Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCVIII

De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 3 april 1987
ter behandeling van de preadviezen van
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/Verslag

Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCVIII

Verslag van de algemene vergadering gehouden op 3 april 1987 ter behandeling van de preadviezen van

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 1988

Cip-gegevens

ISBN 90 6092 239 5
NUGI 693

© 1988 Vereniging voor Administratief Recht, 's-Gravenhage
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient u zich te richten tot: Samsom Uitgeverij bv, Postbus 4, 2400 MA Alphen aan den Rijn.

Inhoud

Rede van de voorzitter, mr. M. Scheltema 7

Door de preadviseurs ter tafel gebrachte aanknopingspunten voor de discussie 14

Interventies (ochtendgedeelte) 16

mr. P. J. J. van Buuren 16
mr. F. H. van der Burg 21
mr. J. C. M. Leijten 23
mr. J. E. M. Polak 29
mr. Ch. J. Langereis 33

Beantwoording door de preadviseurs (ochtendgedeelte) 39

mr. H. Ph. J. A. M. Hennekens 39
mr. R. E. de Winter 42
mr. J. W. Ilsink 45

Interventies (middaggedeelte) 47

mr. W. Konijnenbelt 47
mr. J. A. Monsma 50
mr. A. J. Bok 56
mr. I. C. van der Vlies 61
dr. F. P. C. L. Tonnaer 64
mr. J. P. Kruimel 70
mr. Th. G. Drupsteen 73

Beantwoording door de preadviseurs (middaggedeelte) 75

mr. J. W. Ilsink 75
mr. R. E. de Winter 79
mr. H. Ph. J. A. M. Hennekens 84

Verslag van de secretaris over 1986 92

Bestuur en ereleden 94

Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR 95

Rede van de voorzitter, mr. M. Scheltema

Wie verre reizen maakt kan veel verhalen. Ik heb het voorrecht gehad kort geleden een bezoek te kunnen brengen aan de Verenigde Staten van Amerika, en heb mij daar van de recente ontwikkelingen op het terrein van het bestuursrecht op de hoogte kunnen stellen. Het is mijn bedoeling daar iets over te zeggen.

Vraagt men aan de beoefenaren van het bestuursrecht in Amerika waarover thans de discussies gaan en waar het recht het meest in beweging is, dan krijgt men ten antwoord dat vooral de regelgeving op het ogenblik in het middelpunt van de belangstelling staat. Het gaat daarbij om verschillende aspecten. Bekend is ook in ons land dat de deregulering in Amerika al geruime tijd veel aandacht geniet. In verband daarmee wordt ook meer in het algemeen nagedacht over mogelijkheden om de kwaliteit van de regelgeving te verbeteren. Daarnaast wordt in de Verenigde Staten veel gesproken en geschreven over de toetsing van regelgeving door de rechter. Er zijn nogal wat rechterlijke uitspraken daarover, en het is een vrij gewoon verschijnsel geworden nieuwe regelingen aan een oordeel van een rechter te onderwerpen.

Dit laatste onderwerp sluit goed aan bij de discussie die vandaag door de interessante preadviezen is ingeleid, en meer in het algemeen bij de gedachtenwisseling die over dit punt in ons land wordt gevoerd. Graag wil ik daarom ingaan op de Amerikaanse ervaringen tot nu toe.

Wanneer ik de toetsing van regelingen in de Amerikaanse jurisprudentie bespreek, beperk ik mij tot de lagere regelgeving, dus regels die niet in een wet in formele zin zijn opgenomen. Dezelfde rechtsfiguur derhalve die vandaag aan de orde is. Zoals u weet verschilt het toetsingsrecht van de Amerikaanse rechter bij formele wetgeving fundamenteel van de Nederlandse situatie.

Het kader waarbinnen toetsing van lagere regelgeving (verordeningen) plaatsvindt is, op het federale niveau, de federale Administrative Procedure Act van 1946. Dat is een wet van een soort die wij

nog niet hebben, maar naar ik hoop wèl snel zullen krijgen: een algemene wet op het terrein van het bestuursrecht, waarin ook voor het terrein van de wetgeving een aantal regels is opgenomen. Deze regels zijn van tweeërlei aard:

1. procedurele regels;[1]

2. toetsingsgronden die de rechter bij het beoordelen van regelgeving moet hanteren.[2]

Ad 1. Voor iedere regelgeving gelden krachtens de Administrative Procedure Act drie eisen:

a. voordat een regeling kan worden vastgesteld, moet een openbare mededeling worden gedaan van het feit dat men van plan is die regeling vast te stellen, met een indicatie van het onderwerp en de strekking;

b. gedurende een bepaalde periode moet gelegenheid tot het geven van commentaar worden geboden;

c. wanneer de regeling wordt vastgesteld, moet zij vergezeld gaan van een beknopte motivering waarin aandacht dient te worden besteed aan de relevante opmerkingen die in de commentaren zijn gemaakt.

