

dat het parlement in het kader van zijn controlerende taak de terzake verantwoordelijke bewindsman, de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken, op het matje kan roepen; de 'gewone' politieke controle derhalve. Als die controle voldoende zou zijn, hadden wij geen (administratieve) rechters nodig en ook geen Nationale ombudsman. Ook de burgerlijke rechter zou door de belanghebbende met een actie uit onrechtmatige daad kunnen worden geadieerd, maar dat spreekt mij in dit soort typische bestuursrechtelijke zaken niet aan. De Arob-rechter is uitgesloten omdat een goedkeuringsbesluit een besluit van algemene strekking is, dat het aan het oordeel van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State is onttrokken. Het meest voor de hand ligt naar mijn mening het probleem via de belastingrechter op te lossen. Een aparte rechtsgang waarbij vooraf het goedkeuringsbesluit wordt getoetst, is ook denkbaar. We raken dan aan het algemene probleem van de actie tegen algemeen verbindende regels waarover – als ik het wel heb – in bestuursrechtelijke kringen verschillend wordt gedacht. In het onderhavige geval is zo'n aparte rechtsgang trouwens helemaal niet nodig. De belastingrechter is immers als administratieve rechter bevoegd handelingen van de administratie te toetsen. Een goedkeuringsbesluit is zo'n administratieve handeling waarover de belastingrechter heel goed een oordeel kan uitspreken. De redenering is dan de volgende.

Belanghebbende maakt bezwaar tegen de hem opgelegde aanslag en na de ongetwijfeld voor hem negatieve uitspraak van B en W gaat hij in beroep bij het Hof. Het Hof constateert dat de aanslag in overeenstemming met de verordening is opgelegd en dat de verordening niet strijdt met de wet, maar dat aan het goedkeuringsbesluit een gebrek kleeft. Een gebrekkig goedkeuringsbesluit mist rechtskracht, is nietig. De verordening is dus niet goedgekeurd en derhalve onverbindend. De aanslag is opgelegd op grond van een onverbindende verordening, is dus onrechtmatig en moet derhalve worden vernietigd.

De zwakke stee in deze redenering zit in de nietigverklaring van het goedkeuringsbesluit en dan niet zozeer in de nietigverklaring als zodanig, want dat kan zoals ik hierna zal uiteenzetten, maar in de motivering ervan.

In verreweg de meeste gevallen gaat de Koninklijke goedkeuring schuil achter de belastingverordening zelf en wordt die verordening op haar rechtmatigheid getoetst. Doch een enkele maal is ook het goedkeuringsbesluit aan een nader onderzoek onderworpen en door de rechter beoordeeld. Zulk een geval deed zich voor in HR 21 november 1951, *NJ* 1952, 2, *AB* 1952, 488, en betrof een overschrijding van de bevoegdheid van de Kroon. Ter goedkeuring was aangeboden een legesverordening van de gemeente Ooststellingwerf welke verordening voor onbepaalde termijn zou gelden. De Kroon keurde de verordening echter goed voor een bepaalde termijn, evenwel zonder dat daarvoor een wettelijke basis aanwezig was.[30]

De Hoge Raad overwoog:

'dat het Koninklijk goedkeuringsrecht (...) naar zijn aard niet insluit de bevoegdheid om door toevoeging aan de goedkeuringsbeschikking van een tijdsbepaling de gelding der verordening te verbinden aan een anderen tijdsduur dan uit den inhoud der verordening zelve voortvloeit;

dat toch de goedkeuring van zodanige verordening enkel strekt tot de vervulling van de voorwaarde, waaraan volgens de wet moet worden voldaan teneinde de verordening verbindend te doen worden, doch die goedkeuring aan den inhoud der verordening ook met betrekking tot haar geldingsduur niets kan toevoegen of afdoen, hetgeen door beperking der goedkeuring tot een bepaalden tijd in wezen zou geschieden;

dat hieruit volgt, dat, indien niettemin aan de goedkeuring een zodanige tijdsbepaling wordt verbonden, die goedkeuring niet is te beschouwen als een goedkeuring in den zin van art. 271 der Gemeentewet'.

De conclusie was derhalve dat de legesverordening niet goedgekeurd en dus onverbindend was. Kleeft er aan het goedkeuringsbesluit een gebrek, hetzij materieel, hetzij formeel, dan is het besluit niet rechtsgeldig. De verordening is dan niet goedgekeurd en mitsdien onverbindend.

Hoewel een kwestie als zojuist besproken zich – als gezegd – thans niet meer kan voordoen, maakt deze rechtspraak wel duidelijk dat de rechtsgeldigheid van een goedkeuringsbesluit wel degelijk kan worden onderzocht. Een dergelijke rechtmatigheidstoets zou zich ook kunnen uitstrekken tot het ongeschreven recht, de algemene rechtsbeginselen. Pogingen om de belastingrechter te verleiden zulks te doen zijn tot op heden altijd mislukt. Ik noem enkele voorbeelden.

HR 26 juni 1968, *BNB* 1968, 178 betrof de precarioverordening van de gemeente Haarlem. In het jaar waarop de aanslag betrekking had – 1965 – mochten ook de precariorechten niet hoger zijn dan nodig was om aan de belastingheffende gemeente een matige winst te verzekeren.[31]

Belanghebbende, een benzinepomphouder, betoogde in alle instanties dat noch hij, noch de Kroon, enig inzicht had in de door de gemeente beweerdelijk gemaakte kosten en dus niet de vraag kon beantwoorden of het tarief inderdaad niet hoger was dan nodig om een matige winst te verzekeren. Belanghebbende had wel naar die kosten gevraagd, doch geen bevredigend antwoord gekregen. De activiteiten van de Kroon in deze bleven onder tafel. De pomphouder ving bot bij het Hof en ging in cassatie.

Het vijfde onderdeel van het cassatiemiddel luidde dat het Hof het recht had geschonden 'omdat de administratieve rechter in belastingzaken bevoegd is de goedkeuring van de Kroon te toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het beginsel van afwezigheid van willekeur, hebbende het Gerechtshof in strijd met het recht en/of zijn motiveringsplicht nagelaten te onderzoeken, (...) of de

Kroon in redelijkheid tot het oordeel is kunnen komen dat in deze niet meer dan een matige winst aan de Gemeente verzekerd was en dat voldaan was aan het voorschrift dat de tarieven in de Verordening tot geen hoger bedrag worden goedgekeurd dan vereist wordt om een matige winst aan de Gemeente te verzekeren'. De Hoge Raad overwoog omtrent dit onderdeel: 'dat, zo al denkbaar is, dat in een geding voor de belastingrechter de stelling wordt opgeworpen en aannemelijk gemaakt, dat een verordening als te dezen aan de orde is door de Kroon ten onrechte is goedgekeurd, omdat deze in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen, dat de heffing tot geen hoger bedrag is vastgesteld, dan vereist wordt om aan de Gemeente een matige winst te verzekeren, door belanghebbende, voor zover uit de bestreden uitspraak en de gedingstukken blijkt, geen feiten zijn gesteld, die een zodanige conclusie zouden kunnen rechtvaardigen'.

De stelling, waarvan de Hoge Raad in twijfel trekt of deze überhaupt wel kan worden opgeworpen en aannemelijk gemaakt, miste dus feitelijke grondslag en behoefde derhalve niet door de cassatierechter te worden beoordeeld. Maar hoe zou het oordeel van de Hoge Raad hebben geluid indien de stelling nu eens niet feitelijke grondslag zou hebben ontbeerd?

Vermoedelijk negatief zou ik menen. In de eerste plaats omdat de Hoge Raad in 1968 nog niet toe was aan een toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur; dat kwam pas voorzichtigerwijs in 1970 (HR 7 januari 1970, *BNB* 1970, 78 en wat ruimer in 1978 met de bekende doorbraakarresten (HR 12 april 1978, *BNB* 1978, 135, 136 en 137). En ten tweede omdat de Hoge Raad zich altijd verre heeft gehouden van een oordeel of een bepaalde retributie (meer dan) een matige winst opleverde; ik verwijs daarvoor naar paragraaf 1.2.

De opgeworpen stelling kwam dus te vroeg en betrof een verkeerde heffing; zij zou derhalve hoe dan ook hebben gefaald.

Ik heb mij afgevraagd of een belastingplichtige vandaag de dag meer succes zou hebben met een stelling als zojuist besproken, mits natuurlijk voorzien van een deugdelijke feitelijke grondslag. Eerlijk gezegd hoop ik dat wel, omdat het de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid ten goede komt. Lokale belastingheffers willen vaak meer dan mag, de Kroon (lees: het Ministerie van Binnenlandse Zaken) wil of kan lang niet altijd voldoende tegenspel bieden. De immense hoeveelheid onverbindendverklaarde verordeningen spreekt wat dat betreft boekdelen. Soms is het ronduit perfide wat er gebeurt: men zie bijvoorbeeld HR 27 april 1983, *BNB* 1983, 206, betreffende de precariorechten van de gemeente Beverwijk, en HR 9 mei 1984, *BNB* 1985, 227, aangaande de havengelden (schriktarief!) van de gemeente Zaanstad. Beide arresten worden hierna besproken in paragraaf 2.6.

Veelal weet de belastingrechter er wel raad mee omdat de belasting-

verordening als zodanig onverbindend wordt verklaard en blijft het achterliggende goedkeuringsbesluit buiten schot. Maar soms is de verordening onaantastbaar omdat zij een voorschrift bevat dat alleen door de Kroon kan worden getoetst. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de meergenoemde matige-winstbepaling van artikel 279 van de gemeentewet. Als de Kroon hier dan al het alleenvertoningsrecht heeft en de rechter de desbetreffende tariefsbepaling niet mag toetsen, dan moet het hem toch wel zijn toegestaan dat hij onderzoekt of de wijze waarop de Kroon van haar goedkeuringsbevoegdheid gebruik heeft gemaakt door de beugel kan.

Natuurlijk zullen de meer behoudende geesten mij tegenwerpen dat de rechter aldus via de achterdeur van de Koninklijke goedkeuring toch het matige-winstcriterium toetst. De tegenwerping is juist, maar ik zit er niet mee, want niemand zal toch willen beweren dat artikel 279 nog van deze tijd is. Eigenlijk had het voorschrift allang moeten worden afgeschaft, althans anders moeten worden geredigeerd. Bovendien is de door mij bepleite toetsing heel beperkt, omdat niet het criterium zelf wordt getoetst.

Intussen doet een recent arrest vermoeden dat mijn hoop vooralsnog een ijdele zal zijn. Ik doel op HR 25 september 1985, *BNB* 1985, 305, *AB* 1986, 64. Ging het in *BNB* 1968, 178 om het verbod van willekeur, in het thans te bespreken geval was het vertrouwensbeginsel aan de orde.

In geschil was de vraag of de Verordening onroerend-goedbelastingen van de gemeente Naaldwijk verbindend was. Belanghebbende meende van niet en beriep zich daarbij op een circulaire (resolutie) van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken van 24 augustus 1981. Hij stelde dat hij op grond van die resolutie erop mocht vertrouwen dat de gemeentelijke wetgever met ingang van een bepaald belastingjaar de vermenigvuldigingscijfers waarmee de oppervlaktegrondslag wordt gecorrigeerd (de zogenaamde correctiefactoren) zou herzien en dat, nu dat niet was geschied, deze correctiefactoren als in strijd met het recht onverbindend zijn. Kortom belanghebbende beriep zich op het vertrouwensbeginsel.

Hof en Hoge Raad wezen dat beroep af met de overweging 'dat het vertrouwensbeginsel (...) een beginsel van behoorlijk bestuur is dat als zodanig betekenis mist voor de beoordeling van de rechtskracht van wettelijke voorschriften'. Back to the sixties, want de strafkamer van de Hoge Raad overwoog in HR 18 april 1967, *NJ* 1967, 442, *AB* 1968, 67, al 'dat (...) het (...) beroep op algemene beginselen van behoorlijk bestuur reeds daarom faalt, omdat zodanige beginselen het bestuur raken en als zodanig geen maatstaven inhouden voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften'.

Deze flash-back zal mogelijk als zeer fundamenteel moeten worden aangemerkt, omdat de Hoge Raad wellicht een veel voorzichtiger en te-

rughoudender oordeel had kunnen geven. Vooropgesteld zij – en de lezer moet dat maar op mijn gezag aannemen – dat belanghebbendes beroep op het vertrouwensbeginsel in casu nergens op sloeg. De bedoelde circulaire brengt slechts het voorschrift van thans artikel 273, zesde lid, van de gemeentewet en toen artikel 3, eerste lid, van het Besluit OGB in herinnering, doch enig vertrouwen in de door belanghebbende gewenste zin kan daaraan niet worden ontleend; de klacht miste dus feitelijke grondslag. Een beslissing als in HR, *BNB* 1979, 309[32] zou dan heel goed mogelijk zijn geweest, ware het niet dat het gemis aan feitelijke grondslag niet door het Hof was vastgesteld. Aangezien de belastingkamer[33] van de Hoge Raad de uitleg van een resolutie niet als een rechtsvraag beschouwt, maar als een feitelijke, zou 's Hofs uitspraak als niet naar de eis der wet met redenen omkleed moeten zijn vernietigd, waarna de zaak naar een ander Hof had moeten worden verwezen. Het zou mij overigens niet verbazen dat de Hoge Raad, die natuurlijk de resolutie ook heeft gelezen en heeft gezien dat er voor belanghebbende niets in zat, vernietiging en verwijzing te gortig vond en daarom naar een andere afdoening heeft gezocht. Dat men dan uitkomt bij een precedent ligt wel voor de hand. Daarbij komt dat het gegeven oordeel, gelet op de stellingen van partijen, ook helemaal niet fout is. Immers partijen streden over de vraag of de gemeentelijke wetgever gehouden is door de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken opgewekt vertrouwen te honoreren, in die zin dat die wetgever zijn verordening zodanig redigeert dat zij in overeenstemming is met hetgeen de staatssecretaris wil. Die vraag, zo heb ik hiervoor op blz. 148 betoogd, moet ontkennend worden beantwoord; aldus ook de Hoge Raad.

Anders dan in *BNB* 1968, 178 was niet aan de orde de kwestie van de rechtskracht van het goedkeuringsbesluit. Zou de Hoge Raad zulks hebben gewild dan zou hij die kwestie ook wel ambtshalve hebben kunnen opwerpen; het gaat immers om een rechtsvraag. Evenwel zou de cassatierechter ook die vraag niet zonder nader feitelijk onderzoek hebben kunnen beantwoorden. Daarvoor is echter in cassatie geen plaats, terwijl vernietiging en verwijzing van de zaak om proceseconomische redenen niet geïndiceerd waren. Het wachten is dus op een sprekender casus.

Overigens is het Hof in de Naaldwijkzaak nog nader ingegaan op het karakter van de onderwerpelijke resolutie. Het Hof overweegt, 'dat (...) deze resolutie – (...) – naar haar inhoud beoordeeld een ambtelijk voorschrift met een zuiver interne werking is, met andere woorden een voorschrift dat niet betrekking heeft op het handelen van een overheidsorgaan jegens de burgers en er ook niet op is gericht een overheidsorgaan te binden tot handelingen jegens de burgers'.

De kwalificatie ambtelijk voorschrift lijkt mij niet juist. Ten eerste kan er geen sprake zijn van een voorschrift van de staatssecretaris jegens de gemeente. De staatssecretaris heeft in dit verband niets voor te schrij-

ven. Hooguit kan hij als de politiek verantwoordelijke vertegenwoordiger van de Kroon aan de gemeentelijke regelgevers kenbaar maken wat zijn standpunt is in bepaalde kwesties, zulks in het kader van het goedkeuringsbeleid van de Kroon. Geen voorschrift dus, maar een mededeling. En zeker geen ambtelijk voorschrift, want de staatssecretaris noch zijn ambtenaren staan in een ambtelijke verhouding tot de gemeentelijke regelgever. Beter ware het dan ook te spraken van een departementale mededeling.

Belangrijker evenwel is 's Hofs oordeel over de interne werking van die departementale mededeling. In een noot onder het Naaldwijkarrest in *Belastingblad* 1986, 12, heb ik dat oordeel onderschreven en als cruciaal voor de beslissing aangemerkt. Dat standpunt is echter bij nader inzien niet houdbaar. Ter toelichting moet ik terug naar HR 7 januari 1970, *BNB* 1970, 78 het eerste arrest waarin werd uitgemaakt dat in een resolutie opgewekte verwachtingen ook moeten worden gehonoreerd. Tot dan werd een beroep van een belastingplichtige op een resolutie steevast afgedaan met de formule dat niet van belang is of de inspecteur bij de uitoefening van zijn aanslagregelende bevoegdheden 'is te werk gegaan in overeenstemming met resoluties, die niet in het Staatsblad noch in de Staatscourant zijn gepubliceerd en die tot ambtenaren gerichte aanwijzingen behelzen, doch geen bindende wettelijke voorschriften vormen, waarvan met vrucht van de rechter in belastingzaken toepassing kan worden gevorderd'.[34] In *BNB* 1970, 78 heette het dat een belastingplichtige vertrouwen kon ontlenen aan 'ministeriële resoluties, welke, al werden zij noch in het Staatsblad, noch in de Staatscourant opgenomen, met medewerking of goedvinden van de belastingdienst zijn gepubliceerd en aldus ter kennis van het publiek zijn gekomen'.

Ook de resolutie waarop de belanghebbende zich in *BNB* 1985, 305 beriep was in de vakpers gepubliceerd. Het onderscheid tussen 'tot ambtenaren gerichte aanwijzingen' en 'een ambtelijk voorschrift met een zuiver interne werking' is zo dun dat 's Hofs oordeel over de interne werking welhaast onjuist moet zijn.

Mijn conclusie is dat burgers ook aan resoluties (circulaires) van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken uitgevaardigd in het kader van het goedkeuringsbeleid van de Kroon een zodanig vertrouwen kunnen ontlenen dat in strijd met dat beleid gegeven goedkeuringsbesluiten rechtskracht kunnen missen.

2.5 Het gelijkheidsbeginsel

Een van de grondslagen naar welke de gemeentelijke onroerend-goedbelastingen kunnen worden geheven is de oppervlaktegrondslag. Ingevolge het bepaalde in artikel 273, tweede lid, van de gemeentewet wordt in dat geval de belasting geheven naar de met enige correctiefactoren

gecorrigeerde oppervlakte van een onroerend goed, 'zulks teneinde op benaderende wijze rekening te houden met verschillen in waarde in het economisch verkeer'.

In zijn conclusie voor HR 22 juni 1983, *BNB* 1984, 1, schrijft de Advocaat-Generaal mr. Mok dat men die bepaling als een beperkte codificatie van het gelijkheidsbeginsel voor onroerend-goedbelastingen met oppervlaktegrondslag kan beschouwen en dat de interpretatie ervan wel beïnvloed wordt door de hantering van het gelijkheidsbeginsel elders in het belastingrecht. Daarbij heeft hij het oog op de vele arresten waarin het gelijkheidsbeginsel als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur een rol speelt.[35]

Mij gaat het nu evenwel om het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel waaraan – mogelijkerwijs – besluiten van algemene strekking zouden kunnen worden getoetst, derhalve een – zoals *BNB*-annotator J.P. Scheltens het uitdrukt 'een beginsel van behoorlijke wetgeving', welk beginsel thans ook in artikel 1 van de Grondwet is neergelegd. Wat het gelijkheidsbeginsel betreft behoeft dus niet meer een beroep op de ongeschreven norm te worden gedaan, maar kan rechtstreeks aan artikel 1 van de Grondwet worden getoetst, althans voorzover artikel 120 van de Grondwet dat niet verbiedt. Dit laatste is niet het geval voor verordeningen van lagere wetgevers; toetsing van die verordeningen aan de Grondwet is dus mogelijk.

Overigens zijn mij (nog) geen gevallen bekend waarin met succes een beroep op artikel 1 van de Grondwet is gedaan en evenmin gevallen waarin de Hoge Raad een gemeentelijke belastingverordening, getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, onverbindend heeft verklaard. De stelligheid waarmee N.S.J. Koeman[36] betoogt dat de Hoge Raad dat wel doet is dan ook misplaatst. Het door hem genoemde voorbeeld, HR 23 maart 1983, *BNB* 1983, 156, betreft 'slechts' een toetsing aan de wet, namelijk aan artikel 273 tweede lid van de gemeentewet, door Mok – zie hierboven – aangeduid als een beperkte codificatie van het gelijkheidsbeginsel.

2.6 Het verbod van détournement de pouvoir

In de fiscale jurisprudentie zijn gevallen bekend waarin duidelijk is dat een lagere wetgever (met name gemeenten) zijn belastingwetgevende bevoegdheid had gebruikt voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid was gegeven. In sommige gevallen deugde het oogmerk niet en was zelfs sprake van misbruik van wetgevende bevoegdheid en in andere gevallen waren de bedoelingen wel honorabel, maar gaf de wet geen ruimte.

Er bestaat de nodige twijfel of het verbod van détournement de pouvoir als afzonderlijk beginsel van behoorlijk bestuur nog wel zin heeft, omdat veelal kan worden volstaan met een toetsing aan de wet.[37] Het-

zelfde kan worden gezegd van bedoeld beginsel als beginsel van behoorlijke wetgeving. Uit de jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad valt af te leiden dat de belastingrechter dat ook vindt, zij het dat hij dat nooit met zoveel woorden heeft gezegd. Wel is zulks tot uitdrukking gekomen in een door de burgerlijke kamer van de Hoge Raad berechte Antilliaanse belastingzaak: HR 6 mei 1983, *NJ* 1984, 361, *AB* 1984, 101, betreffende de Tankbelasting en de Bullenbaaiheffing van Curaçao.

Het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen achtte de desbetreffende Eilandenverordeningen onverbindend wegens strijd met een hogere regeling (De Landsverordening 1953) en wegens misbruik maken van wetgevende bevoegdheid. Bij dat laatste heeft het Hof, aldus de Hoge Raad, 'kennelijk evenzeer het oog gehad op grenzen die de voormelde Landsverordening aan de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid van het Eilandgebied terzake van het heffen van belastingen stelde'.

NJ-annotator M. Scheltema bekritiseert deze benadering omdat 'het begrip "strijd met een hogere regeling" (wordt) uitgelegd op een manier, die bij dat begrip niet past (...) en die daardoor ook strijdt met ons rechtssysteem'.

Scheltema wijst erop dat er niet zozeer strijd was van de Eilandverordening zelf met de Landsverordening 1953 zelf maar met een op grond van die Landsverordening aan de belastingplichtige verleende belastingvrijstelling. Die vrijstelling zou namelijk niet rechtstreeks uit de Landsverordening voortvloeien maar uit een beschikking die op grond van die verordening was genomen. 'Dit overschrijdt de grenzen van wat nog onder strijd tussen verordeningen kan worden verstaan: het gaat om strijd tussen de Eilandverordening en het op grond van de Landsverordening gevoerde beleid, (...). Het recht wordt onduidelijk, wanneer men onder strijd met een hogere regeling ook gevallen gaat brengen, waarin de strijdigheid niet op grond van de inhoud van de regelingen zelf – met inbegrip van alle interpretatiemogelijkheden – geconstateerd kan worden', aldus Scheltema, die voorts de aandacht erop vestigt dat hier sprake was van een doorkruising door de lagere overheid van het beleid van de hogere overheid. De conclusie van de Hoge Raad 'dat doorkruising van dat beleid als strijdig met de verordening moet worden beschouwd (...) miskent (...) dat in onze wetgeving strijd met het beleid van de hogere overheid ter uitvoering van een wettelijke regeling niet als strijd met die wet wordt beschouwd', aldus Scheltema.

Ik wil daarover twee opmerkingen maken. In de eerste plaats vraag ik mij af of Scheltema's uitgangspunt wel juist is. Hij gaat namelijk ervan uit dat de hogere overheid met het geven van een vrijstellingsbeschikking een beleid voert dat door de lagere overheid met wetgeving wordt doorkruist. Wat is echter het geval?

Artikel 1 van de Landsverordening 1953 regelt de vrijstelling en om-

schrijft de voorwaarden; in artikel 2 zijn opgesomd de belastingen waarvan een nieuw te vestigen bedrijf kan worden vrijgesteld; artikel 3 regelt de termijn waarvoor de vrijstelling geldt; artikel 4 bepaalt dat een belanghebbende een verzoek om vrijstelling moet doen en dat de Gouverneur verklaart of het gaat om een bedrijf in de zin van artikel 1; artikel 5 bepaalt dat de verklaring geschiedt bij landsbesluit en artikel 6 omschrijft de gevallen waarin het landsbesluit kan worden ingetrokken.

In feite is het landsbesluit (door Scheltema als beschikking aangeduid) niet meer dan een verklaring dat het bedrijf dat een beroep doet op de vrijstelling aan de wettelijke eisen voldoet. Aangezien het gaat om bedrijven die zich op de Antillen willen vestigen, heeft de verzoeker er belang bij tevoren te weten dat hij is vrijgesteld. Die vrijstelling vloeit evenwel rechtstreeks voort uit de Landsverordening. Het vrijstellingsbesluit is niet constitutief, maar declaratoir; het woord verklaring zegt het trouwens al. Met het geven van die verklaring voert de Gouverneur dan ook geen beleid. Dat beleid wordt gevoerd door het land door middel van de Landsverordening, een algemeen verbindend voorschrift. Doorkruist een eiland dat beleid dan ontstaat weliswaar strijd met het landsbesluit (de vrijstellingsverklaring) maar ook en vooral met de Landsverordening waarin dat besluit als het ware opgaat. De constatering van de Hoge Raad dat een eventueel détournement de pouvoir hier moet worden gezien als strijd met de wet, lijkt mij dan ook juist.

Een tweede punt is dat ik voor wat betreft het Nederlandse belastingrecht met Scheltema's kritiek niet veel kan aanvangen, hoe wezenlijk die kritiek wellicht ook is bezien vanuit algemeen bestuursrechtelijk oogpunt. Mogelijk schiet ik tekort, maar ik zie niet hoe een geval als het onderhavige zich in Nederland kan voordoen. In de Nederlandse belastingwetgeving zijn namelijk de belastinggebieden van de verschillende overheden scherp afgebakend. Overlapping is dan ook haast niet mogelijk. Op de Antillen lijkt dat anders te zijn. Ik citeer Advocaat-Generaal mr. Van Soest uit diens conclusie voor het arrest.

'Blijkens de hogere regelingen zijn de eilandgebieden bevoegd zelfstandig de maatstaven voor de heffing te regelen, mits de belasting daardoor niet wordt tot een belasting van een soort die aan de zorg van de eilandgebieden is onttrokken. In zoverre is de bevoegdheid van de eilandgebieden een ruimere dan die van de Nederlandse gemeenten, wier belastinggebied in de gemeentewet limitatief is omschreven'.

Daarbij komt dan nog dat wij hier in Nederland het preventieve toezicht van de Kroon hebben. Waar beleidskwesties aan de orde kunnen zijn of waar mogelijk strijd met een hogere regeling of een hoger belang kan optreden, houdt de Kroon in Nederland een vinger aan de pols. Voorzover ik weet bestaat op de Antillen een dergelijk toezicht niet. De kans op ongelukken is daar dan ook groter dan hier. Dat neemt overigens niet weg dat er ook hier in Nederland wel eens wat tussendoor glipt. Die gevallen kunnen dan tot de jurisprudentie leiden waarover ik het nu wil hebben.

HR 30 maart 1983, *BNB* 1983, 191, betrof de watertoeristenbelasting van de gemeente Amsterdam. Als belastbaar feit duidde de verordening aan 'het houden van verblijf in een rondvaartboot voor het maken van een rondvaart in het water van het tot het territoir der gemeente behorende watergebied, tegen betaling van een vergoeding in welke vorm ook, door personen, die niet in het bevolkingsregister van de gemeente zijn opgenomen'. Ofwel: het tegen betaling maken van een tochtje in een rondvaartboot door niet-ingezetenen.

Belanghebbende, een exploitant van rondvaartboten, stelde dat deze watertoeristenbelasting in feite niets anders was dan de vroegere vermakelijkhedenbelasting. Die laatste belasting is bij de Wet van 24 december 1970, *Stb.* 608, afgeschaft omdat zij als verteringsbelasting niet meer zou passen in het Nederlandse belastingstelsel. Bij de parlementaire behandeling van evengenoemde wet is uitgebreid gediscussieerd over een alternatief, dat uiteindelijk via amendementen van de kamerleden Vellenga en Koning werd gevonden in enerzijds een uitbouw van de toeristenbelasting (artikel 276 van de gemeentewet) en anderzijds het invoeren van een beperkt toepasbare vermakelijkhedenretributie (artikel 277 eerste lid onder b ten 4°). Maar hoe dat alternatief nu precies zou moeten uitpakken is niet duidelijk geworden. Lezen wij de veeg uit de pan van de Hoge Raad:

'dat uit de mondelinge behandeling van het amendement-Vellenga (Handelingen Tweede Kamer 20 oktober 1970 bladzijde 458, rechter kolom, en 29 oktober 1970, bladzijde 606) blijkt dat aan de wetgever niet duidelijk voor ogen heeft gestaan welke praktische mogelijkheden de verruiming van artikel 276 aan de gemeentebesturen zou bieden en evenmin hoe bij aanvaarding van het amendement-Koning de onderlinge verhouding van de artikelen 276 en 277, lid 1, letter b, aanhef en onder 4°, zou zijn;

dat op grond van een en ander moet worden aangenomen dat een gemeentelijke heffing op het geven van vermakelijkheden slechts mogelijk is in de vorm van het in artikel 277, lid 1, letter b, aanhef en onder 4° van de gemeentewet bedoelde recht en het houden van verblijf in een inrichting tot het geven van vermakelijkheid niet op grond van artikel 276 van deze wet kan worden belast;

dat het immers met de afschaffing van de oude vermakelijkhedenbelasting op de hierboven weergegeven gronden niet te rijmen valt dat de gemeenten in de vorm van een toeristenbelasting in feite een belasting op vermakelijkheden heffen;

dat hiertegenover niet voldoende gewicht toekomt aan de verruiming van de tekst van artikel 276 bij het amendement-Vellenga, nu – als boven weergegeven – de betekenis van die verruiming niet duidelijk aan de wetgever voor ogen heeft gestaan;

dat in artikel 1 van de Verordening Watertoeristenbelasting 1978 van de gemeente Amsterdam het belastbare feit, voorzover thans van

belang, is omschreven als het houden van verblijf in een rondvaartboot in het water van het tot het territoir der gemeente behorende watergebied;

dat aan deze verordening verbindende kracht moet worden ontzegd, aangezien daarbij het houden van verblijf in een inrichting tot het geven van vermakelijkheid, te weten een rondvaartboot, wordt belast'.

In HR 11 maart 1959, *AB* 1959, 411, was onder de oude wetgeving al uitgemaakt dat de in Amsterdam georganiseerde rondvaarten strekten tot ontspanning en vermaak en dat zij dus als vermakelijkheden in de zin van de vermakelijkhedenbelasting moesten worden aangemerkt. Als de gemeente Amsterdam dan die in 1970 afgeschafte belasting via de achterdeur van de toeristenbelasting weer binnenhaalt, dient zulks als détournement de pouvoir te worden aangemerkt. De Hoge raad constateerde echter strijd met de wet en dat is natuurlijk ook juist.

Een veel sprekender geval (perfide noemde ik het hiervoor) betrof de casus berecht in HR 27 april 1983, *BNB* 1983, 206, waarin het ging om de precario- en retributieverordening van de gemeente Beverwijk. Een van de belastbare feiten werd in de verordening omschreven als 'het hebben van een slang, waarmede het tanken op openbare grond of water vanaf particulier terrein voor levering aan derden mogelijk is'. Belanghebbende was eigenaar van twee benzinepompen die op particulier terrein stonden. De ligging van de pompen bracht mee dat tijdens het tanken van een op de openbare weg staande auto de slang zich boven die weg en dus boven gemeentegrond bevond, hetwelk belanghebbende f 2.420,– per jaar aan precariorechten kostte. Nadat de Hoge Raad had geoordeeld dat het hier betrof een heffing als bedoeld in artikel 277 eerste lid onder b ten 3° van de gemeentewet, overwoog hij dat deze bepaling 'niet toestaat het hebben van een voorwerp op particulier terrein te belasten, terwijl het met behulp van een zich – voorbijgaand – boven de openbare weg bevindende slang brengen van motorbrandstoffen naar de brandstoftank van een motorrijtuig behoort tot het door de gemeente te dulden normale gebruik van de openbare weg en daarom niet kan worden aangemerkt als het hebben van voorwerpen boven gemeentegrond, waarvoor een recht in de zojuist bedoelde zin kan worden geheven'.

De desbetreffende bepaling in de verordening was dus onverbindend wegens strijd met de wet, maar mijns inziens is het evident dat de gemeente hier misbruik maakte van haar heffingsbevoegdheid.

Hadden wij met de twee zojuist besproken arresten te maken met een formulering van het belastbare feit die niet door de beugel kon, de volgende arresten betreffen alle het tarief. Al sedert decennia plegen klachten over de hoogte van een belastingtarief te worden afgedaan met de formule dat de gemeentelijke wetgever, behoudens goedkeuring door de Kroon, vrij is in de wijze waarop hij het tarief van een gemeentelijke belasting berekent.[38] De belastingrechter houdt zich dus verre van een

beoordeling van het tarief. Maar soms worden er grenzen overschreden omdat het motief niet deugt (onzuiverheid van oogmerk!) en dan grijpt de rechter in.

Een van de belangrijkste arresten op dit gebied is HR 15 juli 1983, *BNB* 1984, 112, betreffende de reinigingsrechten van de gemeente Abcoude.[39] Voor het ophalen van huisvuil moet een retributie worden betaald. Tot 1981 was in Abcoude voor alle inwoners het tarief steeds gelijk; in 1980 bedroeg het tarief f 102,– per jaar. Met ingang van 1981 werd – bij gemeenteraadsbesluit van 9 oktober 1980 – de verordening zodanig gewijzigd dat er naast het normale tarief van f 150,– per jaar een bejaardentarief werd geïntroduceerd van f 75,– per jaar. Dat bejaardentarief gold voor een woninggebruiker die op 1 januari van een belastingjaar 65 jaar of ouder was. Het motief was dat bejaarden doorgaans een lager inkomen hebben dan anderen; een draagkrachtmotief dus.

Belanghebbende, een niet-bejaarde alleenstaande, wilde ook naar het bejaardentarief worden aangeslagen en deed daarvoor een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Het Hof honoreerde dat beroep, waarop B en W van Abcoude in cassatie gingen.

In zijn uitvoerig gedocumenteerde conclusie onderzoekt Advocaat-Generaal mr. Moltmaker de beschikbare literatuur en jurisprudentie. Ik kan daaraan, behalve nog enige nadien gewezen jurisprudentie, waarover aanstonds, niets toevoegen en volsta met een verwijzing naar de conclusie. De Advocaat-Generaal leidt uit de door hem onderzochte literatuur af 'dat de meeste schrijvers van mening zijn, dat de aanwezigheid van een draagkrachtelement in de tariefstelling van retributies in strijd is met de aard van deze heffingen, welk standpunt steun vindt in de parlementaire geschiedenis van de bepalingen betreffende de gemeentelijke belastingheffing'. De geraadpleegde jurisprudentie brengt de Advocaat-Generaal echter tot de slotsom dat de Hoge Raad 'het oordeel daarover voorbehouden acht aan de Kroon bij de uitoefening van de goedkeurende bevoegdheid en mitsdien de verordening niet zonder meer in strijd met art. 277 van de gemeentewet zal willen oordelen'. Daarna onderzoekt de Advocaat-Generaal de vraag 'of een tariefsdifferentiatie als de onderhavige, welke geen verband houdt met het gebruik of het genot van de dienst, maar uitsluitend berust op een stukje eigen inkomenspolitiek van de gemeente, niet oplevert een willekeurige en onredelijke belastingheffing, welke de wetgever bij het toekennen van de bevoegdheid tot het heffen van de in art. 277 der gemeentewet bedoelde rechten niet op het oog kan hebben gehad'. Hij beantwoordt die vraag ontkennend.

De Hoge Raad komt niet toe aan een antwoord op laatstbedoelde vraag omdat hij een tariefstelling naar draagkracht in strijd acht met de aard van de in artikel 277 van de gemeentewet geregelde heffingen. Ik citeer:

'dat immers deze heffingen moeten worden beschouwd als vergoe-

dingen voor door de gemeente geleverde prestaties;

dat zulks ook blijkt uit artikel 279 van de gemeentewet – welk artikel overigens niet eraan in de weg staat dat de belastingrechter toetst of de verordening strijdig is met het recht –, nu van winst als daar bedoeld slechts kan worden gesproken in verband met tegen betaling geleverde prestaties;

dat hiermede niet valt te rijmen dat het tarief van de heffing afhankelijk wordt gesteld van een omstandigheid als bovenbedoelde draagkracht van de belastingplichtige, zonder dat daarbij enig verband wordt gelegd met de door de gemeente geleverde prestaties en de daaraan verbonden kosten;

dat voor deze opvatting steun is te vinden in de tekst en de geschiedenis van artikel 273 van de gemeentewet;

dat uit de tekst van artikel 273, vierde lid, aanhef en letter d (tekst 1981), en de in de conclusie van de Advocaat-Generaal vermelde geschiedenis van deze bepaling voortvloeit dat bij de heffing van de gemeentelijke onroerend-goedbelastingen de draagkracht van de belastingplichtige slechts in aanmerking mag worden genomen op de aldaar aangegeven wijze;

dat onaannemelijk is dat de wetgever enerzijds bij de onroerendgoedbelastingen, waar een direct verband tussen de belastingen en de door de gemeente geleverde prestaties ontbreekt, een zo vergaande beperking heeft gesteld en anderzijds bij de heffingen van artikel 277, die zijn te beschouwen als vergoedingen voor verrichte prestaties en waarvan de regeling opnieuw is geformuleerd bij dezelfde wet als waarbij de onroerend-goedbelastingen werden ingevoerd, de gemeenten met betrekking tot een tariefstelling naar draagkracht hebben willen vrijlaten;

dat weliswaar uit de tekst van het derde lid van artikel 277 zou kunnen worden afgeleid dat de in het eerste lid, aanhef en letter b, van dit artikel bedoelde rechten kunnen worden geheven naar een van het inkomen of vermogen afhankelijk tarief, maar uit de geschiedenis van dit artikel (memorie van toelichting op het ontwerp van wet dat heeft geleid tot de Wet van 24 december 1970, Stb. 608, blz. 24) blijkt dat de wetgever hier slechts het in het tweede lid gebezigde begrip "gemeentebedrijf" heeft willen verduidelijken zonder zich te willen uitspreken over de vraag of een tariefstelling naar draagkracht bij de in artikel 277 geregelde heffingen toelaatbaar is;

dat mitsdien de klacht van Burgemeester en Wethouders dat bovenbedoeld besluit van 9 oktober 1980 niet strijdig is met de gemeentewet, faalt en de klacht dat te dezen geen sprake is van een willekeurige en onredelijke belastingheffing geen behandeling behoeft'.

Een juiste beslissing; een draagkrachtelement bij een retributie is een wezensvreemd, een oneigenlijk element. De gemeente gebruikte haar heffingsbevoegdheid mede voor een doel waarvoor zij die bevoegdheid niet mocht gebruiken. Naast détournement de pouvoir ontstaat er

dan – het wordt eentonig – strijd met de wet.

Hoewel er meer zit in het arrest dat de moeite van een bespreking waard is, wil ik eerst nog naar een ander arrest waarin op het gebied van de gemeentelijke belastingen de draagkracht van de belastingplichtige een rol speelt. Ik doel op HR 25 januari 1984, *BNB* 1984, 128, betreffende de hondenbelasting van de gemeente Apeldoorn.

Belastingplichtig is degene die houder is van één of meer honden. De maatstaf van heffing is het belastbare komen van de houder. In Apeldoorn is de hondenbelasting dus een draagkrachtbelasting. Belanghebbende had daartegen bezwaar, doch hij kreeg in alle instanties ongelijk. De Hoge Raad overwoog:

'dat voor belanghebbendes stelling dat het de gemeentelijke wetgever niet vrijstaat voor de heffing van hondenbelasting het inkomen van de belastingplichtige als heffingsgrondslag aan te wijzen noch in de tekst noch in de ontstaansgeschiedenis van de te dezen toepasselijke bepalingen van de gemeentewet steun kan worden gevonden;

dat integendeel uit de geschiedenis van de in 1970 tot stand gekomen herziening van de in de gemeentewet voorkomende bepalingen met betrekking tot gemeentelijke belastingen blijkt dat de wetgever aan de gemeenten uitdrukkelijk de vrijheid heeft willen laten het inkomen van de belastingplichtige als maatstaf voor de heffing van hondenbelasting aan te wijzen (voorlopig verslag, bladzijde 15, linker kolom, en memorie van antwoord, bladzijde 20, linker kolom, op het ontwerp van de Wet van 24 december 1970, Staatsblad 608);

dat de vraag of zulks in strijd komt met enige bepaling van de Grondwet niet ter beoordeling van de rechter staat'.

H.J. Hofstra heeft onder het arrest in *BNB* een prachtige noot geschreven die ik hier integraal opneem.

'Juridisch valt tegen de beslissing van de H.R. niet veel in te brengen. Behoudens het verbod van artikel 274a Gem.w. – en uiteraard de vereiste Koninklijke goedkeuring – zijn de gemeenten vrij de hondenbelasting te regelen zoals zij dat zelf juist achten en de regering verklaarde, zonder tegenspraak van de zijde van het parlement, bij de parlementaire behandeling de keuze van een inkomensafhankelijk tarief met zoveel woorden toelaatbaar. De beslissing van de H.R. is daarom in overeenstemming zowel met de tekst van de wet, die geen (verdere) voorwaarden stelt, als met de duidelijke wetsgeschiedenis en de daaruit blijkende bedoeling van de wetgever.

Toch geeft deze procedure mij aanleiding tot enkele opmerkingen. Reeds sinds de totstandkoming van de gemeentewet in 1851 pleegt te worden aangenomen dat de belastingen van het Rijk en die van de lagere publiekrechtelijke lichamen te zamen één evenwichtig geheel behoren te vormen: ik verwijs o.a. naar *Thorbecke,* Over plaatselijke begroting, blz. 93, en naar *Cort van der Linden,* Leerboek der financiën, blz. 555-

556. Dat betekent dat de gemeentelijke belastingen en haar tariefstructuren moeten steunen op dezelfde motiveringen of rechtsgronden die de grondslagen van het rijksbelastingstelsel vormen, of althans op zodanige die daarin harmonisch passen. Nu werd wel gesteld dat de hondenbelasting uitsluitend berust op de wens inkomsten aan de gemeenten te verschaffen, maar dat is natuurlijk geen voldoende rechtsgrond. Een rechtvaardige belasting stelt steeds de vraag waar, naar welke maatstaven en tot welke bedragen zij mag worden geheven.