Ad 2. De in de wet opgenomen toetsingsgronden die de rechter bij het beoordelen van regelgeving hanteert, lijken enigszins op de opsomming die we hier te lande in artikel 8 van de Wet Arob en in soortgelijke wetten aantreffen. Het gaat om toetsing aan zowel de formele wet als het ongeschreven recht en om een niet alleen materiële maar ook procedurele beoordeling. Opvallend is – dat lijkt mij met het oog op de discussie van vandaag interessant – dat de toetsingsgronden zijn omschreven voor bestuursbesluiten in het algemeen. Ze zijn dus niet in het bijzonder geformuleerd voor regelgeving, maar ze gelden voor ieder bestuursoptreden. Dat neemt niet weg dat de toetsing van regelingen toch enigszins anders gestalte krijgt dan die van andere bestuursbesluiten. Zo geschiedt de toetsing van regelgeving aan *procedurele* eisen meer dan bij andere bestuursbesluiten naar in de wet opgenomen eisen. Dit komt doordat de wet wèl speciale regels omtrent de procedure van het tot stand brengen van regelgeving bevat. Bovendien heb ik de indruk dat de rechter over het algemeen regelgeving iets terughoudender toetst dan andere besluiten, zoals beschikkingen.

Hoe geschiedt de toetsing van regelgeving nu in de praktijk van de jurisprudentie? Ik zal in het bijzonder aandacht besteden aan twee rechterlijke toetsingsmogelijkheden:

- procedurele toetsing aan algemene eisen,
- materiële toetsing aan algemene eisen.

Op toetsing aan de hogere wet in het bijzonder zal ik niet ingaan. Leerstukken als dat van de onsplitsbare wilsverklaring zullen in de Verenigde Staten misschien een rol spelen, maar de opmerkingen die in de preadviezen zijn gemaakt over hetgeen ik daarover in Nederland heb betoogd, doen het mij niet wagen de Amerikaanse situatie in dezen te behandelen!

Allereerst dan iets over algemene toetsingsmaatstaven inzake de *procedure.* Zojuist heb ik drie eisen genoemd die in de wetgeving worden aangegeven. In het algemeen kunnen we constateren dat men in de Verenigde Staten die drie procedurele eisen als een absoluut minimum beschouwt. In latere wetgeving – de Administrative Procedure Act is van 1946 – worden de eisen vaak uitgebreid en op staatniveau worden soortgelijke wetten vastgesteld die op het terrein van verslaggeving en motivering van regelgeving aanzienlijk meer eisen stellen. In de uitspraken van de rechter wordt die ontwikkeling weerspiegeld. De rechters zijn duidelijk geneigd de eisen extensief uit te leggen, een goede fundering, een goede motivering van regelgeving te verlangen en ook eisen te stellen aan de manier waarop inspraak wordt geleverd.

U zult zich kunnen voorstellen dat men, op dit pad een eindweegs gaande, gemakkelijk heel ver gaat en licht de gedachte opvat dat bij ingewikkelde regelgeving een omvangrijk dossier moet bestaan. Denkt u in dit verband aan milieuregelgeving, waarbij het soms niet eenvoudig is een goede motivering voor de gekozen normen aan te geven. De vraag is dan ook actueel of de rechter in dit opzicht niet te ver gaande eisen is gaan stellen. Het bestuur heeft daar uiteraard bezwaar tegen, en soms krijgt de rechter het resultaat van ver gaande eisen weer op zijn eigen bord. Wat denkt u van de rechter die zich erover beklaagt dat hij een dossier van 10.000 bladzijden moet bestuderen voordat hij over de motivering van de regeling een oordeel kan geven!

Het Hooggerechtshof heeft dan ook in een uitspraak van 1978[3] duidelijk aangegeven dat de in de Administrative Procedure Act opgenomen procedurele eisen inderdaad moeten gelden, maar dat het niet aan de rechter is deze met nieuwe voorschriften aan te vullen. Het Hof heeft wat dit betreft een enigszins voorzichtige koers willen varen.