Wat de rechtsgrond van de hondenbelasting is, is niet geheel duidelijk. Op het voetspoor van de huidige milieuheffingen zou zij thans kunnen worden beschouwd als een vervuilingsbelasting (milieuheffing). Daarin past echter geen inkomensafhankelijk tarief, omdat de mate van vervuiling onafhankelijk is van het inkomen van de houder van de hond. De meest gangbare opvatting is haar aan te merken als een verteringsbelasting, nl. als een naar uiterlijke kenmerken van welstand geheven belasting op bijzondere verteringen. Ook in deze opvatting echter verzet haar karakter zich tegen het inkomensafhankelijk tarief. De structuur van ons belastingstelsel maakt een scherp onderscheid tussen de belastingen naar inkomsten en die naar verteringen. De inkomstenbelasting wordt geheven naar het inkomen van de belastingplichtige, ongeacht de vraag hoe hij dat wenst te besteden. De verteringsbelastingen daarentegen treffen zakelijk – objectief – bepaalde verteringen, onverschillig de wijze waarop de belastingplichtige zich de daartoe nodige middelen – uit zijn inkomen, door intering van vermogen danwel door schuldopname – heeft verschaft. *Principieel* en dus niet slechts op praktische overwegingen – hoe moet de gemeente de inkomenspositie van de houder van de hond controleren –, is de introductie van inkomenselementen in de verteringsbelastingen daarom in strijd met het karakter en met de wezenlijke structuur van ons belastingstelsel. Het tarief van de specifieke verteringsbelasting kan slechts afhankelijk zijn van de aard van de desbetreffende vertering. Het rekening houden met inkomensverschillen moet aan de inkomstenbelasting worden voorbehouden. Ik ben daarom van mening dat het regeringsstandpunt met betrekking tot een inkomensafhankelijk tarief van de hondenbelasting blijk gaf van een gebrek aan inzicht in de essentiële structuur van ons belastingstelsel, en dat daaraan voor de beoordeling van de rechtskracht van de onderhavige verordening geen (zelfstandige) betekenis mag worden toegekend nu deze afwijking van het overigens bestaande systeem niet nadrukkelijk in de wet werd vastgelegd.

De vraagt rijst dan hoever de door de Gem.w. aan de gemeenten toegekende bevoegdheid tot het heffen van een hondenbelasting, *uitsluitend* op grond van de wettelijke bepalingen en met verwaarlozing dus van de eerder bedoelde regeringsuitspraak, reikt. De wet suggereert, behoudens het toezicht van de Kroon, vrijheid voor de gemeenten: zie hiervoor. Een volledige vrijheid kan echter niet worden aanvaard. De veror-

dening moet, ook wat haar tariefstelling betreft, binnen de grenzen van een redelijke belastingheffing blijven, en zij mag het karakter van de verteringsbelasting (of milieubelasting) niet miskennen. Beide (objectieve) belastingtypen nu laten een tariefstelling die afhankelijk is van de draagkracht – het inkomen – van de belastingschuldige naar haar aard niet toe. De rechter is uiteraard aan de wet gebonden, die een formele vrijheid toekent. Ik zou het echter niet onmogelijk hebben gevonden dat de H.R. op deze algemene-materiële en structurele- gronden, ondanks de verkregen Koninklijke goedkeuring, de verordening onverbindend zou hebben verklaard. Dat de H.R. dit niet heeft gedaan berust wellicht op de overweging dat de hondenbelasting toch reeds haar langste tijd heeft gehad. De commissie-*Christiaanse* bepleitte haar afschaffing.[40] Nu na het vervallen van de desbetreffende grondslag van de voormalige personele belasting zelfs terzake van het houden van dikwijls kostbare (luxe) rijpaarden geen specifieke belasting meer wordt geheven, lijkt mij het motief dat wel te doen wegens het, ook door vele minder-draagkrachtigen, houden van een hond wel uitermate zwak geworden, om van de uitvoeringsbezwaren en de relatief hoge perceptiekosten nog maar te zwijgen.

Ook deze, op zichzelf zo eenvoudige, procedure bewijst wederom hoever onze huidige, van detail naar detail strompelende, belastingwetgeving zich van een strak systeem en van een bezinning op duidelijke beginselen en structuren heeft verwijderd.'

Hofstra's betoog komt erop neer dat draagkrachtelementen in een hondenbelastingverordening in strijd zijn met de wezenlijke structuur van het Nederlandse belastingrecht en dat denkbaar is dat de Hoge Raad daarom de verordening onverbindend had verklaard. Een en andermaal heeft Hofstra[41] gewezen op het bestaan van belastingbeginselen, zijnde 'rechtsregels (...) waaraan, binnen het geheel van de rechtsorde, voor de opbouw van het belastingstelsel normatieve kracht moet worden toegekend'. Die belastingbeginselen vormen met elkaar de wezenlijke structuur van het Nederlandse belastingstelsel. Als Hofstra zegt dat belastingverordeningen kunnen worden getoetst aan die wezenlijke structuur dan betekent dat tevens een toetsing van die verordeningen aan belastingbeginselen. Waarom dergelijke verordeningen niet aan algemene rechtsbeginselen kunnen worden getoetst, zoals Hofstra steeds weer betoogt, is mij dan niet duidelijk.

Nog ervan afgezien dat wij op dit moment niet over een in de huidige maatschappelijke structuur toepasbaar belastingbeginsel beschikken[42] en het nog maar de vraag is of iemand er ooit een zal vinden[43] komt het mij voor dat er tussen enerzijds een specifiek belastingbeginsel en anderzijds een algemeen rechtsbeginsel niet een zo groot onderscheid zal bestaan dat een belastingverordening wel aan het ene maar niet aan het andere beginsel zou kunnen worden getoetst.

Keren wij terug naar *BNB* 1984, 112, de reinigingsrechten van Abcoude. In de tweede hiervoor op blz. 159 geciteerde rechtsoverweging zegt de Hoge Raad – in een tussenzin – dat artikel 279 van de gemeentewet 'niet eraan in de weg staat dat de belastingrechter toetst of de verordening strijdig is met het recht'. Volgens *BNB*-annotator J.P. Scheltens zou dit kunnen betekenen,

'dat de verordening niet alleen in strijd kan zijn met de wet maar ook anderszins in strijd kan zijn met het recht, nl. met algemene beginselen van behoorlijke wetgeving. Men zou kunnen tegenwerpen dat de tussenzin al te terloops is ingevoegd om daaruit deze conclusie te kunnen trekken. Van de Hoge Raad, wiens overwegingen stuk voor stuk met Argusogen plegen te worden geanalyseerd, mag men echter niet verwachten dat hij zo terloops als hier naar de uiterlijke schijn gedaan een mededeling zou doen, die in de beslissing van de zaak verder geen rol speelt maar die tot niet bedoelde conclusies zou kunnen leiden. Veel waarschijnlijker is het dan ook dat het zo opvallend terloops invoegen van deze mededeling er op duidt dat de Hoge Raad de mededeling "kwijt" wilde om daarmede een standpunt duidelijk te maken dat in de beslissing geen rol speelde – het cassatiemiddel "afwezigheid van willekeurige en onredelijke heffing" behoefde immers geen behandeling meer – maar dat hij toch wereldkundig wilde maken'.

Scheltens heeft gelijk, de Hoge Raad maakt geen zinloze terloopse opmerkingen en zeker niet op een zo duidelijke manier als in dit arrest. Het gaat mij evenwel te ver om uit de hier bedoelde opmerking nu al te concluderen dat de Hoge Raad van oordeel is dat een verordening wegens strijd met algemene beginselen van behoorlijke wetgeving onverbindend kan worden verklaard. Veeleer lijkt het mij dat de Hoge Raad – mede als reactie op de conclusie van Advocaat-Generaal mr. Moltmaker – enige afstand heeft willen nemen van zijn wel zeer absoluut geformuleerde oordeel, neergelegd in HR 7 februari 1973, *BNB* 1973, 69, 'dat de beoordeling van de vraag of het tarief van de heffing zodanig is, dat de heffing niet meer dan een matige winst aan de gemeente verzekert (...) uitsluitend toekomt aan de Kroon'. Met *BNB*-annotator H.J. Hofstra meen ik dat die formulering niet houdbaar is. Het lijkt mij dat de Hoge Raad dat heeft willen duidelijk maken. Kort gezegd komt het thans erop neer dat de Kroon niet langer het alleenvertoningsrecht heeft bij de toetsing van retributieverordeningen maar dat voor de rechter een marginale rol is weggelegd. Overigens verwijs ik naar het eerste hoofdstuk – over de vage normen – waar ik dieper ben ingegaan op deze problematiek.

Een andere zaak waarin een gemeente haar belastingheffende bevoegdheid voor een niet-geoorloofd doel gebruikte, werd berecht in HR 1 februari 1984, *BNB* 1984, 129, betreffende het rioolrecht van de gemeente Vinkeveen en Waverveen. Belastingplichtig waren de gebruikers van de op het gemeentelijke rioolnet aangesloten gebouwde eigendommen.

Naast een normaal tarief kende de verordening een verlaagd tarief dat gold indien ten aanzien van de gebouwde eigendommen destijds de aanlegkosten van de riolering – via de grondprijs of via een rechtstreekse bijdrage – aan de gemeente waren vergoed.

'Aldus (golden) voor eenzelfde gebruik van de gemeentelijke riolering – bestaande uit het hebben van een aansluiting op de riolering – ongelijke tarieven (...), hetgeen in strijd is met het karakter van de onderwerpelijke retributie', aldus de Hoge Raad die daaraan toevoegt, 'dat evenbedoeld karakter uitsluitend een differentiatie van het tarief toelaat naar de grootte van het voordeel gelegen in de vergroting van de gebruiksmogelijkheden van een gebouwd eigendom als gevolg van de aansluiting op de gemeentelijke riolering'.

Ik besluit deze opsomming met een wel heel evident geval van détournement de pouvoir dat ook als zodanig door de Hoge Raad werd gekwalificeerd, zij het dat het gewraakte voorschrift uiteindelijk onverbindend werd verklaard wegens strijd met de wet. HR 9 mei 1984, *BNB* 1985, 227, betrof het havengeld van de gemeente Zaanstad.

De belanghebbende bewoonde een zogenaamde klipperaak, oorspronkelijk een vrachtschip maar niet meer als zodanig in gebruik. Om een schip als woonschip te mogen gebruiken is volgens de Wet op Woonwagens en Woonschepen (*Stb.* 1918, 492) een vergunning nodig, die in dit geval echter ontbrak en bij de bestaande inrichting van het schip ook niet zou kunnen worden verleend. Het schip werd afgemeerd in de gemeente Zaanstad. Die gemeente kent een Verordening kade- en liggelden op grond waarvan een recht kan worden geheven wegens het gebruik of het genot van door de gemeenteraad als plaatsen voor woonschepen aangewezen of aan te wijzen wateren, door daarin met een woonschip een ligplaats in te nemen. Alleen woonschepen die voldoen aan de voorwaarden van de Wet op Woonwagens en Woonschepen en de daarop gebaseerde algemene maatregel van bestuur komen in aanmerking voor zo'n ligplaats. Daarnaast is er een Verordening Havengeld op grond waarvan een recht wordt geheven voor het verblijven in of het varen door of in het watergebied van de gemeente of van de Zaanstreek. Kade- en liggeld zijn matig, maar het algemeen geldende havengeld is zeer hoog. Artikel 7 van de Verordening Havengeld luidt als volgt:

1. Het havengeld bedraagt voor een opgelegd vaartuig, een woonschip, of een bewoond schip per m^2 ingenomen oppervlakte f 8,87 per maand.
2. Burgemeester en Wethouders kunnen vrijstelling verlenen van het onder 1. bedoelde havengeld voor woonschepen en bewoonde schepen die liggen op een door Burgemeester en Wethouders aangewezen ligplaats of krachtens gedogen, met dien verstande dat:
   a. voor schepen waarvoor liggeld wordt betaald ingevolge de 'ver-

ordening op de heffing van kade- en liggeld' volledige vrijstelling van het havengeld wordt verleend;

b. voor de andere schepen het havengeld gelijk zal zijn aan het bedrag aan liggeld als genoemd in de 'verordening op de heffing van kade- en liggeld'.

Van belanghebbende is voor zijn schip bij nota van 3 februari 1981 een maandbedrag van f 1.073,27 aan havengeld geheven. Hij stelt dat de gemeente door het havengeld te gebruiken om bewoonde of woonschepen te weren, misbruik maakt van haar bevoegdheden om belasting te heffen. Volgens het Hof kon het allemaal wel door de beugel, maar de Hoge Raad dacht er anders over.

'Belanghebbende klaagt (...) erover dat de gemeente Zaanstad met het instellen van het onderhavige tarief een onjuist gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om te dezen een retributie te heffen. Deze klacht treft doel.

Het karakter van gebruiksretributies als bedoeld in artikel 277, eerste lid, letter b, onder 1°, van de gemeentewet – waartoe ook de onderwerpelijke heffing moet worden gerekend – brengt immers mede dat dergelijke heffingen zich dienen te richten naar het gebruik dat van de desbetreffende gemeentebezittingen, werken of inrichtingen wordt gemaakt.

De geschiedenis van de totstandkoming van de Wet van 30 december 1970 (*Stb.* 608) tot wijziging van de bepalingen inzake gemeentelijke en provinciale belastingen noopt niet tot een ander oordeel. Weliswaar behelzen de bij die wet vastgestelde bepalingen inzake gemeentelijke belastingen niet langer het voorheen in artikel 287, eerste lid, slotzin, van de gemeentewet voorkomende voorschrift dat gebruiksretributies zich – behoudens de mogelijkheid van heffing bij wijze van abonnement – dienen te richten naar het gebruik dat van de gemeentewerken en inrichtingen wordt gemaakt, maar uit de memorie van toelichting (bladzijde 24, rechter kolom) blijkt dat dit voorschrift enkel wegens zijn overbodigheid niet in dit nieuw vastgestelde artikel 279 is overgenomen.

Uit de toelichting van Burgemeester en Wethouders op het ontwerp dat heeft geleid tot de Verordening havengeld (stuk nummer 510 van 3 december 1974) blijkt dat met het toen voorgestelde tarief van f 6,75 per m^2 per maand voor onder meer schepen als het onderwerpelijke – welk tarief, sedertdien verhoogd tot f 8,87, in de zich onder de gedingstukken bevindende Nota woonschepen Zaanstad (bladzijden 18 en 24) als "schriktarief" wordt aangeduid – werd beoogd een toevloed van dergelijke schepen naar openbaar water van Zaanstad te voorkomen en dat voor een tarief in een belastingverordening is gekozen omdat een verbodsbepaling, op te nemen in een strafverordening, slechts kon leiden tot bestraffing met een hechtenis van ten hoogste twee maanden of een geldboete van ten hoogste f 300,–.

Deze toelichting dwingt, mede gelet op het in de artikelen 5 en 6 van de onderwerpelijke verordening vastgestelde tarief voor een zelfde gebruik van gemeentelijk vaarwater met andersoortige vaartuigen, tot de gevolgtrekking dat het te dezen toepasselijke tarief, naar de bedoeling van de gemeentelijke wetgever, zich niet richt naar het gebruik. Aan voormeld artikel 7 moet derhalve verbindende kracht worden ontzegd.

Nu te dezen ook niet ingevolge enige andere bepaling van de Verordening aan belanghebbende havengeld in rekening kan worden gebracht, is de heffing ten onrechte opgelegd'. Aldus de Hoge Raad.

Overzien wij het slagveld dan moet worden geconstateerd dat de Hoge Raad in korte tijd een flinke opruiming heeft gehouden en allerlei oneigenlijke elementen uit de gemeentelijke heffingen heeft verwijderd. De enige belasting die ongeschonden is gebleven, is de hondenbelasting. Maar ook die belasting zal nog wel eens sneuvelen, zij het niet in de rechtszaal maar in het parlement.

Vooral de zuivering van de retributies stemt tot tevredenheid. Hoewel enigszins buiten de orde wil ik hier toch wijzen op de keerzijde van de medaille. Met name heb ik het oog op de gevolgen van het schriktariefarrest. Elders[44] heb ik uiteengezet dat vooral dat arrest duidelijk heeft gemaakt dat de huidige belastingwetgeving de zogenaamde fiscalisering van parkeerovertredingen verhindert. Fiscalisering betekent immers dat er een oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid van een gemeente een parkeerretributie te heffen. Het merkwaardige is nu dat het verhinderen van het ene oneigenlijke gebruik het andere oneigenlijke gebruik tot gevolg heeft. Ik doel hier op het onzalige plan van de regering een drietal parkeerbelastingen in te voeren door wijziging van de gemeentewet. Ik heb dat genoemd oneigenlijk gebruik van belastingwetgeving omdat het principiële onderscheid tussen enerzijds het opleggen van strafrechtelijke boetes en anderzijds het heffen van belastingen uit het oog wordt verloren, waardoor een wezenlijke inbreuk wordt gemaakt op de structuur van het Nederlandse belastingstelsel. Het schriktarief deugde niet, parkeerbelastingen deugen nog veel minder.[45]

Echter wat er van die parkeerbelastingen ook zij, de besproken jurisprudentie maakt duidelijk dat op het gebied van de belastingheffing détournement de pouvoir nimmer als zodanig een grond is voor onverbindendverklaring van een verordening doch altijd schuilgaat achter strijd met de wet. Of moet ik zeggen: met het recht zoals de belastingrechter dat in de wet vindt?

Overigens laat de hiervoor besproken rechterlijke activiteit ook de Kroon niet onberoerd. Bij Koninklijk Besluit van 26 maart 1986, nr. 47, *Belastingblad* 1986, blz. 623 werd goedkeuring onthouden aan de verordening tot wijziging van de parkeergeldverordening van de gemeente Domburg. Die gemeente was alvast vooruitgelopen op de mogelijk

nieuw in te voeren parkeerbelastingen en had sommige parkeerovertredingen gefiscaliseerd. De Kroon maakte nog eens duidelijk dat zulks onder de huidige wetgeving niet mogelijk is. Opvallend is dat de Kroon haar standpunt vooraf aan de gemeente had meegedeeld 'met het verzoek de verordening aan te passen dan wel in trekken', aan welk verzoek de gemeente had geweigerd tegemoet te komen. Ik zou menen dat staatsrechtdeskundigen hier toch wel even de wenkbrauwen zullen fronsen.

Niet alleen bij wijze van preventie is de Kroon actief (geworden), ook in repressief opzicht vallen er de nodige klappen. Een voorbeeld daarvan is het Koninklijk Besluit van 13 augustus 1986, nr. 13, *Belastingblad* 1986, blz. 611 betreffende de legesverordening van de gemeente Leersum. Ik citeer de tekst van het KB.

'De raad van de gemeente Leersum heeft op 10 mei 1983 besloten tot het wijzigen van de Tabel 1983, behorende bij de Legesverordening 1976. Bij deze wijziging werd de rubriek "Bouw- en aanlegvergunningen" aangevuld met een achttiende lid op grond waarvan het voor bepaalde bouw- of aanlegvergunningen verschuldigde legesbedrag wordt verhoogd, tenzij met betrekking tot het te bebouwen terrein de Exploitatieverordening toepassing heeft gevonden of kan vinden, dan wel indien krachtens raadsbesluit op andere wijze een bouwexploitatie-overeenkomst is gesloten of een daarmede gelijk te stellen regeling is getroffen.

Artikelen 273a en 274 van de gemeentewet voorzien in de mogelijkheid ter dekking van de kosten van door of met medewerking van het gemeentebestuur getroffen voorzieningen een baat- of een bouwgrondbelasting te heffen. Deze kosten kunnen eveneens langs privaatrechtelijke weg worden verhaald door het sluiten van een exploitatie-overeenkomst of door doorberekening in de uitgifteprijs van de grond. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever heeft beoogd het kostenverhaal op andere dan privaatrechtelijke wijze te beperken tot de baat- en bouwgrondbelasting. Daarbij zijn met name van belang de waarborgen die in art. 273a, tweede lid, en in artikel 274, tweede lid, eerste volzin, van de gemeentewet zijn opgenomen.

De in die bepalingen gegeven termijn van één jaar strekt er toe voor de burger de onzekerheid omtrent het al of niet heffen van deze belastingen te beperken.

Het vorenstaande leidt tot de gevolgtrekking dat doel en strekking van de artikelen 273a en 274 van de gemeentewet zouden worden miskend, indien op andere wijze dan in deze bepalingen en anders dan via privaatrechtelijke overeenkomsten, de kosten van door de gemeente tot stand te brengen of tot stand gebrachte voorzieningen zouden kunnen worden verhaald'.

De Nota van Toelichting bij het KB voegt daaraan nog het volgende toe.

'Dat de mogelijkheid om exploitatiekosten te verhalen op andere dan privaatrechtelijke wijze beperkt dient te blijven tot een belasting in-

gevolge artikel 237a of 274 van de gemeentewet blijkt ook uit een uitspraak van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State (13 oktober 1983, nr. A-31 2670).[46]

De Afdeling overweegt hierin ondermeer dat uit de uit de wetsgeschiedenis blijkende samenhang tussen artikel 42 van de Wet op de ruimtelijke ordening en artikel 274 van de gemeentewet moet worden afgeleid dat de wetgever heeft beoogd mede gezien de daaraan verbonden waarborgen, slechts op de wijze als in genoemde artikelen omschreven het gemeenten mogelijk te maken de exploitatiekosten van een bestemmingsplan op de burger te verhalen, onverminderd de mogelijkheid van gemeenten om langs andere privaatrechtelijke weg dan het sluiten van een exploitatie-overeenkomst, bijvoorbeeld via gronduitgifte, die kosten te verhalen.'

Indien een gemeente de exploitatiekosten van bouwterreinen langs fiscaalrechtelijke weg wil verhalen, heeft zij in beginsel de keus tussen het heffen van een bouwgrondbelasting of van een baatbelasting; andere mogelijkheden zijn er niet. De belastingverordening zal dan moeten voldoen aan de strenge eisen van de artikelen 273a of 274. Het spreekt vanzelf dat die eisen niet mogen worden omzeild door de heffing in een ander fiscaal jasje te steken. Dat riekt zelfs naar fraus legis.

2.7 De doelmatigheid

Naast algemene rechtsbeginselen – en mogelijk specifieke belastingbeginselen – kent het belastingrecht economische beginselen; die laatste betreffen de doelmatigheid van de belastingheffing.[47] 'Goed recht, (...), moet tevens doelmatig recht zijn. In deze zin kan – (...) – het goede recht niet meer zijn dan een compromis tussen de eisen van de rechtvaardigheid en die van de doelmatigheid', aldus Hofstra,[48] die als vuistregel geeft 'dat het gerechtigheidselement voorrang dient te hebben, doch dat een klein belang van hogere orde mag wijken voor een groot belang van een ander – lager geacht – niveau'.

In de jurisprudentie wordt die belangenafweging ook gemaakt, met soms verrassende resultaten.[49] In dit verband dienen twee kort na elkaar gewezen arresten te worden besproken, beide betreffend de door de reinigingsdienst Schouwen-Duiveland (een gemeenschappelijke regeling) geheven reinigingsrechten. Hiervoor is al wel duidelijk geworden dat reinigingsrechten gebruiksretributies zijn. Dat betekent dat zij slechts kunnen worden geheven indien en voorzover van de aangeboden diensten gebruik wordt gemaakt; no-use-no-pay, derhalve.

In HR 8 juni 1977, *BNB* 1977, 191, werd gestreden over de vraag of artikel 11, eerste lid, van de verordening verbindend was. Destijds luidde die

bepaling aldus: 'Het dagelijks bestuur van de dienst verleent degene die in de loop van het belastingjaar ophoudt belastingplichtig te zijn ingevolge deze verordeningen, ontheffing van de betaling van rechten (...), over zoveel volle kalenderkwartalen als na het beëindigen van de belastingplicht nog in dat belastingjaar overblijven'.

Belanghebbende verhuisde per 1 december naar een andere gemeente en wilde het betaalde reinigingsrecht over één maand (december) terug hebben, zijnde de somma van f 4,58, een luttel bedrag maar leidend tot een belangwekkend arrest.[50] Met een beroep op het no-use-no-pay-beginsel riep belanghebbende de onverbindendheid van genoemd artikel 11, eerste lid, in.

De Hoge Raad overwoog dat het feit dat belanghebbende, hoewel hij in december geen gebruik had gemaakt van de door de reinigingsdienst Schouwen-Duiveland aangeboden diensten, hij niettemin ingevolge artikel 11, eerste lid, van de verordening zijn over die maand betaalde retributie niet terugkreeg 'niet zonder meer ten gevolge heeft dat deze bepaling onverbindend moet worden geoordeeld, omdat, nu een bepaling als de onderhavige mede kan beogen de praktische uitvoerbaarheid van de belastingregeling te dienen, tegenover het voor de belastingplichtige aan onverkorte handhaving van vorenbedoeld beginsel verbonden belang moet worden afgewogen het aan de uitvoerbaarheid en hanteerbaarheid van de belastingregeling verbonden belang'.

Deze afweging viel uit ten nadele van de belanghebbende,[51] zodat – met *BNB*-annotator J.P. Scheltens – kan worden gezegd 'dat de eisen van doelmatigheid kunnen prevaleren boven de tekst of de grondprincipes van de wet'. Scheltens rept voorts over 'de wisselwerking tussen rechtmatigheid en doelmatigheid' en constateert verder dat 'deze twee (...) geen met elkaar strijdige begrippen (zijn). Rechtsregels ontstaan immers in belangrijke mate mede op grond van eisen van doelmatigheid en omgekeerd kan ondoelmatigheid aan een regeling de eigenschap van werkelijk recht ontnemen'.

Mochten de vroede vaderen op Schouwen-Duiveland door dit arrest in een lichtelijk eufore stemming zijn geraakt, twee weken later waren zij weer terug op aarde. In HR 22 juni 1977, *BNB* 1977, 192, werd artikel 3 van de verordening getoetst en te licht bevonden.

Het eerste lid van dat artikel luidde destijds: 'De rechten (...) worden geheven (...), tenzij blijkt dat de gebruiker geen gebruik maakt van de diensten van de dienst.' Uit – naar ik aanneem – doelmatigheidsoverwegingen werd op die manier de bewijslast omgekeerd. De Hoge Raad oordeelde daarover: 'dat aldus een bewijslast aan (de) gebruikers wordt opgelegd, waarvoor onder omstandigheden reden kan zijn, doch die in het algemeen te zwaar is om hem te doen berusten op een in de Verordening neergelegde regel van bewijslastverdeling'. Die regel werd dan ook onverbindend verklaard.

De moeilijkheid school natuurlijk in het feit dat een niet van de reinigingsdiensten gebruikmakende belanghebbende een negatief bewijs zou moeten leveren. *BNB*-annotator J.P. Scheltens schrijft daarover het volgende.

'Door de verschuiving van de bewijslast zou het de belanghebbende feitelijk nagenoeg onmogelijk worden gemaakt ondanks niet-gebruik aan de heffing te ontkomen waardoor aan het hoofdbeginsel: alleen heffing bij werkelijk gebruik, in feite alle betekenis zou worden ontnomen. Dit nu ging de Hoge Raad te ver. Een speling is blijkens het vorige arrest toelaatbaar maar daarvoor is wel nodig dat bij de afweging van de belangen van de belastingplichtige tegen die van de belastingheffer de eerste niet op onaanvaardbare wijze worden opgeofferd aan de eisen van doelmatigheid. Dit laatste was volgens de Hoge Raad blijkbaar wèl geschied zodat de bepaling niet verbindend kon zijn.

Twee opmerkingen zijn hierbij te maken. In de eerste plaats zegt de Hoge Raad dat een bewijslast, volgend uit de woorden "tenzij blijkt..." in het algemeen te zwaar is om te kunnen steunen op een in de verordening neergelegde regel omtrent verdeling van de bewijslast. De betekenis daarvan is kennelijk deze dat daardoor weliswaar niet rechtens maar wel feitelijk strijd ontstaat met de wet, namelijk met de wettelijke regel dat bij niet-gebruik niet mag worden geheven: ook het feitelijk onmogelijk maken van toepassing van het door de wet gegeven beginsel kan strijd met de wet opleveren. Een dergelijke bewijslast mocht daarom niet in de verordening voorkomen. Tevens echter betekent deze overweging, zeggend dat een dergelijke verdeling van de bewijslast niet *op de verordening* kan steunen, dat de wet zèlf de bewijslast wèl op de belanghebbende zou kunnen leggen, hetgeen ook voor de hand ligt omdat immers de wet onschendbaar is. Of dit aanbeveling zou verdienen is een geheel andere vraag: de wet zou dan immers haar eigen beginsel ondergraven. Zou men daarin geen bezwaar zien dan ware veel beter ronduit een bestemmingsheffing ter financiering van de reinigingsdienst in te voeren, los van de vraag of door de gemeentenaren ook werkelijk gebruik wordt gemaakt van de aangeboden diensten.[52]

In de tweede plaats is uit de onderhavige overweging de conclusie te trekken dat een bewijslastverdeling in een gemeenteverordening niet altijd ontoelaatbaar is. Het gebruik van de terminologie "tenzij blijkt..." houdt immers in dat het tegendeel overtuigend moet worden aangetoond, hetgeen een aanmerkelijk zwaardere bewijslast oplevert dan de term "tenzij aannemelijk is". De in de verordening neergelegde bewijslast achtte de Hoge Raad te zwaar om te kunnen worden getolereerd. Reeds uit toevoeging "in het algemeen" blijkt echter dat het in andere situaties anders zou kunnen zijn. Een regeling van de bewijslast is dan ook niet verboden maar het zal van de omstandigheden afhangen hoe zwaar de op de belanghebbende gelegde bewijslast mag zijn. Daarbij zal vooral van belang zijn in hoeverre daardoor de in de wet gestelde gren-

zen in feite zouden worden overschreden. Denkbaar is dan ook zeer goed dat een lichtere bewijslast, volgend uit de terminologie "tenzij aannemelijk is" door de Hoge Raad wel zou zijn geaccepteerd.'

Een ander geval waarin de praktische uitvoerbaarheid van een belastingverordening aan de orde was, werd berecht in HR 15 februari 1984, *BNB* 1984, 232. Het ging om de waterschapsomslag van het Hoogheemraadschap Rijnland. Artikel 173, tweede lid, van het reglement luidde: 'Zou de aanslag in totaal minder dan zeven gulden en vijftig cent bedragen, dan wordt de aanslag op dit bedrag bepaald'.

Belanghebbende, aan wie eigenlijk een kruimelaanslagje van f 0,75 had moeten worden opgelegd, werd nu belast met een aanslag van f 7,50. Het Hof meende dat de minimumtariefregel mede kan beogen de praktische uitvoerbaarheid van de belastingregeling te dienen en dat het belang van de omslagplichtige niet op onaanvaardbare wijze aan dat van de uitvoerbaarheid van de regeling is opgeofferd. Hoewel het Hof gedacht zal hebben daarmee binnen de door *BNB* 1977, 191 aangegeven grens te zijn gebleven, casseerde de Hoge Raad 's Hofs uitspraak, omdat 'anders dan het Hof heeft geoordeeld, voor de vaststelling van de omslag op ten minste een bepaald bedrag geen plaats is'. De reden daarvoor is dat 'omslagen naar hun aard, gegeven een bepaalde heffingsmaatstaf, uitsluitend afhankelijk dienen te zijn van het bedrag dat volgens de begroting van het Waterschap in aanmerking komt'.

En dan volgt nog een advies dat alle belastingheffers in een gouden lijstje boven hun bed moeten hangen: 'dat bezwaren, verbonden aan de heffing en invordering van zeer geringe bedragen, kunnen worden ondervangen door de heffing daarvan achterwege te laten'. De balans is daarmee weer in evenwicht: kleine bedragen worden niet geheven en behoeven ook niet te worden teruggegeven. Doelmatigheid naar de ene èn naar de andere kant.

2.8 Tot slot

Het zou te pretentieus zijn thans conclusies te trekken. De hiervoor besproken materie is zo ongrijpbaar en de jurisprudentie is nog zo in ontwikkeling dat het beeld nog lang niet compleet is. Niettemin zijn er wel enige trends te ontwaren.

Tot de jaren zestig speelden algemene rechtsbeginselen bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften geen rol. In 1960 kwam het arrest over de willekeurige en onredelijke belastingheffing waarmee het verbod van willekeur zijn intrede deed in de fiscale jurisprudentie. Maar steeds werd (mede) in de beschouwing betrokken de vraag of de wetgever de berechte regeling op het oog zou hebben kunnen gehad. Nadat de beginselen van behoorlijk bestuur hun plaats hadden gekregen, kwam

aan het eind van de jaren zeventig het rechtszekerheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke wetgeving om de hoek kijken, echter net als bij het verbod van willekeur als ondergeschoven kind van de wetgever.

Nu het gelijkheidsbeginsel een grondwettelijk fundament heeft gekregen zal het als zodanig kunnen gelden en behoeft niet te worden teruggegrepen op de ongeschreven regel. Van het verbod van détournement de pouvoir hebben wij gezien dat het als zodanig zelfstandige betekenis mist. Telkens wanneer het beginsel opgeld deed, bleek er tevens strijd met de wet te zijn.

Bij de huidige stand van de jurisprudentie speelt het vertrouwensbeginsel geen rol en ik geloof eigenlijk ook niet in de betekenis van dat beginsel als beginsel van behoorlijke wetgeving in die zin dat daaraan een belastingverordening kan worden getoetst. Wel heb ik betoogd dat het vertrouwensbeginsel in zijn variant als beginsel van behoorlijk bestuur van belang zou kunnen zijn bij de eventuele toetsing van goedkeuringsbesluiten. Uit oogpunt van volledige rechtsbescherming van de burger tegen overheidshandelen dient die toetsing mogelijk te zijn, maar de kans dat het ooit zover zal komen, acht ik niet groot.

Een kleine maar wel belangrijke plaats in het rijtje toetsingsgronden moet worden ingeruimd voor de doelmatigheid. Wij hebben gezien dat in het kader van een belangenafweging het belang dat de overheid heeft bij een uitvoerbare en hanteerbare belastingheffing soms zwaarder weegt dan het belang dat een belastingplichtige heeft bij onverkorte toepassing van een rechtsregel.

Ik zou menen dat de belastingrechter binnen de hem door de wet gegeven ruimte een bevredigend resultaat heeft weten te bereiken, al waag ik het te betwijfelen of bij het grote publiek de overtuiging leeft dat hier werkelijk de rechtvaardigheid heerst. Dat is echter niet de schuld van de rechter, maar van 'onze huidige, van detail naar detail strompelende belastingwetgeving', zoals Hofstra het zo treffend uitdrukt.[53] Het woord is dus aan de wetgever.

Noten

1 H.J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht,* 6e druk, Kluwer, Deventer 1986, blz. 25 en 27.
2 *Rapport ABAR,* 5e druk, 1985, blz. 238.
3 Kortheidshalve verwijs ik hiervoor naar het rapport van mr. W.G. Balfoort aan Binnenlandse Zaken, waarover ik in het voorwoord sprak.
4 P. Meyjes, *Fiscaal procesrecht,* 3e druk, bew. door J. van Soest en J.W. van den Berge, Kluwer, Deventer 1984, blz. 72.
5 Voor de provinciale retributies die ingevolge artikel 148 van de Provinciewet kunnen worden geheven, bepaalt artikel 150 van die wet hetzelfde als artikel 279 van de gemeentewet doet voor de gemeentelijke retributies. Dat blijkt dan inmiddels te zijn gebeurd; zie HR 22 oktober 1986, *BNB* 1987,4 betreffende de onroerend-goedbelastingen van de gemeente Gorinchem. De Hoge Raad trekt de grens bij 25%. Verwezen zij ook nog naar HR 26 november 1986, nr. 24191 betreffende de onroerend-goedbelastingen van de gemeente Zeevang; een uittreksel van dit arrest is te vinden op de achterkant van het *Belastingblad* van 20 januari 1987.
6 Wel is er een uitspraak van het Hof Leeuwarden van 23 april 1986, nr. 706/85, V-N 1986, blz. 2301; zie verder blz. 130.
7 M.i.v. 1 januari 1986 zijn deze lozingscorrecties afgeschaft.
8 Zie A. Makkinga, *Belastingblad* 1986, blz. 607 en de discussie in *Belastingblad* 1987, blz. 23 e.v.
9 Het Hof Leeuwarden achtte een verschil tussen geobjectiveerde verkoopwaarde en gecorrigeerde vervangingswaarde van 25% aanvaardbaar; zie noot 6.
10 Memorie van Antwoord, blz. 9 r.k.
11 TK 1970-1971, blz. 605.
12 TK 1970-1971, blz. 688 en blz. 689.
13 Meyjes, Van Soest, Van der Berge, *Fiscaal procesrecht,* blz. 81.
14 *Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht,* blz. 149.
15 R.E.C.M. Niessen, Cassatie in belastingzaken, *Fiscale brochure FED, Diversen* 5, Deventer 1986, blz. 27 en 28.
16 De invloed van algemene rechtsbeginselen op de onverbindendheid van gemeentelijke belastingverordeningen, in: *Quod Licet Jovi,* FED, Deventer 1983, blz. 21 en 22.
17 Zie bijv.: HR 19 maart 1924, *W* 11.117; HR 5 januari 1927, *W* 11.619; HR 22 juni 1937, *AB* 1937, 1009; HR 23 december 1953, *BNB* 1953, 60; HR 17 december 1958, *BNB* 1959, 62.
18 H. Prast, *Terugwerkende kracht op het gebied van de belastingwetgeving,* preadvies Vereniging voor belastingwetenschap, Geschriften 150 en 152, Kluwer, Deventer 1978 en 1979.
19 *Qoud Licet Jovi,* blz. 21.
20 Hofstra, *Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht,* blz. 253.
21 Hofstra, *Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht,* blz. 165.

22 Zie de artikelen 104, 132, zesde lid, en 133, tweede lid, van de Grondwet.
23 Parafrase van de Hoge Raad.
24 *De directe werking van rechtsbeginselen in het stellige belastingrecht,* FED, Deventer 1972, blz. 17.
25 Noot onder *BNB* 1979, 309.
26 Noot onder *BNB* 1979, 309.
27 Rapport ABAR, 5e druk, blz. 238.
28 Die belasting wordt overigens in ± 250 gemeenten geheven en levert in totaal ongeveer 12 miljoen gulden per jaar op.
29 Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal Mok bij HR 16 september 1981, *BNB* 1981, 295.
30 Thans is die basis er wel, namelijk in artikel 271, tweede lid, van de gemeentewet; het berechte geval kan zich dus niet meer voordoen.
31 Tegenwoordig geldt dat voorschrift alleen nog voor de echte retributies.
32 Zie blz. 140.
33 Ik ben wat voorzichtig omdat uit HR 16 mei 1986, *RvdW* 1986, 110 zou kunnen worden afgeleid dat de burgerlijke kamer hierover anders denkt.
34 Zie bijv. HR 20 december 1967, *BNB* 1968, 156.
35 Buiten de kring van fiscalisten is het naar mijn indruk weinig bekend dat het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht een hoge vlucht heeft genomen. Een paar jaar geleden heb ik over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de onroerend-goedbelastingen een gastcollege gegeven aan de Rijksuniversiteit te Groningen; zie daarvoor *Belastingblad* 1983, 199 e.v. Vgl. voorts A. Harlaar in: *Losbladig fiscaal weekblad FED,* Beschouwingen: 76, die ook de rijksbelastingen in zijn beschouwing betrekt.
36 J.M. in 't Veld, *Beginselen van behoorlijk bestuur,* 3e druk, bew. door N.S.J. Koeman, Tjeenk Willink, Zwolle 1985, blz. 43 en 44.
37 Vgl. Rapport ABAR, 5e druk, 1985, blz. 147.
38 Zie bijv. HR 27 juni 1979, *BNB* 1979, 214 en nog recenter HR 19 maart 1986, *Belastingblad* 1986, blz. 349.
39 Kort geleden heeft de Hoge Raad zijn in dit arrest gegeven oordeel herhaald; zie HR 2 juli 1986, *BNB* 1986, 258, betreffende het muziekschoolgeld – ook een retributie – van de gemeente Deventer.
40 Hier vergist Hofstra zich. De commissie heeft nu juist geconcludeerd dat de hondenbelasting in de gemeentewet gehandhaafd kan worden. Wel acht de commissie toepassing van de draagkrachtgedachte hier niet langer toelaatbaar (Rapport inzake de herziening van het belastinggebied van provincies en gemeenten, blz. 59 en 60). Overigens ben ik het wel met Hofstra eens dat de hondenbelasting moet worden afgeschaft.
41 Zie bijv. *Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht,* blz. 78 e.v.
42 H.J. Hofstra, WFR 5472 (1979), blz. 1220.
43 A.J. van den Tempel, WFR 5411 (1979), is daarover nogal sceptisch.
44 NJB 1984, blz. 1294 e.v.
45 Zie verder H.M.N. Schonis, Fiscalisering van parkeerovertredingen, in: *Congresbundel Administratieve afdoening verkeersovertredingen,* Zwolle 1986, blz. 43 e.v.

46 AB 1983, 30.
47 Hofstra, *Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht,* blz. 79.
48 *Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht,* blz. 83 en 84.
49 In de uitvoeringssfeer en dan met name bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel zien we de laatste tijd eveneens een dergelijke afweging. Vgl. HR 27 maart 1985, *BNB* 1985, 164 en HR 23 oktober 1985, *BNB* 1986, 158, *FED* 1986, 776; zie vooral de noot van J.A. Smit in *FED.*
50 Indien de griffierechten nog verder worden verhoogd, kunnen we dit soort jurisprudentie wel vergeten!
51 Zie voor een afweging die ten gunste van de belastingplichtige uitpakt: Hof 's-Gravenhage, 22 december 1978, *BNB* 1980, 25.
52 Voor wie de kracht en de macht van de gemeentelobby kent, zal het geen verrassing zijn dat de door Scheltens veronderstelde mogelijkheid inderdaad is gerealiseerd. Sinds 1 oktober 1979 kunnen gemeenten krachtens artikel 62 van de Afvalstoffenwet een afvalstoffenheffing instellen.
Inmiddels hebben ongeveer 300 gemeenten dat gedaan. Deze afvalstoffenheffing is geen retributie, maar een bestemmingsbelasting.
53 Noot onder *BNB* 1984, 128; zie ook blz. 164.

mr. R.E. de Winter

Toetsing van gemeentelijke verordeningen door de strafkamer van de Hoge Raad

1 Inleiding

Ik schrijf vanuit een plaats waar een inloopzaal zich universiteitsboekhandel waant en waar de universiteitsbibliotheek de geschriften van deze vereniging slechts *gedeeltelijk* voorradig heeft. Het zal dus wel wat behelpen worden. Gelukkig staat er ook iets tegenover. Je kunt hier haast geen stap verzetten of je belandt in een plaats waar een standaard-arrest over bestaat: Maastricht, Vaals, Berg en Terblijt, Nuth, Elsloo, Sittard, Beek, Geleen... De gemeente lééft hier. Als de plaatselijke overheid *ergens* 'dichtbij' de 'burgers' staat, dan is het wel in Limburg. Nergens vind je zoveel succesvolle lokale partijtjes als hier.[1] En daar zijn misschien ook wel goede redenen voor. Ik denk bijvoorbeeld aan een advertentie in een plaatselijke krant van vlak vóór de gemeenteraadsverkiezingen:

Toekomstige raadsleden,

die nog stemmen nodig hebben, kunnen zich iedere zondagmorgen ± 11 uur -met een gevulde beurs- vervoegen in café "de Onderbanken" in Jabeek.

Belangengroep-Vriendenkring "de Onderbanken"

Soms bezorgt een gemeente je niettemin óók last. Niet voor niets zijn er zoveel arresten die hun oorsprong vinden in het zuiden. Hoewel...ik ben oneerlijk,[2] ook elders blijkt de plaatselijke overheid een bijna onweerstaanbare neiging te hebben zich met alles te bemoeien. In het rode Groningen maken ze het tegenwoordig wellicht zelfs het bontst. De lokale zorg om de openbare orde wordt daar aardig, zij het – toegegeven! – ietwat gechargeerd, getypeerd door het *Chor der Ordnungspolizei* (uit 1927) van Kurt Schwitters:[3]

Eins zwei, eins zwei, eins zwei drei,
Bald ist alles zwar vorbei.
Eins zwei, eins zwei, eins zwei drei,
Kommt die Ordnungspolizei.
Machen sie die Strasse frei
Für die Ordnungspolizei.