Dat neemt niet weg dat de drie hierboven onder *a* t/m *c* genoemde eisen in de Verenigde Staten van Amerika algemeen als het absolute

minimum voor een behoorlijke procedure tot vaststelling van regelgeving worden beschouwd. Tijdige kennis van regels die op komst zijn is een belangrijk voordeel daarvan. Als garantie voor de kwaliteit van de regeling wordt de mogelijkheid van commentaar van belanghebbenden als buitengewoon belangrijk gezien. Belanghebbenden zullen met de toekomstige regelgeving te maken krijgen en zullen vaak het beste kunnen beoordelen wat voor problemen deze met zich zal brengen.

Illustratief zijn in dit verband gesprekken die ik voerde met mensen die veel op het gebied van voorbereiding van regelgeving moeten doen, bijvoorbeeld mensen van het *agency* dat regels van milieurecht vaststelt. Zij achten de hier geschetste procedure, waarbij de mogelijkheid van commentaar bestaat, zonder uitzondering essentieel, omdat tijdens die procedure steeds problemen naar voren komen die bij de uitvoering kunnen rijzen maar die men moeilijk kon voorzien. In die zin draagt deze procedure, als zij maar niet al te uitgebreid is, duidelijk tot de kwaliteit van de regelgeving bij.

Ik voeg hier nog de volgende constatering aan toe. Wanneer men in de Verenigde Staten met deregulering bezig is en probeert voor ogen te houden dat de kosten van de regelgeving niet te hoog moeten worden, maakt men in belangrijke mate gebruik van de argumenten die tijdens de procedure naar voren zijn gebracht, zonder te steunen op commissies die zelfstandig gaan toetsen hoe hoog de kosten van de regelgeving zijn. Men meent er juist door kennisneming van de in de procedure geopperde argumenten goed achter te kunnen komen wat bij voorgenomen regelgeving de problemen en de kosten zijn.

De toetsing aan *materiële* normen door de rechter geschiedt aan de hand van de Amerikaanse omschrijving van het willekeurscriterium: in feite onze c-grond uit de Wet Arob. Regelgeving die niet aan dat criterium voldoet noemt men in de Verenigde Staten *capricious*. Het zal duidelijk zijn dat men, wanneer men aan regelgeving, ook op het punt van de motivering, al een aantal procedurele eisen stelt, gemakkelijker kan nagaan of regelgeving al dan niet redelijk is. Kent men immers de motivering, dan kan men die ook beoordelen. Dit heeft tot gevolg dat de rechter regelgeving op dit punt soms vrij kritisch beoordeelt en daarin nogal ver gaat.

Een bekend voorbeeld is de beoordeling van een van de eerste maatregelen die president Reagan nam, nadat hij voor de eerste keer in functie was getreden. In de geest van de deregulering wilde hij komen tot afschaffing van de aan de automobielindustrie opgelegde veiligheidseisen, die naar heersende opvattingen in kringen van de

industrie te ver gingen. Enkele weken nadat hij aan het bewind was gekomen, trok hij de desbetreffende verordening in. Vervolgens is een procedure bij het *Supreme Court* geëindigd met vernietiging van het intrekkingsbesluit.[4] Naar de mening van het Supreme Court kan men niet, nadat er een uitvoerige voorbereiding is geweest en nadat over de voor- en nadelen van het stellen van die veiligheidseisen uitvoerige discussies zijn gevoerd – waarbij ook de economische aspecten terdege zijn bekeken –, in twee of drie weken tot de conclusie komen dat het allemaal helemaal niet nuttig is. Daarvoor is een zorgvuldigere procedure en een betere motivering nodig.

Het betoog van het Supreme Court is uitgebreider, maar met het bovenstaande is in ieder geval geïllustreerd hoe ver de rechter soms met toetsing aan het willekeurcriterium kan gaan.

De toetsing van regelgeving door de Amerikaanse rechter overziende, concludeer ik dat in ieder geval de procedurele eisen die aan regelgeving worden gesteld een belangrijke rol spelen. Men is algemeen overtuigd van het nut dat de procedure voor de kwaliteit van de regelgeving heeft. De rol van de rechter bij het toezien op de vraag of de procedurele regels in acht worden genomen, is bepaald belangrijk.

Proberen we nu hieruit een conclusie voor Nederland te trekken, dan rijst in de eerste plaats de vraag of de toetsing van regelgeving in de Verenigde Staten van Amerika niet zó eigen is aan het Amerikaanse systeem, dat vergelijking met Nederland niet wel mogelijk is. Welnu, het is een feit dat, afgezien van de verschillen in staatsrechtelijk systeem, regelgeving in de Verenigde Staten voor een gedeelte tot stand wordt gebracht door *independent agencies,* zelfstandige bestuursorganen, die niet onder een politieke controle vallen. Men kan zich voorstellen dat de controle van regelgeving van dergelijke organen meer nodig is dan de controle van regelgeving die onder een politieke legitimatie tot stand komt. Toch is het opvallend dat ook op regels die niet door de independent agencies tot stand worden gebracht, maar bijvoorbeeld direct onder de verantwoordelijkheid van een gekozen president – denkt u maar aan de intrekking van de veiligheidseisen voor auto's – dezelfde toetsen worden toegepast. Dat geldt ook voor regels waarbij het congres zich uitdrukkelijk een vetorecht heeft voorbehouden. Dergelijke constructies, die overeenkomst vertonen met de constructies die voor Nederland door Van Angeren zijn beschreven,[5] zijn er ook in de Verenigde Staten. Bij die vormen van regelgeving wordt het rechterlijk toetsingsrecht toch op dezelfde manier gehanteerd als bij regelgeving waarbij de volksvertegenwoordiging niet betrokken is. Op deze grond is er dus geen reden

om te denken dat de eisen die in de Verenigde Staten worden gesteld in Nederland niet evenzeer zouden moeten gelden.

Bij vergelijking met de discussies in Nederland over de kwaliteit van de regelgeving, de beginselen van behoorlijke wetgeving, de evaluatie van wetgeving en de deregulering, vallen nog andere verschillen op. Bij ons is de gedachtenwisseling vooral gericht op het binnen het bestuur bereiken van een betere kwaliteit van de regelgeving. Ik denk in dit verband aan de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek. Voorts heeft de regering bij het instellen van een dereguleringscommissie besloten dat weliswaar de voorzitter van buiten de departementen mag komen, maar dat de overige leden uit de administratie afkomstig moeten zijn. Ook de manier waarop men over evaluatie van wetgeving nadenkt duidt erop dat men vooral de oplossing zoekt in het binnen de overheid organiseren van een kwalitatief beter produkt.

De vraag kan rijzen of niet ook in Nederland het inschakelen van buitenstaanders die met de regelgeving te maken hebben een aantrekkelijke weg zou zijn. Wetgeving is uiteindelijk zó ingewikkeld – dat blijkt steeds weer –, dat de wetgever onmogelijk alles van tevoren kan overzien. Het zou aantrekkelijk zijn dat hij probeert de kennis die verder in de samenleving aanwezig is ook bij het tot stand brengen van wetgeving te mobiliseren. In dat opzicht kunnen wij lering trekken uit de ervaringen in de Verenigde Staten. Misschien is er ook bij ons al een ontwikkeling in die richting te bespeuren, denk bijvoorbeeld aan het verleden jaar door de Hoge Raad gewezen Landbouwvliegersarrest. Het arrest benadrukt het belang van een goede motivering, hetgeen in dit verband bepaald van betekenis is. Ook andere, administratiefrechtelijke colleges komen wel met vergelijkbare benaderingen. Het lijkt mij wenselijk te overwegen of deze gedachtengang niet ook bij het ontwikkelen van beginselen van behoorlijke wetgeving een belangrijke rol kan spelen.

Noten

1. Paragraaf 553 United States Code; vroeger paragraaf 4 van de Administrative Procedure Act.
2. Paragraaf 706 United States Code; vroeger paragraaf 10 (e) van de Administrative Procedure Act; deze paragraaf geldt niet alleen voor regelgeving, maar ook voor andere besluiten van bestuursorganen.
3. Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, 435 U.S. 519 (1978).
4. Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc., v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company, 463 U.S. 29 (1983).

5. J. A. M. van Angeren, De parlementaire inbreng bij gedelegeerde wetgeving, *Nederlands Juristenblad* 1978, pp. 349-354.

Door de preadviseurs ter tafel gebrachte aanknopingspunten voor de discussie

I. Inzake toetsing van gemeentelijke verordeningen op hun verbindendheid lijken de arresten van de Hoge Raad, zowel wat de strafrechter als wat de belastingrechter aangaat, consistenter dan de uitspraken van de Afdeling rechtspraak. Op het stuk van toetsing van gemeentelijke verordeningen spelen de overige administratieve rechters geen grote rol.