In Groningen dus, is men op een gegeven ogenblik zover gegaan dat iedereen die tussen 11 uur 's avonds en zonsopgang goederen 'op enigerlei wijze' over een weg vervoerde, moest gedogen 'dat die goederen door een ambtenaar van politie (werden) onderzocht'. Dit voorschrift was volgens de Hoge Raad echter 'zo ruim geredigeerd dat het daarin nader omschreven onderzoek ook (moest) worden gedoogd in gevallen waarbij de openbare orde in geen enkel opzicht (kon) zijn betrokken'. De bepaling was daarom onverbindend.[4] De Advocaat-Generaal Remmelink repte van een 'welhaast oeverloze controlebevoegdheid'. Een andere Groningse bepaling, daarentegen, ging naar zijn smaak 'inderdaad ver', maar men mocht volgens hem 'veilig aannemen dat zij in de praktijk alleen in "kwaadaardige" gevallen gehanteerd zal worden, zoals met zoveel APV-bepalingen het geval is; sommige schijnen zelfs, evenals nucleaire wapens, bestemd om nooit werkelijk gebruikt te worden'.[5] Op die manier heeft de 'keuromanie' vrij spel gekregen.

Geen wonder dat dit woord onlangs zelfs al in de dagbladpers figureerde. Het ging toen om het Harderwijkse vloek- en toplessverbod.[6] 'Wist u trouwens', zei de korpschef van Harderwijk, 'dat het huidige, nog steeds van kracht zijnde APV artikel 69 het bezigen van aanstootgevende taal op of aan de weg of voor het publiek toegankelijke plaatsen verbiedt? Dat gaat in wezen nog verder dan alleen maar vloeken'.[7] En inderdaad, er was eigenlijk maar weinig nieuws onder de zon. Het stoelde allemaal op een oude traditie. 'Is het', vroeg Gombault[8] zich af, 'omdat de Rijkswetgever in 1911 zich geroepen heeft gevoeld om op zeden-gebied regelend op te treden en den teugel te dien opzichte strenger wenschte aan te halen dan tot dusverre, met het oog op de overheerschende christelijke politiek en hebben de gemeentebesturen dit voorbeeld, hun door de hoogere autoriteit gesteld, maar al te gretig willen navolgen?' Tegelijkertijd maakt hij echter melding van de vernietiging in 1896 van het vloekverbod van Wonseradeel.[9] Ook vóór 1911 werd Gods naam kortom al van gemeentewege geheiligd. Bij wijze van toeval vond ik zelfs een Rotterdamse 'Keure ende Ordonnantie' uit 1722 'tegens het profaen spreken, schelden, ontheyligen, ende misbruyken van den Heyligen Name Godts, mitsgaders het vloeken, en vervloeken van sig selven ende zijn even-naasten, als andersints'.[10] Klaarblijkelijk was de 'huishouding van de gemeente' daarbij – anders dan de Kroon in 1896 meende – wel degelijk in het geding, 'zijnde alle de selve heylloose ende God-vergetene vloekingen ende sweringen / in der daet ende waerheyd een soort van

d'alderswaerste en hoog tot God krytende sonden / waer door den toorn en grimmigheyd des Almagtigen Gods / die tegen ons Lieve Vaderland soo swaerlijk nog ontsteken is / sekerlijk en met droevige nadruk van swaerder plagen staet te ontbranden / het en ware daer tegens wierde voorsien'.

Wat hier verder ook van zij: 'De plaatselijke gemeenschap heeft eventueele keuromanie tenslotte aan zich zelve te danken', schreef Van Bolhuis heel droogjes in 1933.[11] Immers: 'hier geldt evenzeer, dat, gelijk het volk de regeering heeft, welke het verdient, ook elke gemeente het bestuur heeft, dat zij waard is'. Opmerkelijk is in dit verband 'dat het antwoord op de vraag of onze maatschappij de *criminaliteit* heeft die zij verdient', althans volgens Van Weringh,[12] '*niet* bevestigend luidt' (curs. RdW). Hoe dan ook, de visie van Van Bolhuis lijkt me wat aan de simpele kant. De wil van de meerderheid hoeft nu eenmaal niet noodzakelijkerwijs samen te vallen met de wil van het bestuur; sterker: mocht het toch eens een keer voorkomen dan is dat hoofdzakelijk aan het toeval te wijten.[13] Bovendien, zelfs al zou het bestuur wèl naar de pijpen van de meerderheid dansen, 'verdient' de *minderheid* dan inderdaad dat zij daardoor wordt overspoeld – om van het lot van niet-ingezetenen nog maar te zwijgen?

Een zekere inperking van wat een gemeente zoal vermag, ligt daarom voor de hand. En wel, niet alleen uit oogpunt van *bescherming* tegen de lokale overheid, óók omwille van de *doelmatigheid*.[14] Het zou bijvoorbeeld onhandig zijn wanneer een gemeente op eigen houtje kon ingrijpen in het beleid van de centrale overheid. Dàt er grenzen zijn, is dan ook onomstreden. Ook Van Bolhuis, die ik net even ten tonele voerde, ging daarvan uit.[15] De vraag is alleen waar die grenzen precies liggen. En: wie moet erop letten dat ze niet worden overschreden? Is dat laatste in beginsel voorbehouden aan het gemeentebestuur en de Kroon (krachtens artikel 185 gemeentewet), of is die taak tevens weggelegd voor de rechter?[16] Zo ja: in hoeverre, en wat zijn de consequenties daar dan van?

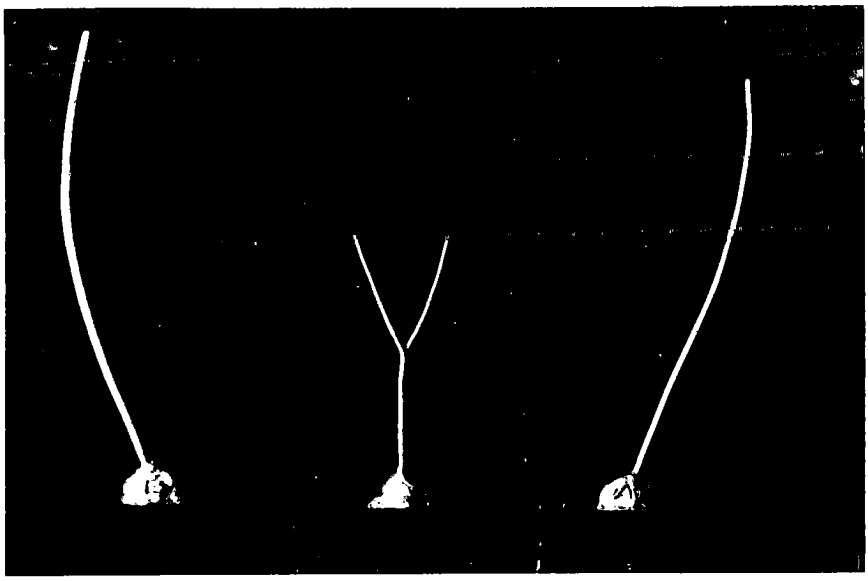
Ik zal in dit preadvies proberen een en ander een beetje in kaart te brengen. Daarbij zal ik me volgens goed gebruik nogal wat beperkingen opleggen. De voornaamste is dat het hier uitsluitend over strafrecht zal gaan, en wel in het bijzonder over de strafkamer van de Hoge Raad. Ik geef graag toe dat dit een tamelijk willekeurige beperking is. Wanneer een verordening bijvoorbeeld verbiedt om zonder vergunning te collecteren,[17] zijn er twee soorten zaken denkbaar: ofwel een verzoek om vergunning wordt afgewezen (administratieve rechtsgang), ofwel er wordt – ondanks de verordening – zonder vergunning gecollecteerd (strafzaak). Twee verschillende rechtsgangen, kortom, die beide dezelfde bepaling ter discussie stellen. Vanwaar dan die beperking tot het strafrecht?

Omdat ik daar toevallig een beetje 'in' zit, zou ik eerlijkheidshalve

moeten antwoorden. Maar er is gelukkig ook een fraaier excuus voorhanden: omdat dàt de langste traditie heeft *en* omdat dáár ook de afgelopen jaren naar mijn smaak een paar interessante ontwikkelingen hebben plaats gevonden, waardoor de 'klassieke' opvattingen hier en daar misschien wat moeten worden bijgesteld. Met dat laatste is trouwens tevens op een volgende beperking gewezen: ik pretendeer niet een volledig overzicht te hebben van *alle* rechtspraak op dit gebied, al is het 'te weinig gelezen arrest van 1864, waarin de vraag beantwoord werd of de rechter toetsingsrecht van lagere wetgeving toekwam'[18] intussen ook mij onder ogen gekomen. In beginsel heb ik mij echter – op het klassieke repertoire na – beperkt tot de oogst die sinds de eerste jaargang van *Delikt en Delikwent* (dus vanaf november 1970) is gepubliceerd. Alles wat sinds die tijd niet als 'peek' is afgedaan heb ik, met andere woorden, doorgenomen, en wel: tot september 1986. In zoverre is mijn verzameling compleet. Alleen, of het beeld dat daaruit opdoemt óók compleet is, zal wel eeuwig de vraag blijven. De meeste zaken eindigen immers als peek: er zijn geen middelen ingediend en de Hoge Raad ziet ook ambtshalve geen reden voor vernietiging. Waaròm daar geen reden voor is, wordt helaas nooit uit de doeken gedaan.[19] Mogelijkerwijs zijn er dus allerlei kwesties in het spel waar wij als buitenstaanders geen flauwe notie van hebben. Wij kennen eigenlijk maar een fractie van de overwegingen.[20]

En hoe weten we dat de overwegingen die we wèl kennen het meest relevant zijn? Niettemin zijn het juist dié overwegingen waarop we onze theorietjes baseren. Want de Hoge Raad beslist weliswaar 'von Fall zu Fall', om met Meret Oppenheim te spreken,[21] maar dat het allemaal toevallig is, wil er bij ons niet in. Dat zou slechts twijfel zaaien omtrent hetgeen we te verwachten hebben. En twijfel is, in de woorden van Peirce.[22] 'an uneasy and dissatisfied state from which we struggle to free ourselves and pass into the state of belief. (...) The irritation of doubt causes a struggle to attain a state of belief. (...) It is certainly best for us that our beliefs should be such as may truly guide our actions so as to satisfy our desires; and this reflection will make us reject every belief which does not seem to have been so formed as to insure this result. (...) We seek for a belief that we shall *think* to be true'.

Daarmee is, wat mij betreft een aardige omschrijving gegeven van de status van dit stuk en – mijns inziens – van *ieder* juridisch stuk: het is een *standpunt*. Opeens lijkt alles samen te vallen; het 'klopt'. Maar er is geen noodzakelijkheid in die samenhang, evenals de drie stokjes van Markus Raetz noodzakelijkerwijs een 'Eva'[23] in zich herbergen:



Jan Emmens verwoordde het eens als volgt:

Een wiel, dat draait. Ik niet,
ik stuntel op twee benen
en noem dat Lopen, Gaan.
Sta ik toevallig stil, dan heet dat
het standpunt dat ik inneem.[24]

2 Hiërarchie van normen

Politieke leiders spreken bij voorkeur vanaf een balkon. Zij staan dan boven de massa. Dat verschaft hun aanzien. Het bevestigt hun rol als leider. Want gezag komt – soms zelfs bij de gratie Gods – van boven naar beneden. Dat geldt trouwens niet alleen voor gezag. Alles wat zich zelf als mooi en goed beschouwt lijkt van boven te komen, inclusief wijzelf. Immers, zoals Van der Burg zo aardig opmerkte: 'Een zoogdier is een dier van hogere orde dan vissen of insekten. Maar de mens is de koning van de schepping, hij staat boven alle gewervelde dieren en boven alle andere diersoorten, boven de planten en boven de dode stof'.[25] En, om weer wat meer terzake te komen: 'de centrale overheid is hoger dan de lagere lichamen en organen (...)'.[26] Kortom, de 'verticale lijnen' en 'ladders' zijn niet te versmaden. En steeds weer geldt: hoe hoger hoe beter. Het lagere is nu eenmaal minder dan het hogere.

Zo zullen ook lagere regels moeten wijken voor hogere. Alleen, wat is lager en wat is hoger? Volgens Van der Burg[27] geldt in elke gezagsstructuur 'dat het gezag hoger is naarmate de territoriale of functionele competentie meer algemeen is en dat wordt zeer duidelijk weergegeven door het beeld van de gezagspiramide. Het wordt ook duidelijk geïllustreerd door het feit dat in veel landen generaal of generalissimus de hoogste rang is in het leger'. Artikel 194 gemeentewet wijst eveneens op aanvaarding van dat beginsel: 'de bepalingen van plaatselijke verordeningen, in wier onderwerp door eene wet, een algemeenen maatregel van bestuur of eene provinciale verordening wordt voorzien, houden van rechtswege op te gelden'. Maar s'Jacob bracht de rijkdom van een koloniaal verleden in herinnering: 'artikel 94 der vroegere Indische Staatsregeling wees in de daaraan tegenovergestelde richting'.[28] In plaats van een algemeen aanvaarde abstracte hiërarchie te zoeken, sloot hij daarom aan bij 'de relativiteit van de conflicten'. Immers: 'Het ene ambt mag een regel toepassen welke het andere niet mag toepassen (vgl. artikel 193 gemeentewet) of mag daaraan soms een andere betekenis hechten. In onze rechtsorde bestaan de conflicten dan ook niet in abstracto – als verschillen tussen de vermeende objectieve zin van rechtsregels – maar in concreto, voor het ambt, dat in een bepaald geval moet beslissen en dat daarbij geen twee heren kan dienen'.[29]

Welnu, 'gelyk De Vries en Te Winkel op 'n Zweed, wacht de rechtsman', volgens Multatuli, 'op 'n Cujas, op 'n Grotius, op 'n Diephuis, op 'n J.D. Meyer, of 'n ander van die soort, voor hy zich verstout een opinie te hebben'.[30] Ik beroep me daarom op s'Jacob. Of is hij geen 'ander van die soort'? Hoe dan ook, zijn benadering wordt er wat mij betreft niet minder aantrekkelijk door.[31] Laten we met andere woorden – voordat we ons verliezen in algemene beginselen over een hiërarchie – eerst maar eens kijken hoe de zaken er per 'ambt' voorstaan. In mijn geval dus: de (straf)rechter.

Dat voor rechters soms een ander soort hiërarchie bestaat dan voor bijvoorbeeld de wetgever in formele zin werd sinds 1848 tot uitdrukking gebracht met de bekende 'spreuk':[32] 'de wetten zijn onschendbaar'. Volgens Opzoomer was daar eigenlijk niets mee gezegd. 'Dat de gewone wet onschendbaar, haar rechtskracht boven alle twijfel verheven is, behoeft wel geen betoog', schreef hij nog in 1884.[33] 'Maar', voegde hij hieraan toe, 'dan moet het ook een wet zijn, en dus al de grondwettige vereischten eener wet bezitten. Het onderzoek hiernaar is alzoo altijd een recht, zelfs een verplichting van den rechter; de bepaling, die tegen de Grondwet strijdt, kan geen wet zijn; hij mag ze niet toepassen'. Zijn opvatting heeft echter weinig school gemaakt. Volgens Buys, bijvoorbeeld, mocht men de woorden 'in geen anderen zin opvatten dan dezen: dat zij den rechter verbieden te onderzoeken of de inhoud van de wet met de Grondwet al of niet overeenstemt'.[34] Datzelfde was al veel eerder in *Themis* betoogd door W.A.C. de Jonge. 'De wetgevende magt derhalve', concludeerde hij, 'beslist thans als opperste regter omtrent de al of niet grondwettigheid der door haar zelve gegevene bevelen'.[35]

Het is de vraag of dit stelsel inderdaad pas in 1848 werd ingevoerd, zoals Buys en De Jonge beweerden.[36] André Alen wijst bijvoorbeeld op de artikelen 5 en 11 van de Wet Algemene Bepalingen. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van die artikelen (die overigens pas in 1838 in werking zijn getreden) blijkt volgens hem 'dat de wetgever van 1822 wel een rechterlijke controle op de uitwendige of vormelijke waarde der wet voor mogelijk hield, doch de rechterlijke toetsing van de innerlijke of inwendige waarde der wet afwees'.[37] De zin van dat onderscheid tussen toetsing naar de vorm en toetsing naar de inhoud was volgens Opzoomer met de grondwetsherziening van 1848 echter komen te vervallen.[38] En, zoals bekend, heeft hij uiteindelijk in dat opzicht van de Hoge Raad gelijk gekregen.[39] Toetsing door de rechter van wetten aan de Grondwet is gewoon in elk opzicht taboe. De nieuwe Grondwet van 1983 heeft daar geen verandering in gebracht. Alleen de formulering van het beginsel is wat 'eigentijdser' geworden, om een woord van de Troonrede te gebruiken.[40] De wetten zijn volgens artikel 120 niet langer 'onschendbaar', maar: 'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen'.

Mok grijpt op basis van deze bewoordingen rechtstreeks naar een a-contrario redenering: 'Aangezien "wetten" in artikel 120 Grondwet ziet op wetten in formele zin, staat het de rechter vrij lagere wetten te toetsen aan de Grondwet en, meer in het algemeen, aan hogere regelingen (...)'.[41] In België is die conclusie min of meer terug te vinden in de Grondwet: 'De hoven en rechtbanken passen', aldus artikel 107, 'de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zover zij met de wetten overeenstemmen'. Op grond hiervan is het echter in België een punt van discussie of deze regel a-contrario moet worden toegepast ten aanzien van wetten.[42] De aanpak van Mok lijkt me dan ook iets te simpel. Waaròm er a-contrario geredeneerd moet worden, blijft bij hem onopgehelderd. Weliswaar heeft de Hoge Raad ruim een eeuw geleden beslist[43] dat 'de bij de Grondwet bepaalde onschendbaarheid der wetten moet worden beperkt tot eigenlijk gezegde wetten', maar dat hoeft nog niet op een mechanische *a-contrario* redenering te duiden. Er zat misschien wel een opvatting over decentralisatie achter. En daarvoor moeten we niet in de eerste plaats te rade gaan bij het grondwettelijk toetsingsverbod, lijkt me. Een blik in – bijvoorbeeld – de gemeentewet ligt meer voor de hand. Ik denk met name aan de artikelen 185, 193, 194, 195, 198 en 200. Al die bepalingen hebben een equivalent in de gemeentewet van 1851. Zij hebben dan ook vanouds een rol gespeeld in de discussie. En zij duiden onmiskenbaar op een zekere hiërarchie. In de toelichting op wat tegenwoordig artikel 195 is, stond bovendien te lezen 'dat de strafwetgevende magt van den Raad dáár ophoudt, waar eene meer algemeene verordening reeds heeft voorzien'.[44] Boissevain leidde dan ook al in 1851 uit dat artikel af 'dat geene plaatselijke politie-verordening of keur verbindende kracht kan hebben zoo zij een onderwerp betreft, waarin reeds is voorzien, hetzij door de wet, hetzij door een algemeenen maatregel van inwendig bestuur, hetzij door eene provinciale verordening'.[45] Datzelfde beginsel kwam volgens hem ook al tot uitdrukking in het tegenwoordige artikel 194. Een rechterlijke toetsingsbevoegdheid lijkt daar, kortom, wonderwel bij te passen. Hoewel... *artikel 193* houdt de rechter juist uitdrukkelijk buiten de deur! Moet dàt artikel dan wellicht *a-contrario* worden toegepast? Er is, met andere woorden, nog een volgende stap nodig vóór je tot toetsbaarheid kunt besluiten. De Hoge Raad putte daarvoor uit artikel 5 van de Wet Algemene Bepalingen. Dat wil zeggen: hij keek als het ware door dit artikel heen en ontwaarde toen opeens een veel algemener beginsel, dat aan dat artikel ten grondslag heette te liggen. Aan de gewraakte gemeenteverordening, die in strijd zou zijn met een provinciaal reglement, kon volgens de Hoge Raad 'geene verbindende kracht (...) worden ontzegd, dan alleen voor zooveel hare bepalingen zoodanig in strijd mogten zijn met die, door een hoogeren wetgever vastgesteld, zoo als ten deze met de bepalingen van het provinciaal reglement, dat deze laatste daardoor hare kracht en uitwerking zouden missen, in welk geval die bepalingen der

gemeente-verordening buiten toepassing zouden moeten worden gelaten, om *het beginsel, het welk ook in artikel 5 Alg. Bep. van wetgeving ligt besloten, dat aan de verordeningen eens hoogeren wetgevers door die eens lageren niet kan worden gederogeerd*' (curs. RdW).[46]

Mok heeft dus toch gelijk, al was zijn redenering een beetje te vlug: het staat de rechter vrij lagere wetten te toetsen aan de Grondwet en, meer in het algemeen, aan hogere regelingen. Artikel 120 Grondwet is, net als artikel 193 gemeentewet, een uitzonderingsbepaling. Toch is het verhaal daarmee niet uit. Er rijzen namelijk problemen. Het artikel van Mok kan daarbij opnieuw als aangever dienen. 'Een geemeentelijke verordening', schrijft hij, 'mag niet in strijd zijn met een provinciale verordening of met een regeling van de centrale overheid'.[47] Ook niet met een *ministeriële verordening?* Somer bracht hier een nuancering aan.[48] 'Voorzover ministeriële beschikkingen rechtstreeks op een wet of a.m.v.b. berusten lijkt het', volgens hem, 'niet twijfelachtig dat zij voorrang hebben. Immers – en dat geldt met name ook voor het zogenaamde eenvoudige KB met wetgevende inhoud, dat zijn grondslag rechtstreeks in de wet vindt – regionale of plaatselijke inbreuk op dergelijk ministeriële regelingen betekent tevens inbreuk op de wet of de a.m.v.b., die met delegatie aan de ministers kennelijk een uniforme regeling beoogde. Niet direct op een wet berustende ministeriële regelingen – algemene subsidievoorwaarden e.d. – vallen buiten de hiërarchie'. Dat klinkt, wat mij betreft, heel plausibel. Mok doet er helaas geen uitspraak over, maar de kwestie zal zich, zoals Somer zelf signaleert, ook niet gauw voordoen.

'Meer in het algemeen', om Moks woorden te gebruiken, laat zich de vraag stellen of de gevonden oplossing niet wat àl te rigide is. Mag de rechter lagere wetten *altijd* toetsen aan hogere regelingen? 'Dit beginsel heeft', volgens Somer, 'te wijken voor wettelijke bepaling van het tegendeel. (...) Een bepaalde hogere regeling kan immers aan een lagere wetgever bevoegdheid geven af te wijken van haarzelf'.[49] Als voorbeeld noemde hij ondermeer de toenmalige Winkelsluitingswet, die aan gemeenteraden de bevoegdheid gaf om door middel van vrijstellingen de werkingssfeer van de wet te beperken (vgl. het huidige artikel 9 Winkelsluitingswet). Alleen, dan is er eigenlijk geen sprake van het opleggen van een toetsingsverbod; de toetsing loopt in zo'n geval eenvoudig voor de lagere regeling – ondanks ogenschijnlijke strijdigheid met een hogere regel – goed af. Wat wèl uit deze 'uitzondering' is af te leiden, is slechts dat materieel soms een geheel andere norm kan gelden dan de hogere regeling op het eerste oog zou doen vermoeden.

Een werkelijk frontale aanval op het 'beginsel van Mok', zoals ik het nu maar even zal noemen, werd daarentegen al jaren eerder ondernomen door Van den Bergh.[50] Zijn opvatting heeft evenwel geen weerklank gevonden en inmiddels is zij zelfs geheel en al onder de tafel verdwenen;

het forum gaat er eenvoudig aan voorbij.[50a] Zoiets is eigenlijk een beetje slordig. Maar wie is in staat om alle oude tijdschriften door te spitten op zoek naar mogelijkerwijs vergeten parels? Hoe dan ook, het stuk kwam mij toevallig onder ogen. Van den Bergh betoogde dat 'de vraag, of de rechter het toetsingsrecht bezit, (...) in abstracto niet te beantwoorden (is). In twee gevallen geeft de beantwoording in concreto tot geen enkele moeilijkheid aanleiding, te weten, wanneer het geschreven recht de toetsingsbevoegdheid of uitdrukkelijk over de gehele lijn toekent of even uitdrukkelijk algemeen uitsluit. Er bestaat slechts een probleem', aldus – nog steeds – Van den Bergh, 'waar en voor zover het geschreven recht zwijgt. Ook dan is de vraag in abstracto niet voor beantwoording vatbaar. Aard en wezen van het staatsbestel in concreto zal dan beslissend zijn'.[51]

Dat laatste klinkt tamelijk mysterieus. Hij doelde daarmee op de – deels ongeschreven – regels die inherent zijn aan ons staatsbestel. Neem bijvoorbeeld het geval waarin een gemeentelijke verordening door GS is voorgedragen ter vernietiging wegens strijd met de Grondwet. De Kroon neigt aanvankelijk tot vernietiging, maar laat zich uiteindelijk door het andersluidende advies van de Raad van State overtuigen en ziet van de voorgenomen vernietiging af. Mag zo'n verordening nu – aangenomen dat een en ander openbaar is geworden – in een daarop volgende strafzaak door de Hoge Raad opnieuw word getoetst? 'Zal hij', vraagt Van den Bergh zich af, 'tegen Raad van State en Kroon in, de verordening wegens strijd met de Grondwet onverbindend mogen verklaren?' Zijn antwoord luidt, na enige aarzeling, bevestigend. Immers, wat de toetsing betreft 'is volgens ons ongeschreven recht de rechter in beginsel *niet* aan het oordeel van de Kroon gebonden. De rechter pleegt bijv. algemene maatregelen van bestuur op hun wettigheid en ongrondwettigheid te toetsen. Ons ongeschreven recht huldigt dus blijkbaar de regel dat interpretatie door de rechter praevaleert boven interpretatie door de Kroon.'

Maar stel – om het een beetje spannender te maken – dat de beslissing van de Kroon om niet te vernietigen 'deining in den lande' wekt:

'Bij de behandeling van de begroting komt de zaak in de Tweede Kamer ter sprake, daarna ook in de Eerste Kamer. In beide Kamers blijft, na een levendige gedachtenwisseling, de meerderheid achter de Minister te staan. In beide Kamers wordt een motie, het andere gevoelen vertolkende, dus stellende, dat de verordening ongrondwettig is, met grote meerderheid *verworpen*'.[52]

Mag de Hoge Raad de verordening dàn toetsen? Volgens Van den Bergh mag dat niet, en wel vanwege de ongeschreven rechtsregel die volgens hem ten grondslag lag aan het toenmalige artikel 124 lid 2 Grondwet (vgl. het latere artikel 131 lid 2 en het huidige artikel 120): 'Interpretatie door Kroon èn Staten-Generaal praevaleert boven interpretatie van de rechter. Deze regel', voegde hij eraan toe, 'behoort tot het diepste wezen der

democratie; iedere democratie moet hem huldigen of althans – na afdwaling – tot hem terugkeren. (...) De andere opvatting is in de democratie op den duur niet te handhaven; zij moet tot de scherpste conflicten leiden'.[53]

Hier is duidelijk een voorstander van het exclusieve toetsingsrecht van regering en parlement aan het woord. De door Koopmans gesignaleerde retoriek van het debat is duidelijk herkenbaar:

'De voorstander van de ene leer', aldus Koopmans, 'zal (institutioneel) stellen: moet het oordeel over wat de wetgever kan doen worden bereikt in een openbaar debat door de gekozen vertegenwoordigers des volks, danwel in een geheime raadkamerdiscussie tussen een klein aantal – zij het (meestal) knappe – juristen die voor de gevolgen van hun optreden op geen enkele wijze ter verantwoording zijn te roepen. "De vraag stellen is haar beantwoorden", placht mijn leermeester staatsrecht, George van den Bergh, in zo'n geval (en ook in dit geval) te zeggen. De voorstanders van de andere leer zullen de vraag dan ook anders (materieel) formuleren: dient de grens van wat de wetgever kan doen uitsluitend af te hangen van het proces van politieke onderhandelingen, of dient een onafhankelijke instantie na te gaan of het resultaat van dat onderhandelingsproces wel in overeenstemming is met het recht? En zo gezien lijkt de evidentie aan deze kant te liggen'.[54]

Echt dwingend is het argument van Van den Bergh dan ook niet, lijkt mij. Er zijn florerende democratieën *met* en *zonder* rechterlijk toetsingsrecht.[55] Omgekeerd blijkt de afwezigheid van rechterlijk toetsingsrecht allerminst een waarborg te zijn voor een goed functionerende democratie. Zuid-Afrika, bijvoorbeeld, kent in principe *geen* rechterlijk toetsingsrecht. Het oprekken van artikel 120 Grondwet lijkt mij dan ook niet bepaald inherent aan de democratie. Zeker, het *kan*, maar het *hoeft* niet.

Ook de volgende stap van Van den Bergh is daarom, volgens mij, geen vanzelfsprekendheid. De rechter zou zijns inziens namelijk evenmin mogen toetsen als de wet een lagere regeling aan preventieve controle heeft onderworpen en de strekking daarvan 'kennelijk deze zoude zijn: een, naar het oordeel van de wetgever, afdoende administratieve procedure in het leven te roepen om strijd tussen lagere en hogere regelingen te voorkomen'.[56]

Mijn eigen eerbied voor de wetgever gaat duidelijk minder ver dan die van Van den Bergh. Dat komt misschien omdat we inmiddels 35 jaar verder zijn. Met het toegenomen belang van toetsing aan verdragen (vgl. de artikelen 93 en 94 Grondwet) is de 'onschendbaarheid' van de wet allang niet meer wat zij geweest is. Bovendien was het 'ondergronds ongeloof in het systeem'[57] destijds heel wat minder wijd verbreid. Een portie extra legitimatie is tegenwoordig voor de overheid dan ook geen luxe meer. Er

is bij de wetgever misschien wel een *verbale* 'Wille zur Verfassung',[58] maar of je daar nog iemand mee kunt overtuigen zonder tegelijkertijd de gehele 'Verfassung' ter discussie te stellen, wordt steeds meer de vraag. Juist in dat opzicht zou het rechterlijk toetsingsrecht uitkomst kunnen bieden. Wat de Verenigde Staten betreft, wijst Tribe er bijvoorbeeld op 'that the constant presence of an independent judiciary lends an otherwise unavailable legitimacy to Congress, whose enactments might, in the absence of potential review, more readily be mocked as naked expressions of political power. The Supreme Court's very silence, its failure to strike down most of what Congress enacts, thus serves as a tacit sign that *politics has been contained by principle*'.[59] Ik zie niet in waarom iets dergelijks niet óók voor Nederland zou kunnen gelden.

Maar goed, wij 'zitten' hier nu eenmaal met artikel 120 Grondwet. Rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet is daardoor uitgesloten. Alleen, het artikel verplicht ons niet tot extensieve interpretatie. We hoeven er geen beginsel à la Van den Bergh achter te zoeken. De Haagse Rechtbank heeft dat onlangs in het kruisraketten-proces ongelukkigerwijs (impliciet) wèl gedaan. Zij verklaarde zich onbevoegd omdat de kwestie door de regering al aan de Staten-Generaal was voorgelegd:

'De Staten-Generaal zijn hier het orgaan dat de regering controleert. Bij deze controlerende taak moeten zij geacht worden zelfstandig te onderzoeken of de besluiten van de regering, die volgens artikel 90 Grondwet de taak heeft de internationale rechtsorde te bevorderen, in strijd zijn met het internationale recht.

Wanneer een dergelijk onderzoek heeft plaatsgevonden en dit tot goedkeuring van de regeringsbesluiten (al dan niet neergelegd in een overeenkomst met een andere Staat) heeft geleid, komt het de burgerlijke rechter niet toe zich boven het parlement te stellen om de arbeid daarvan te controleren'.[60]

Je vraagt je dan af waarom de rechter zich – krachtens artikel 94 Grondwet – wèl 'boven het parlement' mag stellen, wanneer het gaat om toetsing aan verdragen van *wetten in formele zin*. Waarom zouden voor die wetten – die krachtens artikel 120 Grondwet in principe evenmin als verdragen mogen worden getoetst – in dit opzicht opeens heel andere regels gelden? Nee, *hoe* de zaak uiteindelijk ook afloopt, ik kan me niet goed voorstellen dat dit vonnis in hoger beroep zal worden bevestigd.

Artikel 120 Grondwet verdient wat mij betreft, kortom, een minimale interpretatie. Er staat slechts wat er staat: 'de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van *wetten en verdragen*'. Alleen ten aanzien van wetten in formele zin en ten aanzien van verdragen bestaat er dus een beperking.[61] Voor het overige is die beperking er *niet*.

Kan de wetgever volgens Van den Bergh 'niet alleen explicite, maar ook implicite lagere regelingen voor de rechter onaantastbaar verklaren',[62]

naar mijn smaak kan hij dat, met andere woorden, uitsluitend *expliciet*. En zo ben ik na al mijn omzwervingen opnieuw uitgekomen bij het standpunt van (onder andere) Mok,[63] of liever: Somer – de rechter mag lagere regelingen toetsen aan hogere, tenzij de wet hem dit uitdrukkelijk verbiedt.

Nu ik de principiële vraag – òf de rechter überhaupt mag toetsen – bevestigd heb beantwoord, wordt het tijd om na te gaan *waaraan* zoal kan worden getoetst, *hoe* er wordt getoetst, en wat de *consequenties* van zo'n toetsing kunnen zijn. Eindelijk zijn we aangekomen waar de meeste beschouwingen over dit onderwerp beginnen. Ik hoop dat er nog een lezer is overgebleven...

3 Het toetsingsmechaniek

'Er is een rangorde der geschreven rechtsbronnen', schrijft Donner, 'corresponderend met de rangorde der organen, welke tot het geven van die voorschriften bevoegd zijn'.[64] Zelf heb ik aan het begin van de vorige hoofdstuk juist uitdrukkelijk vermeden om zo'n categorische uitspraak te doen. Ik gaf er de voorkeur aan me te beperken tot het perspectief van de strafrechter. Alleen, ben ik uiteindelijk niet tòch uitgekomen bij een soort hiërarchie? Of om met Van der Burg[65] te spreken – kwam ik niet tot de slotsom 'dat er een hiërarchie van normen bestaat en dat in geval van strijd hogere normen prevaleren boven lagere normen'?

Ik stel die vraag natuurlijk om er ontkennend op te kunnen antwoorden. In geval van 'strijd' mag de rechter hogere normen volgens mij inderdaad laten prevaleren boven lagere. Maar dat is iets anders dan dat er een hiërarchie zou bestaan. Bij een hiërarchie zou de hogere norm immers gelden *ongeacht de vraag of er strijdigheid is*. En over die kwestie heb ik het tot nu toe nog niet gehad. Bij deze dus.

Volgens artikel 195 gemeentewet kan 'de raad (...) op overtreding zijner verordeningen, voor zooveel daartegen niet bij eene wet, een algemeenen maatregel van bestuur of eene provinciale verordening is voorzien, hechtenis (...) of geldboete (...) stellen (...)'. Boissevain leidde in 1851 uit de vrijwel gelijkluidende voorganger van dit artikel af 'dat geene plaatselijke politie-verordening of keur verbindende kracht kan hebben zoo zij een onderwerp betreft, waarin reeds is voorzien' door een van de genoemde andere regelingen.[66] In het licht van de destijds aangehangen drie-sferenleer lag die uitleg min of meer voor de hand. Toch moet zelfs toen al zijn opgevallen dat artikel 195 slechts handelt over de bevoegdheid om iets *strafbaar* te stellen. Ook zonder strafbaarstelling kunnen bepalingen echter zeer wel verbindend zijn. Een blik in het Burgerlijk Wetboek kan in dat opzicht – en wellicht niet alleen in dat opzicht – heel leerzaam zijn. Het gaat eenvoudig om twee *verschillende* dingen. Volgens de Memorie van Antwoord – eveneens uit 1851 – beoogde men destijds dan ook alleen maar 'te verklaren, dat de *strafwetgevende* magt van den raad dáár ophoudt, waar eene meer algemeene verordening heeft voorzien' (curs. RdW).[67] De interpretatie van Boissevain berustte, met

andere woorden, op een misverstand, lijkt mij. Maar zijn 'leer' is intussen wèl de heersende geworden, vrees ik. Het voorbehoud dat strafbaarstelling in een verordening uitsluitend is toegestaan 'voor zooveel daartegen niet bij eene wet, een algemeenen maatregel van bestuur of eene provinciale verordening is voorzien', is in het ontwerp gemeentewet van 1986 zelfs geheel geschrapt. 'Een dergelijk voorbehoud behoeft niet expliciet te worden genoemd', aldus de Memorie van Toelichting.[68] 'Het vloeit namelijk zonder meer voort uit de strafrechtelijke en staatkundige posities van en de juridische verhoudingen tussen wet, algemene maatregel van bestuur, provinciale verordening en gemeentelijke verordening', voegen Schroot, Van Vliet en Wijma daar in hun handboek nog aan toe.[69]

Vloeit het een inderdaad *zonder meer* voort uit het ander? Ik ben daar niet helemaal van overtuigd. Stel bijvoorbeeld dat het voorbehoud op dit ogenblik al niet was opgenomen in artikel 195. Wat zou er dan gelden wanneer een gemeentelijke verordening hetzelfde verbood als – laten we zeggen – een wet? Volgens mij kom je zo'n geval – als de overtreding tenminste strafbaar is gesteld – via artikel 91 van het Wetboek van Strafrecht terecht bij artikel 55 van dat Wetboek:

1. Valt een feit in meer dan ééne strafbepaling, dan wordt slechts ééne dier bepalingen toegepast, bij verschil die waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld.
2. Indien voor een feit dat in eene algemeene strafbepaling valt, eene bijzondere strafbepaling bestaat, komt deze alleen in aanmerking.

Opvallend is dat het dan niet om de al dan niet *verbindendheid* van een bepaling gaat, maar om de *toepasbaarheid* ervan *in een concreet geval*.

Welnu, het voorbehoud van artikel 195 gemeentewet is naar mijn idee een 'specialis' ten opzichte van artikel 91 juncto 55 Wetboek van Strafrecht. De ingewikkelde afweging[70] van artikel 55 kunnen we ons bij eendaadse samenloop van een strafverordening en – bijvoorbeeld – een wet kortom besparen. De wet heeft dan eenvoudig *altijd* voorrang. Dat danken we aan dat voorbehoud. Van een soort automatische onverbindendheid van de verordening is in zo'n geval geen sprake. Dat laatste geldt, op grond van artikel 194 gemeentewet, uitsluitend ten aanzien van 'anterieure' verordeningen, al heet het dat de bepaling dan van rechtswege ophoudt te gelden.

Niet de hiërarchie zet dus de lagere regeling bij eendaadse samenloop opzij, maar de in het voorbehoud van artikel 195 gemeentewet neergelegde conflictenregel. De Hoge Raad wekt, tot mijn tevredenheid, de indruk mij in die opvatting te steunen. Dat is althans – zij het niet met volstrekte zekerheid – af te leiden uit een arrest over de APV van Geleen.[71] Volgens artikel 72 van die APV was het 'verboden op een weg te vechten, hinderlijk te stoeien, te schreeuwen, te tieren, luidruchtig te

zingen of nodeloos op hinderlijke wijze rumoer of geraas te maken'. In het tweede lid stond echter dat het verbod niet gold 'wanneer de artikelen 141, 306 en 431 van het Wetboek van Strafrecht van toepassing zijn'. En op dit laatste punt is de zaak toen afgedaan. Uit de bewijsmiddelen bleek namelijk dat de verdachte 'omstreeks 00.15 uur en omstreeks 00.35 uur rumoer (had) gemaakt dat storend was voor de buurtbewoners'. Het feit viel dus niet alleen onder artikel 72 APV, maar óók onder artikel 431 Wetboek van Strafrecht, 'zodat' – in de woorden van de Hoge Raad – '*ingevolge het tweede lid van artikel 72* alleen artikel 431 in aanmerking komt' (curs. RdW). Was men van een hiërarchie uitgegaan, dan was dat tweede lid van artikel 72 eigenlijk irrelevant en had men via de geliefde 'reeds'-redenering rechtstreeks bij artikel 431 kunnen uitkomen. Wanneer het daarentegen gaat om een vraag van eendaadse samenloop, oftewel *wetsconcursus*, moet eerst worden nagegaan òf het feit wel door twee verschillende regelingen strafbaar is gesteld. Dat brengt je in dit verband vanzelf naar het tweede lid van artikel 72. En juist dáár is de Hoge Raad terecht gekomen.[72]

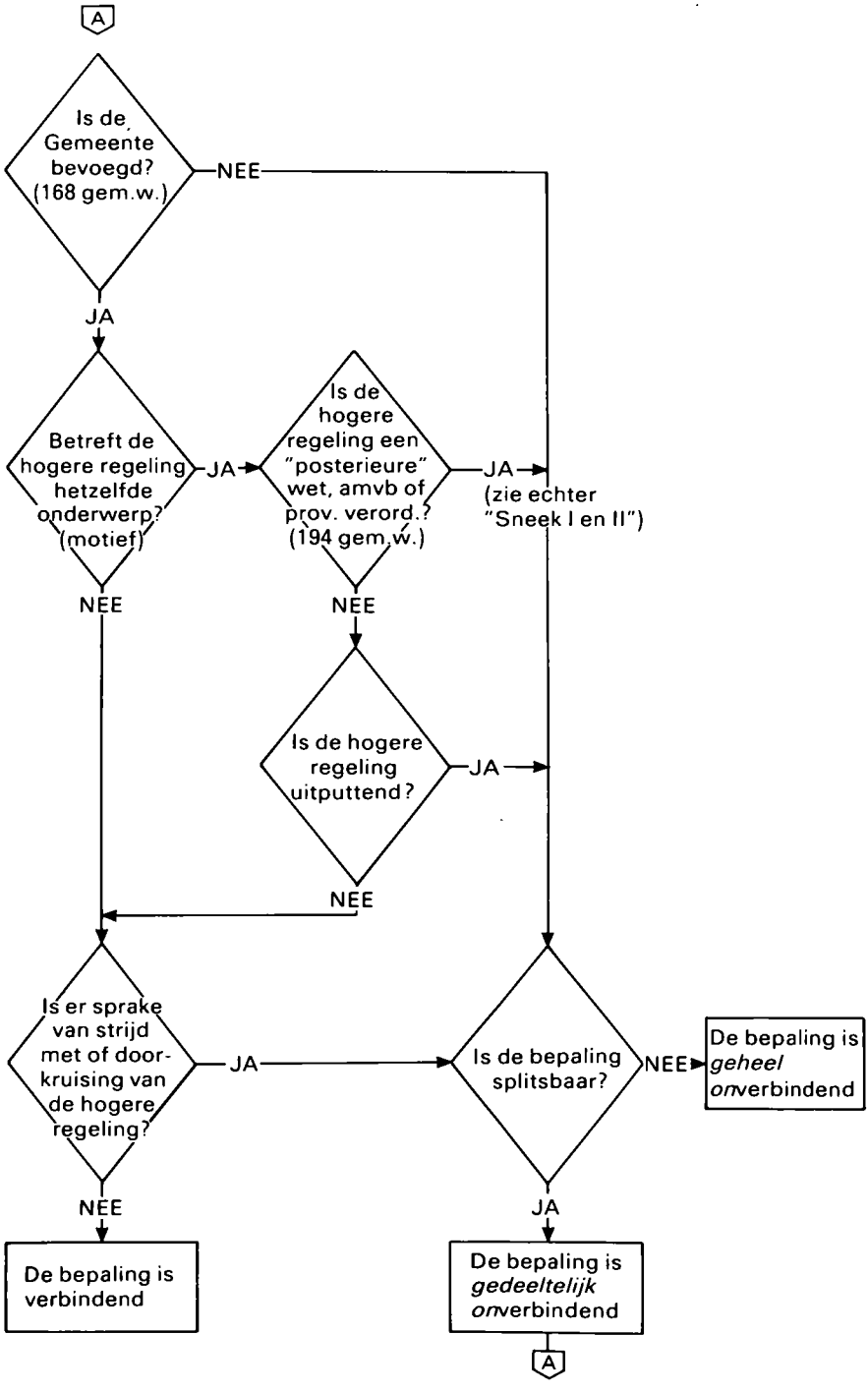
Die laatste route is naar mijn smaak niet alleen het elegantst, er zijn ook praktische voordelen aan verbonden. De splitsingsproblematiek – waar ik later nog uitgebreid op terug zal komen – kan op die manier namelijk heel prettig worden omzeild. Neem die Geleense bepaling bijvoorbeeld, en stel dat het tweede lid daarin ontbrak. Voorzover het lawaai zich 's nachts afspeelt, zou er dan sprake zijn van een overlapping van artikel 431 Wetboek van Strafrecht. Is die bepaling uit de verordening daarom geheel en al onverbindend, nu zij 'in zodanige algemeen luidende bewoordingen is vervat, dat daarin onvoldoende aanknopingspunt is te vinden voor een splitsing' in een verbindend en een onverbindend deel?[73] Volgens mij niet: 's nachts moet het feit – op grond van artikel 195 gemeentewet – eenvoudig worden gekwalificeerd als overtreding van artikel 431 Wetboek van Strafrecht, en overdag als overtreding van artikel 72 van de verordening. Aan de splitsingsvraag kom je dan niet toe. Daarin schuilt niets laakbaars, lijkt mij, want er is in zo'n geval geen enkel belang mee gemoeid. Welke gedraging verboden is, is immers voor een ieder duidelijk. Het enige wat op het eerste gezicht niet duidelijk is, is hoe de zaak technisch wordt afgewikkeld: via de verordening of via artikel 431. Afhankelijk daarvan kan ook de strafbedreiging verschillen.[74] Maar onzekerheid daarover leidt in het 'gewone' strafrecht niet tot onverbindendheid met alle daarbij behorende perikelen rond eventuele splitsbaarheid. Ik zie niet in waarom het gemeenterecht in dat opzicht een uitzonderingspositie zou moeten innemen.