1. Verdient, omwille van een verantwoorde rechtsvorming omtrent gemeentelijke verordeningen, rechtspraak in meer instanties aanbeveling?

2. Is het wenselijk de oordeelsvorming over de verbindendheid van (gemeentelijke) verordeningen zodanig in te richten dat één hoogste rechterlijke instantie tot een eindoordeel bevoegd is? Dit mede om te voorkomen dat over dezelfde bepalingen door rechters in hoogste instantie verschillend geoordeeld wordt omtrent de verbindendheid.

3. Is het zinvol de Raad van State tot voorafgaande advisering omtrent verbindendheid van (gemeentelijke) verordeningen in relatie tot wet en a.m.v.b. bevoegd te maken, teneinde de kwaliteit van gemeentelijke regelgeving te verbeteren en de rechtszekerheid te bevorderen?

II. In de doctrine en ook in de preadviezen zijn enige vragen gesteld, die als volgt weergegeven kunnen worden.

1. Is het wenselijk beroep open te stellen tegen (gemeentelijke) verordeningen?
2. Is toetsing van verordeningen aan algemene rechtsbeginselen, zoals deze thans aarzelend op gang lijkt te zijn gekomen, wenselijk? Zo ja: in hoeverre?

3. *a.* Dient de wetgever vast te leggen dat een onverbindend verklaarde bepaling/verordening ingetrokken wordt? (Vgl. artikel 273 lid 1 oud gemeentewet.)
   b. Dient intrekking ook voorgeschreven te worden, indien beroep tegen de verordening zelf niet mogelijk wordt gemaakt?

III. Zowel uit de rechtspraak van de strafrechter als uit die van administratieve rechters, met name de Afdeling rechtspraak RvS, blijkt dat de artikelen 193 en 194 gemeentewet (vgl. 80 en 81 Provinciewet en 123 en 124 ontwerp-gemeentewet) ter bevordering van de rechtszekerheid en rechtseenheid geen wezenlijke bijdrage hebben geleverd.

1. Is schrapping van deze artikelen wenselijk?

2. Dient bij de totstandkoming van nieuwe wetten steeds een overgangsregeling te worden opgenomen teneinde aanpassing van gemeentelijke verordeningen op een verantwoorde manier te laten verlopen?

Interventies (ochtendgedeelte)

mr. P. J. J. van Buuren

Het voorrecht van de eerste spreker op een dag als vandaag is dat hij de loftrompet over de preadviezen mag steken. Ik wil dat gaarne en uit volle overtuiging doen. Er liggen drie buitengewoon waardevolle en interessante preadviezen, die ons een inzicht bieden in de stand van zaken met betrekking tot toetsing van gemeentelijke verordeningen op de diverse deelgebieden.

De Winter biedt ons een kijkje in de keuken van de cassatierechter die de Hoge Raad bij ons is, waardoor het voor ons bestuursrechtjuristen, die zich meestal toch vooral op de administratiefrechtelijke jurisprudentie richten, duidelijk wordt hoe de toetsing door de Hoge Raad als strafrechter verloopt.

Een zeer grote pluim komt mijns inziens Ilsink toe, niet alleen omdat hij evenals de andere preadviseurs voortreffelijk werk heeft geboden, maar vooral omdat hij als belastingrechtjurist zich zo duidelijk in dienst heeft gesteld van de bestuursrechtjuristen die zich in de Vereniging voor Administratief Recht verenigd weten. Ilsink heeft het moeilijke gebied van de belastingrechtspraak op een aantal punten voor ons toegankelijk gemaakt, waarbij hij zeer goed het oog heeft gehouden op de algemene leerstukken. Men denke bijvoorbeeld aan zijn uiteenzetting over de toetsing door de belastingrechter aan de ongeschreven rechtsbeginselen. Naar mijn mening kunnen we gerust zeggen dat die uiteenzetting tot het beste behoort wat daarover tot op heden is verschenen.