Een hogere en een lagere regeling kunnen, met andere woorden, zonder meer naast elkaar bestaan zolang zij materieel dezelfde norm stellen.[74a] Het enige is dat de lagere regel dan – voor wat betreft de strafoplegging en de kwalificatie[75] – wijkt voor de hogere. Hoewel... er is één 'maar': als

de hogere regeling recenter is dan de lagere, houdt de lagere 'van rechtswege op te gelden' (artikel 194 gemeentewet), dat wil zeggen: zij verliest 'hare kracht op het ogenblik, waarop de wet, de maatregel van bestuur, of provinciale verordening in werking treedt'.[76] De gemeente moet zich dan – in de woorden van Scheltema[77] – 'rekenschap geven van de nieuwe situatie, zoals die na vaststelling van de hogere regeling is ontstaan'. Wanneer de vroegere verordening daarmee is te verenigen, kan zij opnieuw worden vastgesteld. Maar het interessante is natuurlijk òf zij zich daarmee laat verenigen. Dat is de kern van het hele toetsingsvraagstuk. De 'anterieure' verordeningen spelen daarin eigenlijk maar een bijrol.

Het lijkt me niet zo zinvol om hier nu voor de vierentwintigste keer nog eens alle standaardarresten af te draaien over de al dan niet verenigbaarheid van verordeningen met andere regelingen. Het eindeloze gekeuvel over – ik zeg maar wat – Bergen op Zoom[78] en Nuth[79] hangt een ieder van ons waarschijnlijk al lang de keel uit. Het staat allemaal haarfijn beschreven in de handboeken. En wie iets bondigers zoekt, kan nog altijd terecht bij het boekje over de gemeentelijke strafverordening in de Blauwe Reeks (nr. 62). Alleen, dat laatste valt na één keer lezen uit elkaar en dwarrelt dus al gauw door de kamer.

Ik wil hier – om de gedachten te bepalen – volstaan met een schemaatje, waarin de huidige stand van zaken in rechtspraak en literatuur grosso modo is weergegeven.[80] Het gaat daarbij om de 'gewone' verordening. Noodverordeningen – en dus ook de mysterieuze verhouding tussen artikel 220 gemeentewet en artikel 443 Wetboek van Strafrecht – wil ik hier verder laten 'liggen'. Laten we niet nog eens een keer overdoen wat de NJV twee jaar geleden al heeft gedaan.[81]
Een en ander is op de volgende pagina schematisch weergegeven.
Het schema moet van links naar rechts en van boven naar beneden worden 'gelezen'. Allereerst rijst dus de vraag of de gemeente eigenlijk wel *bevoegd* is om te regelen wat zij heeft geregeld.[82] Is zij getreden in een 'regeling van de bijzondere belangen van de ingezetenen', dan is zij buiten haar boekje gegaan.[83] Is de zaak in zoverre echter in orde, dan is daarmee de eerste drempel genomen en rijst de vraag hoe de gemeentelijke regeling[84] zich verhoudt tot andere regelingen. Ten aanzien van sommige van die 'andere regelingen' – zoals bijvoorbeeld waterschapskeuren – is een aparte conflictenregel uitdrukkelijk vermeden. Daar gelden dus de 'normale' conflictenregels; alleen, bij mijn weten doen dergelijke conflicten zich in de praktijk nauwelijks voor. Wanneer er 'hogere' regels in het spel zijn, ligt dat anders. Dat geldt in de eerste plaats voor hogere regels die *hetzelfde motief*[85] hebben als een verordening, of die op *hetzelfde belang*[86] zijn gericht. Is de verordening ouder dan zo'n regel, dan houdt zij van rechtswege op te gelden (artikel 194 gemeentewet).[87]


A
Is de Gemeente bevoegd? (168 gem.w.)
NEE
JA
Betreft de hogere regeling hetzelfde onderwerp? (motief)
JA
Is de hogere regeling een "posterieure" wet, amvb of prov. verord.? (194 gem.w.)
JA
(zie echter "Sneek I en II")
NEE
NEE
Is de hogere regeling uitputtend?
JA
NEE
Is er sprake van strijd met of door-kruising van de hogere regeling?
JA
Is de bepaling splitsbaar?
NEE
De bepaling is geheel onverbindend
NEE
JA
De bepaling is verbindend
De bepaling is gedeeltelijk onverbindend
A

Is daarentegen de verordening van latere datum dan de hogere regeling, dan rijst de vraag of die hogere regeling uitputtend bedoeld is. Dit laatste zal slechts zelden het geval zijn.[88] Soms is dat zelfs uitdrukkelijk aangegeven, zoals in artikel 6 Wegenverkeerswet: 'De bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen blijft ten aanzien van het onderwerp waarin deze wet (...) voorziet, gehandhaafd voorzover deze verordeningen niet met deze wet (...) in strijd zijn'. En daarmee is meteen de volgende stap gezet in het schema. Ook al is de hogere regeling niet uitputtend bedoeld, dan kan een gemeentelijke 'aanvulling'[89] er nog altijd mee in strijd zijn.[90] Een 'aanvulling' is immers een *aanvulling* en kan de hogere regeling niet opzij zetten. Dat laatste kan trouwens óók niet als beide regelingen een verschillend motief hebben (en het dus niet om een aanvulling gaat). Bescherming van het stadsschoon is bijvoorbeeld geen vrijbrief voor een ongeclausuleerd verbod van aanplakbiljetten.[91]

Heeft een verordening al deze stappen overleefd, dan is er uit oogpunt van verbindendheid niet meer op af te dingen. Is er onderweg iets misgegaan, dan leidt dat tot onverbindendheid, tenminste wanneer de bepaling 'in zodanige algemeen luidende bewoordingen is vervat, dat daarin onvoldoende aanknopingspunt is te vinden voor een splitsing' in een verbindend en een onverbindend gedeelte.[92] Is een dergelijke splitsing wèl mogelijk, dan valt het onverbindende deel als het ware van de bepaling af. Het restant kan vervolgens – met het oog op verdere toetsing – opnieuw in het schema worden 'ingebracht'.

De huidige stand van zaken is hiermee in grote trekken weergegeven, geloof ik. Alleen ten aanzien van de 'anterieure' verordeningen moet er misschien nog iets aan worden toegevoegd. Twee opmerkingen.

In de eerste plaats heeft de wet het niet over *onverbindendheid*, maar over *van rechtswege ophouden te gelden*. In mijn schemaatje worden die twee niettemin over één kam geschoren. Dat is eigenlijk niet helemaal in de haak. Of liever: het is niet vanzelfsprekend. Anterieure verordeningen die van rechtswege opgehouden hebben te gelden, kunnen immers – wanneer de grond voor hun ongeldigheid is komen te vervallen – niet meer herleven; hun gelding is definitief voorbij.[93] Wat posterieure verordeningen betreft, ligt dat wellicht anders. Scheltema betoogt bijvoorbeeld dat zo'n verordening slechts onverbindend wordt geacht 'met het oog op de toepassing in het concrete geval. Daarmee wordt echter de verordening niet vernietigd of in het algemeen ongeldig verklaard. Houdt de hogere regeling vervolgens op te gelden, dan zal de gemeentelijke verordening in een volgend geval', aldus – nog steeds – Scheltema, 'niet meer onverbindend zijn, en dus kunnen worden toegepast'.[94] Ik ben het hier niet helemaal mee eens, maar duidelijk is in elk geval dat er een probleempje rijst. Met die constatering wil ik voorlopig volstaan. In paragraaf 5 (over de gevolgen van toetsing) kom ik erop terug.

Het tweede punt betreft de splitsbaarheid. Uit de arresten 'Sneek I' en 'Sneek II'[95] wordt immers nogal eens afgeleid dat het leerstuk van de onsplitsbare wilsverklaring 'uitzondering lijdt ten aanzien van anterieure verordeningen'.[96] Dan zou het splitsingsverbod dus niet gelden. Van Wijk, daarentegen, vond die conclusie voorbarig.[97] Zijn voornaamste argument daarvoor was een volgend arrest van de Hoge Raad, waarin de splitsingsoptie uitdrukkelijk (nota bene ten overvloede) werd opengelaten.[98] Bovendien maakt het voor wat betreft de splitsingsproblematiek volgens hem – principieel gesproken – 'geen enkel verschil of de overschrijding ab initio bestond of later is ontstaan; of met andere woorden de verordening over de schreef ging of de schreef over de verordening (194)'.[99]

Ook de Sneek-arresten zèlf geven naar mijn smaak trouwens nauwelijks steun voor de conclusie dat voor anterieure verordeningen – in tegenstelling tot posterieure – het leerstuk van de onsplitsbare wilsverklaring niet geldt. Krachtens de gewraakte verordening was het verboden om zonder vergunning van B en W 'enig voorwerp te hebben staan, te plaatsen, te hangen, vast te hechten of te bouwen in-, op-, aan- of over gronden of eigendommen voor de publieke dienst bestemd, daarop goederen uit te stallen, te bergen, neder te leggen of te laten liggen'. Welnu, in 'Sneek I' ging het om de vraag of iemand die een vrachtwagen op straat had laten staan op grond van die bepaling uit de APV strafbaar was. Vroeger wel, maar sinds de inwerkingtreding van de Wegenverkeersregeling in 1941 niet meer, oordeelde de Hoge Raad. Immers, sindsdien had de APV-bepaling van rechtswege opgehouden te gelden, 'voorzoveel het doen of laten staan van voertuigen als bedoeld in artikel 16 Wegenverkeersregeling betreft'. Ten aanzien van kisten gold de bepaling echter nog onverkort, zo viel vervolgens uit 'Sneek II' af te leiden. Is dat verbazingwekkend? Het lijkt mij veel verbazingwekkender dat de Hoge Raad[100] überhaupt bereid was om onder de in de APV genoemde 'voorwerpen' ook *auto's* te begrijpen. In het 'algemeen spraakgebruik' – waar de Hoge Raad zich bij herhaling op beroept[101] – ligt dat niet direct voor de hand. Zo heeft bijvoorbeeld ook het tegenwoordige artikel 27 van de Amsterdamse APV vermoedelijk geen betrekking op auto's: 'Het is verboden, op of aan de openbare weg een toestel op te stellen of te gebruiken, indien hierdoor op hinderlijke wijze rook, stank, stoom, vonken of stoffen worden verspreid'. Alleen, het algemene spraakgebruik is natuurlijk mede aan de hand van de Wegenverkeersregeling (en de opvolgers daarvan) gegroeid. Het probleem waar de Hoge Raad zich in de Sneek-arresten voor geplaatst zag, was dan ook misschien, dat inmiddels weliswaar duidelijk was geworden dat auto's geen *gewone* voorwerpen zijn, maar dat het wat vreemd zou zijn om die oudere APV-bepaling te interpreteren in het licht van de nadien verworven inzichten.[102] Bij een APV-bepaling van latere datum zou dat anders hebben gelegen. Dàn had men immers kunnen redeneren dat de gemeente 'mede gezien het

bepaalde in de Wegenverkeersregeling kennelijk niet heeft beoogd het doen of laten staan van voertuigen als bedoeld in evengemelde regeling aan een vergunningstelsel te onderwerpen', of iets dergelijks. Dezelfde bewoordingen konden in een verordening van na 1941 dus wèl door de beugel, maar in eerdere verordeningen *niet*. Wanneer de Hoge Raad die oude APV-bepaling niet had gesplitst, maar haar in plaats daarvan *geheel* onverbindend had verklaard, had de gemeente Sneek met andere woorden kunnen volstaan met het oplepelen van dezelfde bepaling in een nieuwe verordening.[103] Die nieuwe verordening had dan automatisch ook een nieuwe betekenis gekregen (hoewel zij letterlijk gelijkluidend was). Dan kun je inderdaad maar beter splitsen, lijkt mij. Aan het resultaat wordt tóch niet afgedaan. Het bespaart alleen wat werk. Over het principe van de onsplitsbaarheid is daarmee echter niets gezegd. Of toch misschien: het is geen *klakkeloos* principe. Maar dat geldt niet alleen ten aanzien van artikel 194, mogen we hopen.

Trouwens, de stelling dat de onsplitsbaarheid in de context van artikel 194 heeft afgedaan, is in het licht van het aanhangige voorstel voor een nieuwe gemeentewet al helemaal onhoudbaar geworden. Dat voorstel neemt het bestaande artikel vrijwel letterlijk over; daardoor houden 'bepalingen van gemeentelijke verordeningen inzake een bepaald door de nieuwe hogere regeling geregeld onderwerp van rechtswege in hun geheel op te gelden, ook wanneer zij zich slechts ten dele inlaten met het door een nieuwe hogere regeling geregeld onderwerp', aldus de Memorie van Toelichting.[104] Stelliger (maar helaas ook omslachtiger) kan het haast niet.

Ik kan dat schema, met andere woorden nog wel even handhaven, lijkt me. Ook het beroemde onderscheid tussen *onverbindendheid* en *buiten toepassing laten*, waar ik bij een andere gelegenheid al eens een theorietje voor heb verzonnen,[105] wil ik nog even laten rusten (tot hoofdstuk 5). Voorlopig houd ik het erop dat een bepaling waar iets aan hapert in beginsel *onverbindend* wordt verklaard. We hebben op die manier voldoende houvast om aan de slag te gaan. Geleidelijk zal het beeld wat meer nuances beginnen te vertonen.

Aan het einde van het vorige hoofdstuk heb ik de toetsingsproblematiek in drie subvragen verdeeld:
- waaraan wordt getoetst;
- hoe wordt getoetst;
- wat zijn de gevolgen van toetsing.

Tot dusver heb ik die vragen – 'in onderlinge samenhang en verband', zou ik bijna zeggen – nog maar tamelijk globaal behandeld. Het mooist zou natuurlijk zijn om ze nu alle drie afzonderlijk aan te doen. Alleen, het wil me maar niet lukken de eerste twee vragen een beetje zinvol van

elkaar te onderscheiden. Ik zal ze – bij gebrek aan beter – in het vervolg dan ook weer aan elkaar koppelen. Laat ik ze de *toetsingscriteria* noemen. De derde vraag laat zich daarentegen wèl zinvol van de andere onderscheiden; het is de vraag naar de consequenties van een en ander.

4 Toetsingscriteria

'Het is een voorrecht te leven in een land dat zich een rechtsstaat mag noemen', aldus ons staatshoofd in de Troonrede van 16 september 1986. 'Het vertrouwen van de burger daarin moet behouden blijven', vervolgde zij. 'Daarom zal aan het voorkomen en bestrijden van misdaad veel aandacht worden gegeven'.

Een verrassende conclusie, die hopelijk te zijner tijd niet zal worden tegengeworpen als het staatshoofd wordt voorgedragen voor een eredoctoraat in de rechtsgeleerdheid aan de Leidse Universiteit. Bestrijding van de 'misdaad' is immers niet bepaald het watermerk van een rechtsstaat. Onze Oosterburen wilden de misdaad tussen 1933 en 1945 zelfs met wortel en al bestrijden, zij het dat zij een opvallende kijk hadden op die wortel (en ook op de misdaad, trouwens). Maar om nu te zeggen dat ze daar op dat moment een bloeiende rechtsstaat hadden...[106]

Nee, een rechtsstaat steekt zijn hand in eigen boezem. Niet alleen de burgers zijn gebonden aan het recht, de overheid zelf óók. En op dat laatste komt het aan. In '33 was dàt ook juist hetgeen in Duitsland wegviel.[107] 'Die Paragraphen haben ihre überragende Bedeutung verloren', schreef Kaminski destijds in *Die Weltbühne*,[108] 'und auch die Neigung zu Kompromissen gehört einer verflossenen Epoche an. Belehrt durch harte Tatsachen, weiss heute der letzte Bauer wie der letzte Arbeiter, dass in der Politik die Rücksichtslosen immer recht haben und dass die Macht allein das Mass aller Dinge ist.'

Wij zijn hier gelukkig nog niet zover. De 'Paragraphen' gelden bij ons nog volop. Er komen zelfs steeds nieuwe bij. En de overheid heeft zich eraan te houden, ook de *verordenende* overheid. Haar bevoegdheden zijn begrensd. De vraag is alleen hoe *streng* die grenzen zijn en hoe streng er op de naleving wordt gelet. Dat geeft een maat voor de kwaliteit van onze rechtsstaat, om het met een zwaar woord te zeggen.

Nu kan ik in het kader van dit preadvies natuurlijk niet alle begrenzingen onderzoeken (ik kèn ze niet eens!). Ik zal hier volstaan met een kleine selectie, waarvan ik de indruk heb dat er zich iets interessants in afspeelt.[108a] Daar wil ik dan vervolgens een paar – mijns inziens – saillante punten uitpikken. Maar allereerst lijkt het me van belang om even stil te staan bij het begrip *cassatie-rechtsspraak*. Het gaat hier immers om

toetsing van verordeningen *door de Hoge Raad*. Dat brengt zo zijn eigen beperkingen met zich mee.

4.1 Cassatierechtsspraak

Volgens artikel 118 lid 2 van de Grondwet is de Hoge Raad 'in de gevallen en binnen de grenzen bij de wet bepaald, belast met de cassatie van rechterlijke uitspraken *wegens schending van het recht*' (curs. RdW). De Hoge Raad onderzoekt dan,[109] met andere woorden, *geen feiten*. Of liever: er wordt uitgegaan van de feiten zoals die door de lagere rechter zijn vastgesteld. Voer je iets nieuws aan, dan kan het middel 'reeds daarom niet tot cassatie leiden, omdat het steunt op stellingen van feitelijke aard, waarvoor in het bestreden arrest geen grondslag kan worden gevonden', ofwel: het middel 'mist feitelijke grondslag'. Zelfs de keuze van de bewijsmiddelen – bijvoorbeeld tegen een uitdrukkelijk ontkennende verdachte – is in cassatie in beginsel[110] onaantastbaar. Wie er desondanks tegen opkomt, zal als antwoord krijgen dat zijn 'middel miskent dat het is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt om, binnen de door de wet getrokken grenzen, van het beschikbare materiaal datgene tot het bewijs te bezigen hetwelk hem uit een oogpunt van betrouwbaarheid daartoe dienstig voorkomt en datgene terzijde te stellen wat hij voor het bewijs van geen waarde acht'. En alsof dat al niet voldoende is, wordt daar nog aan toegevoegd: 'Deze beslissing behoeft geen motivering en kan in cassatie niet met vrucht worden bestreden'.

Dit is allemaal standaardjurisprudentie. Daaruit blijkt dat de eigen beperking tot zuivere rechtsvragen door de strafkamer van de Hoge Raad allerminst wordt betreurd.[111] In tijden van overmatige werkbelasting is dat maar àl te begrijpelijk. Het is een handzame wijze om zaken af te doen. Maar er schuilt natuurlijk ook een gevaar in: een heleboel kwesties worden op die manier naar de feitenrechter geschoven. En door vervolgens zelfs geen motiveringseisen meer te stellen, wordt het cassatieberoep stukje bij beetje uitgehold. Een tamelijk spectaculair voorbeeld van zo'n ontwikkeling is te vinden in de verspreidingsjurisprudentie op artikel 7 van de Grondwet. Het gaat daarbij om de interpretatie van de woorden 'gebruik van enige betekenis' in het Nuth-arrest.[112] Volgens vaste rechtspraak moet immers aan een 'middel van bekendmaking, dat naast andere middelen zelfstandige betekenis heeft en met het oog op die bekendmaking in een bepaalde behoefte kan voorzien'[113] een *gebruik van enige betekenis* worden gelaten. Ook 'plakken' bleek te moeten worden opgevat als zo'n zelfstandig middel van bekendmaking.[114] Het mag dus niet geheel en al worden verboden of afhankelijk gesteld van een overheidsvergunning. Nee, er moet een 'gebruik van enige betekenis' overblijven.

Nu hebben de meeste gemeenten in hun APV een bepaling waaruit blijkt dat plakken zonder toestemming van de 'rechthebbende' – bijvoorbeeld de eigenaar of huurder van een huis – verboden is. Mag dat zomaar? De Hoge Raad reageerde aanvankelijk nogal laconiek: er was geen vuiltje aan de lucht nu zo'n verbod immers 'slechts medebrengt een beperking van het gebruik van bepaalde middelen van bekendmaking voor zover door het gebruik daarvan eens anders recht zou worden geschonden en voor het overige elk gebruik van middelen van bekendmaking onverlet laat'.[115] De Kantonrechter had derhalve *terecht* geoordeeld dat de gewraakte bepaling niet in strijd was met artikel 7 Grondwet. Dat wil zeggen: de Hoge Raad onderschreef dat oordeel. En dit werd al gauw standaardjurisprudentie. Hierin kwam echter verandering toen de Arnhemse Rechtbank enkele jaren later een soortgelijke bepaling eveneens verbindend achtte. Het verweer dat die bepaling in strijd was met artikel 7 Grondwet was toen opeens 'verworpen op gronden welke die beslissing geredelijk kunnen dragen'.[116]

Deze keer schaarde de Hoge Raad zich dus *niet onverkort* achter het oordeel van de feitenrechter. Dat kwam omdat het inmiddels niet meer om een zuiver juridisch oordeel ging. Voor de Rechtbank was namelijk het verweer gevoerd dat de APV-bepaling onverbindend was aangezien 'in wezen geen reële mogelijkheid overblijft om de eigen mening door middel van (aan)plakken in het openbaar kenbaar te maken'. En de Rechtbank had bij de verwerping van dit verweer – in afwijking van andere rechtbanken – voor de afwisseling eens *niet* volstaan met de sacrosancte formule dat de bepaling 'uitsluitend beoogt het plakken tegen te gaan indien daardoor het recht van anderen zou worden geschonden en (...) voor het overige elk gebruik van genoemd middel onverlet laat'. Zij had daar nog iets aan toegevoegd, namelijk: 'Dat hiermee slechts een irreële mogelijkheid om het middel te benutten overblijft, gaat er bij de Rechtbank niet in'. Want 'met enige inventiviteit' was 'best een aantal plekken' in de binnenstad te vinden waar gratis kon worden geplakt, terwijl sommige gebouwen e.d. 'door de rechthebbenden in zulk een deplorabele staat worden gelaten dat ervan mag worden uitgegaan dat zij zich om de uiterlijke staat niet bekommeren en dan ook tegen het beplakken ervan geen bezwaar zullen hebben, zodat het vooraf vragen van hun toestemming niet nodig lijkt (blijkt dat achteraf anders te liggen, dan zal de plakker het geplakte alsnog hebben te verwijderen)'.[117] Ook *feitelijk* was de zaak in Arnhem, met andere woorden, in orde. Voor de Hoge Raad was die laatste constatering – ondanks de eerdere 'zuiver juridische' wijze van afdoening – nu kennelijk wel degelijk relevant geworden.[118] Er zijn immers drie manieren om de verwerpingen van een verweer in cassatie te laten passeren.

In de eerste plaats kan het verweer door de feitenrechter 'op goede gronden en terecht' zijn verworpen. De Hoge Raad neemt de verwerping dan als het ware over. Alleen, in het Arnhemse geval was dat onmo-

gelijk, omdat dit een feitelijke vaststelling (omtrent de plaatselijke plakmogelijkheden) zou vergen. *In de tweede plaats* kan het verweer 'terecht' zijn verworpen. In dat geval neemt de Hoge Raad wèl de verwerping over, maar laat hij de gronden voor wat zij zijn. Wanneer men had willen vasthouden aan de eerdere plakjurisprudentie, had deze wijze van afdoening voor de hand gelegen. De overweging van de Rechtbank dat de bepaling slechts de belangen van rechthebbenden beoogt veilig te stellen was dan immers 'reeds' voldoende geweest ter weerlegging van het gevoerde verweer, wat er verder zij van de feitelijke stand van zaken. Ook zonder zich op die feiten te storten, had de Hoge Raad volgens deze benadering kunnen constateren dat het verweer *terecht* was verworpen. Maar kennelijk koos men voor een andere benadering. Vandaar dat de *derde optie* in het vizier kwam: het verweer was, zoals we al zagen verworpen op gronden welke deze verwerping ('geredelijk') konden dragen.[118a] De verwerping was met andere woorden overtuigend, ervan uitgaande dat de Rechtbank de *feiten* correct had vastgesteld (en er was geen reden om aan dat laatste te twijfelen).

Toch duurde het nog meer dan een jaar[119] voordat naast de bepaling-zelf óók de 'toepassing' die 'dezelfde uitwerking heeft als een algemeen verbod' met zoveel woorden in de overwegingen van de Hoge Raad werd meegenomen.[120] Dan gaat het dus om het feitelijk effect van zo'n verbod. Het verweer waarbij dit aan de orde was gesteld, bleek echter – zoals te verwachten was – 'van feitelijke aard', zodat het niet met vrucht voor het eerst in cassatie kan worden voorgedragen, terwijl vaststellingen dienaangaande door de feitenrechter in cassatie slechts in beperkte mate kunnen worden getoetst.

Hoe beperkt die toetsing wel is, bleek vervolgens uit een zaak waarin de Rechtbank weliswaar erkende dat een plakverbod wellicht een 'remmende werking' op de verspreiding van aanplakbiljetten kon hebben, 'doch dat ter terechtzitting van heden niet aannemelijk is geworden dat zulks die verspreiding onmogelijk zou maken c.q. in ontoelaatbare mate zou belemmeren'.[121] De Hoge Raad nam met dit sjablone – dat zich goed leent om te worden opgenomen in het *imprimé* van vonnissen – zonder meer genoegen: 'aangezien dit oordeel van de Rechtbank steunt op een waardering van de feitelijke omstandigheden (...) moet het in cassatie worden geëerbiedigd.'

Kortom, vergeleken met de Arnhemse zaak, waarin de Rechtbank haar standpunt uitvoerig had toegelicht, was intussen al heel wat van de motivering afgesleten. De volgende stap was de afschaffing ervan. Dat gebeurde naar aanleiding van het Zevenaarse plakverbod.[122] 'Ik vind dat de gemeente Zevenaar te weinig gelegenheid biedt om te kunnen plakken', had de verdachte ter terechtzitting betoogd. De Rechtbank volstond niettemin met het oplepelen van enkele standaardfrasen – vermoedelijk ontleend aan het arrest over de Utrechtse muurkrant[123] – en voeg-

de daaraan toe dat de gewraakte bepaling slechts zag op wederrechtelijk plakken, terwijl B en W daarnaast ontheffing konden geven. Aldus had de Rechtbank het verweer volgens de Hoge Raad 'zonder miskenning van het recht verworpen op gronden welke haar beslissing kunnen dragen. In haar oordeel ligt besloten (...) dat de verbodsbepaling nog gebruik van enige betekenis van het onderhavige middel van bekendmaking onverlet laat'. Het feitelijk oordeel van de Rechtbank werd, met andere woorden, *ingelezen*, waarmee zelfs de noodzaak van een passend imprimé kwam te vervallen.

En zo zijn we eigenlijk weer terug bij 'AF'. Alleen is alles nu terecht gekomen bij de feitenrechter. Opvallend is bovendien dat deze constructie tot nu toe uitsluitend is gebruikt om een verweer af te wimpelen. Wanneer in een ongemotiveerd oordeel van een rechter besloten kan liggen dat er nog een gebruik van enige betekenis resteert, kan in zo'n oordeel óók besloten liggen dat er *geen* gebruik van enige betekenis resteert, zou ik denken. Zo ver wilde de Hoge Raad echter niet gaan. Toen de Rotterdamse Rechtbank het Goudse plakverbod op grond van tamelijk duistere motieven onverbindend had verklaard, was alle toeschietelijkheid bij de Hoge Raad opeens verdwenen.[124] Van enige bereidheid om iets 'in te lezen' was geen sprake meer. Het vonnis, constateerde men droogjes, behelsde 'niet de vaststelling van bijzondere plaatselijke omstandigheden welke zouden medebrengen dat meergenoemde verbodsbepaling in feite geen mogelijkheid tot gebruik van enige betekenis van dit middel tot verspreiding openlaat'. En *dus* was het 'onvoldoende met redenen omkleed'.

Achter de feitenrechter is het, met andere woorden, aangenaam verstoppertje spelen. Een zaak kan op die manier zuiver technisch worden afgedaan. Maar hoe technisch is 'technisch'? Soms lijkt iets opeens wat technischer te liggen als er wat te redden is...

4.2 Toetsing aan artikel 168 gemeentewet

Toetsing aan artikel 168 gemeentewet (en de voorgangers daarvan) is altijd enigszins omstreden geweest. In de inleiding van dit preadvies heb ik Van Bolhuis al ten tonele gevoerd: 'De plaatselijke gemeenschap heeft eventueele keuromanie tenslotte aan zichzelve te danken'.[125] Voor medelijden was, met andere woorden, geen plaats. Tegenover gemeentelijke 'keuromanie' stond 'rechterlijke bedilzucht'.[126] Naast handzame aforismen zijn echter ook wel *argumenten* voor dat standpunt aangevoerd. Vegting, bijvoorbeeld, ging het met name om de *inhoud* van de toetsing.[127] Wanneer, zoals hij aannam, in de jurisprudentie van de Hoge Raad een tendens bestond,

'die regelingen van de gemeentelijke wetgever te weren, welke be-

trekking hebben op handelingen van burgers, waarvan op het openbare leven, op het leven der gemeenschap, geen enkele invloed kan uitgaan, dan kan men niet ontkennen, dat deze grens in de toekenning van wetgevingsbevoegdheid aan de gemeenteraad in artikel 168 Gemeentewet inderdaad is opgesloten. Het is echter niet een grens, die in het bijzonder geldt voor de gemeentewetgever, het is er een die *iedere* wetgever in acht heeft te nemen. Slechts die gedragingen der burgers komen immers voor een beïnvloeding door de wetgever in aanmerking, die het leven der gemeenschap op enigerlei wijze kunnen raken; een wetgever overschrijdt de van nature aan de wetgeving gestelde grens, wanneer hij gedragingen van burgers gaat richten, waarvan de gemeenschap in geen enkel opzicht een beïnvloeding kan ondergaan. Echter juist hieruit blijkt m.i., dat de rechter niet bevoegd is aan deze grens te toetsen. Immers de opvattingen omtrent wat de gemeenschap raakt en wat uitsluitend het individuele leven der burgers betreft, is, al naar de wisselende opvattingen omtrent de verhouding individu-gemeenschap, aan wijziging onderhevig, en het is in onze staatorganisatie niet een natuurlijk recht van de rechter, dat hem ook zonder uitdrukkelijke opdracht toekomt, om te controleren of de als wetgevers in de staat aangewezen organen – in het bijzonder dan de wetgevende organen, die door volksvertegenwoordigingen worden gevormd – in hun wetgevingsproducten de grenzen in het oog hebben gehouden, die hun opgelegd worden door de in de Nederlandse gemeenschap op ieder gegeven moment levende opvattingen omtrent de afscheiding tussen het gemeenschapsleven en de eigen levenssfeer van het individu. De bepaling van deze grens is juist typisch de taak van de wetgevende lichamen, verkozen door het volk. Daar een uitdrukkelijke opdracht aan de rechterlijke macht tot deze toetsing in de gemeentewet niet valt te lezen, komt zij m.i. de rechter ook niet toe.'

Ook Van den Bergh die we al eerder in dit stuk zijn tegengekomen, getuigde in een reeks tijdschriftartikelen van zijn bedenkingen tegen toetsing aan artikel 168; we zullen hem straks opnieuw ontmoeten. De tekst van artikel 168 staat inmiddels trouwens ter discussie. In het ontwerp voor een nieuwe gemeentewet[128] wordt voorgesteld de redactie aan te passen aan die van artikel 90 Provinciewet: 'De raad maakt de verordeningen die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt'. Of deze wijziging consequenties voor de rechtspraak zal hebben, valt nog te bezien.[129] In de Memorie van Toelichting, die weliswaar *omvangrijk* maar niet erg *uitvoerig* is, wordt hier niet over gerept. Een klassiek argument voor een dergelijke wijziging was dat de tekst dan beter aansloot bij de formulering in de (oude) Grondwet.[130] Daarin stond namelijk dat de gemeenteraad verordeningen maakt 'die hij in het belang der gemeente nodig oordeelt'. Kortom, geen objectieve formulering – zoals in artikel 168 – maar een subjectieve: de gemeenteraad oordeelt *zelf* wat in het belang is van de gemeente. Inmiddels is de Grondwet echter gewijzigd. Er staat

nu: 'Provinciale Staten en de Gemeenteraad stellen, behoudens bij de wet of door hen krachtens de wet te bepalen uitzonderingen, de provinciale onderscheidenlijk de gemeentelijke verordeningen vast' (artikel 127). En: 'Voor provincies en gemeenten wordt de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan hun besturen overgelaten' (artikel 124). De verwijzing naar de Grondwet, die in het voorontwerp nog goed van pas kwam, is in de Memorie van Toelichting bij het definitieve ontwerp dan ook verdwenen. Nu rest slechts de mededeling dat ook de commissie-Oud de voorkeur gaf aan een subjectieve redactie.[131] Die voorkeur was volgens de indieners van het ontwerp kennelijk *terecht*. Maar steunde zij ook *op goede gronden*?

Hoe dan ook, de praktijk heeft geleerd dat tot nu toe wel degelijk aan artikel 168 wordt getoetst. Beroemd is het geval van de anticonceptiva-verordening van Bergen op Zoom.[132] Door te verbieden om voorbehoedsmiddelen 'aan personen, geen huisgenoten zijnde (...) blijvend (...) af te staan', had de Raad iets verboden dat 'ook gevallen bestrijkt, waarin de verboden handeling elk karakter van openbaarheid mist' en waarbij 'de openbare orde, zedelijkheid en gezondheid, of enig ander huishoudelijk gemeentebelang (...) in geen enkel opzicht zijn betrokken, zoals het blijvend afstaan van zodanig middel zonder publiciteit in een particuliere woning, of op particulier terrein, afgesloten van de openbare weg'. Een soortgelijke formulering werd een paar jaar later gebruikt ten aanzien van het onvolprezen Maastrichtse schakelkastje: de handelingen waren verboden, 'ook dan wanneer zij elk karakter van openbaarheid missen en de openbare orde of veiligheid daarbij in geen enkel opzicht is betrokken'.[133] De gemeentelijke bevoegdheid was, met andere woorden, ook hier overschreden; aan de betreffende bepaling was, volgens de Hoge Raad, daarom 'terecht (...) verbindende kracht (...) ontzegd'.

Maar nadien heeft er een kentering plaatsgevonden, lijkt het. De toetsing 'in abstracto' is opnieuw in zwang geraakt. Om het in de zestig jaar oude bewoordingen van Huart uit te drukken: ' "Kàn" de verordening bij toetsing aan artikel 135 (168) der Gemeentewet, de aan den gemeenteraad (...) toevertrouwde belangen betreffen, deze mogelijkheid is voor den Hoogen Raad genoeg om aan te nemen dat de verordening (...) binnen de perken is gebleven'.[134] Van den Bergh, die 'in het voetspoor van bijna alle schrijvers' meende dat de toetsing aan artikel 168 moest worden 'veroordeeld', had een dergelijke trend ook al in 1960 weten te ontwaren.[135] Zou het toen wáár geweest zijn, dan was hij 'tevreden'. Maar hij had 'in dit opzicht nog enige twijfel'. En terecht, zoals later zou blijken. De arresten over Bergen op Zoom en Maastricht wezen immers in een heel andere richting. De vraag 'of het gemeentebestuur binnen de grenzen der redelijkheid heeft kunnen oordelen, dat de verordening de huishouding der gemeenten betreft',[136] bleek in die zaken al-

lerminst beslissend te zijn. Sterker: aan die vraag kwam de Hoge Raad niet eens toe. Maar Van den Bergh heeft nu alsnog gelijk gekregen, vermoed ik.[137]

Het begon – achteraf bezien – vermoedelijk bij een arrest over een autowrakkenverordening in Velsen.[138] Het gemeentelijk belang ex artikel 168 werd hierbij door de verordening aangeduid als de 'zorg voor het uiterlijk aanzien der gemeente'. En: 'aangezien moet worden aangenomen, dat het plaatsen of hebben van een voertuigwrak ter plaatse in het artikel vermeld, *in de regel* (curs. RdW) het straatbeeld zal ontsieren' kon het verbod om 'een voertuigwrak op de weg of van de weg af zichtbaar te plaatsen of te hebben' door de beugel. Beslissend was, met andere woorden, dat *in de regel* werd voldaan aan de eisen van artikel 168. Dat er *en passant* wellicht ook iets onbevoegd werd geregeld, was klaarblijkelijk niet relevant.

Daarna volgt een aantal arresten dat zowel vanuit de 'oude' als de 'nieuwe' opvatting kan worden verklaard. Het betreffende verbod blijkt in die gevallen – dankzij een handzame interpretatie – respectievelijk 'niet ook het karakter van openbaarheid-missende handelingen' te betreffen,[139] 'in het belang van de openbare gezondheid' te zijn[140] en – op grond van 'redelijke uitleg' – wegens zijn 'plaatsing in de APV beperkt te zijn tot publiekelijk toegankelijke inrichtingen.[141] Zo'n oplossing – waardoor de verordening niet slechts *in het algemeen*, maar zelfs *geheel en al* door de beugel kan – is volgens de nieuwe leer niet strikt noodzakelijk. Maar zij is er ook niet mee in strijd en laat zich veelal wat makkelijker verwoorden.[142]

Een daaropvolgend arrest over de Groningse plakverordening lijkt daarentegen weer ondubbelzinnig op aanvaarding van de nieuwe leer te wijzen.[143] Hoewel... dat *hoeft* niet. Het ging om het bekende verbod om tussen 9.00 uur 's avonds en 6.00 uur 's ochtends aanplakbiljetten, plakmiddelen, verf e.d. bij je te hebben. Daarmee werd volgens de Hoge Raad beoogd overtreding van het gemeentelijk plakverbod 'te bemoeilijken'. Het verbod was dan ook – 'mede gezien de plaatsing ervan' in het hoofdstuk 'Openbare orde' van de APV – 'kennelijk (...) gegeven in het belang van de openbare orde, welk door overtreding (van het plakverbod, RdW) in gevaar *kan* komen, en tevens *kan* betreffen de huishouding der gemeente' (curs. RdW). Toch is hiermee niet gezegd dat er *dus* abstract wordt getoetst, al staat er niet minder dan twee keer 'kan'. De Rechtbank had de bepaling in hoger beroep namelijk evenmin onverbindend geacht, en wel omdat zij 'als een der voorlopers van de milieuwetgeving (...) milieuvervuiling (ongeacht de opschriften van de aanplakbiljetten) beoogt tegen te gaan, zodat dit – gelet ook op de huidige opvattingen – zeker een belang van openbare orde en de huishouding van de gemeente betreft'. De vraag in cassatie was, met andere woorden, of de

Rechtbank met die conclusie het recht had geschonden. *Kon* de Rechtbank zonder schending van het recht tot dat oordeel komen? Zolang dat mogelijk was, kon de Hoge Raad het vonnis niet vernietigen. De schending was dan immers niet *gebleken*. Welnu, in dit geval liet de verordening voldoende ruimte. Het verbod *kon* de huishouding der gemeenten betreffen en dus *kon* ook de Rechtbank zonder schending van het recht tot het oordeel komen dat het verbod – de plaatselijke omstandigheden in aanmerking genomen – inderdaad de huishouding der gemeenten betrof.

Niet de verordenig wordt volgens deze interpretatie marginaal getoetst, maar de uitspraak van de feitenrechter. Bij een volgende uitspraak over de Groningse APV is een dergelijke reddingspoging ten behoeve van de 'oude' leer echter al wat moeilijker geworden.[144] Volgens artikel 11 van die verordening was 'hij, die tussen 23 uur en zonsopgang goederen op enigerlei wijze over een weg vervoert, (...) verplicht te gedogen, dat die goederen door een ambtenaar van politie worden onderzocht'. De Rechtbank had aan die bepaling 'terecht (...) verbindende kracht (...) ontzegd', aldus de Hoge Raad. Het 'voorschrift is immers zo ruim geformuleerd dat het daarin nader omschreven onderzoek ook moet worden gedoogd in gevallen waarbij de openbare orde in geen enkel opzicht *kan* zijn betrokken; daarom moet het geacht worden de door artikel 168 Gemeentewet aan de gemeentelijke wetgever gestelde grenzen te overschrijden' (curs. RdW). Deze formulering lijkt op het eerste gezicht frappant veel op die van 'Bergen op Zoom' en het 'Maastrichtse schakelkastje'. Alleen, dáár ging het om handelingen waarbij de openbare orde etc., noch enig ander huishoudelijk gemeentebelang betrokken *is*. Hier *kunnen* die belangen er niet eens bij betrokken zijn. In het eerste geval kan de regel, met andere woorden, niet meer door de beugel zodra hij een gedraging betreft waarbij de gemeentelijke huishouding *feitelijk* niet is betrokken, ook al was die betrokkenheid *potentieel* niet uitgesloten. In het tweede geval gaat het daarentegen louter en alleen om de potentiële betrokkenheid. En potentieel heeft een gemeente natuurlijk bij *vrijwel alles* belang.[145] Dat leidt, kortom, tot een behoorlijke uitbreiding van de bevoegdheid.

Noodzakelijk is deze interpretatie echter niet. In het arrest staat weliswaar dat de bepaling tevens gevallen betreft 'waarbij de openbare orde in geen enkel opzicht *kan* zijn betrokken', maar dat hoeft geen weergave te zijn van het aangelegde criterium. Het kan ook om een constatering gaan. En als eenmaal geconstateerd is dat iets de openbare orde in geen enkel opzicht *kan* betreffen, dan *betreft* het de openbare orde *feitelijk* natuurlijk evenmin. Met een klein beetje vernuft is dus ook deze zaak nog wel onder de 'oude leer' (van 'Bergen op Zoom') te rangschikken.

Een jaar later kwam evenwel de uitspraak over de Arnhemse kraakverordening.[146] De Rechtbank was in die zaak 'van oordeel dat de bepaling zeer wel *kan* worden aangemerkt als een voorschrift dat in het belang van de gemeentelijke huishouding nodig is om de openbare orde te beschermen. Al speelt het kraken (...) zich niet altijd in het openbaar af, dit neemt niet weg dat het nu eenmaal gevolgen *kan* hebben waarbij de openbare orde nauw betrokken is en welke daarom de gemeentelijke wetgever heel goed tot de conclusie *kunnen* leiden dat het zijn taak is om zich ermee in te laten' (curs. RdW). De Hoge Raad kon zich hier volledig mee verenigen: de Rechtbank had het verweer, waarin een beroep werd gedaan op onverbindendheid van het kraakverbod, 'terecht en op juiste gronden verworpen'. Immers: 'De aard en omvang van de gevolgen van de (in het kraakverbod, RdW) omschreven gedragingen *kunnen* – mede in verband met de plaatselijke omstandigheden – zodanig zijn dat de bepaling deswege ook de openbare orde *kan* betreffen' (curs. RdW).

Opvallend was dat de Rechtbank niets had vastgesteld omtrent de specifieke 'plaatselijke omstandigheden'.[147] Toch was het verweer volgens de Hoge Raad, zoals we al zagen, 'terecht en op juiste gronden verworpen'. De feitelijke stand van zaken was dus kennelijk niet van belang. Voldoende was dat er een *potentieel* verband bestond tussen de gewraakte regeling en de openbare orde. Of dat verband reëel was, deed niet terzake. Het ging om een zuiver juridische maatstaf. De 'oude' leer had, kortom, afgedaan; de nieuwe was *abstract*. Een andere 'verklaring' voor dit arrest weet ik althans niet te verzinnen.

Nog geen drie maanden later werd vervolgens het al evenzeer gerucht-makende arrest over de Utrechtse muurkrant gewezen.[148] Daarin werd opnieuw – en wel op soortgelijke wijze als in de beide Groningse zaken die we hiervóór tegenkwamen – overwogen dat de betreffende bepaling 'niet de grenzen (overschrijdt) van hetgeen in het belang van de openbare orde in *een* gemeente (...) gewenst *kan* zijn' (curs. RdW). Het lijkt me sterk dat de Hoge Raad al zó gauw – nog vóór de publicatie van de uitspraak – zou zijn teruggekomen op het arrest over de Arnhemse kraakverordening. Ik zie in dit arrest dan ook een bevestiging van het eerder ingenomen standpunt: 'Bergen op Zoom' is klaarblijkelijk *passé*; de toetsing is nu *abstract*. En omdat de bewoordingen zoveel gelijkenis vertonen met de beide arresten over de Groningse APV, lijkt het me niet erg gewaagd om te veronderstellen dat de abstracte leer ook toen al opgang deed. Mijn eigen pogingen om de zaak toch nog in te passen in de oude opvattingen, zijn met andere woorden – gezien de latere ontwikkelingen – niet erg plausibel.

Was het 'Maastrichtse schakelkastje' nog 'recht' in de leer, kort daarna – in elk geval sinds het arrest over de autowrakken-verordening van Velsen (1971) – is die leer dus al verlaten. Een verordening voldoet tegenwoordig al aan de eisen van artikel 168 indien zij de huishouding

van de gemeente *kan* betreffen. Opmerkelijk is hoe geruisloos deze overgang in de jurisprudentie heeft plaatsgevonden. Uit een polemiek tussen Nicolaï en Von Brucken Fock in *Ars Aequi* blijkt dat sommige ingewijden de overgang zelfs niet hebben opgemerkt.[149] Zou deze kentering in de rechtspraak wellicht min of meer toevallig zijn tot stand gekomen? Zou zij te wijten zijn aan een *denkfoutje* binnen ons hoogste rechtscollege? Immers: wanneer een verordening niet door de beugel kan als zij de huishouding niet kan betreffen, dan kan zij wèl door de beugel als zij de huishouding wèl kan betreffen! Dit soort 'logica', waarbij *niet* op *niet* rijmt en *wèl* op *wèl*, maakt helaas niet uitsluitend furore in politieke toespraken...[150]

Hoe dan ook, de gemeentelijke verordeningsbevoegdheid is tengevolge van deze nieuwe jurisprudentie danig opgerekt. Vrijwel alles kan nu worden aangepakt. Dat bevoegdheden in beginsel beperkt zijn, vormt hierbij nauwelijks meer een obstakel. Slechts als een verordening de gemeentelijke huishouding niet *kan* betreffen, zijn de grenzen van het toelaatbare overschreden.

Het is – bij gebrek aan rechtspraak – moeilijk om een idee te krijgen van het soort zaken waarbij de gemeentelijke huishouding niet betrokken *kan* zijn. Een vrijbrief aan de politie om tussen elf uur 's avonds en zonsopgang ondermeer de handtasjes van willekeurige voorbijgangers te onderzoeken, ging (zoals hierboven bleek) te ver.[151] Maar waarom eigenlijk? *Kan* zoiets nooit in het belang van de openbare orde zijn? Of gold het *oude* criterium toen nog? Erg doorzichtig is het in elk geval niet. Hoewel... bepalingen die van oudsher, ondanks hun gerichtheid op de beslotenheid, 'naar buiten' heten te werken, zullen dit onder het nieuwe regime alleen nog maar overtuigender doen. Ik denk bijvoorbeeld aan de Wassenaarse APV die verbood om 'benzine te hebben in grotere voorraad dan van in 100 liter'.[152] Zoiets *kan* de huishouding van een gemeente inderdaad àl te gemakkelijk raken! Maar wat te zeggen van het voorschrift van de gemeente Neede dat huisvuil uitsluitend mocht worden 'aangeboden' in vuilniszakken die door de gemeente ter beschikking waren gesteld voor f 3,50 per 10 zakken of f 12,80 per 40 zakken?[153] Op het eerste gezicht lijkt dit vooral een tamelijk lucratieve[154] manier om een eigen monopoliepositie veilig te stellen. Volgens de Hoge Raad ging het daarentegen om iets heel anders: die zakken werden 'van gemeentewege beschikbaar (...) gesteld, ten einde te waarborgen dat deze zijn van zodanige aard – bijvoorbeeld ten aanzien van afmetingen en materiaal – dat zij een doelmatige werking van de door B en W aangewezen huisvuilophaaldienst niet in de weg staan'. Om met Huart te spreken: 'Hoe gemakkelijk is het gewoonlijk niet, een geoorloofde strekking te "construeeren!".'[155]

Nog aardiger wordt het wanneer een gemeente zich uitdrukkelijk in

privé-verhoudingen wil mengen. Is bescherming van het eigendomsrecht bijvoorbeeld geoorloofd? In de gemeente Heumen gold met het oog daarop een verbod om auto's te laten staan zonder de deuren op slot te doen.[156] Daarmee was men volgens de Hoge Raad niet buiten zijn boekje gegaan, 'omdat de strekking van (het verbod) slechts is de medewerking van burgers te verlangen aan het voorkómen van diefstal, hetgeen in het belang van de openbare orde vereist kan zijn'. En inderdaad, door *eigendomsbescherming* te substitueren door *diefstalpreventie* wordt opeens duidelijk dat het hier om een klassieke overheidstaak gaat.[157] Maar soms ligt een dergelijke substitutie bij beschermende maatregelen wat minder voor de hand. Wat, bijvoorbeeld, te denken van de Arnhemse privacy-verordening:

'Het is verboden bewakingsapparatuur waarmee personen kunnen worden geobserveerd zodanig in werking te hebben dat daarmee personen, zich bevindende in een woning, op een besloten erf of in een besloten lokaal, bij een ander in gebruik, zonder hun toestemming kunnen worden gadegeslagen'.[158]

Kan deze bepaling – zoals de Hoge Raad zou zeggen – de huishouding der gemeente betreffen? Ik ben daar niet helemaal zeker van, aangezien ik, zoals gezegd, niet zo goed uit de voeten kan met dat criterium. Maar laten we even aannemen dat de grenzen van de gemeentelijke huishouding hiermee, volgens de Hoge Raad, inderdaad zijn overschreden. Moet dat dan fataal zijn voor zo'n bepaling? Ik zou dat een vreemde consequentie vinden. De crux van de rechtspraak over artikel 168 is immers juist *bescherming* van het privé-leven.[159] En waarom zou bescherming moeten worden verboden op grond van bescherming?

Alleen, wanneer er sprake is van een ingreep in de privé-verhoudingen, die niet louter en alleen op bescherming stoelt, liggen de zaken anders. Volgens de Zaansse kraakverordening was het bijvoorbeeld verboden een 'niet in gebruik zijnd gebouw (...) hetzij binnen te dringen, hetzij in gebruik te nemen zonder toestemming van de eigenaar'.[160] De Kantonrechter overwoog hierover – in de woorden van de A-G Biegman-Hartogh – 'dat deze bepaling het toestemmingsvereiste beperkt tot de eigenaar, zodat ook verboden is het in gebruik nemen van een woning met toestemming van een rechthebbende niet-eigenaar en aldus niet betreft het belang van de openbare orde of de huishouding van de gemeente'. Dat lijkt me een schot in de roos.

Ik wil het hier, voor wat betreft artikel 168, bij laten. Mijn stuk is inmiddels zodanig aan het uitdijen dat ik dreig te verzanden in het probleem van de encyclopedist:

'Hoera, ik heb het eerste deel in huis.
Tot en met Boe kan niemand mij wat maken.
Over Achilles mag ik in discussie raken,
maar nopens Zeus zwijg ik voorlopig kuis'.[161]

4.3 Toetsing aan hogere regels met hetzelfde onderwerp

Bepalingen van een gemeenteverordening die hetzelfde onderwerp regelen als een *latere* wet, a.m.v.b. of provinciale verordening houden van rechtswege op te gelden. Dat staat in artikel 194 gemeentewet.[162] In de door mij onderzochte periode is slechts in één arrest van de Hoge Raad sprake van zo'n geval.[163] Daarbij ging het om de verhouding tussen de 'Verordening houdende maatregelen ter voorkoming van ontsiering van en rustverstoring en andere overlast in het landschap' van de provincie Friesland enerzijds en de eerder tot stand gekomen 'Verordening op de Kampeerplaatsen en op de Kampeermiddelen' van de gemeente Terschelling anderzijds. Paragraaf 3 van de provinciale verordening ging, evenals een deel van de gemeentelijke verordening, over kampeerwagens. Wie nu echter dacht dat de Hoge Raad – geheel volgens het boekje – na zou gaan welk *motief* aan beide regelingen ten grondslag lag, of welke *belangen* zij dienden, komt bedrogen uit. In plaats daarvan werd – zonder enige motivering – losjes geconstateerd dat de twee verordeningen 'hetzelfde onderwerp' regelden, 'te weten het kamperen met kampeerwagens'.[164] En dat betekende dat de gemeenteverordening in zoverre[165] had opgehouden te gelden.

Is de 'motief-theorie' *dus* verlaten? Dat volgt daar niet uit. Wellicht hadden beide regelingen inderdaad óók hetzelfde motief. Alleen, de vraag òf dat zo is, laat zich niet in één oogopslag beantwoorden. Een eerdere zaak – óók over (onder meer) kampeerwagens – is wat dat betreft heel instructief. Daarbij ging het aan de ene kant om een bepaling uit de APV van Zundert en aan de andere kant om de 'Verordening tot regeling van het kampeervraagstuk in de provincie Noord-Brabant'. Volgens de APV-bepaling was het (in principe) verboden om 'op terreinen gelegen in deze gemeente tussen zonsopgang en zonsondergang' (onder meer) 'een kampeerwagen (...) te plaatsen of geplaatst te houden'. De provinciale verordening bevatte – zoals de Hoge Raad het uitdrukte – 'een drietal verbodsbepalingen (...), onderscheidenlijk betreffende het kamperen, het exploiteren van een kampeerbedrijf en het toelaten van kamperen'.[166] Ging het daarbij dus om hetzelfde onderwerp? Nee, oordeelde de Hoge Raad. In de provinciale verordening werd onder kamperen namelijk verstaan: 'het genieten van recreatief buitenverblijf, waarbij wordt overnacht (...)'. De APV-bepaling, daarentegen, betrof 'niet het genieten van recreatief buitenverblijf zelf, doch de standplaatsen van kampeerwagens (etc.), waaromtrent in de provinciale verordening niets is bepaald'.

Het *motief* van een regeling ligt, met andere woorden, niet voor het oprapen. Rijst dus de vraag waarom er in die Terschellingse zaak niet over gerept is. Of zou het 'motief' alleen van stal worden gehaald als er iets 'gered' moet worden, oftewel: als moet worden aangegeven waarom

twee regelingen *niet* hetzelfde onderwerp betreffen? De term leent zich daar inderdaad voortreffelijk voor; hij heeft iets ongrijpbaars. Het is alsof men je voorhoudt waar een regeling *in essentie* op neerkomt. Wie durft daar openlijk op af te dingen? Je zou al gauw beschuldigd worden van oppervlakkigheid.

Kortom, zou het toeval zijn dat in de jurisprudentie van de strafkamer geen enkel voorbeeld is te vinden van een geval waarin aan de hand van het motief wordt vastgesteld dat de ene verordening hetzelfde onderwerp regelt als de andere?[167] Des te opvallender is het hoe men er – onder verwijzing naar het motief (of het belang) – telkens weer in slaagt om op het eerste gezicht gelijke onderwerpen in tweeën te splitsen. Zo bleek bijvoorbeeld een verbod om met een woonschip ligplaats te hebben in de Biesbosch iets heel anders te zijn dan een gebruiksvoorschrift in de zin van artikel 10 Wet op de Ruimtelijke Ordening.[167a] Weliswaar zouden bij de wijze van uitvoering van die verordening 'overwegingen van planologische aard een rol (...) behoren te spelen, doch de verordening zelf (is) daardoor niet een planologische regeling (...) geworden'; *die* richtte zich slechts 'tegen ongewenste uitbreiding van het woonschepenbestand, welk doel niet als van planologische aard is aan te merken'. Of, om een zeer recent voorbeeld te noemen: het Rotterdamse verbod om 'onverminderd het bepaalde in de Opiumwet op of aan de openbare wegen met de daaraan gelegen portieken (e.d.) post te vatten of zich heen en weer te bewegen (...) indien redelijkerwijze kan worden aangenomen dat zulks geschiedt om verdovende middelen in de zin van de Opiumwet, of daarop gelijkende waar te koop aan te bieden', bleek zich slechts 'in het belang van de openbare zedelijkheid (te richten) tegen handelen dat niet valt onder het bereik van de Opiumwet'.[168] Dat op die manier de enkele *verdenking* in verband met het ene delict (Opiumwet) *strafbaarheid* ter zake van het andere (APV) betekende, was – gezien het verschillende motief – klaarblijkelijk niet van belang.[169] Het ging hier slechts om de properheid van de portiekjes...

Met de motief-theorie heeft de rechter zich, met andere woorden, aardig wat manoeuvreerruimte verschaft. Door het voor te stellen of een regeling slechts één motief kan hebben, valt in het algemeen aan gelijkheid van onderwerp op eenvoudige wijze te ontkomen. Sterker, het zou wel bijzonder toevallig zijn wanneer twee verschillende regelingen precies hetzelfde motief hadden. De motief-theorie zet, kortom, aan tot nuanceren. Dat is op zichzelf natuurlijk prachtig. Maar zodra nuanceren tevens *abstraheren* inhoudt, wordt het naar mijn smaak wat minder aantrekkelijk. Zo goed als 'uiteindelijk' alles met alles samenhangt, verschilt alles 'uiteindelijk' ook van alles. Met dat soort algemeenheden kom je weinig verder. Het kan geen kwaad ook eens naar het effect van zo'n operatie te kijken, lijkt me. Het resultaat is namelijk een soort vrijbrief voor ge-

meenten. Immers, slechts bij uitzondering zal een verordening volgens deze benadering hetzelfde onderwerp hebben als een 'hogere' regeling. Bij *anterieure* verordeningen is dat laatste fataal (als de hogere regeling tenminste een wet, a.m.v.b. of provinciale verordening is). In alle andere gevallen zal vervolgens moeten worden bekeken of de hogere regeling uitputtend bedoeld is. En dat is – zoals ik in hoofdstuk 3 al opmerkte – slechts bij uitzondering het geval.[170] Uitputtendheid wordt alleen aangenomen als de hogere regeling daar duidelijke aanwijzingen voor bevat. Tenminste... dat valt af te leiden uit de zaken waarin beslist is dat de hogere regeling *niet* uitputtend bedoeld is.[171] De weerlegging van een middel noodt de Hoge Raad nu eenmaal eerder tot een motivering dan de honorering ervan.

Maar is het dan zo erg dat er slechts weinig verordeningen sneuvelen op dit punt? Daar gaat het mij niet om. Mijn bezwaar tegen de huidige gang van zaken is dat er zo geweldig ingewikkeld wordt gedaan over iets wat feitelijk nauwelijks betekenis heeft. Verbaal wordt er inderdaad getoetst. 'Roept U maar!' De Hoge Raad verzint wel een passend motief. Alleen, wie is daar eigenlijk mee gebaat (behalve natuurlijk een preadviseur)?

4.4 Toetsing aan artikel 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht

Het 'nulla-poenabeginsel' vindt in Nederland zijn neerslag in artikel 1 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht: 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling'. Inmiddels is eenzelfde bepaling ook in de Grondwet beland (artikel 16). Daarnaast is het beginsel bovendien nog eens een keer neergelegd in artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke rechten (IVBP).

Volgens Stolwijk heeft de term 'wettelijk' in artikel 1 Wetboek van Strafrecht 'de betekenis gekregen van formeel-wettelijk, waarmee uitgedrukt wordt dat het desbetreffende wettelijke produkt moet voldoen aan de eisen aan originaire wetgeving te stellen. Ook daarin bespeurt men', volgens hem, 'de doorwerking van de beschermingsgedachte uit het legaliteitsbeginsel: alleen de formele wet biedt de grondslag voor een strafbaarstelling'.[172] Helaas geeft hij geen argumenten voor zijn opvatting. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad valt iets heel anders af te leiden. Zelfs de 'nadere regels' van artikel 169 gemeentewet, die krachtens een verordening door *B en W* worden gesteld, zijn immers als 'een wet of wettelijke regeling' in de zin van artikel 1 Wetboek van Strafrecht opgevat.[173] Ik schaar me dan ook liever achter de opvatting van 't Hart: de 'wettelijke strafbepaling' van artikel 1 omvat 'elke strafbepaling welke bij wet in materiële zin tot stand is gekomen'.[174] Artikel 1 behelst, met

andere woorden, niet louter een bevoegdheidstoedeling. Zou dat wèl het geval zijn, dan zou een en ander – wat de gemeenten betreft – dankzij artikel 195 gemeentewet volstrekt onproblematisch zijn. Daarnaast geeft artikel 1 echter tevens aan hoe er met de toegekende bevoegdheid moet worden omgegaan: de strafbaarstelling moet aan het plegen van het feit zijn *voorafgegaan*. Dat is ook een kwestie van machtenscheiding, opdat niet 'der Richter anstelle des Gesetzgebers zwischen verbotenem und unverbotenem Tun unterscheidet, der Richter also die Tatbestandsmerkmale *nach* der Tat aufstellt'.[175] En daarmee is tevens een eis van precisie gesteld. Om nog even in Duitsland te blijven: 'Die strafrechtlichen Normen müssen', aldus het Bundesverfassungsgericht,[176] 'klar das Verbotene von dem Erlaubten abgrenzen. Die Tatbestandsmerkmale sind so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen'.

Volgens artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht is het bijvoorbeeld verboden 'zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend (uit te laten) over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of hun levensovertuiging'. Volgens het Hof Den Haag betrof dit ook het brengen van 'de zogenaamde' – maar niet heus? – 'Hitlergroet', omdat (met een verwijzing naar Van Dale) 'onder "afbeelden" mede moet worden begrepen "het door houding en gebaren zichtbaar voorstellen".' De Hoge Raad vond dit echter te ver gaan: 'Immers, onder "afbeelding" – naast "mondeling" of "bij geschrift" – is te verstaan een vastgelegd beeld, zoals een (foto)grafisch beeld, een prent of een plaat, maar niet een (grievend) gebaar'.[177] Aldus was in het jubileumjaar van het Wetboek van Strafrecht een kleine hulde gebracht aan artikel 1.

Maar men is niet altijd even strikt in de leer geweest. Een klassiek tegenvoorbeeld is het elektriciteit-arrest uit 1921.[178] Het wegnemen van enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort (artikel 310), bleek toen opeens óók elektriciteit te kunnen betreffen. Achteraf bezien blijkt het Japanse Hof van Cassatie de Hoge Raad in die opvatting al in 1903 te zijn voorgegaan.[179] Het Duitse Reichsgericht, daarentegen, heeft altijd volgehouden 'dass der elektrische Strom nicht unter den Sachbegriff des par. 242 StGB zu subsumieren sei'.[180]

Onlangs heeft de Hoge Raad zich in de context van artikel 1 Wetboek van Strafrecht en artikel 7 EVRM uitgesproken over het Algemeen Reglement Vervoer.[181] Daarin wordt onder meer verboden om 'op enig gedeelte van de stations of in de treinen te vechten, handtastelijkheden te plegen, vuurwerk af te steken, anderen uit te schelden of lastig te vallen dan wel zich op andere wijze onbehoorlijk te gedragen'. Is dat laatste – het 'zich op andere wijze onbehoorlijk (...) gedragen' – niet te vaag?

Het lijkt een beetje op het verbod in de Amerikaanse stad Cincinnati, waar drie of meer mensen niet op het trottoir mochten samenkomen '(and) there conduct themselves in a manner annoying to persons passing by'. Dat verbod werd door het Supreme Court 'unconstitutionally vague' bevonden.[182] 'The city is free', aldus Stewart, die de meerderheidsopinie van het Hof schreef, 'to prevent people from blocking sidewalks, obstructing traffic, littering streets, committing assults, or engaging in countless other forms of anti-social conduct. It can do so through the enactment and enforcement of ordinances directed with reasonable specificity toward the conduct to be prohibited. It cannot constitutionally do so through the enactment and enforcement of an ordinance whose violation may entirely depend upon whether or not a policeman is annoyed'. Maar wat het Algemeen Reglement Vervoer betreft, vond Leijten – die als A-G optrad – dat de bepaling toch wel door de beugel kon,

'omdat het hier betreft in de telastelegging nader te detailleren onbehoorlijk gedrag op stations, waar men een speciaal soort ordelijkheid in het belang van de veiligheid èn het gerief van de andere reizigers, niet kan missen, terwijl dan een algemene typering als deze onvermijdelijk is, "om de eenvoudige reden, dat er een oeverloze variëteit van gedragingen is welke de delictsinhoud kan vervullen, zodat het niet doenlijk is te proberen deze meer concreet op te sommen" (Hazewinkel-Suringa-Remmelink, pag. 107). Ook wanneer, als in dit geval, tevens een aantal concrete onbehoorlijke gedragingen in het Reglement worden genoemd en strafbaar gesteld, zal toch een rest van onbehoorlijke gedragingen overblijven, die onder de (nogal) *vage* maar vooral erg *algemene* verbodsbepaling vallen. Ik acht dit overigens wel een grensgeval. In een gemeentelijke APV zou ik strafbaarstelling van onbehoorlijk gedrag op de openbare weg te algemeen vinden om de verbodsbepaling aanvaardbaar te maken'.[183]

Dit laatste punt is voor ons natuurlijk van belang, maar in casu was dat (nog) niet aan de orde. De Hoge Raad liet zich daar dan ook niet over uit. Voor het overige werd Leijtens standpunt – onder aanhaling van de Sunday Times-zaak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens[184] – overgenomen.

Waarom bood de Sunday Times-zaak hier uitkomst? Daarin werd onder meer de betekenis uitgelegd van de woorden 'prescribed by law', die op diverse plaatsen in het EVRM figureren:

'Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those conse-

quences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, while certainty is highly desirable, it may bring in it its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.'

Welnu, die laatste zin bood natuurlijk een handzaam aanknopingspunt voor de verwerping van het beroep. Maar door uitdrukkelijk te verwijzen naar de Sunday Times-zaak, lijkt de Hoge Raad *en passant* toch ook iets aardigs te hebben gedaan. Immers, de verdachte had zich weliswaar – door in de stationsrestauratie 'haar geschoeide voeten op een aldaar staande stoel te leggen en vervolgens een agent en adspirant-agent bij de spoorwegpolitie op luide toon uit te schelden en daarbij o.m. de woorden "Gorilla's, klootzakken, hufters en staatspooiers" te bezigen' – onder meer aan een meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM bezondigd, maar bij de toetsing speelden die gedragingen geen rol. Het ging eenvoudig om de vraag of de gewraakte bepaling uit het Algemeen Reglement Vervoer *op zichzelf* te vaag was. Ook buiten de context van specifieke bepalingen in het EVRM (zoals artikel 10) die een beperking 'prescribed by law' behelzen, wil de Hoge Raad dus kennelijk de criteria van het Sunday Times-arrest aanleggen. Het betreft hier, met andere woorden, *algemene* beginselen van behoorlijke regelgeving.

Dat is een mooie uitgangspositie. Maar, om weer terug te keren tot de gemeenten: wat heeft het tot nu toe opgeleverd? 'Firstly, the law must be adequately accessible', aldus het Hof in Straatsburg. Daar schort het, zoals bekend, nogal eens aan.[185] Naar aanleiding van het Goudse plakverbod[186] merkte Van Maarseveen bijvoorbeeld op: 'Afgezien van wat ambtenaren ter secretarie en wat politieambtenaren kent natuurlijk geen inwoner van Gouda deze regeling noch kan hij die kennen als hij zich normale inspanningen getroost'.[187] Ik heb – in een een ambtelijke rol – zelf eens een poging ondernomen om de APV van een andere gemeente te bemachtigen. Na ettelijke telefoongesprekken verklapte de dienstdoende ambtenaar eindelijk waarom het steeds maar niet tot verzending was gekomen. In het gemeentehuis was namelijk geen bijgewerkt exemplaar meer te vinden. Op het politiebureau, daarentegen, zou er ongetwijfeld wèl een liggen. Alleen, er waren momenteel wat problemen met de beoordeling van politiemensen en daardoor verliepen de contacten wat stroef. Diezelfde middag nog zou mijn gesprekspartner – ten einde raad – zelf dan maar op zijn fietsje klimmen om zich naar het politiebureau te begeven. En inderdaad, een paar dagen later ontving ik een met potlood bijgewerkte tekst van de APV.

Het hoeft natuurlijk *niet altijd* zo te gaan. Maar het is toch veelzeggend dat 'de vriendelijke (en zelfs onmisbare) veronderstelling, dat althans de rechter de wet kent, niet houdbaar (blijkt)', zoals Prins in een noot onder

een arrest over – nota bene – Tietjerksteradeel wist te onthullen: 'de Hoge Raad moet zijn blindgevaren op een verminkte tekst' van de APV-bepaling, concludeerde hij.[188]

Van Maarseveen stelt in zijn eerder genoemde artikel voor om zo'n regeling die 'door haar feitelijke onkenbaarheid redelijkerwijs niet tot de normatieve bagage van inwoner en toerist kàn behoren' voortaan gewoon niet meer tot het positieve recht te rekenen. Zeker, het rechtsbedrijf zou daardoor danig vereenvoudigd worden. Maar wat zou *redelijkerwijs* wèl tot de normatieve bagage van inwoners en toeristen kunnen behoren? Zijn oplossing brengt ons, met andere woorden, van de wal in de sloot, vrees ik. Kenbaarheid van normen is bovendien niet de enige reden voor het vereiste van een *voorafgaande* strafbepaling. Er spreekt ook – zoals ik hierboven al betoogde – een voorkeur uit voor de wetgever als normsteller. Mocht iemand niettemin 'gedwaald' hebben omtrent een bepaling – was hij bijvoorbeeld afgegaan op onjuiste mededelingen van een politieagent – dan kan hij zich in een strafzaak hooguit beroepen op 'avas' (afwezigheid van alle schuld). Met enige goede wil is het geval waarin iemand tevergeefs heeft gepoogd een regeling te bemachtigen daar ook wel onder te brengen, lijkt mij. Dat is wellicht een schrale troost, ik geef het toe. Maar het middel is dan in elk geval niet erger dan de kwaal.

Het tweede criterium van de Sunday Times-zaak biedt volgens mij wat méér houvast bij de beteugeling van Van Maarseveens (en ook mijn) 'overijverige regelaars'. Het vereiste van *precisie*, kortom, dat in verband met artikel 1 Wetboek van Strafrecht eveneens door onze eigen wetgever wordt gesteld. Alleen, tot nu toe is nog geen enkele APV-bepaling daarop gesneuveld. Het verbod om 'een voor de omgeving hinderlijk geluid te maken door middel van (onder meer) de menselijke stem',[189] het verbod 'zich op of zichtbaar vanaf voor het publiek toegankelijke plaatsen te bevinden met het kennelijke doel tot het plegen van ontucht uit te lokken',[190] het verbod om 'door kleding of anderszins aanstoot te geven',[191] het verbod om 'post te vatten of zich (...) heen en weer te bewegen (...) indien redelijkerwijze kan worden aangenomen, dat zulks geschiedt om verdovende middelen in de zin van de Opiumwet of daarop gelijkende waar te koop aan te bieden'[192]... ze bleken *allemaal* door de beugel te kunnen. Over de laatste bepaling meldde de Hoge Raad zelfs uitdrukkelijk 'dat het artikel een duidelijk omschreven objectief kenbaar en door de rechter toetsbaar gedrag strafbaar stelt'. Ik ben daar niet helemaal gerust op.

In Amsterdam bijvoorbeeld – maar ook in talloze andere plaatsen – staan twee bepalingen in de APV die een opvallende gelijkenis vertonen:

Artikel 83
Onverminderd het bepaalde in de Opiumwet is het verboden, op of aan

de openbare weg post te vatten of zich daar heen en weer te bewegen, indien redelijkerwijs kan worden aangenomen, dat zulks geschiedt om verdovende middelen, in de zin van de Opiumwet of daarop gelijkende waar te koop aan te bieden.

en:

Artikel 87

1. Het is aan een persoon van wie redelijkerwijs kan worden aangenomen, dat deze zich aan prostitutie overgeeft, verboden, op of aan de openbare weg door handelingen, houding, woorden, geluiden, gebaren of op andere wijze iemand aan te lokken.
2. (...)

Het resultaat is dat *mannen* – voor dezelfde gedraging – worden vervolgd op grond van artikel 83 en *vrouwen* op grond van artikel 87. En waarom mag je ook eigenlijk 'redelijkerwijs' aannemen dat iemand zich 'aan prostitutie overgeeft'? Omdat ze er zo uitziet, of omdat ze een 'oude bekende' – eens een dief blijft een dief – is? Het is allemaal een beetje dubieus, lijkt mij. Het komt er maar op aan wat *de rechter* bij de bewijsvoering passabel acht. Welke specifieke gedragingen verboden zijn, is op voorhand dan ook moeilijk te zeggen. Alleen, hoe valt dat te rijmen met het vereiste dat zo'n regeling 'is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct'?

Nou ja, voor sommigen staat wel vast dat zij zich minder kunnen veroorloven dan anderen. Negers, bijvoorbeeld, zullen in het licht van artikel 83 extra op hun tellen moeten letten. 'Ik werk als politieman al jaren bij het bureau Warmoesstraat', aldus een Amsterdamse hoofdagent, 'daarom weet ik uit ervaring en door bekendheid ter plekke, dat er een grote kans is dat er drugs verhandeld worden als ik buitenlandse blanken en negers in de omgeving Zeedijk-Damrak met elkaar kontakt zie hebben (...)'.[193] Welnu, die 'ervaring' en 'bekendheid ter plekke' mochten – ongelukkigerwijs – volgens de Hoge Raad in aanmerking worden genomen bij het constateren van een redelijk vermoeden van schuld (artikel 27 Wetboek van Strafvordering) aan handel in drugs (artikel 2 Opiumwet). En wat in het kader van de Opiumwet nog slechts een verdenking (oftewel: een redelijk vermoeden) oplevert, dekt in het kader van artikel 83 de gehele delictsomschrijving. Met zo'n bepaling wordt dan ook een forse wissel getrokken op de goede smaak van opsporingsambtenaren.

Toch is de rechter niet *geheel* machteloos onder deze omstandigheden. De vraag rees immers wanneer iets 'redelijkerwijs kan worden aangenomen'. Wie 'de overtuiging heeft bekomen' dat iets het geval is (vgl. artikel 338 Wetboek van Strafvordering), zal allicht tevens willen verklaren

dat het 'redelijkerwijs kan worden aangenomen' – het *is* namelijk zo. Maar waarom zou je dat óók al verklaren als je die overtuiging nog *niet* hebt 'bekomen'? Hier ligt, met andere woorden, aardig wat manoeuvreerruimte en ik heb de indruk dat daar ook al dankbaar gebruik van wordt gemaakt. De APV-bepaling wordt dan als het ware in het licht van artikel 1 Wetboek van Strafrecht uitgelegd. De toetsingsvraag verdwijnt op die manier formeel weliswaar achter de bewijsvoering, maar materieel wordt er ten volle recht aan gedaan.

Ziedaar, eindelijk eens een prettige conclusie; ik zal er gauw over ophouden, vóórdat het plotseling toch weer misgaat.

4.5 Toetsing aan internationaal recht

Als iets 'door méér deelnemers aan het volkenrechtelijk rechtsverkeer als recht is aanvaard, uitdrukkelijk of stilzwijgend, kan één deelnemer zich daaraan niet onttrekken', aldus Erades *in 1950*.[194] Dat wil zeggen 'dat een nationale wet, die strijdt met een verdrag, wijkt voor dit verdrag'. En 'waar artikel 38 van het Statuut zowel van het Permanente Hof als van het Internationale Hof van Justitie als het door beide Hoven toe te passen recht niet alleen verdragen maar ook onder meer het gewoonterecht noemt, geldt ongetwijfeld ook de regel, dat een nationale wet, die strijdt met een norm van gewoonte-volkenrecht, wijkt voor zodanige norm'. Zo lagen de zaken volkenrechtelijk bezien. Maar welke boodschap had een rechter daaraan? Mocht hij op eigen houtje aan het toetsen slaan, of was het ongedaan maken van eventuele internationale onrechtmatigheden voorbehouden aan regering en parlement? Voor dat laatste waren destijds (1950) heel aardige constitutionele argumenten te verzinnen. De wetten waren bijvoorbeeld nog onverkort 'onschendbaar'[195] en de Koning had het 'Opperbestuur der buitenlandse betrekkingen'.[196] Zolang er geen strijd met de eigen wetgeving was, heeft de Nederlandse rechter volgens Erades echter 'sedert de invoering van onze wetboeken op één uitzondering na, nimmer getwijfeld of hij volkenrechtelijk gewoonterecht mocht toepassen'.[197] En daarnaast heeft de rechter bij ons ook 'nimmer enige aarzeling vertoond om verdragen toe te passen, hoewel ook te dien aanzien geen enkele wetsbepaling van algemene strekking bestaat, die hen uitdrukkelijk de bevoegdheid geeft deze als in Nederland geldend recht toe te passen'.[198]

Dat was dus de situatie in 1950. Pas drie jaar later kwamen de voorlopers van de huidige artikelen 93 en 94 in de Grondwet.[199] Het internationale recht stroomt onze rechtsorde, met andere woorden, *niet dankzij deze bepalingen* binnen. De Hoge Raad heeft ze vervolgens echter wèl als een limiet opgevat: blijkens de geschiedenis ervan zou immers 'bepaaldelijk' bedoeld zijn 'den strijd te beslechten over de vraag, in hoeverre de Ne-

derlandse rechter het Nederlands recht op strijd met het internationale recht mag toetsen'; welnu, die toetsing zou men 'uitdrukkelijk' hebben 'willen beperken tot de gevallen van (...) *zelfwerkende bepalingen van overeenkomsten*' (curs. RdW).[200]

Dat is, kort gezegd, nog steeds de 'heersende leer'.[201] Bij de laatste grondwetsherziening zag de regering bijvoorbeeld nog 'een ernstig beletsel tegen het vestigen van een primaat van het ongeschreven volkenrecht (...) in het risico dat de rechter dan zou kunnen worden geroepen Nederlandse wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten op grond van een verdrag dat (nog) niet voor het Koninkrijk in werking is getreden'.[202] Een dergelijk geval heeft zich – ondanks de artikelen 93 en 94 – intussen echter al wèl voorgedaan. De Hoge Raad toetste toen aan het 'volkenrechtelijk *beginsel* zoals dit onder meer is neergelegd in artikel 28 van het – *voor Nederland nog niet van kracht zijnde* – Verdrag van Wenen inzake verdragenrecht' (curs. RdW).[203] Er zit, kortom, beweging in.[204]

Wat de 'gewone' zelfwerkende bepalingen van overeenkomsten betreft, is de zaak ook nog maar net op gang gekomen. Dat geldt met name voor de mensenrechten-verdragen. De rechter is weliswaar herhaaldelijk bereid gebleken om directe werking aan een bepaling toe te kennen,[205] maar vervolgens gaf hij er dan meestal een zodanige uitleg aan 'dat wij wel', om met Leijten te spreken, 'volslagen tot barbarij zullen moeten zijn vervallen, vóór iemand er – alle directe werking ten spijt – met succes een beroep op kan doen'.[206] Inmiddels zijn de *procedurele* bepalingen echter uit hun slaap ontwaakt. Rechters zijn daar nu eenmaal gevoelig voor. De artikelen 5 en 6 van het EVRM genieten tegenwoordig dan ook – althans onder juristen – algemene bekendheid. Zelfs in het belastingrecht hebben ze er al een zaak over.[207] Wat de *materiële* bepalingen betreft – en daar gaat het bij toetsing van verordeningen juist om – is de oogst echter buitengewoon mager. Alleen artikel 8 EVRM lijkt op dit moment te ontluiken.[208] Bij de andere bepalingen wil 't maar niet lukken. Erg veel verder dan het bekende bidprentjes- en het 'Geertruidenberg II'-arrest zijn we eigenlijk nog steeds niet.[209] Het is alsof er een *trend* werd gezet door die arresten. Elke mogelijkheid om de betekenis van mensenrechten-bepalingen te beperken, werd aangegrepen, lijkt het wel. In het eerste arrest werden de geoorloofde beperkingsgronden zó fors opgerekt, dat later zelfs de bescherming van het landschapsschoon 'necessary in a democratic society (...) for the prevention of disorder' bleek te zijn.[210] En in 'Geertruidenberg II' werd beslist dat een wet pas in strijd is met artikel 9 EVRM ('freedom of thought, conscience and religion') 'indien het ten enenmale ondenkbaar zou moeten worden geacht dat een wetgever (...) daartoe een zodanige regeling in redelijkheid zou kunnen treffen of handhaven'.

Die uiterst marginale en abstracte benadering geldt nog steeds. De woorden 'kan' en 'kunnen' zijn ook hier – net als in de rechtspraak over artikel 168 gemeentewet – alom tegenwoordig. Maar dat laatste hoeft op

zichzelf – zoals al eerder bleek – niets te zeggen. In een arrest over het Hengelose plakverbod werd bijvoorbeeld overwogen dat de gewraakte beperking op de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) '*kan* worden aangemerkt als in een democratische samenleving nodig in het belang van de bescherming van de openbare orde' (curs. RdW).[211] Was er dus niet méér nodig dan dat de beperking als zodanig *kon* worden aangemerkt? Dat volgt daar niet uit. Voor de feitenrechter was namelijk geen beroep gedaan op het verdragsartikel; zolang de beperking maar door de beugel *kon*, was met andere woorden niet *gebleken* dat het recht was geschonden. En dat is in cassatie voldoende.

De hoop dat er misschien tòch iets moois aan het groeien was, werd niettemin al gauw teniet gedaan. In de eerste plaats werd soms vergeten om een beperking ook werkelijk aan *alle* criteria te toetsen. Dat gold met name voor de eis dat iets 'necessary in a democratic society' moet zijn. De Hoge Raad lepelde dat punt gewoonlijk alleen maar even op en ging er twee keer zelfs glad aan voorbij.[212] In een ander geval overwoog de Hoge Raad droogjes dat de Rechtbank het gevoerde verweer had 'verworpen op gronden welke deze verwerping kunnen dragen', terwijl die verwerping zich beperkte tot artikel 7 Grondwet en met geen woord repte over het eveneens aangevoerde artikel 10 EVRM.[213] Dat zijn natuurlijk slordigheden, maar het zijn ook niet bepaald symptomen van bevlogenheid.

Hoe dan ook, het genadeschot viel met de beslissing over het Leeuwarder plakverbod.[214] Het leek nog even of er iets moois zou komen. Voor het eerst werd er namelijk niet gerept over het plakverbod zelf, maar over de *toepassing* ervan. Dat was eindelijk eens een keer conform het destijds geldende artikel 66[215] en het huidige artikel 94 Grondwet.[216] 'Voor zover de *toepassing* van (het plakverbod) zou leiden tot beperking van het recht van vrije meningsuiting', overwoog de Hoge Raad, 'zijn deze beperkingen niet in strijd met artikel 10 EVRM noch met artikel 19 IVBP aangezien zij *kunnen* worden aangemerkt als nodig in een democratische samenleving' etc. (curs. RdW). In de daarop volgende alinea werd iedere hoop echter de grond ingeboord:

'Binnen het kader van het gedane beroep op onverbindendheid (...) behoefde', volgens de Hoge Raad, 'slechts te worden onderzocht of de gemeentelijke wetgever door het opnemen van gemeld artikel in de APV is gebleven binnen de grenzen van hetgeen in het belang van de openbare orde in *een* gemeente ten aanzien van van de openbare weg zichtbare meningsuitingen nodig *kan* zijn. (...) *Daarnaast behoefde niet meer aan de orde te komen of ook het te dezen bewezen verklaarde een inbreuk op dan wel bedreiging van de openbare orde opleverde*' (curs. RdW).[217]

Ook de feitenrechter hoefde, met andere woorden, slechts na te gaan of de *bepaling* – want de 'toepassing' blijkt uiteindelijk toch weer tussen de wal en het schip te zijn gevallen – *onder omstandigheden de*

openbare orde mogelijkerwijs zou kunnen betreffen. En daarbij hoefde hij zich niet eens in te laten met de omstandigheden van deze specifieke gemeente; voldoende was dat de mogelijkheid zich voordeed in *een* gemeente (in het algemeen).

Het criterium '*necessary* in a democratic society (...) for the prevention of disorder' is op die manier wel bijzonder soepel geworden. Onlangs nog is deze 'leer' niettemin opnieuw bevestigd.[218] Het ging toen over de vraag of de *toepassing* van het Rotterdamse verbod om heen en weer te lopen (in verband met eventuele handel in verdovende middelen) in strijd was met artikel 2 lid 1 Vierde Protocol bij het EVRM, danwel met artikel 12 IVBP ('liberty of movement').[219] De Rechtbank had, volgens de Hoge Raad, '*terecht* geoordeeld dat daarvan geen sprake is'. Immers: 'In het bepaalde in de derde leden van de verdragsartikelen (...) *kan* de niet ingrijpende beperking van de bewegingsvrijheid die artikel 49b APV meebrengt (...) haar rechtvaardiging vinden' (curs. RdW). De toepassing kan dus kennelijk door de beugel omdat de bepaling zèlf door de beugel kan, en de bepaling kan door de beugel omdat zij 'necessary' *kan* zijn met het oog op de derde leden van de verdragsartikelen. Dat laatste – te weten dat die noodzaak er in abstracto *kan* zijn – laat zich ook in cassatie vaststellen. Vandaar dat de Rechtbank het verweer *terecht* heeft verworpen – wat er verder zij van haar eigen (summiere) motivering. Anders dan de Civiele Kamer, eist de Strafkamer niet dat het feitelijke bestaan van zo'n noodzaak *aannemelijk* wordt gemaakt.[219a] De enkele *mogelijkheid* ervan is al voldoende.

Op één uitzondering na heeft een beroep op mensenrechten-verdragen tot nu toe dan ook nooit iets opgeleverd. En het frappante is dat die ene uitzondering opnieuw een bevestiging vormt van dezelfde, uiterst abstracte en marginale benadering. Deze keer betrof het de gemeente Utrecht, en wel het verbod 'in het belang van de openbare orde of zedelijkheid' – het betrof i.c. een prostituée – om zich 'tussen 9 uur 's ochtends en 4 uur 's nachts' in een bepaald gebied 'op te houden'.[220] Het ongeluk wilde dat de verdachte in het aangewezen gebied *woonde*; zij kon haar woning dus alleen tussen 4 uur 's nachts en 9 uur 's ochtends in- en uitgaan. De vraag rees daarom of dit verbod verenigbaar is met de 'liberty of movement' van artikel 12 IVBP, 'in het bijzonder of die beperking is aan te merken als "necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others" ', als bedoeld in lid 3 van dat artikel.

'Deze vraag moet', volgens de Hoge Raad, 'ontkennend worden beantwoord. Immers, *niet is in te zien* dat een beperking van zo vergaande aard – waarbij in aanmerking moeten worden genomen de door de Rechtbank genoemde omstandigheden, te weten: omvang van het gebied en de tijdsduur waarvoor een last geldt en het in de bepaling ontbreken van onderscheid op grond van het al dan niet in het gebied woonach-

tig zijn, een en ander bezien in onderling verband en samenhang – in de noodzaak tot bescherming van een of meer der in de verdragsbepaling genoemde belangen haar rechtvaardiging *kan* vinden' (curs. RdW).

Kon het verbod in eerdere zaken zijn rechtvaardiging nog wèl in de toegestane beperkingsgronden vinden, hier was dat, volgens de Hoge Raad, *te enen male onmogelijk*. Daarom kon het niet door de beugel, want dáár ligt klaarblijkelijk de grens van wat is toegestaan.

Deze uitkomst vertoont qua vorm een opvallende overeenkomst met de begrenzing van de verordeningsbevoegdheid ex artikel 168 gemeentewet. De conclusie was daar dat een gemeente haar boekje pas te buiten gaat wanneer iets de gemeentelijke huishouding niet *kan* betreffen.[221] In beide gevallen gaat het dus om een ultra marginale, abstracte toetsing. Komt dat inderdaad door het denkfoutje, waar ik in verband met de verordeningsbevoegdheid op wees? Wie weet? Maar er is natuurlijk ook wel iets anders te verzinnen. Die marginale benadering past immers wonderwel bij wat er verder gangbaar is in cassatie: iets wordt pas 'kapot' gemaakt wanneer *gebleken* is dat het niet deugt. Zolang er nog een plausibele redengeving denkbaar is, wordt een zaak in stand gehouden. Immers, het Hof, De Rechtbank of de Kantonrechter *kon* dan *zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting* aldus beslissen. En inderdaad, zo'n opstelling volgt min of meer logisch uit de aard van cassatierechtspraak (al kan er – zo men wil – door middel van motiveringseisen nog aardig moeilijk worden gedaan). Maar ten opzichte van wetgeving bevindt de Hoge Raad zich in een heel andere positie. Terughoudendheid is dàn wellicht een mooi *uitgangspunt*, maar het is ook niet méér dan dat. Het zal er in de eerste plaats van afhangen *waaraan* die wetgeving wordt getoetst. Artikel 168 gemeentewet vereist misschien een heel andere opstelling dan de bepalingen van bijvoorbeeld het EVRM. Of liever: het zou wel erg toevallig zijn wanneer ze eenzelfde opstelling vergden.

Donner verklaart rechterlijke terughoudendheid bij toetsing aan verdragen uit de onherroepelijkheid van die toetsing.[222] Bij toetsing van – bijvoorbeeld – verordeningen aan de Grondwet ligt dat anders. 'Het lijkt mij niet te ver gezocht', schrijft hij, 'als men zelfs veronderstelt, dat de rechter bij de uitbouw van zijn jurisprudentie op artikel 7 Grondwet zo ver heeft kunnen gaan omdat hij de gedachte in het hoofd had: "Wanneer de consequentie van mijn interpretatie eens tot onaannemelijke resultaten zou leiden, dan is de wetgever er altijd nog om tussen beide te komen!".'[223] Doordat de wetgever op nationaal niveau – dankzij het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet – altijd het laatste woord heeft, zou de rechter zich dus een zekere vrijheid hebben verworven. Bij toetsing aan verdragen, daarentegen, wordt de wetgever als het ware gepasseerd. Vandaar die terughoudendheid.

Empirisch gesproken is die stelling inmiddels ruimschoots weerlegd,

lijkt mij. Er zijn de laatste jaren nogal wat spectaculaire toetsingsuitspraken geweest.[224] Over terughoudendheid *in het algemeen* kun je dus moeilijk nog spreken. Aan de andere kant blijkt die vrijmoedigheid van de rechter op het nationale vlak soms nogal mee te vallen, zoals ik al eerder (onder 4.1) – uitgerekend aan de hand van Donners verspreidingsjurisprudentie! – heb laten zien. Het gaat dan voornamelijk om *verbale* vrijmoedigheid.

Principieel gesproken lijkt Donners benadering mij evenmin vanzelfsprekend. Het verband tussen machtenscheiding en het primaat van de wetgever ten aanzien van toetsingsvragen is mij niet duidelijk.[225] Wat mij betreft gaat het hierbij om twee *verschillende* vragen. Maar goed, het rechterlijk toetsingsrecht is in hoofdstuk 2 van dit preadvies al even aan de orde geweest; laat ik mezelf niet herhalen.

Een ander argument voor terughoudendheid van de rechter is door Alkema naar voren gebracht. 'Geen kwaad woord over de kwistige rechter', schrijft hij, 'mits zijn redengeving maar niet louter en alleen het internationale recht is. Want dat ondermijnt het gezag van de uitspraak, vooral als later de internationale rechter zich zuiniger betoont of in zijn uitspraak een andere weg inslaat'.[226] Dan komt de aap immers uit de mouw en blijkt dat de rechter niet aan het verdrag, maar aan zijn eigen voorkeur heeft getoetst. So what? Zou het rechterlijk gezag op die manier niet evenzeer *vergroot* kunnen worden? Is de pretentie dat het bij arresten om méér dan 'trial and error' gaat langzamerhand niet ongeloofwaardig geworden?

Retorische vragen... Maar afgezien daarvan gaat Alkema er klaarblijkelijk vanuit dat de nationale rechter niet het *verdrag* heeft toegepast, wanneer achteraf blijkt dat de internationale rechter er iets anders in leest. Verdragen hebben in zijn opvatting derhalve slechts één betekenis.[227] Dat lijkt me op z'n minst een dubieuze stelling. De betekenis van een regel wordt immers voor een groot deel bepaald door de *context* waarin je hem plaatst. Of, om met Donner te spreken en het wat verder toe te spitsen: 'Grondrechten staan, het kan niet genoeg herhaald worden, niet boven een rechtsorde, maar daarin en moeten in het kader daarvan worden uitgelegd en ontwikkeld'.[228] In land A kan dezelfde bepaling dan ook zonder bezwaar iets anders betekenen dan in land B, lijkt mij. Het is enigszins te vergelijken met de veranderingen die je naar de tijd gemeten ook binnen één land kunt waarnemen. Dezelfde Donner beschreef bijvoorbeeld eens hoe het Struycken 'niet (was) ontgaan, dat opeenvolgende generaties onder dezelfde woorden en uitdrukkingen zeer verschillende zaken kunnen verstaan en dat ook een grondwet, al blijft zij voor het oog ongewijzigd, door een veranderde uitlegging van haar bepalingen, soms een geheel andere inhoud en betekenis verkrijgt'.[229] De sporen hiervan zijn tamelijk eenvoudig in de rechtspraak terug te vinden. Zo was de bekende anti-conceptiva-verordening van

Bergen op Zoom[230] bijna letterlijk gelijk aan die van Heerlen[231] een kleine dertig jaar eerder. Het enige is dat de ene de toets aan artikel 168 gemeentewet wèl kon doorstaan en de andere niet. En om nog even in de sfeer van de Grondwet te blijven: tot 1918 betrof het processieverbod alle *processies* die niet al in 1848 gebruikelijk waren,[232] sindsdien ging het nog slechts om de *plaatsen* waar ze niet gebruikelijk waren.[233] De tekst van de Grondwet was op dit punt niettemin hetzelfde gebleven!

Ook Alkema's argument voor principiële terughoudendheid lijkt me, met andere woorden, niet overtuigend. Röling[234] wees er in verband met het EVRM bovendien al 25 jaar geleden op dat 'de bijzonder geringe toetsingsmogelijkheid, die de Hoge Raad zich toekende, (...) beperking van de "daadwerkelijke rechtshulp" (betekent), die in artikel 13 van het verdrag een ieder wordt in uitzicht gesteld als schending van de vrijheidsrechten in het geding is. Dit artikel 13 is, volgens het arrest HR 24 februari 1960, 483, een artikel, dat zich niet voor rechtstreekse toepassing door de Nederlandse rechter leent. Maar het zou', aldus – nog steeds – Röling, 'wel de Nederlandse rechter een richtsnoer kunnen zijn bij het uitstippelen van rechterlijke bevoegdheid en toetsingsmogelijkheid'. Het belangrijkst lijkt me inmiddels echter de rechtspraak van het Europese Hof in Straatsburg; naar mijn idee eist die een strengere toetsing dan op het ogenblik gangbaar is. Het uitgangspunt is – zoals bekend – dat beperkingen slechts geoorloofd zijn voor zover zij 'necessary in a democratic society (...) for the prevention of disorder' (etc.) zijn. Welnu, volgens de al eerder genoemde Sunday Times-zaak en de daaraan voorafgegane Handyside-zaak[235] is het bijvoeglijk naamwoord 'necessary' hier 'not synonymous with "indispensable", neither has it the flexibility of such expressions as "admissable", "ordinary", "useful", "reasonable" or "desirable".' Het staat daarentegen voor 'the existence of a "pressing social need".' De lidstaten hebben bij het vaststellen daarvan weliswaar een 'margin of appreciation', maar dat verschaft hun geen vrijbrief. De vraag was daarom 'whether the "interference" complained of corresponded to a "pressing social need", whether it was "proportionate to the legitimate aim pursued", whether the reasons given by the national authorities to justify it are "relevant and sufficient".' Dat leidde vervolgens tot een onderzoek naar de precieze omstandigheden van het geval. Kortom, niet de regel *in abstracto* werd getoetst, zoals de Hoge Raad doet, maar de *toepassing* ervan *in concreto*.[236] Vele alinea's later werd dan ook pas een conclusie bereikt. Een en ander vergt immers een zorgvuldige afweging. De sjablones van de Hoge Raad voldoen dan niet meer.

Opvallend is dat het ontwerp Wet openbare manifestaties aansluiting lijkt te zoeken bij deze rechtspraak.[237] Vergaderingen en betogingen mogen volgens dit ontwerp in beginsel alleen maar worden tegengehouden voorzover de bescherming van de gezondheid, het belang van het

verkeer, of de bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden dat *vordert*. Die formulering past wonderwel bij de artikelen 9 en 10 EVRM. Waar het ontwerp spreekt van 'vordert', rept het verdrag van 'necessary'. Voor een verbod is volgens de Memorie van Toelichting dan ook vereist dat 'het belang in kwestie (...) in de gegeven situatie preponderant (is), en de situatie moet van dien aard zijn, dat niet met een lichtere maatregel (...) *kan* worden volstaan. Te denken valt (...) aan een betoging die naar redelijke verwachting gepaard zal gaan met wanordelijkheden op zodanige schaal, dat daaraan niet het hoofd *kan* worden geboden door het inzetten van voldoende politiepersoneel' (curs. RdW).[238]

De vraag is natuurlijk hoe de rechter zich hier tegenover zal opstellen. Hij zal ongetwijfeld *niet* op de 'stoel' van het bestuur plaats nemen en nagaan of hij het verbod onderschrijft. Maar hij kan bijvoorbeeld wèl eisen dat de noodzaak van het verbod *aannemelijk wordt gemaakt*. Daarnaast zal hij zich hoe dan ook in de specifieke omstandigheden van het geval moeten verdiepen. De optie van een toetsing in abstracto is hem met dit wetsontwerp ontnomen. Wie weet, gaat hij zijn positie ten opzichte van verwante *verdrags*bepalingen dan óók weer eens overwegen.

4.6 Toetsing aan rechtsbeginselen

Toetsing van wetgeving aan ongeschreven rechtsbeginselen was tot voor kort volstrekt ondenkbaar. In 1960 kwam bijvoorbeeld de vraag aan de orde of het verbod van *détournement de pouvoir* óók gold voor verordeningen in de zin van het oude artikel 5 Winkelsluitingswet. De Hoge Raad antwoordde ontkennend, en wel 'omdat regelingen ingevolge artikel 5 van de wet uitgevaardigd, wanneer zij niet strijdig zijn met enig wettelijk voorschrift van den hogeren wetgever, (...) door den recher als verbindend moeten worden aangemerkt zolang zij niet door de Kroon krachtens artikel 185 Gemeentewet zijn vernietigd'.[239] Dat was niet bepaald voorzichtig onder woorden gebracht; men wilde er klaarblijkelijk niet eens over peinzen. Zeven jaar later werd een beroep op 'een beginsel van goed bestuur (...) doordat (in een keur, RdW) naar willekeur wordt gediscrimineerd' dan ook – zo mogelijk – nog bruusker afgedaan. De Hoge Raad overwoog eenvoudig 'dat voorts het (...) gedane beroep op algemene beginselen van behoorlijk bestuur reeds daarom faalt, omdat zodanige beginselen het bestuur raken en als zodanig geen maatstaven inhouden voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften'.[240]

Inmiddels is het tij, zoals bekend gekeerd. *Onrechtmatige wetgeving* is een erkend leerstuk geworden, en het beroep op rechtsbeginselen is daarmee – eerst stilletjes, maar vervolgens ook uitdrukkelijk[241] – aanvaard. Ik zal daar niet uitvoerig op ingaan, want met de preadviseurs voor de Nederlandse Juristen Vereniging is afgesproken dit gebiedje aan

hen te laten. Alleen, wat misschien niet algemeen bekend is, is dat het allemaal op gang is gekomen dankzij een paar gemeenten. De eerste keer dat een willekeurtoetsing op wetgeving werd toegepast en erkend, was – voorzover ik weet – in 1971.[242] De Dordtse Kantonrechter had toen het uitvoeringsbesluit van een gemeentelijke parkeerexcessen-bepaling (vgl. artikel 85 RVV) onverbindend verklaard. De Hoge Raad heeft dat vervolgens gesauveerd, omdat de Kantonrechter mogelijkerwijs van oordeel was geweest dat dit uitvoeringsbesluit van B en W 'zou berusten op een zo gebrekkige en zo onjuiste afweging van enerzijds de belangen van het uiterlijk aanzien dier gemeente en anderzijds de belangen van het verkeer op de wegen, dat dit college, *naar redelijkheid oordelend*, niet tot (zijn besluit) is *kunnen* komen' (curs. RdW). Dit bracht mee 'dat niet uitgesloten (kon) worden geacht, dat de Kantonrechter terecht aan dat besluit verbindende kracht (had) ontzegd'. Er was, met andere woorden, onvoldoende reden voor cassatie.

Negen jaar later kwam de Hoge Raad – onder erkenning van hetzelfde beginsel – tot het oordeel dat de Rechtbank ten aanzien van de parkeerexcessen-bepaling in Terheijde 'kennelijk (heeft) geoordeeld – en op grond van de vastgestelde feiten ook (heeft) kunnen oordelen – dat B en W in redelijkheid tot hun besluit (...) hebben kunnen komen'.[243] En op 14 februari 1984 toetste de Hoge Raad voor het eerst *zelf* aan het willekeur-criterium.[244] Het ging toen om een vorm van privacy-bescherming. Wie buiten het seizoen in de gemeente Numansdorp van een recreatiewoning gebruik wilde maken, moest zich – ook al was hij eigenaar – vóór 8 uur 's avonds in een register laten inschrijven. 'Bij afweging van de betrokken belangen', aldus de Hoge Raad, 'te weten enerzijds het tegengaan van permanente bewoning van recreatiewoonverblijven en anderzijds de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de daarbij betrokken personen, hebben B en W in redelijkheid niet kunnen komen tot een registratieplicht als voorzien in de (...) Beschikking' (lees: *regeling*, RdW).

Rijst alleen de vraag *waarom* men zich in dat laatste geval van een willekeurtoetsing bediende. Had toetsing aan artikel 168 gemeentewet of artikel 8 EVRM niet méér voor de hand gelegen? Sterker, misschien was het inderdaad geen 'echte' willekeurtoetsing. Ook toetsing aan de artikelen 168 gemeentewet en 8 EVRM bleek hierboven immers uit te monden in het willekeur-criterium: pas wanneer een verordening (dan wel een verordening in samenhang met een uitvoeringsbepaling[245]) de gemeentelijke huishouding niet *kan* betreffen, of wanneer zij niet in het belang van de openbare orde *kan* zijn, gaat zij te ver.

Dat verklaart wellicht waarom de toelaatbaarheid van toetsing aan het willekeurbeginsel allereerst bij *gemeentelijke* regelingen aan het licht is gekomen. Daar bestond al een traditie die dezelfde richting uitwees. En van het een kwam toen het ander. Misschien is het uitslijten van die

oudere normen dan tòch niet helemaal voor niets geweest; we hebben er een nieuwe aan over gehouden.

4.7 Toetsing in het kader van 'medebewind'

Autonomie en medebewind heten weliswaar tegenover elkaar te staan, maar het is moeilijk om een onderscheidend criterium te formuleren. De autonome verordeningsbevoegdheid van gemeenten vindt zijn grondslag in artikel 168 gemeentewet, zegt men wel.[246] Maar de juridische betekenis van dat artikel bleek niet méér te zijn dan dat verordeningen niet louter zaken mogen regelen die de openbaarheid niet kunnen betreffen. Dat geldt – onder meer in verband met artikel 8 EVRM – óók voor regelingen die *geen* autonome verordeningen zijn. Met artikel 168 kom je in dit opzicht dus geen stap verder. Het is misschien vruchtbaarder om de zaak van de andere kant te benaderen. In plaats van 'wat is autonomie?' kun je immers ook de vraag stellen wat 'medebewind' is. De verplichting – op grond van de Woningwet – om een bouwverordening vast te stellen, is een *voorbeeld* ervan. De Raad *moet* dan iets doen waartoe hij voordien niet verplicht was. 'Daarnaast bestaan verscheidene wetten, die aan de Gemeenteraad de bevoegdheid toekennen verordeningen in het leven te roepen terzake van in deze wetten geregelde onderwerpen', schrijven Schroot, Van Vliet en Wijma.[247] Is dat inderdaad óók medebewind? Gaat het bij medebewind om het toekennen van bevoegdheden? De enige bevoegdheid waaraan het gemeenten op het gebied van regelgeving nog ontbreekt, is de mogelijkheid om iets te regelen wat de openbaarheid *niet* kan betreffen. Dáár ligt immers de grens van wat zij – zonder medebewind – al vermogen. Alleen, die grens mag, zoals we al zagen, ook door andere wetgevers niet worden overschreden. Naast artikel 168 gemeentewet valt aan de gemeente, kortom, geen enkele regelingsbevoegdheid meer te attribueren. Artikel 85 RVV bijvoorbeeld – 'Bij plaatselijke verordening kunnen regels worden gesteld ter bestrijding van parkeerexcessen' – *geeft* geen enkele bevoegdheid. Parkeerexcessen mochten altijd al door gemeenten bij verordening worden aangepakt. Nee, het enige wat, volgens mij, uit zo'n bepaling blijkt is dat de hogere regeling in dàt opzicht duidelijk niet uitputtend is bedoeld. Er mag, met andere woorden, *nog steeds* worden aangevuld, zij het dat de regeling daardoor natuurlijk niet mag worden doorkruist.[248] Eigenlijk is er dus niets nieuws onder de zon. Het gaat slechts om een techniekje waarmee een bepaalde interpretatie wordt veilig gesteld.

Dat ligt anders wanneer de hogere regeling *dwingende* voorschriften behelst. Dan is er onmiskenbaar wèl sprake van medebewind. Ik denk bijvoorbeeld aan artikel 11 van de Wet geluidhinder: 'De gemeenteraad stelt in het belang van het voorkomen of beperken van geluidhinder bij verordening regels (...)'. Volgens artikel 12 kan daar een vergunningstel-

sel aan worden verbonden. En wie zo'n vergunning overtreedt is blijkens de artikelen 175, 177 en 178 van diezelfde Wet geluidhinder strafbaar op grond van de Wet economische delicten. Welnu, wanneer een gemeente eenmaal besluit om inderdaad een geluidhinderverordening te maken, kan zij vervolgens de strafbaarstelling niet meer op eigen houtje ter hand nemen.[249] In zoverre wordt er bij 'medebewind' dus eerder een bevoegdheid ontnomen, dan dat er iets wordt gegeven.

Maar het is nog te vroeg om te generaliseren. Soms wordt er namelijk toch wèl wat gegeven. Artikel 6 van de Grondwet beschermt bijvoorbeeld de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. De wet kan echter, blijkens het tweede lid, 'terzake van de uitoefening van dit recht buiten gebouwen en besloten plaatsen regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden'. En zo'n wet kan op haar beurt die regeling weer delegeren.[250] Dat staat inmiddels ook te gebeuren. 'De gemeenteraad stelt', volgens het Ontwerp Wet openbare manifestaties,[251] 'bij verordening regels vast (...)'. Daarmee heeft de gemeente dus iets gekregen wat haar voordien uitdrukkelijk was onthouden. Maar de reikwijdte daarvan is dan ook automatisch begrensd door de wet waar dat aan te danken is. Hierbij doet zich een aardig probleempje voor. Wat het 'klokgelui' betreft, is het de Gemeenteraad volgens het Ontwerp namelijk veroorloofd om 'regels te stellen met betrekking tot duur en geluidsniveau' (artikel 10). Alleen, hoe verhoudt zich dat tot de 'bescherming van de gezondheid', 'het belang van het verkeer', of de 'bestrijding' of 'voorkoming van wanordelijkheden'? Het Ontwerp lijkt de gemeente hier méér beperkingsmogelijkheden te bieden dan de Grondwet.[252] Maar de wet mag door de rechter niet getoetst worden aan de Grondwet. Mag een verordening, die op de grondslag van een wet inbreuk maakt op de Grondwet, *dus* evenmin getoetst worden? Wordt de verordening als het ware gedekt door de wet, of blijft het toch in de eerste plaats een verordening die gewoon wijkt voor een hogere regeling (zoals i.c. de Grondwet)?

Beide standpunten lijken verdedigbaar.[253] Zelf heb ik niettemin een voorkeur voor het tweede. Dat komt niet alleen door mijn geringe achting voor het toetsingsverbod. In dit geval hoeft de wet namelijk zelfs niet *impliciet* te worden getoetst. De wetsbepaling laat immers in principe nog enige ruimte voor verordeningen die wèl door de beugel van artikel 6 Grondwet kunnen. In die gevallen is er geen vuiltje aan de lucht. Het 'klokgelui' mag dan zonder meer aan banden worden gelegd. In alle andere gevallen, daarentegen, is de grondwettelijke grens overschreden. De enkele omstandigheid dat beide situaties zich laten voorstellen, geeft al aan dat de fout in die laatste gevallen niet bij de wetsbepaling ligt, maar bij de verordening.

Op bepalingen waarbij medebewind wordt verleend, mag met ande-

re woorden niet blindelings worden afgegaan, lijkt mij. Bevoegdheden komen immers niet uit de lucht vallen. Ook degene van wie je iets krijgt, moet het ergens vandaan hebben gehaald. Wáár vandaan? Het antwoord op die vraag kan van belang zijn bij het bepalen van de omvang van een bevoegdheid. En om die omvang gaat het. Maar daar is *interpretatie* voor nodig. Wat heeft de wetgever bedoeld? Of liever:[254] wat kan hij, juridisch gesproken, *niet* bedoeld hebben? Die vraag is onvermijdelijk. Want bevoegdheden spreken nooit vanzelf.

4.8 Afronding en conclusie

Het bovenstaande is maar 'een kleine selectie', zoals ik aan het begin van dit hoofdstuk neerschreef. Nou ja, het is toch nog danig uit de hand gelopen. Allerlei kwesties zijn niettemin onder de oppervlakte gebleven. Waarom bijvoorbeeld aan de ene kant zo'n drukte over artikel 1 Wetboek van Strafrecht, maar aan de andere kant *geen woord* over de 'presumptio innocentiae'?[255] Neem de Wassenaarse anti-inbraakbepaling.[256] In het eerste lid daarvan werd vrijwel alles verboden. Zo je 's avonds al naar buiten wilde, kon je dat op grond van die bepaling het veiligst *naakt* doen. Immers, het was dan niet alleen verboden om 'inbrekersgereedschap, lopers, valse sleutels, en touwladders' bij je te hebben, het verbod betrof óók 'lantaarns of enig ander gereedschap, voorwerp of middel, dat kan dienen om zich onrechtmatig de toegang tot een gebouw of erf te verschaffen, onrechtmatig sluitingen te openen of te verbreken, een inbraak te vergemakkelijken of het maken van sporen te voorkomen'. *Echter*: blijkens het tweede lid was 'dit verbod (...) niet van toepassing voorzover aannemelijk (kon) worden gemaakt, dat het vervoeren of bij zich hebben van gereedschappen, voorwerp of middel niet (geschiedde) met het in het vorige lid vermelde doel'.

De bepaling is niet zo zeer *te vaag* alswel *te ruim*. Ook hier kan in beginsel echter *iedereen* worden opgepakt. Het dragen van handschoenen kan al verdacht zijn. Voor de politie is een en ander niettemin erg handig. En de Hoge Raad heeft er tot nu toe nooit een probleem van gemaakt. Men ziet het tweede lid eenvoudig als *rechtvaardigingsgrond* voor de in het eerste lid verboden gedraging.[257] De oer-Hollandse wijsheid – 'doe maar gewoon, dan doe je al gek genoeg' – is hiermee tot in zijn ultieme consequentie doorgetrokken: laten degenen die gewoon doen eerst maar eens aannemelijk maken dat zij *echt* gewoon doen!

Waarom ben ik hier tot nu toe stilletjes aan voorbijgegaan? Daar is, wat mij betreft, eigenlijk geen goede reden voor. Vandaar dat ik het alsnog even aanstipte. Maar er zijn nog talloze andere dingen waar ik aan voorbij ben gegaan. Mijn kennis, de tijd en de plaatsruimte zijn nu eenmaal beperkt. Desondanks dringt zich een conclusie bij mij op. Zeker, te

voorbarig! Maar, om met Xenophanes – in Engelse vertaling[258] – te spreken:

> '(...) as for certain truth, no man has known it,
> Nor will he know it; neither of the gods,
> Nor yet of all the things of which I speak.
> And even if by chance he were to utter
> The final truth, he would himself not know it:
> For all is but a woven web of guesses.'

Goed dan, mijn conclusie. Gemeentelijke verordeningen worden weliswaar met grote regelmaat getoetst door de strafkamer, maar slechts hoogst zelden sneuvelt er eens iets. De aangelegde criteria bieden klaarblijkelijk in het algemeen behoorlijk wat manoeuvreerruimte. En als er eens gevaar dreigt, verschijnen opeens de subtielste analyses ten tonele, opdat alsnog gered kan worden wat er te redden valt. Toch volgt daar niet uit dat de strafkamer *dus* 'op de hand van de gemeenten' is. Verordeningen worden wellicht voornamelijk *en passant* 'gered'. Voorop staat dan het 'redden' van het bestreden vonnis of arrest. Een simpele optelsom leert immers dat het cassatieberoep als regel wordt *verworpen*.[259] En aangezien het beroep in het gros van de gevallen wordt ingesteld door de verdachte, is een *verbindende* verordening de normale uitgangspositie in cassatie – anders had het bij de feitenrechter niet tot een veroordeling kunnen komen. Redding van de bestreden uitspraak brengt dan automatisch redding van de verordening mee. Het laatste is een voorwaarde voor het eerste. Of er een voorkeur voor gemeenten bestaat, danwel een voorkeur voor de feitenrechter, laat zich aan de hand van dit resultaat dus niet vaststellen. De justitiabelen dreigen echter – hoe dan ook – tussen de wal en het schip te vallen. Wat een troostrijke gedachte dat het hier slechts om een *gissing* gaat!

5 De gevolgen van toetsing

5.1 'Buiten toepassing' of 'onverbindend'?

Als er eenmaal is gewogen en te licht bevonden, rijst de vraag: wat nu? Er zijn in beginsel vier opties. De bepaling kan *ophouden te gelden* (artikel 194 gemeentewet), zij kan *buiten toepassing* worden gelaten (artikel 94 Grondwet), zij kan *onverbindend* worden verklaard, of er kan eenvoudig aan worden voorbijgegaan. De eerste twee staan gewoon in de wet. De derde is klassiek. De laatste optie, daarentegen, is gloednieuw. Er is, voor zover ik weet, nog maar één keer gebruik van gemaakt. Wat de precieze betekenis ervan is, hangt dan ook – in elk geval wat mij betreft – nog een beetje in de lucht. Het betrof hier het eerdergenoemde geval van de gemeente die een geluidhinderverordening had gemaakt en op eigen houtje de strafbaarstelling ter hand had genomen, hoewel de Wet geluidhinder voor dergelijke verordeningen al een strafbaarstelling kende.[260] De verordening was, met andere woorden, in strijd met de wet. Want de wettelijke regeling was – zoals de Hoge Raad besliste – uitputtend bedoeld. Niettemin: over onverbindendheid *geen woord*![261] En voor de zaak zèlf was dat punt ook eigenlijk niet van belang. Vanwege die uitputtendheid stond immers vast dat het *uitsluitend op grond van een op de wet afgestemde telastelegging* tot een veroordeling kon komen. Daarvan was 'te dezen' echter geen sprake. En waarom zou men zich dan verdiepen in de vraag waar de telastelegging mogelijkerwijs wèl op was afgestemd? Daar kon dus gerust aan worden voorbijgegaan. Het sluit allemaal als een bus, lijkt mij. Maar het is een weg die in het gros van de gevallen niet openstaat.

Het is misschien wèl een aanwijzing dat men de termen 'buiten toepassing' en 'onverbindend' heeft willen vermijden. Over die begrippen is de laatste jaren wat onduidelijkheid ontstaan. Ook buiten de sfeer van verdragen worden APV-bepalingen tegenwoordig namelijk soms 'buiten toepassing' gelaten, waar zij vroeger eenvoudig onverbindend zouden zijn verklaard. Ik heb daar eens een theorietje voor verzonnen.[262] In grote trekken kwam het erop neer dat bepalingen *onverbindend* zouden zijn als ze onbevoegd waren gegeven, terwijl ze *buiten toepassing* zouden

worden gelaten, als er (anderszins) strijd was met een hogere regel. Op die manier leek de rechtspraak heel aardig 'verklaard' te kunnen worden. Maar er zijn intussen ruim 2 jaar verstreken. Vandaag-de-dag zou ik in plaats van 'bepaling' liever 'verbod' gebruiken; dan vallen óók APV-bepalingen *'in samenhang met' uitvoeringsbepalingen van B en W*[263] onder mijn 'theorie'. Wat de uitkomsten van de strafkamer betreft, klopt mijn verhaal zo nog steeds. Dat wil zeggen: het is – voor zover ik weet – nog altijd niet weerlegd. Alleen, is het daarom een goede theorie?

Doorslaggevend voor mij was destijds het arrest over de Nijmeegse plakverordening.[264] In dat geval werd door de Hoge Raad strijd met artikel 7 Grondwet geconstateerd. B en W hadden namelijk (nog) geen 'openbare aanplakgelegenheden aangewezen', zoals in het plakverbod was voorzien. Dit leidde echter niet tot onverbindendheid van de gewraakte APV-bepalingen, 'aangezien de verbindendheid van een gemeentelijke verordening niet afhangt van de wijze waarop daaraan uitvoering wordt gegeven'. In plaats daarvan moesten de betreffende bepalingen 'buiten toepassing' worden gelaten.

Nu kan ik met mijn theorie die *uitkomst* – 'buiten toepassing laten' – wel 'verklaren', maar mijn redengeving is heel anders dan die van de Hoge Raad. Ik nam dat de vorige keer – bij gebrek aan beter – op de koop toe. Maar er lag hier op z'n minst een probleempje. Welnu, om met Popper te spreken: 'You may create a new theory, but the new theory is created in order to solve those problems which the old theory did not solve'.[265] Laat ik dus nòg eens een poging wagen. Een herziene theorie, kortom.

Deze keer ligt mijn vertrekpunt bij het onderscheid tussen APV-bepalingen en uitvoeringsbepalingen van B en W. En mijn gedachte is dat het pas tot onverbindendheid van een APV-bepaling komt, wanneer die bepaling zèlf niet deugt. Wanneer het gebrek slechts aan de uitvoering 'kleeft' (om een woord van de Hoge Raad te gebruiken), laat de APV-bepaling immers alle ruimte voor verbetering. Of, zoals 't Hart het uitdrukt: 'De "gelede normstelling" en de "trapsgewijze regeling van handhaving van normen" brengen mee dat de strafbaarstelling niet op één plaats algemeen wordt vastgelegd, maar soms gededuceerd moet worden uit een combinatie van met elkaar samenhangende regelingen, eventueel nader gepreciseerd door een op een regeling gebaseerd bevel. De concrete inhoud van het bevel' – of van de uitvoeringsregeling, RdW – 'kan dan de perken te buiten gaan zonder dat daardoor de wettelijke basis rechtskracht hoeft te missen'.[266] Er moet dus verschil worden gemaakt tussen het *verbod* enerzijds en de *bestanddelen* van het verbod anderzijds. Zolang een bestanddeel – op zichzelf genomen – deel kan uitmaken van een deugdelijk verbod, is er niets op aan te merken. En APV-bepalingen zijn tegenwoordig vaak niet méér dan een bestanddeel. Er wordt in die bepalingen weliswaar een heleboel verboden, maar niet zelden zijn

'B en W bevoegd tot het stellen van (...) nadere eisen of het verlenen (...) van vrijstelling'.[267] Waar het dan op aankomt, is de invulling door B en W. Dáárdoor wordt pas duidelijk wat precies *verboden* is. Gaat die invulling te ver (of schiet zij – zoals in Nijmegen[268] – tekort), dan is het verbod, voor zover het steunt op de APV niet onverbindend, maar moet het *buiten toepassing* worden gelaten.

Een aardige bijkomstigheid van deze benadering is dat het arrest over het Nijmeegse plakverbod niet langer als een keerpunt hoeft te worden beschouwd. Het enige nieuwe is namelijk dat de discussie zich sindsdien lijkt te richten op de 'onderliggende' APV-bepalingen. Vroeger was men daar nog niet aan toegekomen. Dat was toen ook niet nodig. Ik denk bijvoorbeeld aan het beroemde arrest over de gemeente Nuth.[269] Volgens de APV-bepaling was het 'verboden gedrukte of geschreven stukken (...) aan te bieden (...) op de door B en W in een door hen af te kondigen besluit aan te wijzen straten of wegen of gedeelten van straten en wegen op de in dat besluit te bepalen uren en dagen'. Welnu, dat uitvoeringsbesluit van B en W behelsde een algemeen verbod, 'behalve op dinsdag en woensdag voormiddag van 9 tot 11 uur'. Dat ging de Hoge Raad, zoals bekend, te ver, en dus werd besloten 'dat *dat Besluit* verbindende kracht mist' (curs. RdW). Daarmee was ook het verbod zèlf komen te vervallen, want dat betrof blijkens de APV slechts 'de *door B en W aan te wijzen* straten' etc.

In Nijmegen, daarentegen, was weliswaar óók sprake van een gebrekkige uitvoering door B en W, maar het verbod in de APV was daardoor juist *niet* komen te vervallen. Integendeel, het leek er alleen maar strenger op te zijn geworden. Bij het formuleren van de gewraakte APV-artikelen had men namelijk een voorschotje genomen op het aanwijzen van plakplaatsen door B en W. Nu dat laatste echter niet gebeurd was, resteerde er een onaangekleed plakverbod. Een 'gebruik van enige betekenis' was daarmee, zoals de Rechtbank – feitelijk[270] – had vastgesteld, niet langer gewaarborgd. Maar zodra B en W zich behoorlijk van hun taak hadden gekweten, zou dat bezwaar zijn verholpen. Het gebrek was, met andere woorden, *niet inherent aan de APV-bepaling*. Onverbindendverklaring was dus niet nodig. Anderzijds kon de bepaling ook niet – zoals in 'Nuth' – onverkort worden gehandhaafd. Vandaar dat men koos voor een tussenoplossing: de bepaling werd 'buiten toepassing' gelaten.

Iets soortgelijks deed zich voor bij de al eerder ten tonele gevoerde zaak over 'recreatiewoonverblijven' in Numansdorp.[271] B en W hadden volgens de Hoge Raad 'in redelijkheid niet kunnen komen tot een registratieplicht als voorzien in' – kort gezegd – het uitvoeringsbesluit. 'Derhalve' moest de daaraan ten grondslag liggende bepaling van de verordening, 'in samenhang met' het uitvoeringsbesluit 'te dezen buiten toepassing blijven'. Waarom werd het uitvoeringsbesluit niet gewoon onverbindend verklaard (zoals in 'Nuth')? Omdat er dan nog iets over zou blij-

ven in de verordening! Daar stond de *verbodsbepaling* namelijk in, zij het dat B en W (onder het stellen van voorwaarden) vrijstelling mochten verlenen. Maar de aan zo'n vrijstelling verbonden voorwaarden bleken juist niet door de beugel te kunnen. Door te volstaan met een onverbindendverklaring van het uitvoeringsbesluit zou het geclausuleerde verbod dus plotsklaps veranderen in een *absoluut verbod*. Dat zou een beetje rigoureus zijn geweest. Niet de mogelijkheid dat er – onder voorwaarden – vrijstelling kon worden verleend, was immers fataal gebleken, maar slechts die ene specifieke door B en W gestelde voorwaarde waar het in deze zaak over ging, te weten: de registratieplicht. Opnieuw gold dus dat het gebrek niet inherent was aan de verordening. De verordening moest daarom gespaard worden. Vandaar dat niet kon worden volstaan met onverbindendverklaring van het uitvoeringsbesluit. Dat zou tenslotte – indirect – tot verscherping van de verordening hebben geleid. Daarnaast was nog een soort *afscherming* nodig. De verordening werd, met andere woorden, 'buiten toepassing' gelaten.

Ziedaar mijn nieuwe theorietje: We gaan uit van een verbod. En we zien even voorbij aan de artikelen 194 gemeentewet en 94 Grondwet. Verder veronderstellen we dat er iets mis is met dat verbod; het kan niet door de beugel. De bepaling van een verordening wordt dan uitsluitend *onverbindend* verklaard als het gebrek inherent is aan die bepaling.[272] In alle andere gevallen blijft de bepaling 'buiten toepassing'; de schade is dan beperkt tot de uitvoeringshandelingen. Behelst de bepaling een zelfstandig verbod, dan wordt zij *uitdrukkelijk* buiten toepassing gelaten; voor het overige gebeurt dit stilzwijgend: men komt er dan niet aan toe (vgl. 'Nuth').

Laat ik zoals het hoort, meteen een voorbeeld geven van een geval waardoor mijn 'theorie' zou worden weerlegd: een gemeentelijk plakverbod, waarbij de APV-bepaling *onverbindend* wordt verklaard. Het gaat bij plakken uiteindelijk immers om de vraag of er nog een 'gebruik van enige betekenis' mogelijk is. Dat is een feitelijke aangelegenheid. Een 'gebrek' is dan dus nooit inherent aan de bepaling. Zo'n bepaling zal, met andere woorden, volgens mij hoogstens 'buiten toepassing' worden gelaten.

5.2 'Splitsbaarheid'

De termen 'buiten toepassing' en 'onverbindend' werden aanvankelijk vrolijk door elkaar heen gebruikt. In een arrest van 3 februari 1863 overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld dat 'de ingeroepen gemeente-verordeningen (...) geene *verbindende kracht* kon worden ontzegd, dan alleen voor zooveel hare bepalingen zoodanig in strijd mogten zijn met die, door een hoogeren wetgever vastgesteld, (...) dat deze laatste daardoor

hare kracht en uitwerking zouden missen, in welk geval die bepalingen der gemeente-verordening *buiten toepassing* zouden moeten worden gelaten (...)' (curs. RdW).[273] In de loop van deze eeuw is pas geleidelijk een voorkeur ontstaan voor 'onverbindendheid'.[274] Bij de Grondwetsherziening van 1953 dook het begrip 'toepassing' echter opnieuw op. En sindsdien heeft het de Grondwet niet meer verlaten. 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden', aldus artikel 94, '*geen toepassing* indien deze *toepassing* niet verenigbaar is met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties' (curs. RdW). Volgens Riphagen wordt hier met het woordje 'toepassing' beoogd aan te geven dat de *leer van de onsplitsbare wilsverklaring* in casu niet geldt.[275] Voor de rechter zou het uitsluitend gaan om de vraag 'of toepassing van de nationale wet *op het concrete geval* wel verenigbaar zou zijn met de internationale wet; zoniet dan wordt *op het geval in kwestie* de nationale wet niet toegepast' (curs. RdW).[276] Om met Scheltema te spreken: 'De verordening wordt dan door de rechter onverbindend geacht met het oog op de toepassing in het concrete geval'.[277] Er zou dus een 'incongruentie' zijn tussen toetsing aan – bijvoorbeeld – de Grondwet en toetsing aan verdragsbepalingen: 'Het ene leidt', aldus Jeukens, 'tot onverbindend verklaren van de norm, het andere tot (...) onrechtmatig verklaren van de toepassing van de norm'.[278]

Dat laatste zou echter, volgens Van der Burg, 'tekort doen aan artikel 1 Wetboek van Strafrecht'.[279] De strafrechter moet immers 'beschikken over enigerlei wettelijke bepaling'. Hij is daarom 'verplicht (...) in een strafzaak waarin een gemeentelijke strafbepaling aan de orde komt, zich een oordeel te vormen over de vraag of de bepaling kan gelden als een wettelijke strafbepaling (...). De rechter kan dus niet zeggen: in dit geval is er mijns inziens geen strijd met bepalingen van hogere orde en de vraag of toepassing van deze strafbepaling in andere gevallen wel in strijd zou komen met bepalingen van hogere orde interesseert mij niet'.[280] Dan is de strafbepaling namelijk niet *wettelijk*, meent Van der Burg kennelijk. Ik vind dat geen vanzelfsprekendheid. Waarom zou een regeling niet meer wettelijk zijn als er krachtens een andere wet uitzonderingen op bestaan? Bovendien strekt artikel 1 Wetboek van Strafrecht ter bescherming van de verdachte. Het gaat uitsluitend over het *creëren* van strafbare feiten. Over het *afschaffen* ervan, rept het met geen woord.[281] Geen wonder, daar ben je als verdachte alleen maar bij gebaat!

Maar goed, wat hier verder ook van zij, toetsing 'in concreto' à la Riphagen, Jeukens en Scheltema is helaas – zoals we al zagen[282] – bij de strafkamer geen geldend recht. Niet het voorliggende geval is beslissend voor de status van een regel, maar de regel 'als zodanig'.[283] Een pijnlijk voorbeeld daarvan was de zaak over het Leeuwarder plakverbod.[284] De Hoge Raad overwoog toen – in verband met artikel 10 lid 2 EVRM – dat slechts onderzocht hoefde te worden 'of de gemeentelijke wetgever door het op-

nemen van (het plakverbod) in de APV is gebleven binnen de grenzen van hetgeen in het belang van de openbare orde in een gemeente (...) nodig kan zijn. (...) Daarnaast behoefde niet meer aan de orde te komen of ook het te dezen bewezen verklaarde een inbreuk op danwel bedreiging van de openbare orde opleverde'. Zelfs in het befaamde arrest over de 'Utrechtse tippelaarster'[285] toetste de Hoge Raad – anders dan Heringa en ook ikzelf bij eerdere gelegenheden meenden te constateren[286] – *niet* 'aan de omstandigheden van het concrete geval'. Immers, de Hoge Raad refereerde toen – in verband met het 'spergebied' – weliswaar aan 'de door de Rechtbank genoemde omstandigheden, te weten: de omvang van het gebied en de tijdsduur waarvoor een last geldt en het in de bepaling ontbreken van onderscheid op grond van het al dan niet in het gebied woonachtig zijn', maar dat waren allemaal gebreken in de regeling zèlf. De concrete omstandigheden van de betreffende prostituée speelden – althans volgens de letter van het arrest – geen enkele rol. In het vonnis van de Rechtbank lag dit anders. Daarin werden de door de Hoge Raad bedoelde omstandigheden uitdrukkelijk betrokken op 'iemand die in dat gebied woont, zoals verdachte ten tijde van het ten laste gelegde feit'. De Hoge Raad heeft die toevoeging echter weggelaten en beperkte zich dus kennelijk, als vanouds, tot de *APV-bepaling*.[287]

Van enig verschil tussen toetsing aan verdragen enerzijds en 'gewone' toetsing anderzijds, is met andere woorden geen sprake. In beide gevallen wordt de bepaling 'op zichzelf' – in abstracto – beoordeeld. Die beoordeling kan positief of negatief uitvallen. Alleen in het laatste geval rijzen er problemen. De bepaling kan dan niet door de beugel. Zij moet dus vervallen. In haar geheel, of alleen voor zover zij over de schreef gaat? Wij zijn, kortom, middenin de problematiek van de 'onsplitsbare wilsverklaring' beland. Welnu, als het in de gewraakte bepaling vervatte verbod in zodanig algemeen luidende bewoordingen is vervat, dat daarin onvoldoende aanknopingspunt is te vinden voor een splitsing in een verbindend en een onverbindend gedeelte, is zo'n splitsing volgens de Hoge Raad ongeoorloofd.[288] Of het in alle andere gevallen wèl geoorloofd is, weten we eigenlijk niet. Daar zijn nog geen uitspraken over. Maar het is aan te nemen, want de Hoge Raad lijkt de 'bewoordingen' als beslissend criterium te hanteren. De Groningse verplichting aan degene 'die tussen 23 uur en zonsopgang goederen op enigerlei wijze over een weg vervoert' om 'te gedogen, dat die goederen door een ambtenaar van politie worden onderzocht', werd bijvoorbeeld *integraal* onverbindend verklaard (wegens strijd met artikel 168 gemeentewet).[289] De bewoordingen boden hier inderdaad geen enkel houvast voor splitsing. Aan de andere kant bleken de bepalingen van de Terschellingse kampeerverordening op grond van artikel 194 gemeentewet slechts te hebben opgehouden te gelden 'voor zoveel' zij – net als de later in werking getreden provinciale verordening – het gebruik van kampeerwagens betroffen, 'en derhalve niet voor zoveel zij toepassing vinden op het kamperen in tenten'.[290]

Hier werd dus wèl gesplitst. De bewoordingen leenden zich daar echter uitstekend voor. De definitie van 'kampeermiddel' in de gemeenteverordening bestond namelijk uit een *opsomming*. Een groot deel daarvan kon voortaan eenvoudig als doorgehaald worden beschouwd; dat was eigenlijk alles. Dit arrest biedt volgens mij dan ook geen steun aan de opvatting dat de 'leer van de onsplitsbare wilsverklaring' sinds de beide 'Sneek'-arresten niet meer geldt ten aanzien van 'anterieure' bepalingen. En gelukkig maar! Zelf onderschrijf ik althans – zoals ik ook al in hoofdstuk 3 liet blijken – de opvatting van Van Wijk, dat het in principe 'geen enkel verschil (maakt) of de overschrijding ab initio bestond of later is ontstaan; of m.a.w. de verordening over de schreef ging of de schreef over de verordening'.[291]

Een probleem bij het aanvaarden van onsplitsbaarheid is dat 'het onverbindende deel het op zichzelf verbindende deel in zijn val' meesleept, zoals Van Wijk het uitdrukte.[292] Het klassieke voorbeeld is de Wilnisser visser, die weliswaar in het openbaar viste, maar toch vrijuit ging, omdat de verordening per ongeluk ook het vissen in niet-openbaar water verbood.[293] De rechter wordt aldus gedwongen gevallen te fantaseren waarin de bepaling mogelijkerwijs te ver gaat. Alleen, om met Vegting te spreken: 'Scherpzinnigheid mag worden verondersteld in zekere dosis te allen tijde in rechters aanwezig te zijn en ook te allen tijde te werken met zekere gelijkmatigheid; met de werking van de menselijke fantasie is dit anders. Door de werking hiervan in te voeren in de rechtspraak voert men er het element van toevalligheid, van willekeur binnen'.[294] Hoewel uit oogpunt van machtenscheiding tamelijk voor de hand liggend, is de 'leer van de onsplitsbare wilsverklaring' dan ook vanouds aan kritiek onderworpen geweest. Huart vroeg zich 60 jaar geleden af of de Hoge Raad 'intusschen zelf de practische bezwaren (heeft) gevoeld, waartoe zijn opvatting aanleiding kan geven. Men zou het gaan denken, als men op een gansche reeks arresten stuit, waarin het niet moeilijk geweest zou zijn de leer der onsplitsbare wilsverklaring toe te passen en dit toch niet is geschied. Wat ziet men namelijk? Dat zij langs den weg der *uitlegging* wordt geëcarteerd. Er wordt een dusdanige verklaring aan de toe te passen voorschriften gegeven, dat zij geen verboden strekking hebben'.[295]

Die woorden hadden – afgezien van de spelling – vandaag-de-dag geschreven kunnen zijn. En ook de trucjes die hij vervolgens beschrijft, zijn nog steeds actueel.[296] De verleiding is groot om nog veel meer te citeren. Laat ik in plaats daarvan volstaan met twee voorbeelden uit een recenter verleden.[297] Volgens de Amsterdamse APV was het verboden 'op eens anders eigendom (...) enig voorwerp aan te plakken of op enige andere wijze aan te brengen, tenzij met schriftelijke vergunning van de eigenaar of de rechthebbende'. Hier rees natuurlijk een probleem in verband met artikel 168 gemeentewet; de bepaling was – zacht gezegd – nogal ruim geformuleerd. Toch wist de Hoge Raad nog te voorkómen dat het

tot toetsing kwam, immers: de bepaling was 'geplaatst in Hoofdstuk II, getiteld "Overige bepalingen van straatpolitie". Uit deze plaatsing is af te leiden, dat de gemeentelijke wetgever aldus een verbod heeft willen geven, hetwelk zich beperkt tot handelingen begaan op of aan dan wel zichtbaar vanaf de openbare weg'.[298]

Iets soortgelijks gebeurde ten aanzien van een bepaling uit de APV van het Limburgse Meerlo-Wanssum. 'Ter bescherming van het natuur- en landschapsschoon' was het in die gemeente 'verboden een tent, caravan, of een ander verplaatsbaar onderkomen te plaatsen of geplaatst te hebben op daarvoor naar het oordeel van B en W in aanmerking komende, door hen bij openbare kennisgeving aan te wijzen plaatsen, gelegen buiten een kampeercentrum'. De vraag rees of dit niet 'zodanig algemeen is geformuleerd dat daaronder ook kan vallen het plaatsen of geplaatst hebben van een caravan e.d. op zodanige wijze dat daardoor het natuur- en landschapsshoon niet wordt aangetast'; in de APV was immers 'geen ontheffingsstelsel opgenomen, met gebruikmaking waarvan in een dergelijke situatie de toepassing van het verbod kan worden voorkomen'. Volgens de Hoge Raad was echter van zo'n te algemene formulering geen sprake, 'aangezien het verbod slechts betrekking kan hebben op naar het redelijk oordeel van B en W voor de bescherming van natuur- en landschapsschoon in aanmerking komende plaatsen'.[299]

Met een dergelijke lenigheid wordt er *materieel* tamelijk losjes gesplitst, terwijl men *formeel* gesproken niet eens aan het splitsingsprobleem is toegekomen. De natuur gaat kennelijk ook hier boven de leer. Alleen waarom die leer dan niet eenvoudig vaarwel gezegd? Met dat '*ene* principe dat de leer', volgens Van Wijk,[300] 'beheerst' – te weten: 'dat van de zekerheid omtrent het recht, en dat van de kenbaarheid daarvan voor de burgers' – is het inmiddels via de achterdeur tòch al gedaan. En ook van de dwang tot precisie[301] – 'vage strafbepalingen worden automatisch afgestraft: de wetgever moet zijn huiswerk dan eenvoudig overdoen' – lijkt op die manier niet bijster veel terecht te komen. Bovendien is de zware sanctie van onsplitsbaarheid, zoals Peters stelt,[302] misschien een reden voor rechters om over het algemeen slechts ultra-marginale toetsingscriteria aan te leggen (vgl. hoofdstuk 4): de schade dreigt dan immers al gauw buiten proporties te raken; zoiets is alleen aanvaardbaar als het *echt* niet anders kàn. Maar soms is er geen keus, vrees ik. De Groningse fouilleringsbepaling, bijvoorbeeld, kon onmogelijk gesplitst worden in een verbindend en een onverbindend deel.[303] Waar ligt de grens?

In de Verenigde Staten maakt men een onderscheid tussen de 'Void-for-vagueness Doctrine' en de 'Overbreadth Doctrine'. Misschien kan die benadering ook hier iets opleveren. In geval van 'vagueness' zit je bijvoorbeeld vrijwel automatisch in de sfeer van onsplitsbaarheid, lijkt mij. Is een bepaling daarentegen 'overbroad', dan valt er misschien een deel van af te knippen. Het Wilnisser visverbod is daar een voorbeeld van. Ik

denk niet dat er echte rampen waren gebeurd wanneer de Hoge Raad zou hebben beslist dat die bepaling uitsluitend onverbindend was voor zover zij het vissen in de beslotenheid betrof. Maar ook die Groningse 'fouillerings'bepaling was 'overbroad'. En daar lag splitsing juist weer *niet* in de rede. 'Overbreadth' is dus *geen vrijbrief* voor splitsing. Alleen, *als* het al tot splitsing komt, zal het uitsluitend in geval van 'overbreadth' zijn, vermoed ik. Blijft echter het bezwaar dat dan – volgens de letter van de bepaling – allerlei dingen verboden lijken, waarvan uiteindelijk voor de rechter zal blijken dat ze *eigenlijk* toch niet verboden zijn.

Wat heb je daaraan als argeloze 'burger'? Feitelijk werkt zoiets gewoon als een verbod. Wie laat het er immers op aan komen? In de Verenigde Staten konden federale ambtenaren bijvoorbeeld ontslagen worden wegens 'such cause as will promote the efficiency of the service'. Dat was natuurlijk een nogal ruime omschrijving. De 'uncertainty of its scope' veroorzaakte hier, volgens Marshall, een 'chilling effect'.[304] Immers, de betreffende ontslaggrond 'hangs over (employees') heads like a sword of Damocles'. En als het ontslag een enkele keer ongeoorloofd blijkt te zijn, maakt dat eigenlijk maar weinig verschil, 'for the value of a sword of Damocles is that it hangs – not that it drops'. Met andere woorden: in zo'n geval – als er meer dan een visverbod op het spel staat – helpt alleen onsplitsbaarheid. Maar dat veronderstelt dan wèl een wat minder marginale toetsing. En een voorwaarde dáárvoor is wellicht – zoals we al zagen – *afschaffing* van onsplitsbaarheid. Hoe nu? Eerst het een, en dan – heel voorzichtig – toch maar weer een beetje van het andere? Zou de Hoge Raad daar al een begin mee hebben gemaakt? In het arrest over de 'recreatiewoonverblijven' in Numansdorp[305] werd de gewraakte bepaling – in verband met de door B en W ingestelde registratieplicht – 'te dezen' buiten toepassing gelaten. Zou de bepaling *niet* buiten toepassing zijn gelaten als de perikelen zich *niet* – zoals 'te dezen' – hadden toegespitst op die *registratieplicht*? Is er, kort gezegd, gesplitst? Een volgende preadviseur kan ons daar vast méér over vertellen.

5.3 'Herleving'

Wat gebeurt er als de reden waarom een verordening is gesneuveld komt te vervallen? Kan zo'n verordening dan herleven? 'Het feit', aldus Vegting, 'dat de verordening bij haar vaststelling in strijd was met de toen geldende hogere wetgeving, maakt niet dat de verordening later, als een wijziging der hogere wetgeving deze strijd heeft opgelost, niet zou mogen worden toegepast'.[306] Datzelfde standpunt wordt ingenomen door Scheltema.[307] Wanneer het daarentegen om een *anterieure* verordening gaat, die op grond van artikel 194 gemeentewet heeft opgehouden te gelden, ligt dit anders. De verordening herleeft dan *niet*. Of liever: dan is zij pas ècht dood.[308] Artikel 194 strekt er immers toe dat de gemeente zich

'rekenschap (geeft) van de nieuwe situatie, zoals die na vaststelling van de hogere regeling is ontstaan', aldus Scheltema. Wanneer een verordening bij haar vaststelling al in strijd komt met een hogere regeling, is echter, volgens hem, iets heel anders aan de hand:

'De verordening wordt dan door de rechter onverbindend geacht *met het oog op de toepassing in het concrete geval*' (curs. RdW). 'Daarmee wordt echter de verordening niet vernietigd of in het algemeen ongeldig verklaard. Houdt de hogere regeling vervolgens op te gelden, dan zal de gemeentelijke verordening in een volgend geval niet meer onverbindend zijn, en dus kunnen worden toegepast'.

Dat klinkt heel logisch. Alleen, het ontbreekt die redenering – zoals in hoofdstuk 4 bleek – aan feitelijke grondslag. Dat verordeningen onverbindend worden verklaard 'met het oog op de toepassing in het concrete geval' is eenvoudig – althans in strafzaken – geen geldend recht. Verordeningen worden in abstracto getoetst en vervolgens (in het ergste geval) *als zodanig* onverbindend verklaard. Ook in het geval van posterieure verordeningen is volgens mij dan ook geen plaats voor 'herleving'. Wat mij betreft maakt het immers, zoals ik Van Wijk al tweemaal eerder heb nagezegd,[309] 'geen enkel verschil of de overschrijding ab initio bestond of later is ontstaan'. Ik zie bovendien geen reden waarom gemeenten zich alleen in de context van artikel 194 rekening zouden moeten geven van de situatie, zoals die zich voordoet. Geldt dat niet evenzeer bij het *tot stand komen* van verordeningen?

Maar er is nog een derde mogelijkheid: nadat een verordening in werking is getreden, kan een hogere regeling tot stand komen die weliswaar niet hetzelfde 'onderwerp' als de verordening betreft, maar die wèl door de verordening dreigt te worden doorkruist. Stel nu dat zo'n regeling na een tijdje weer wordt ingetrokken. Herleeft de verordening dan? Ik zou dat een vreemde consequentie vinden. Dat een gemeente verzuimt een bepaling uit zijn verordening te schrappen zodra er strijd met een hogere regeling is ontstaan, is op zichzelf natuurlijk wat slordig, maar aan de andere kant – gezien het woud van regeltjes – ook wel voorstelbaar. Alleen, waarom zou zo'n gemeente achteraf voor die slordigheid ook nog eens een keer beloond moeten worden?

Er is, kortom, hoe dan ook geen leven na de dood. Of, zoals de patiënt tegen zijn arts zei: 'Doodgaan, dokter? Dat is wel *het laatste* wat ik zal doen!'

6 Slot

Cassatie is een merkwaardig instituut. Het beroep wordt *verworpen*, de bestreden uitspraak wordt *vernietigd*, of de gewraakte bepaling wordt *onverbindend* verklaard. Iets positiefs is er niet bij. In verhouding is verwerping dan nog het minst erg. Op die manier hoeft er tenminste niets 'kapot' te worden gemaakt. In zoverre is cassatie net het *echte* leven. Om met Ernst Jandl te spreken: 'Dass wir vor kurzem erst zu sein begonnen haben, schmerzt keinen von uns; nur dass es zu Ende geht, ist schade'.[310] Is het, met andere woorden, erg verrassend dat toetsing van verordeningen zo weinig blijkt op te leveren? Nee, verrassend is het niet. Maar is dat ook voldoende als rechtvaardiging?

Noten

1 Werkgroep Lokale politiek RU Limburg, *Lokale politiek in Limburg, een menu met 69 variaties*, m.n. p. 5-40, Maastricht 1986.
2 Vgl. ook O. Millaard e.a., Arob in duikvlucht, in *NJB* 1983, p. 836 e.v.
3 Opgenomen in Kurt Schwitters, *Kuwitter*, p.31, Hamburg/Zürich 1986.
4 HR 10 april 1977, *NJ* 1977, 428.
5 Conclusie vóór HR 13 december 1977, *NJ* 1978, 592.
6 F. Kuitenbrouwer, De strijd om het vrijetijdsbloot, in: *NRC-Handelsblad* 28 mei 1985. Zie – naar aanleiding hiervan – tevens: A.W. Heringa, Vloekverbod, in: *NRC-Handelsblad* 8 juni 1985. De verordening is inmiddels – voor wat betreft het vloeken – vernietigd door de Kroon wegens strijd met artikel 7 Grondwet: zie *NJB* 1986, p. 869.
7 Vgl. de *Volkskrant* 25 mei 1985: 'Politie neemt vloekverbod met korrel zout'.
8 C.F.J. Gombault, *Communaal strafrecht*, p. 126, Alphen a/d Rijn 1921.
9 KB 3 december 1896 (*Stb*. 177); a.w. p. 128. De Kroon vernietigde wegens strijd met het toenmalige artikel 135 gemeentewet (vgl. het huidige artikel 168). Op p. 127 wijst Gombault zelf op art. 451 Sr.
10 *Extract uyt de Generale Keure en Ordonnantie der Stad Rotterdam*, Rotterdam (Pieter van Waesberge) 1731.
11 E. van Bolhuis, *Het rechterlijk toetsingsrecht tegenover de verordenende bevoegdheid van den Gemeenteraad*, p. 42, Alphen a/d Rijn 1933.
12 Jac. van Weringh, *Heeft onze maatschappij de criminaliteit die zij verdient?*, p. 19, Amsterdam 1971.
13 Vgl.'Democratie' is de democratie een wolf, in: *NJB* 1981, p. 525 e.v. Instructief is in dit verband ook J.J. Vis, De betekenis van een regeerakkoord, in: *Regeerakkoord 1986, tekst & uitleg*, p. 7-13, 's-Gravenhage (VUGA) 1986.
14 De *zeggenschap* van de ingezetenen wordt, m.a.w., gerelativeerd door overwegingen van *bescherming* en *doelmatigheid*; vgl. hierover: Methodisch pluralisme in het staats- en administratiefrecht, in: *NJB* 1982, m.n. p, 1159 e.v.
15 A.w., bijv. p. 41: '... zoolang hij niet in strijd komt met een hoogere regeling of een opdracht daartoe...'.
16 Een hartstochtelijk tegenstander van rechterlijke inmenging was bijvoorbeeld W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratief recht*, p. 119 en 120, Alphen a/d Rijn 1954.
17 Vgl. bijv. artikel 63 APV Amsterdam; de vraag rijst of deze bepaling strookt met HR 27 juni 1978, *NJ* 1979, 59 (collecte Eindhoven).
18 De woorden zijn van L.G. van Reijen, Algemene beginselen van decentrale regelgeving, in: *Regelmaat*, januari 1986, p. 6. Ik kan Mr. Van Reijen op mijn beurt misschien wijzen op het arrest van 3 februari 1863, *W* 2454, waarin ook reeds is beslist dat de rechter lagere wetgeving mag toetsen. (Vgl. A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel*, vierde druk, p. 77, noot 1).

19 Ik vond één uitzondering, waarbij de Hoge Raad het beroep ambtshalve gemotiveerd *verwierp*: HR 10 april 1979, *NJ* 1979, 442 (Berg en Terblijt).
20 Ik zal proberen mezelf niet te herhalen: vgl. Hogere voorziening en rechterlijk goedvinden in strafzaken, in: *NJB* 1986, p. 469.
21 *Zeichnung für Parkett*, Parkett No. 4, p. 4, Zürich 1985.
22 Charles Peirce, The fixation of belief, in: Justus Buchler (ed.), *Philosophical writings of Peirce*, m.n. p. 10, New York 1955.
23 Markus Raetz, Eva, 1970. Foto: Balthasar Burkhard. Gebr. König, Postkartenverlag, Köln; vgl. afb. 112 en 147 in: Jürgen Glaesemer '*Das Beobachten des Beobachtens*', Markus Raetz Zeichnungen, Kunstmuseum Bern 1977.
24 Jan Emmens, *Autobiografisch woordenboek*, p. 12, Amsterdam 1984, (vierde druk).
25 F.H. van der Burg, De taal van hiërarchie en gelijkheid, in: *Bestuurswetenschappen* 1975, p.1.
26 F.H. van der Burg, a.w. p. 2.
27 A.w. p. 2.
28 E.H. s'Jacob, De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften, van verschillende wetgevers afkomstig, p. 6, *Geschriften van de VAR* XLIX, Haarlem 1963.
29 E.H. s'Jacob, a.w. p. 7
30 Multatuli, *Duizend en enige hoofdstukken over specialiteiten*, pag. 111 (hoofdstuk MX), Amsterdam 1967.
31 s'Jacobs mede-preadviseur Somer koos een ander vertrekpunt: 'in onze (gedecentraliseerde) eenheidsstaat geldt als algemeen beginsel, dat een hogere regeling niet door een regeling van lagere rang haar kracht kan verliezen. (...) Dit beginsel heeft te wijken voor wettelijke bepaling van het tegendeel'. (Zie a.w. in noot 28, p. 59). Als *conclusie* is dit beginsel wellicht bruikbaar, al blijken er nogal wat uitzonderingen te zijn (vgl. A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen deel* (vierde druk), p. 76 e.v.). Het lijkt me wat voorbarig om met zo'n conclusie te beginnen.
32 J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, Leiden 1848, p. 60: 'Voor deze nieuwe spreuk zal, geloof ik, ieder als voor eene gesloten deur blijven staan'.
33 C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet, houdende algemeene bepalingen*, pag. 207, e.v., 's-Gravenhage 1884 (4e druk).
34 J.T. Buys, *De Grondwet I*, pag. 633, Arnhem 1883. Hij bleek zich in die opvatting ook zeer wel te kunnen vinden: zie a.w. pag. 635 e.v.
35 W.A.C. de Jonge, De wetten zijn onschendbaar, in: *Themis* 1849, m.n. pag. 361.
36 Buys, a.w. pag. 633/4: 'Zoolang het (d.w.z.: art. 115 lid 2 van de toenmalige Grondwet, RdW) ontbrak was de bevoegdheid van den rechter om de naar zijn inzien met de Grondwet strijdige wet ter zijde te leggen, moeilijk te betwisten'. De Jonge, a.w. pag. 360, ging nog een stapje verder en betoogde dat toetsing van wetten aan de Grondwet 'bij gebrek aan eenig bepaald ver-

bod (...) onder de Grondwet van 1815 (...) niets anders dan regtskundig juist (kon) heeten'.

37 André Alen, De raadsels van art. 107 van de Belgische Grondwet, in: *Rechtskundig Weekblad* 1984, kolom 1754.

38 C.W. Opzoomer, a.w. pag. 209-210. Het onderscheid is niettemin tot in de jaren vijftig van deze eeuw nog verdedigd; zie bijv. G. van den Bergh, Beschouwingen over het Toetsingsrecht, in: *NJB* 1951, pag. 423.

39 HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248.

40 Blijkens de Troonrede van 16 september 1986 vragen 'vele eigentijdse problemen (...) om een in gemeen overleg te bepalen krachtdadige aanpak'. Ongelukkigerwijs scheppen de eufemismen, de drogredenen en de platte demagogie in de Troonrede zèlf weinig vertrouwen in zo'n overleg. Of is dat juist wat bedoeld wordt met 'gemeen'?

41 M.R. Mok, Rechterlijke toetsing van wetgeving, pag. 56, in: *Recht op scherp* (Duk-bundel), Zwolle 1984.

42 Zie hierover André Alen, a.w. (vgl. noot 37), kolom 1730 e.v.

43 HR 6 maart 1874, *W* 3698.

44 Aldus de Memorie van Antwoord bij het ontwerp van 1851, opgenomen in C.W. de Vries, *Bronnen tot de kennis van de gemeentewet*, pag. 137, Rotterdam 1931.

45 J.H.G. Boissevain, *De gemeentewet opgehelderd door eene aantekening*, pag. 211, Arnhem 1851.

46 HR 3 februari 1863, *W* 2454. En passant werden later ook de hindernissen van art. 11 AB en art. 153 gemeentewet (vgl. het huidige art. 185) genomen: zie bijv. HR 19 april 1865, *W* 2706. Opmerkelijk is dat volgens Van Bolhuis, a.w. (zie noot 11) pag. 24/25, juist dit laatste arrest 'het meeste houvast' geeft omtrent het standpunt van de Hoge Raad. M.i. behelst deze uitspraak geen enkel argument *pro* toetsing; het enige wat eruit is af te leiden is dat het toenmalige art. 153 gemeentewet en art. 11 Wet AB niet aan rechterlijke toetsing in de weg stonden. Uit HR 30 december 1895, *W* 6753 leidde Van Bolhuis vervolgens af 'dat de rechter de wet zou schenden, wanneer hij een verordening toepast, welke in strijd met de wet is'. Lezing van het arrest leert echter dat de Hoge Raad slechts overwoog dat door het toenmalige art. 153 gemeentewet 'geenszins verboden' werd 'eene verordening aan de wet te toetsen en haar, op grond van strijd met de wet niet toe te passen, terwijl toch daardoor de verordening niet wordt vernietigd, maar alleen in een bepaald geval buiten toepassing blijft, en de toepassing der verordening in dat geval zou leiden tot schending der wet'. Met de 'wet' waaraan *getoetst* wordt, de 'wet' waarmee *strijd* is en de 'wet' die *geschonden* wordt, is met andere woorden klaarblijkelijk steeds *dezelfde* wet bedoeld. Dat wil zeggen: uit het arrest valt *niet* af te leiden dat toepassing van een verordening die strijdig is met een wetsbepaling, schending oplevert van enige *andere* wetsbepaling. Geen wonder, het gaat hier immers om regels van *ongeschreven* recht, die hoogstens indirect door geschreven regels worden geïmpliceerd. (Vgl. G. van den Bergh, a.w. (zie noot 38) pag. 418.)

47 A.w. (zie noot 41) pag. 68.
48 J.C. Somer, a.w. (zie noot 31 jo.28) pag. 56.
49 J.C. Somer, a.w. (zie noot 31 jo.28) pag. 59/60. Vgl. E.H. s'Jacob, a.w. (zie noot 28) pag. 43/44: hij achtte 'afwijking, bij wet, van het beginsel dat de lagere regeling niet in strijd mag zijn met de hogere (...) op zichzelf denkbaar'.
50 G. van den Bergh, Beschouwingen over toetsingsrecht, in *NJB* 1951, pag. 417 e.v.
50a D.w.z.: het 'forum' dat zich met gemeenterecht bezighoudt. Jeukens (*De wetten zijn onschendbaar*, Alphen a/d Rijn 1963) en Prakke (*Toetsing in het publiekrecht*, Assen 1972), die het stuk wèl signaleerden, betrokken het slechts op toetsing van wetten in formele zin.
51 A.w. pag. 424.
52 A.w. pag. 419.
53 A.w. pag. 420.
54 T. Koopmans, *Vergelijkend publiekrecht*, 2e druk, pag. 13, Deventer 1986.
55 Van den Bergh (a.w. pag. 420) motiveerde zijn stelling destijds (1951) o.m. met 'de recente onwikkeling in Amerika, waar thans het *objectiveringsbeginsel* bij deze toetsing door het Hooggerechtshof steeds meer doordringt: strijd van een bondswet met de Grondwet wordt nog slechts aanvaard wanneer deze aanwezig is "beyond reasonable doubt".' Wat hij op dat moment nog niet kon weten, was dat het Hooggerechtshof toen juist aan de vooravond van zijn meest activistische periode stond. Als resultaat daarvan is de Amerikaanse democratie eerder versterkt dan verzwakt (denk bijvoorbeeld aan de zaken over rassensegregatie en kiesdistricten).
56 A.w. pag. 422/3.
57 Vgl. H.J.A. Hofland, *Tegels lichten*, pag. 214, Amsterdam 1972.
58 Vgl. L. Prakke (*Toetsing in het publiekrecht*, pag. 158 e.v., Assen 1972), die hier uiteindelijk een voldoende waarborg in zag. Interessant is in dit verband de berekening van R. Bakker (*Toetsingscriteria van de Raad van State*, pag. 2; paper ten behoeve van de staatsrechtconferentie te Maastricht in 1984), waaruit blijkt dat kritiek van de Raad van State ter zake van de grondwettigheid van wetsvoorstellen in het gros van de gevallen door de regering wordt weggewoven. Tijdens een forum in mei 1984 over de constitutionele aspecten van de plaatsing van kruisraketten betoogde het CDA-kamerlid Gualthérie van Wezel trouwens expressis verbis dat de Grondwet geen geloofsbeleidenis is, zodat men aan eventuele constitutionele bezwaren tegen plaatsing niet àl te zwaar hoefde te tillen. De 'Wille zur Verfassung' was bij hem klaarblijkelijk – ondanks art. 60 Grondwet – omgeslagen in de 'Wille zur Politik'. Ik vrees dat hij daarin niet alleen staat. Het PvdA-kamerlid Stemerdink, bijvoorbeeld, had de bezwaren eerder al afgedaan als 'juristerij'. Zelfs de adjunct-hoofdredacteur van een 'kwaliteitskrant' bleek constitutionele bezwaren af te doen als een 'substituutdiscussie' die 'niet heus bepalend (kon) zijn voor al dan niet plaatsing' van kruisraketten: zie Ben Knapen, De obsessie van het plaatsingsdebat, in: *NRC-Handelsblad* 25

september 1985, pag. 7. (Vgl. ook R. de Winter, Ook politici zijn gehouden aan het recht, in: *NRC-Handelsblad* 27 september 1985, pag. 7). Jeukens (*De wetten zijn onschendbaar*, pag. 10 e.v., Alphen a/d Rijn 1963) ontleende aan de veranderde rol van het parlement – zij het in andere zin – reeds in 1963 argumenten pro-toetsingsrecht.

59 Laurence H. Tribe, *Constitutional Choices*, pag.48, Cambridge Mass. en Londen 1985.

60 Zie *NJB* 1986, pag. 732.

61 Zie over de vraag of artikel 120 Grondwet wèl toestaat dat een wet in formele zin wordt getoetst aan *algemene rechtsbeginselen*: C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983*, pag. 306-308 (Deventer 1983) en E.A. Alkema, *Een meerkeuzetoets*, pag. 4. Mok (a.w. pag. 55/56) stelt dat 'niet aannemelijk (is) dat de rechter de wet aan algemene rechtsbeginselen mag toetsen, op voorwaarde dat deze niet in de Grondwet zijn opgenomen. Zodra dit laatste wel het geval is (bijv. de codificatie van het gelijkheidsbeginsel in art. 1) zou niet meer getoetst mogen worden, een absurde consequentie'. Inderdaad, absurd. Alleen, is het niet evenzeer absurd dat in zo'n geval – krachtens artikel 94 Grondwet – wèl getoetst mag worden aan art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burger- en politieke rechten en *niet* aan de Grondwet? Toch is dat geldend recht. Mok's argumentatie blijft, met andere woorden, aan de oppervlakte steken, terwijl hij Kortmann's ideetje afdoet met een verdachtmaking: 'maar deze auteur is er kennelijk op uit aan te tonen dat toetsing aan de wet i.f.z. aan algemene beginselen wel toegelaten is'.

62 G. van den Bergh, a.w. pag. 422.

63 ... waarmee maar weer is aangegeven hoe nuttig het onderscheid is dat door de Hoge Raad wordt gemaakt: iets kan *terecht* worden aangenomen, maar ook *op goede gronden en terecht*.

64 A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen deel* (vierde druk), pag. 76. Alphen a/d Rijn 1974.

65 F.H. van der Burg, Splitsing van wettelijke bepalingen en abstracte toetsing, pag. 23, in: *Gemeentelijke vrijheden* (Van Vliet-bundel), Alphen a/d Rijn/Brussel 1983.

66 J.H.G. Boissevain, a.w. (zie noot 45) pag. 211.

67 Weergegeven in C.W. de Vries (red.), *Bronnen tot de kennis van de gemeentewet*, pag. 137, Rotterdam 1931.

68 Kamerstuk 19.403, nr. 3, pag. 137: toelichting op artikel 154 Ontwerp.

69 J.C. Schroot, M. van Vliet en N. Wijma, *Begrip van de Nederlandse Gemeente, deel III*, pag. 344, Alphen a/d Rijn 1979. Vergelijk ook Van Loenen/Troostwijk e.a., *De gemeentewet en haar toepassing* (losbl.), art. 195, pag. 10; hierin wordt betoogd 'dat, gelet op het bepaalde in art. 193 van de wet, de geciteerde woorden kunnen worden gemist', immers: 'niet aannemelijk is dat de wetgever destijds heeft gedoeld op gevallen, waarin de wetgever in formele zin straf heeft bedreigd tegen overtreding van gemeentelijk verordeningen, op grond van zijn voorschriften uitgevaardigd, waar-

op hij reeds bij voorbaat straf heeft gesteld'. Dit laatste lijkt mij inderdaad juist: vgl. het eerder weergegeven citaat uit de Memorie van Antwoord. Artikel 195 ziet dus niet op een geval als HR 29 april 1986, *DD* 1987,394, dat de verhouding tussen de Wet geluidhinder en een gemeentelijke geluidhinderverordening betrof. Mij is alleen niet duidelijk geworden waarom het voorbehoud van artikel 195 ten aanzien van een dergelijk geval qua nuttigheid principieel verschilt van een voorbehoud ten aanzien van 'gewone' verordeningen; dat laatste voorbehoud kan kennelijk gemist worden en het eerste (wellicht) niet. Waarom dat verschil?

70 Vgl. bijv. Noyon, Langemeijer, Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht* (7e druk, losbl.) pag. 411 e.v.

71 HR 15 januari 1985, *NJ* 1985, 469. Zie ook HR 26 april 1977 (*NJ* 1978, 260), waarbij de Hoge Raad er vermoedelijk van is uitgegaan dat de in het geding zijnde bepaling was gebaseerd op art. 5 Veewet, waardoor overlapping van art. 455 lid 2 onder c Sr. niet aan de orde kwam.

72 Uit het niet toepassen van de 'reeds'-redenering kan m.i. tevens worden afgeleid dat de Hoge Raad artikel 431 Sr. niet als een uitputtende regeling beschouwt, vgl. ook reeds HR 26 oktober 1954, *NJ* 1954, 779. Gombault, a.w. (zie noot 8), pag. 78/79, vermeldt het KB van 3 december 1896 (*Stb.* 177) waaruit een andere visie sprak.

73 Vgl. bijv. HR 9 januari 1968, *NJ* 1968, 105 (Maastrichts schakelkastje).

74 In zijn noot onder de Geleense zaak (*NJ* 1985, 469) schreef Van Veen bijv.: 'Het curieuze van de zaak is, dat art. 72 APV Geleen op het maken van rumoer op straat een veel hogere straf stelde dan waarmee het Wetboek van Strafrecht in 1982 nachtelijk burengerucht bedreigde. Een dergelijke ongerijmdheid had volgens mij aanleiding behoren te zijn voor de Kroon om in te grijpen. Maar ja, er glipt natuurlijk wel eens iets tussendoor.

74a Anders: M. Scheltema, noot onder HR 5 juni 1979, *NJ* 1979, 553 (Putte).

75 Vgl. Noyon, Langemeijer, Remmelink, a.w. (zie noot 70), pag. 412.

76 M.v.A. 1851, opgenomen in C.W. de Vries (red.), a.w. (zie noot 67), pag. 136.

77 M. Scheltema, noot onder HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 429.

78 HR 12 juni 1962, *NJ* 1962, 484.

79 HR 17 maart 1953, *NJ* 1953, 389.

80 Met dank aan B.D. van der Meulen, destijds juridisch student te Leiden, die mij in 1981 een eerste opzet voor een dergelijk schema gaf.

81 H.Ph.J.A.M. Hennekens, *De handhaving van de openbare orde in de gemeente* (preadvies NJV 1985), m.n. pag. 22-27 en 84-101. J.J.H. Suyver, *Naar een codificatie van ordebevoegdheden* (preadvies NJV 1985), m.n. pag. 179-186 en 204-205.

82 A.M. Donner (*Nederlands Bestuursrecht*, vierde druk, pag. 83) rept in dit verband van de *zakelijke bevoegdheid*. Hij onderscheidt deze van de *plaatselijke bevoegdheid* en *de bevoegdheid naar de tijd*. Die laatste twee laat ik hier buiten beschouwing; ze hebben voor wat betreft het strafrecht geen sporen van betekenis in de rechtspraak achtergelaten. Vgl. overigens ook art. 1 Wetboek van Strafrecht.

83 Klassiek – maar niet uniek – is HR 12 juni 1962, *NJ* 1962, 484 (Bergen op Zoom).

84 De Hoge Raad kijkt *niet* alleen naar de *verordening*. In het bekende Nuth-arrest (HR 17 maart 1953, *NJ* 1953, 389) werd bijv. een *besluit van B en W*, dat gebaseerd was op de APV onverbindend verklaard; in HR 7 februari 1984, *NJ* 1984, 740 (Utrechts tippelverbod) werd een bepaling uit de APV 'in samenhang met' een openbare kennisgeving van B en W buiten toepassing gelaten. Vgl. ook A.C. 't Hart, noot onder HR 11 juni 1985, *NJ* 1986, 41 (m.n. pag. 180). In verband met het rechtskarakter van een uitvoeringsbesluit (van B en W) verwijs ik naar HR 24 juni 1980, *NJ* 1981, 659 (Utrechtse muurkrant).

85 Vgl. bijv (onder vele andere) HR 18 september 1978, *NJ* 1979, 85.

86 Vgl. bijv. HR 21 mei 1985, *NJ* 1986, 676.

87 Vgl. bijv. HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 429. Voor andere dan de in artikel 194 genoemde regelingen kunnen afwijkende bepalingen gelden; vgl. o.m. art. 30 lid 3 Wet gemeenschappelijk regelingen.

88 HR 18 mei 1931, *AB* 1931, 508: '... terwijl in het algemeen de gemeentewetgever bevoegd is ten aanzien eener regeling der Rijkswet aanvullend op te treden'. Een bekend voorbeeld van een uitzondering is de mond- en klauwzeer verordening van Ooststellingwerf: HR 17 november 1953, *NJ* 1954, 37. Recenter is HR 13 juni 1978, DD 78.221; zie met name A-G Remmelink. Voorbeelden van gevallen waarin aanvulling wel geoorloofd was, zijn HR 10 april 1979, *NJ* 1979, 442 (Berg en Terblijt) en HR 8 april 1980, *NJ* 1980, 330 (Arnhemse kraakverordening).

89 Ik ga hier voorbij aan de bezwaren die door sommige auteurs zijn gemaakt tegen de term 'aanvulling'.

90 Bijvoorbeeld HR 2 april 1971, *NJ* 1971, 27 en HR 14 juni 1983, *NJ* 1983, 729 (Hendrik Ido Ambacht). 'Strijd' staat in dit verband voor onverenigbaar. In de context van art. 140 Grondwet gaf de Hoge Raad een veel ruimere interpretatie aan dit begrip: een bepaling is al in strijd met de Grondwet wanneer zij niet gelijkluidend is, lijkt het; zie HR 4 maart 1986, *DD* 1986, 311 en HR 27 mei 1986, *DD* 1986, 465.

91 Zie de 'verspreidingsjurisprudentie' in verband met art. 7 Grondwet. Een ander voorbeeld van hetzelfde mechaniek (toetsing van een verordening aan een regeling met een ander motief): HR 16 december 1980, *NJ* 1981, 171 (Schiermonnikoog).

92 Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1968, *NJ* 1968, 105 (Maastrichts schakelkastje).

93 Vgl. HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 429.

94 M. Scheltema, noot onder *NJ* 1981, 429 (vgl. noot 92).

95 Respectievelijk HR 22 april 1952, *NJ* 1952, 679 en HR 31 maart 1953, *NJ* 1953, 532.

96 J.C. Schroot, M. van Vliet en N. Wijma, *Begrip van de Nederlandse gemeente, deel IV*, pag. 335, Alphen aan den Rijn 1980. Van Loenen/Troostwijk (a.w. art. 194, pag. 6) lijken hier stilzwijgend mee in te stemmen.

97 H.D. van Wijk, *Formeel en vaag*, pag. 12/13, Alphen aan den Rijn 1958.
98 HR 10 december 1957, *NJ* 1958, 58.
99 H.D. van Wijk, a.w. pag. 27.
100 Ondanks de destijds geldende oude tekst van art. 99 RO – 'verkeerde toepassing of schending der *wet*' (curs. RdW) – kon de uitleg van *verordeningen* ook toen al worden voorgelegd aan de Hoge Raad; zie HR 10 juni 1919 (2 arresten), *W* 10429.
101 Vgl. *bijvoorbeeld* HR 11 mei 1976, *NJ* 1976, 540 en HR 22 december 1981, *NJ* 1982, 325.
102 Langemeijer bepleitte niettemin al in zijn conclusie vóór 'Sneek I' (*NJ* 1952, 679) een enge interpretatie van de APV-bepaling. Volgens hem mocht de gemeentelijke wetgever 'niet verondersteld (...) worden zijn verbod mede te hebben bedoeld voor gevallen, waarin de voor de openbare dienst bestemde grond is een openbare weg, het voorwerp waarom het gaat enigerlei voertuig en het hebben staan van dat voertuig deel uitmaakt van het normale gebruik dat men daarmee van de openbare weg maakt'.
103 De Hoge Raad zou ook geconfronteerd kunnen worden met een soortgelijke, maar dan posterieure bepaling van een andere gemeente, waarbij – blijkens de totstandkomingsgeschiedenis – uitdrukkelijk rekening was gehouden met de Wegenverkeersregeling. In het licht daarvan zou het nogal vreemd aandoen wanneer zo'n bepaling desondanks geacht werd mede op auto's te slaan, om vervolgens wegens onsplitsbaarheid geheel onverbindend te worden verklaard.
104 Kamerstuk 19403, nr. 3, pag. 119 (Memorie van Toelichting m.b.t. art. 124). De opstellers van de M.v.T. hebben helaas niet de moeite genomen melding te maken van de beide Sneek-arresten en de discussie die daarop is gevolgd. Het in dit opzicht tamelijk dubbelzinnige arrest over de kampeerverordening van Terschelling (HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 429) komt al evenmin aan de orde. Welk oningewijd kamerlid zal vermoeden hier met een controverse te doen te hebben?
105 'Alles is verboden!', in: *NJB* 1984, pag. 1126 e.v.
106 Hanns-Erich Kaminski beschreef de situatie begin 1933 in één van de laatste nummers van *Die Weltbühne* (21 februari 1933, pag. 265) als volgt: 'Mit Neid blicken Journalisten jetzt auf so gefahrlose Berufe, wie sie Seiltänzer oder Dachdecker ausüben.'
107 Ik ga hier voorbij aan de vraag of een en ander *formeel* wellicht toch in orde was; vgl. hierover H.A.F.J. Tilborghs, Vijftig jaar geleden: de ondergang van de Weimar-republiek (in: *NJB* 1983, pag. 415 e.v., met literatuur vermelding). Het gaat mij om de materiële kant van de zaak.
108 Hanns-Erich Kaminski, a.w. (zie noot 106) pag. 267.
108a Een maand na voltooiing van dit preadvies verscheen het dikke proefschrift van H.K. ter Brake, *Het strafrecht van de gemeente*, Arnhem 1986. De lezer die op méér uit is verwijs ik naar dit boek dat helaas niet meer verwerkt kon worden in mijn stuk.
109 In andere gevallen wèl; ik denk bijv. aan de uitleveringsprocedure, waar de

cassatieprocedure gevolgd kan worden door een feitelijke behandeling, en aan art. 119 Grondwet. Afgezien hiervan gaat de Hoge Raad wel *altijd* na of de 'lagere' rechter tot zijn feitelijke vaststellingen is *kunnen* komen, terwijl bovendien 'feiten van algemene bekendheid' óók door de Hoge Raad zelf kunnen worden vastgesteld.

110 Tenzij de bewijsvoering onbegrijpelijk of 'gedenatureerd' is.

111 Daar staat tegenover dat de Hoge Raad zich – dankzij het neerhalen van de 'papieren muur' – tegenwoordig meer moeite getroost om te achterhalen wat zich feitelijk voor de lagere instantie heeft voorgedaan; vgl. bijvoorbeeld Th.W. van Veen, De Hoge Raad vermag steeds meer, in: *Beginselen* (G.E. Mulder-bundel), pag. 383 e.v.

112 HR 17 maart 1953, *NJ* 1953, 389.

113 HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 270 (Nederland ontwapent).

114 HR 19 september 1977, *NJ* 1978, 516 (Hengelo).

115 HR 19 september 1977, *NJ* 1978, 516. In dezelfde zin was reeds HR 12 januari 1960, *NJ* 1960, 273 (Alkmaar). Zie voorts HR 2 oktober 1979, *NJ* 1980, 105 (Dordrecht) en HR 14 oktober 1980, *NJ* 1981, 566 (Doorn), waarin hetzelfde is te lezen.

116 HR 13 januari 1981, *NJ* 1981, 254.

117 Dit laatste zal geen punt van overweging kunnen zijn waar de bepaling *schriftelijke* toestemming vereist; zie bijv. HR 20 oktober 1981, *NJ* 1982, 18 (Amsterdam) en HR 5 april 1983, *NJ* 1984, 134 (Breda).

118 Ook eerder was al gebleken dat de Hoge Raad niet geheel ongevoelig was voor de feitelijke effecten van beperkingen op verspreidingsmiddelen; vgl. HR 22 mei 1979, *NJ* 1979, 505 (Hilversum).

118a In HR 3 februari 1981, *NJ* 1981, 316 wordt overwogen dat het verweer *terecht* is verworpen, 'zulks op gronden welke die verwerping kunnen dragen'. De betekenis hiervan is mij niet helemaal duidelijk. Misschien is bedoeld dat het verweer – uitgaande van de constateringen van de feitenrechter – terecht is verworpen. Dan gaat het dus 'eigenlijk' gewoon om een verwerping op gronden welke deze kunnen dragen.

119 Eerst kwam nog ondermeer HR 9 juni 1981, *NJ* 1981, 516 (Deventer) dat weer geheel op de oude leest van Hengelo (HR 19 september 1977, *NJ* 1978, 516) was geschoeid.

120 HR 2 maart 1982, *DD* 82.231 (Maastricht).

121 HR 5 april 1983,*NJ* 1984, 134 (Breda).

122 HR 28 juni 1983, *NJ* 1984, 64.

123 HR 24 juni 1980, *NJ* 1981, 659.

124 HR 21 januari 1986, *NJ* 1986, 441.

125 Zie noot 11.

126 Vgl. E.H. s'Jacob, Toetsing van gemeentelijke verordeningen door de gewone rechter, pag. 119, in: *Opstellen aangeboden aan Prof.mr.dr. G. van den Bergh*, Alphen aan den Rijn 1960.

127 W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht*, pag. 119-120, Alphen aan den Rijn 1954.

128 Kamerstuk 19.403: art. 150.
129 Vgl. in dit verband – over de verhouding tussen het oude art. 140 Provinciale wet en het nieuwe art. 90 Provinciewet – A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel* (4e druk), pag. 85, Alphen aan den Rijn 1974.
130 Zie bijvoorbeeld de toelichting op artikel 149 voorontwerp nieuwe gemeentewet. Opgenomen in: B.C. Vis, *De gemeentewet, een vergelijkend overzicht van de huidige tekst en het voorontwerp*, pag. 199, Zwolle 1982. Vgl. art. 153 oude GW.
131 Kamerstuk 19.403, nr. 3, pag. 133.
132 HR 1 juni 1962, *NJ* 1962, 484.
133 HR 9 januari 1968, *NJ* 1968, 105.
134 F.J.A. Huart, Het toetsingsrecht van gemeente-verordeningen en de leer der 'onsplitsbare wilsverklaring' (1927), in: F.J.A. Huart, *Verspreide geschriften*, pag. 85, Alphen aan den Rijn 1949. Ook H.D. van Wijk wijst op het fenomeen van de abstracte toetsing (*Formeel en vaag*, pag. 8, Alphen aan den Rijn 1958); het door hem in dit verband genoemde arrest – HR 27 juni 1938, *NJ* 1938, 1021 (Rijswijk) – kan m.i. echter ook anders worden geïnterpreteerd.
135 G. van den Bergh, Nog éénmaal: De toetsing van gemeenteverordeningen aan artikel 168 gemeentewet, in: *NJB* 1960, pag. 316 e.v. Zie ook – van dezelfde auteur – Het 'objectiveringsbeginsel' en de toetsing van gemeenteverordeningen aan artikel 168 gemeentewet, in: *NJB* 1949, pag. 844 e.v.
136 G. van den Bergh, eerste a.w. (zie noot 135) pag. 320.
137 Ik neem, m.a.w., afstand van het theorietje (door E.Ch. Lisser – *Gemeentestem* 6759, pag. 2 (13 januari 1984) – heel vriendelijk als 'knappe vondst' betiteld) dat ik bij een eerdere gelegenheid samen met Tjakko Knoop Pathuis heb verkondigd (Arnhemse privacy en de verordeningsbevoegdheid van gemeenten, in: *NJB* 1981, pag. 858 e.v.). Er is bij nader inzien teveel evidentie voor het tegendeel, lijkt mij. Aan de meest elementaire eis van een theorie is, kortom, wat mij betreft niet langer voldaan, t.w. 'to pass into the state of belief'. (Vgl. noot 22: Peirce).
138 HR 26 oktober 1971, *NJ* 1972, 34.
139 HR 4 januari 1977, *NJ* 1977, 402 (Aalsmeer).
140 HR 8 maart 1977, *NJ* 1977, 365 (Huissen).
141 HR 3 mei 1977, *NJ* 1977, 536 (Rosmalen).
142 Latere voorbeelden van hetzelfde mechanisme zijn: HR 20 juni 1978, *NJ* 1979, 63 (Neede) en HR 20 oktober 1981, *NJ* 1982, 18 (Amsterdam).
143 HR 13 december 1977, *NJ* 1978, 592.
144 HR 10 april 1979, *NJ* 1979, 428.
145 Aardige staaltjes hiervan zijn te vinden P. Nicolaï, Openbare orde of openbare horde, in: *AA* 1981, m.n. pag. 204-205.
146 HR 8 april 1980, *NJ* 1980, 330.
147 In het arrest staat: *mede* in verband met de plaatselijke omstandigheden. Waar hangt het verder nog vanaf?
148 HR 24 juni 1980, *NJ* 1981, 659. Vgl. ook HR 16 februari 1982, *NJ* 1982, 536

(Heumen), waarin werd beslist dat het voorkómen van diefstal in het belang van de openbare orde vereist *kan* zijn (curs. RdW).

149 *AA* 1981, pp. 29-33, 201-206 en 253-255.

150 Ander voorbeeld: Het ongelijkheidsbeginsel, in: *NJB* 1986, p. 744.

151 Zie noot 144.

152 Vgl. HR 10 juni 1975, *NJ* 1975, 489.

153 HR 12 oktober 1976, *NJ* 1977, 210.

154 Ruim tien jaar later kosten 20 Komo-huisvuilzakken ('Kan meer hebben!'), *plus sluitstrips* bij de 'Super' in Cadier en Keer *f* 3,98.

155 F.J.A. Huart, a.w. (zie noot 134) p. 85.

156 Vgl. HR 16 februari 1982, *NJ* 1982, 536.

157 Voor kritiek op dit arrest verwijs ik naar J.P. van Twist, De slotakte van Malden, gemeente Heumen, in: *NJB* 1983, p. 154 e.v.

158 Vgl. T. Knoop Pathuis en R. de Winter, Arnhemse privacy en de verordeningsbevoegdheid van gemeenten, in: *NJB* 1981, 858 e.v.

159 Ik betoogde dat al eerder samen met T. Knoop Pathuis; zie noot 158. Dezelfde opvatting wordt verdedigd door A.W. Heringa, Toetsing van gemeentelijke verordeningen aan een ieder verbindende bepalingen van internationale mensenrechtenverdragen, in: *Gemeentelijke vrijheden* (Van Vliet-bundel), m.n. p. 124-125, Alphen aan den Rijn/Brussel 1983.

160 Vgl. HR 13 januari 1981, *NJ* 1981, 253.

161 S. Carmiggelt, *De gedichten* (tweede druk), p. 26, Amsterdam 1980.

162 Opvallend is dat deze inmiddels tamelijk toevallig aandoende opsomming zonder enig commentaar is overgenomen in art. 124 van het Ontwerp voor een nieuwe gemeentewet.

163 Daarmee is niet gezegd dat zulke gevallen schaars zijn. Afgezien van de zaken waarin niet tot de Hoge Raad wordt 'doorgeprocedeerd', is een onbekend aantal wellicht peeksgewijs afgedaan.

164 HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 429.

165 Ik kom hierop terug in hoofdstuk 5.

166 Vgl. HR 16 maart 1971, *NJ* 1971, 266.

167 A.J. Hagen (*TvO* 1952, p. 403) wees al eerder op het ontbreken van enige verwijzing naar het motief in een geruchtmakende zaak ('Sneek I') waarin de APV-bepaling – net als de kampeerverordening van Terschelling – *niet* werd gesauveerd.

167a HR 28 juni 1977, *NJ* 1978, 388.

168 HR 21 mei 1985, *NJ* 1986, 676.

169 Vgl. over dit onderwerp o.a. A.W. Heringa, Preventief recht, een verdachte regressie (in: *Staatkundig Jaarboek* 1982-1983, p. 49 e.v.) en G. Mols, De Groningse opiumverordening: een kwestie van gewenning (in: *NJB* 1984, p. 621 e.v.).

170 Voor wat betreft de onderzochte periode vond ik drie gevallen: HR 16 maart 1971, *NJ* 1971, 266 (Zundert; de gewraakte APV-bepaling bleek i.c. echter een ander 'onderwerp' te betreffen dan de hogere regeling), HR 13 juni 1978, *NJ* 1979, 38 (Alkmaar) en HR 13 juni 1978, *NJ* 1979, 39 (Nieuwkoop).

171 Dat wil zeggen: voorzover er een beroep was gedaan op uitputtendheid. In HR 10 april 1979, *NJ* 1979, 442 (Berg en Terblijt) wordt bijvoorbeeld eenvoudig geponeerd dat artikel 438 Wetboek van Strafrecht kan worden aangevuld. In HR 8 april 1980, *NJ* 1980, 330 (Arnhemse kraakverordening), daarentegen, wordt uitdrukkelijk overwogen dat strekking, noch wetsgeschiedenis van artikel 138 Wetboek van Strafrecht wijzen op uitputtendheid. Wat het Wetboek van Strafrecht betreft, bleek in de onderzochte periode dat – naast de artikelen 138 en 438 – de volgende bepalingen niet uitputtend bedoeld zijn (hetgeen natuurlijk niet inhoudt dat ze ongelimiteerd mogen worden 'aangevuld'): artikel 53 en 54 (HR 24 juni 1980, *NJ* 1981, 659), artikel 239 (HR 8 mei 1979, *NJ* 1979, 354), artikel 240 (HR 5 juni 1979, *NJ* 1979, 553), artikel 431 (o.m. HR 15 januari 1984, *DD* 85.206) en artikel 451 bis (HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 553).

172 S.A.M. Stolwijk, Artikel 1, eerste lid en het legaliteitsbeginsel, in: *Gedenkboek 100 jaar Wetboek van Strafrecht*, m.n. pag. 162, Arnhem 1986.

173 HR 24 juni 1980, *NJ* 1981, 659 (Utrechtse muurkrant; beoordeling van het vijfde middel).

174 A.C. 't Hart, Het nulla-poenabeginsel, in: *Grondrechten* (Jeukens-bundel), m.n. pag. 335, Nijmegen 1982.

175 R.P. Calliess, Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit, in: *NJW* 1985, pag. 1506 e.v., m.n. pag. 1510.

176 Onder vermelding van 4 zaken geciteerd bij R.P. Calliess, a.w. (zie noot 175), pag. 1508.

177 HR 11 maart 1986, *DD* 86.322.

178 HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564.

179 Vgl. Hiroshi Itoh, How judges think in Japan, in: *The American Journal of comparitive law* 1970, m.n. pag. 779.

180 R.P. Galliess, a.w. (zie noot 175) pag. 1508.

181 HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 796.

182 Coates v. City of Cincinnati, 402 US 611 (1971).

183 Leijten baseerde zich hierbij overigens uitdrukkelijk *niet* op artikel 1 Wetboek van Strafrecht en artikel 7 EVRM. De strafbaarstelling was i.c. immers aan het feit voorafgegaan en meer wordt door de betreffende bepalingen niet geëist, 'tenzij men zou volhouden dat een te vaag geformuleerde verbodsbepaling niet kan worden gekwalificeerd als "strafbaar feit".' Volgens Leijten kan de zaak echter 'niet over deze boeg gegooid worden al hangt zij er wel mee samen'. De Hoge Raad dacht daar kennelijk anders over: artikel 1 Wetboek van Strafrecht en artikel 7 EVRM waren niet irrelevant, alleen: de reikwijdte ervan bleek minder ver te zijn dan het middel had gesteld.

184 Europees Hof Rechten van de Mens 26 april 1979, o.m. (gedeeltelijk) gepubliceerd in *NJ* 1980, 146.

185 Dat geldt niet alleen voor verordeningen; vgl. bijvoorbeeld C.A.J.M. Kortmann, Behoorlijke wetgeving, m.n. pag. 72-73, in: *Regel en Praktijk* (Van

Wijnbergen-bundel), Zwolle 1979. Vgl. voorts M. Scheltema, noot onder HR 8 mei 1979, *NJ* 1979, 554.

186 Vgl. HR 21 januari 1986, *NJ* 1986, 441.

187 Henc van Maarseveen, Artikel 99 Wet RO: wat is recht?, in: *NJB* 1986, pag. 490. Het voorbeeld lijkt mij overigens niet gelukkig gekozen. Plakverboden zijn bij plakkers in het algemeen zeer wel bekend; daarom wordt er juist zoveel 's nachts geplakt.

188 Noot onder HR 16 december 1975, *NJ* 1976, 204.

189 Vgl. HR 10 oktober 1972, *DD* 72.195 (Arnhem).

190 Vgl. HR 9 januari 1973, *NJ* 1973, 134 (Nijmegen). Kritiek op een dergelijke bepaling wordt o.m. geuit door J.E. Goldschmidt, Kroniek Staats- en Bestuursrecht, in: *Nemesis* jrg. 2, nr. 2 (1986), p. 76. In HR 24 juni 1975, *NJ* 1976, 58 (Voorst) ging het o.m. om een verbod voor personen 'wier gedragingen de indruk bevestigen, dat ontucht met personen van het andere geslacht of hetzelfde geslacht de beweegreden van hun aanwezigheid ter plaatse is', om zich op bepaalde tijdstippen op bepaalde door B en W aangegeven plaatsen te bevinden. Het ging hier echter om een OM-cassatie en dan pleegt de Hoge Raad niet buiten het middel om te casseren. Welnu, de Officier van Justitie betoogde in zijn middel (vanzelfsprekend) *niet* dat de bepaling onverbindend was; integendeel, hij klaagde er juist over dat de Rechtbank de bepaling (op andere gronden) ten onrechte onverbindend had verklaard. Uit het arrest van de Hoge Raad is – strikt genomen – dus geen oordeel af te leiden omtrent de precisie van de betreffende bepaling. Aan de andere kant zou het natuurlijk vreemd zijn wanneer diezelfde bepaling in een later stadium opeens toch weer onverbindend zou blijken te zijn. Het arrest laat, m.a.w., wel een standpunt van de Hoge Raad *vermoeden*.

191 Vgl. HR 8 mei 1979, *NJ* 1979, 554.

192 Vgl. HR 21 mei 1985, *NJ* 1986, 676. Zie ook noot 169.

193 Vgl. HR 6 december 1983, *NJ* 1984, 442. Zie voorts over deze materie J.F. Nijboer en R. de Winter in: *NJCM-Bulletin* 1984, pp. 136-142 en 403-406.

194 L. Erades, De verhouding tussen volkenrecht en nationaal recht in Nederland, m.n. pag. 247, in: *NJB* 1950, pp. 217-222 en 246-252.

195 Vgl. bijvoorbeeld B.M. Telders, Preadvies NJV 1937, *Verzamelde geschriften II*, m.n. pag. 51, 's-Gravenhage 1948.

196 Vgl. bijvoorbeeld B.M. Telders, a.w. (zie noot 195) m.n. pag. 45.

197 L. Erades, a.w. (zie noot 194) pag. 217.

198 L. Erades, a.w. (zie noot 194) pag. 217.

199 Behalve het bekende boek van Duynstee (*Grondwetsherziening 1953*) is een handzaam overzichtsartikel geschreven door C.W. van der Pot, De Grondwetsherziening 1952, in: *NJB* 1952, pp. 14-22, 29-39 en 521-530. Zie voor de verdere ontwikkelingen o.m.: W.J.M. van Eysinga, Eenige kantteekeningen op het rapport der commissie-Kranenburg (in: *NJB* 1955, p. 615 e.v.), C.W. van der Pot, De Grondwetsherziening 1956 (in: *NJB* 1956, pp. 673-681 en 705-712), L. Erades, Enige vragen betreffende de artikelen 65 en 66 van de Grondwet (in: *NJB* 1962, pp. 357-363 en 385-391) en

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983*, m.n. pag. 257-258 (Deventer 1983).

200 HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2 (Nyugat).

201 Vgl. J. van Soest, Rechterlijke toetsing aan ongeschreven internationaal recht, in: *Non ex regula* (Van der Hoeven-bundel), pag. 173 e.v. Deventer 1985. H. Meijers (*Preadvies Nederlandse vereniging voor internationaal recht 1985*, m.n. p. 104-131) toonde zich een heftig bestrijder van deze 'leer'.

202 Algehele grondwetsherziening, Eerste lezing, deel V-b, p. 13.

203 HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 890. Na afronding van dit preadvies wees de civiele kamer van de Hoge Raad op 7 november 1986 (*RvdW* 1986, 183) een arrest waarin een soortgelijke toetsingsvraag werd omzeild door middel van verdragsconforme uitleg van het (ongeschreven) Nederlands recht.

204 Het onderscheid tussen 'zelfwerkende bepalingen van overeenkomsten' en andere regels van volkenrecht staat ook op gespannen voet met direct werkende bepalingen uit verdragen waarin uitdrukkelijk verwezen wordt naar – bijvoorbeeld – 'de algemene rechtsbeginselen welke door de beschaafde volken worden erkend' (art. 7 lid 2 EVRM) en 'de algemene beginselen van het internationaal recht (artikel 1 lid 1 Eerste Protocol bij het EVRM).

205 Vgl. over dit onderwerp A.W. Heringa, Terug naar af: waarom het begrip 'een iedere verbindende bepalingen van verdragen' steeds tot verwarring leidt, in: *Staatkundig Jaarboek 1985*, pag. 133 e.v. Amsterdam 1985.

206 J.C.M. Leijten, Het fluorideringsarrest, in: *'t Exempel dwinght* (Kisch-bundel), m.n. pag. 314, Zwolle 1975.

207 HR 19 juni 1985, *NJ* 1986, 104 (*BNB* 1986, 29); de crux van deze zaak was overigens juist dat het niet over belastingrecht ging.

208 Ik doel hier m.n. op de rechtspraak van de civiele kamer over ouderlijke macht, begonnen bij HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510 en voortgezet in HR 22 februari 1985, *NJ* 1986, 3 en HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585-588. Positief over deze ontwikkeling is o.m. J. de Boer, *NJCM-Bulletin* 1986, p. 348 e.v.; constitutionele vraagtekens worden geplaatst door H. van Son, De remmen los (in: *Advocatenblad* 1986, p. 265 e.v.) en C. de Gooijer, Brevet van onvermogen (in: *Trema* 1986, p. 209 e.v.).

209 Respectievelijk HR 18 april 1961, *NJ* 1961, 273 en HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107.

210 HR 18 januari 1972, *NJ* 1972, 193 (De Huifkar). Interessant is in dit verband de verzuchting van A. Mulder: 'Een demokratische samenleving kan op den duur geen stand houden indien het rechtsgoed "openbare orde" aan verval bloot staat'. (Aantasting van de openbare orde, in: *Gedenkboek 100 jaar Wetboek van Strafrecht*, m.n. pag. 377, Arnhem 1986). Mulder doelde hierbij natuurlijk op een 'verval' in de andere richting. Ik zie niet in waarom deze stelling niet voor *beide* richtingen zou opgaan. Sterker: wellicht heeft 'verval' in de ene richting iets te maken met 'verval' in de andere.

211 HR 19 september 1977, *NJ* 1978, 516. In dezelfde zin: HR 13 januari 1981, *NJ* 1981, 254 (Arnhem).

212 Zie HR 20 juni 1980, *NJ* 1981, 659 (Utrechtse muurkrant) en HR 23 februari 1982, *DD* 82.231 (Maastricht).
213 HR 5 april 1983, *NJ* 1984, 134 (Breda).
214 HR 3 februari 1981, *NJ* 1981, 316.
215 Vgl. J. Riphagen, Het nieuwe Grondwetsartikel 60 e en de leer van de onsplitsbare wilsverklaring, in: *De Nederlandse Gemeente* 1953, p. 68 e.v. De grammaticale argumenten van Riphagen lijken mij tamelijk overtuigend; dat hij wellicht tevens een 'authentieke interpretatie' gaf, lijkt mij (aangezien zo'n interpretatie niet eerder 'naar buiten' was gebracht) niet van belang. Anders over dit laatste punt: F.H. van der Burg, Splitsing van wettelijke bepalingen en abstracte toetsing, in: *Gemeentelijke vrijheden* (Van Vlietbundel), m.n. pag.24-25, Alphen a/d Rijn 1983. Vgl. voorts H.J.M. Jeukens in zijn noot (punt 7) onder Afdeling Rechtspraak Raad van State 31 juli 1979, *AA* 1980, p. 186 e.v. (Eilanderbinding).
216 Vgl.C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherziening 1983*, pag. 258, Deventer 1983.
217 Als voorloper van deze uitspraak is te beschouwwen: HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 273 (Rotterdamse volksoploop).
218 HR 21 mei 1985, *NJ* 1986, 676 (Rotterdam). Een mogelijke uitzondering was HR 15 juni 1982, *NJ* 1983, 121 (Zwolle), waarin de Hoge Raad besliste dat het plakverbod *strekte* (dus niet *kon* strekken) tot de in een democratische samenleving nodige bescherming van eens anders recht etc. Gezien de overige rechtspraak lijkt me dit ofwel een verschrijving, ofwel een redegeving voor de omstandigheid dat het verbod óók *kon* strekken tot die bescherming; als iets ergens toe strekt, dan kàn het er immers ook toe strekken.
219 Zie noot 192.
219a Vgl. HR 12 december 1986, *RvdW*, 1987, 4 (onder 3.2) waarin de Civiele Kamer oordeelde dat 'het in het kader van artikel 8, lid 2, (EVRM) in beginsel op de weg ligt van de Staat om zijn inmenging rechtvaardigende omstandigheden aan te voeren'.
220 HR 7 februari 1984, *NJ* 1984, 740. Zie over dit arrest ook A.W. Heringa, Tippelen of recreëren, in: *NJB* 1984, p. 781 e.v.
221 Vgl. noot 144.
222 A.M. Donner, Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten, in: *Grondrechten* (Jeukens-bundel) pag. 40 e.v. Nijmegen 1982.
223 A.M. Donner, a.w. (zie noot 222) pag. 45.
224 Vgl. bijvoorbeeld noot 208.
225 Zo ook: M.B.W. Biesheuvel, Heeft de Nederlandse rechter wel een beleid inzake grond- en mensenrechten?, in: *Bij deze stand van zaken* (Melai-bundel), m.n. pag. 23-24, Arnhem 1983.
226 E.A. Alkema, *Een meerkeuzetoets*, pag. 12, Zwolle 1985. Een tweede door hem genoemde reden – 'Loyaliteit jegens de internationale rechtsorde speelt ongewild de executieve in de kaart' (pag. 15-16) – laat ik hier onbesproken. T.a.v. mensenrechtenverdragen speelt deze kwestie geen rol, lijkt mij.

227 De 'margin of appreciation' die blijkens vaste Straatsburgse jurisprudentie aan de verdragspartners wordt gelaten, staat hier los van; die 'margin' is immers in het leven geroepen door het verdrag zèlf.
228 A.M. Donner, Grondrechten als constitutionele rechten, in: *Speculum Langemeijer*, m.n. pag. 19, Zwolle 1973.
229 A.M. Donner, Grondwetsstudie in Nederland 1848-1948, in: J.Valkhoff (red.), *Grondwet en maatschappij in Nederland 1848-1948*, m.n. pag. 333-334, Den Haag 1948.
230 Vgl. HR 12 juni 1962, *NJ* 1962, 484.
231 Vgl. HR 12 november 1934, *NJ* 1935, 131.
232 HR 29 oktober 1875, *W* 3910.
233 HR 29 november 1918, *W* 10346.
234 Noot onder 'Geertruidenberg'-II (HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107).
235 Resp. Eur. Hof Rechten van de Mens, 26 april 1979 (verkort weergegeven in *NJ* 1980, 146) en 7 december 1976 (verkort weergegeven in *NJ* 1978, 236).
236 In *NJB* 1985, p.1307 e.v. (De zaak Benthem en toetsing in concreto aan verdragen) betoogde ik dat uit de Benthem-zaak is af te leiden dat het Hof nog verder ging en een nationale bepaling óók liet vallen wanneer in het voorliggende geval weliswaar geen sprake was van een schending, maar er in concreto onvoldoende juridische *waarborg* bestond tegen zo'n schending. Zoiets kàn inderdaad uit de Benthem-zaak worden afgeleid, lijkt mij. Maar het arrest is ook op een andere, meer essentialistische manier te 'verklaren': het Hof heeft eenvoudig willen aangeven dat de Afdeling Contentieux 'in wezen' niet als rechter is te beschouwen, omdat zij slechts een advies uitbrengt, hoewel dat advies in het algemeen – en ook in deze zaak – wordt opgevolgd.
237 Kamerstuk 19.427. Vgl. ook mijn bijdrage in *NJB* 1986, p. 1082 e.v.
238 Kamerstuk 19.427, nr. 3, p. 19/20.
239 HR 1 maart 1960, *NJ* 1960, 252. Vgl. over deze uitspraak ook o.m. F.R. Böhtlingk/J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, p. 147 en 151/152, Alphen a/d Rijn 1966.
240 HR 18 april 1967, *NJ* 1967, 442. M.R. Mok, a.w. (zie noot 41) p. 69, meent dat deze overweging 'obiter dictum' is gegeven; ik ben het daar niet mee eens: er was immers niet zozeer een beroep gedaan op de Grondwet (zoals hij stelt) alswel op 'een beginsel van goed bestuur, dat *o.m.* is neergelegd in de (...) Grondwet' (curs. RdW).
241 Zie, recent, HR 16 mei 1986, *RvdW* 1986, 110.
242 HR 15 juni 1971, *NJ* 1971, 432 (Dordrecht).
243 HR 21 oktober 1980, *NJ* 1982, 28.
244 HR 14 februari 1984, *AB* 1984, 289. Zie over dit arrest ook A.W. Heringa, Tippelen of recreëren, in: *NJB* 1984, p. 781 e.v. Er is overigens geen reden om aan te nemen dat de toetsing aan rechtsbeginselen tot *willekeur* beperkt is; in HR 2 maart 1982, *DD* 82.231 (Maastricht) en HR 15 juni 1982, *NJ* 1983, 121 (Zwolle) werd een plakverbod bijvoorbeeld getoetst aan resp. 'enig tot de algemene rechtsbeginselen te rekenen beginsel van strafproces-

recht' en de 'aan het Wetboek van Strafvordering ten grondslag liggende beginselen van een behoorlijke procesvoering'. Ook in HR 13 december 1977, *NJ* 1978, 592 (Groningen) werd reeds gerept over 'enig beginsel van het Nederlands strafprocesrecht'.

245 Vgl. o.m. HR 7 februari 1984, *NJ* 1984, 740 (Utrechts tippelverbod).

246 Vgl. bijvoorbeeld J.C. Schroot, M. van Vliet, N. Wijma, a.w. deel III p. 144 e.v.

247 A.w. deel III p. 174.

248 Zie in dit verband ook artikel 6 WVW en HR 16 december 1975, *NJ* 1976, 204 (Tietjerksteradeel).

249 HR 29 april 1986, nr. *DD* 86, 394 (Beek).

250 Vgl. Algehele grondwetsherziening, deel Ia, p.22.

251 Kamerstuk 19.427, nr. 2, artikel 3 lid 1.

252 Ik wees hier eerder op in *NJB* 1986, p. 1082 e.v.

253 *Enigszins* verwant aan deze kwestie is HR 26 april 1977, *NJ* 1978, 260. Het feit viel in deze zaak zowel onder artikel 8 lid 3 van de Utrechtse 'Verordening Diergeneeskundig toezicht veemarkten' als onder art. 455 lid 2 onder c Wetboek van Strafrecht: de verdachte had een koe met dichtgeplakte, gezwollen uiers op het veemarktterrein staan. Normaliter zou nu (o.g.v. art. 195 gemeentewet) een veroordeling t.z.v. art. 455 lid 2 onder c te verwachten zijn. De Utrechtse verordening was echter – in het kader van medebewind – gebaseerd op artikel 5 Veewet. Het feit werd vermoedelijk om die reden gekwalificeerd als 'overtreding van het bepaalde in art. 8, lid 3, Verordening' etc. In dit geval gaf de medebewindsfiguur dus kennelijk – als 'lex specialis' – de doorslag. Over de afloop i.g.v. *strijd* met een andere wettelijke bepaling is hiermee echter niets gezegd. Voorrang van de medebewindsfiguur lijkt mij dan allerminst vanzelfsprekend (tenzij de strijdigheid al in de daaraan ten grondslag liggende wettelijke bepaling besloten ligt).

254 Vgl. R. de Winter en W. Witteveen, De wil van de wetgever en het afschuiven van verantwoordelijkheden, in: *NJB* 1981, p. 669 e.v.

255 Vgl. art. 6 lid 2 EVRM en art. 14 lid 2 IVBP. Zie voorts: A.W. Heringa, Preventief recht; een verdachte regressie, in: *Staatkundig Jaarboek* 1982-1983, m.n. p. 63 e.v.

256 Vgl. HR 7 juni 1977, *NJ* 1978, 483.

257 Vgl. HR 2 maart 1982, *DD* 82.231 (Maastricht); zie ook HR 13 december 1977, *NJ* 1978, 592 (Groningen). In deze beide uitspraken ging het om het verbod om 's avonds met plakmiddelen e.d. over straat te lopen, tenzij men aannemelijk kon maken dat die voorwerpen niet bestemd waren om in strijd met het geldende plakverbod te worden gebruikt.

258 Geciteerd bij K.R. Popper, Back to the presocratics, in: *Conjectures and Refutations*, m.n. p. 153, London (3rd ed.) 1969.

259 Vgl. bijvoorbeeld G. Spong, *De duivelskunstenaar* ('s-Gravenhage 1985), p. 25: 'De Hoge Raad verwerpt het beroep, oneindig maal. De Hoge Raad vernietigt het arrest, een enkele maal'. En p. 28, waar hij het heeft over 'insiders, die weten dat de cassatie in strafzaken een ware slachting is in dier

voege dat de cassatieberoepen bij bosjes sneuvelen'. Vgl. voorts R. de Winter, Hogere voorziening en rechterlijk goedvinden in strafzaken, in: *NJB* 1986, p. 469.

260 Zie noot 249.

261 Vgl. bijvoorbeeld HR 13 juni 1978, *NJ* 1979, 39 (Nieuwkoop).

262 R. de Winter, 'Alles is verboden!' Kleine revolutie in het gemeenterecht?, in: *NJB* 1984, p. 1126 e.v. Zie voor een andere – zij het niet echt beschrijvende – theorie: F.H. Kistenkas, Lokale gelede normstelling en de rechterlijke onverbindendverklaring, in: *TvO* 1986, pag. 152 e.v.

263 Vgl. bijvoorbeeld HR 7 februari 1984, *NJ* 1984, 740 (Utrecht) en HR 14 februari 1984, *AB* 1984, 289 (Numansdorp).

264 HR 27 oktober 1981, *NJ* 1982, 103.

265 K.R. Popper, Towards a rational theory of tradition, in: *Conjectures and Refutations*, m.n. p. 132, London 1969 (third ed.).

266 Noot onder HR 11 juni 1985, *NJ* 1986, 41.

267 Vgl. bijvoorbeeld HR 14 februari 1984, *AB* 1984, 289. (Het ging daarbij overigens niet over de APV, maar over de Verordening op de recreatieverblijven; dit lijkt mij echter van ondergeschikt belang.

268 De zaak lag hier in zoverre anders, dat het niet om gelede *strafbaarstelling* ging, maar om een voorwaarde voor de toepasbaarheid van de strafbaarstelling. B en W moesten in het kader van de ene norm zorgen dat eerst aan een andere werd voldaan. Materieel komt dit toch weer neer op gelede normstelling, lijkt mij.

269 HR 17 maart 1953, *NJ* 1953, 389.

270 Vgl. par. 4.1.

271 HR 14 februari 1984, *AB* 1984, 289. In HR 7 februari 1984, *NJ* 1984, 740 (Utrechts tippelverbod) werd de gewraakte APV-bepaling eveneens buiten toepassing gelaten; dat lag toen echter geheel in de lijn van art. 94 Grondwet: het ging in die zaak immers om toetsing aan een verdrag.

272 Voorbeeld: HR 14 juni 1983, *NJ* 1983, 729 (H.I. Ambacht).

273 HR 3 februari 1863, *W* 2454.

274 Die indruk heb ik althans. In HR 25 maart 1912, *W* 9322 (Amsterdamse winkelsluitingsverordening) werd nog zowel van 'bindende kracht (...) missen' als van 'buiten toepassing (...) laten' gerept, hoewel de A-G Ledeboer het uitsluitend over 'onverbindbaar' had. In HR 2 oktober 1916, *W* 10005 figureerde daarentegen alleen het begrip 'verbindende kracht', resp. 'verbindbaarheid'. Idem, maar de voorbeelden zijn tamelijk willekeurig gekozen: HR 19 maart 1928, *W* 11799. Oppenheim/Van der Pot (*Het Nederlandsch Gemeenterecht*, vijfde druk, Haarlem 1928) bediende zich bij herhaling uitsluitend van de term 'onverbindend' (vgl. bijvoorbeeld deel I p. 378 e.v.).

275 J. Riphagen, Het nieuwe grondwetsartikel 60e en de leer van de onsplitsbare wilsverklaring, in: De Nederlandse gemeente 1953, p. 68 e.v. Volgens F.H. van der Burg (Splitsing van wettelijke bepalingen en abstracte toetsing, in: *Gemeentelijke Vrijheden* (Van Vliet-bundel), Alphen a/d Rijn

1983, m.n. p. 25/26) voerde Riphagen een *karikatuur* op van de onsplitsbaarheid, door te suggereren dat er in 1953 nog iemand geweest zou zijn die bereid was te verdedigen dat in 'Sneek-I' niet gesplitst had mogen worden. Ik ben daar niet zo zeker van. Waarom zou Van den Bergh anders zo gejuicht hebben om die uitspraak? Vgl. G. van den Bergh, De Hoge Raad en de leer der onsplitsbare wilsverklaring, in: *De Nederlandse Gemeente* 1952, p. 501 e.v.).

276 J. Riphagen, a.w. p. 70.

277 Noot onder HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 429 (Terschelling).

278 Noot onder Afd. Rechtspraak RvS 31 juli 1979, *AA* 1980, m.n. p. 189.

279 F.H. van der Burg, a.w. (zie noot 275) p. 23. Vgl ook art. 16 Grondwet. De 'lijn-Van der Burg' is ingezet door Berger in zijn conclusie vóór HR 2 mei 1934, *W* 12753 (p. 4 1.k.). Diens standpunt is overgenomen door Somer in zijn eerder aangehaalde preadvies (*Geschriften van de VAR XLIX* p. 71/72).

280 F.H. van der Burg, Onverbindend verklaren of buiten toepassing laten?, in: *NJB* 1984, 1364. Onduidelijk blijft waarom een dergelijk argument – aangenomen dat Van der Burg gelijk heeft – niet evenzeer voor het belastingrecht zou opgaan; ook dáár geldt immers het legaliteitsbeginsel. Toch kent men het leerstuk van de onsplitsbare wilsverklaring daar *niet*. Berger (a.w. zie noot 279) gaat hier eveneens aan voorbij. Sterker: hij contrasteert het strafrecht met het belastingrecht, hoewel er op dit punt juist geen verschil is!

281 Vgl. R. de Winter, 'Alles is verboden!' Kleine revolutie in het gemeenterecht?, in: *NJB* 1984, m.n. p. 1128.

282 Vgl. par. 4.5.

283 W.O. Vegting (onsplitsbaarheid (?) van wilsverklaringen bij de rechterlijke toetsing aan art. 168 gemeentewet, in: *Bestuurswetenschappen* 1948, m.n. p. 97/98) vermeldt een arrest van 27 juni 1924, *W* 11308, afkomstig van de *burgerlijke kamer*, waarin exact het omgekeerde is overwogen.

284 Zie noot 214.

285 HR 7 februari 1984, *NJ* 1984, 740.

286 Zie resp. A.W. Heringa, Tippelen of recreëren, in: *NJB* 1984, m.n. p. 784, en R. de Winter, a.w. (zie noot 281) m.n. p. 1129.

287 Opvallend is ook dat de Hoge Raad slechts repte over de vraag of 'toepassing' van *het verbod* door de beugel kon; de zaak werd niet toegespitst op 'de onderhavige toepassing' o.i.d.

288 Vgl. HR 9 januari 1968, *NJ* 1968, 105 (Maastrichts schakelkastje). Dit criterium is herhaald in HR 13 juni 1978, *NJ* 1979, 39 (Nieuwkoop). Huart (Het toetsingrecht van gemeente-verordeningen en de leer der 'onsplitsbare wilsverklaring', in: *Verspreide geschriften*, Alphen a/d Rijn 1949, m.n. p. 92) noemde dit criterium al in 1927.

289 HR 10 april 1979, *NJ* 1979, 428.

290 HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 429.

291 H.D. van Wijk, *Formeel en vaag*, p. 27, Alphen a/d Rijn, 1958.

292 A.w. (zie noot 291) p. 7.

293 HR 13 februari 1922, *NJ* 1922, 473.
294 W.G. Vegting, a.w. (zie noot 283) p. 101. Vgl. ook H.J.M. Jeukens, *AA* 1973, p. 104 (noot onder 'De Huifkar').
295 F.J.A. Huart, a.w. (zie noot 288) p. 94.
296 De enige *echte* uitbreiding van het repertoire (zie met name a.w. p. 96-100) was m.i. de ontdekking van de verordening die 'niet een volstrekt verbod bevat'; B en W konden dan d.m.v. vergunningen voorkómen dat de verordening ook dáár werd toegepast, waar dit (gezien art. 168 gemeentewet) niet door de beugel kon. Vgl. HR 28 juni 1951, *NJ* 1952, 1; HR 5 april 1955, *NJ* 1955, 299; HR 6 januari 1956, *NJ* 1956, 55; HR 27 juni 1972, *NJ* 1972, 380 (t.a.v. een provinciale verordening).
297 Zie voorts hfdst. 4.
298 HR 20 oktober 1981, *NJ* 1982, 18. Opvallend is dat de Hoge Raad in deze zaak het arrest – strikt genomen – op andere gronden heeft gecasseerd dan door de Officier van Justitie waren voorgedragen; dat is bij OM-cassaties ongebruikelijk. Vgl. overigens ook het door de A-G Leijten al genoemde arrest van 16 juni 1959, *NJ* 1960, 88.
299 HR 3 december 1974, *NJ* 1975, 164.
300 H.D. van Wijk, a.w. (zie noot 291) p. 35.
301 Vgl. R. de Winter, 'Alles is verboden!' Kleine revolutie in het gemeenterecht?, in: *NJB* 1984, m.n. p. 1129.
302 J.A. Peters, Deregulering en decentralisatie, in: *Staatkundig Jaarboek* 1986, m.n. pag. 54, Nijmegen 1985.
303 Vgl. ook M. Scheltema in zijn noot onder dit arrest (*NJ* 1979, 428).
304 Arnett v. Kennedy, 416 US 134 (1974), Marshall, dissenting. Vgl. Gerald Gunther, *Cases and materials on constitutional law* (9th ed.), p. 1141, Mineola, NY 1975.
305 HR 14 februari 1984, *AB* 1984, 289.
306 W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht*, p. 110, Alphen a/d/ Rijn 1954. Behalve het bekende arrest van 3 juni 1912, *W* 9354, noemt Vegting ook HR 25 februari 1953, *NJ* 1953, 248.
307 M. Scheltema, noot onder HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 429 (Terschelling).
308 HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 429 (Terschelling). Vgl. bijvoorbeeld ook reeds P.J. Oud, *Handboek voor het Nederlands gemeenterecht, deel II*, p. 267/268 (Zwolle 1959) en C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet, houdende Algemeene Bepalingen*, 4e druk, p. 131, noot 3 ('s-Gravenhage 1884); deze laatste auteur wijst tevens op twee arresten van 9 en 10 oktober 1854, waarin hetzelfde standpunt zou zijn ingenomen.
309 Zie noot 99 en 291.
310 Ernst Jandl, *Das Oeffnen und Schliessen des Mundes*, pag. 7, Darmstadt/ Neuwied 1985 (Luchterhand).

Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR

*De met * aangeduide preadviezen zijn nog verkrijgbaar bij de uitgever of via de boekhandel*

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr.A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G.Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S.J. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J.Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	mr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr.D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)

XXXIV	dr. B.de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)

LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1978)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr.drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling*	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht*	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht*	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving*	(1987)