Een praktische opmerking in het algemeen is dat wellicht de preadviezen voor de praktijk, die ongetwijfeld zijn voordeel met deze overzichten zal willen doen, toegankelijker zouden kunnen worden gemaakt door de toevoeging van registers. Als dat niet kan worden gerealiseerd voordat de preadviezen worden gedrukt, zou men altijd nog kunnen overwegen registers op te nemen bij het verslag. In de preadviezen van vandaag, en in het bijzonder in het preadvies van

Hennekens wordt veel materiaal goed gerangschikt aangeboden, maar aan de hand van trefwoordenregisters zou je nog gemakkelijker je weg kunnen vinden. Graag leg ik deze suggestie bij het bestuur neer.

Over elk van de drie preadviezen zou ik een korte opmerking willen maken. Mijn eerste opmerking loopt uit op een vraag aan het adres van Hennekens. In de preadviezen van enerzijds Hennekens en anderzijds De Winter worden verschillende zienswijzen gegeven omtrent het begrip *abstracte toetsing*. De Winter gebruikt dat begrip in de zin van een afstandelijke en marginale toetsing, waarbij de Hoge Raad met een zekere afstand beziet of een verbodsbepaling met de hogere norm in overeenstemming is. Zo gaat in het kader van artikel 168 van de gemeentewet de rechter niet na of een verordening in het belang van de huishouding van de gemeente nodig *is* – ter bescherming van bijvoorbeeld de openbare orde –, maar of de gemeenteraad die verordening in het belang van de gemeente nodig heeft *kunnen* oordelen. Op de bladzijden 224 e.v. legt de preadviseur dit duidelijk uit. Deze preadviseur gebruikt het begrip *abstracte toetsing* in de zin van een zekere marginale en afstandelijke beoordeling.

Hennekens daarentegen gebruikt *abstracte toetsing* heel duidelijk als tegenstelling tot *concrete toetsing*. *Abstracte toetsing* is bij hem toetsing van de verordening aan de hogere norm, los van het aan de orde zijnde concrete geval. Zich nog helemaal niet op de toepassing van de verordening richtend, gaat de rechter na of de lagere regel wel in overeenstemming is met de hogere regeling. Dit is bij Hennekens abstracte toetsing, een toetsing die tot onverbindendheid van een bepaling kan leiden. *Concrete toetsing* is bij Hennekens aan de orde wanneer niet een gemeentelijke verordening aan een hogere norm wordt getoetst, maar wanneer de *toepassing* van een gemeentelijke verordening – de uitvoering, de concrete beschikking, berustend op het voorschrift-in-kwestie – in strijd met een hogere regel wordt geacht. Deze toetsing mondt niet uit in onverbindendheid van een gemeentelijke bepaling, maar simpel in een buiten toepassing laten daarvan. De toetsing wordt concreet genoemd omdat zij geheel is toegespitst op het concrete geval-in-kwestie; je zou ook kunnen spreken van een resultaatstoetsing. Als het resultaat van de toetsing van de beschikking aan de hogere regel is dat wegens strijdigheid van de toepassing in het concrete geval met de hogere regel de gemeentelijke bepaling buiten toepassing wordt gelaten, is er, zo schrijft Hennekens, met de bepaling zelf nog niets aan de hand. De bepaling is niet onverbindend en – naar ik zelfs uit het betoog van

Hennekens meen te mogen opmaken – ook niet onrechtmatig. Zo komt Hennekens met name bij zijn analyse van de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak tot de conclusie dat de Afdeling twee technieken kan hanteren: enerzijds de abstracte en anderzijds de concrete toetsing.

Hiermee heb ik kort weergegeven wat Hennekens in een belangrijk onderdeel van zijn preadvies beweert. Ik heb geprobeerd mij kritisch af te vragen of dat allemaal nu wel waar is. Hoewel ik niet precies kan aangeven hoe het zit wil ik hier tentatief een iets ander beeld schetsen. Naar mijn mening hebben we niet te maken met een zwart-wit-situatie waarin je een scheiding tussen abstracte en concrete toetsing kunt leggen. Met zo'n scheiding heb ik overigens ook logische problemen. Als een gemeentelijke bepaling buiten toepassing moet worden gelaten omdat het resultaat van die bepaling in strijd met een hogere norm is, moet je toch eigenlijk zeggen dat voor dàt geval de gemeentelijke bepaling zelf niet juist was. Weliswaar zien we in een aantal gevallen dat de Afdeling rechtspraak alleen maar buiten toepassing laat zonder dat ze de onverbindendheid uitspreekt, maar mijns inziens heeft dat niet zo zeer te maken met een resultaatstoetsing als wel met de wens van de rechter de onverbindendverklaring te vermijden. In een dergelijk geval constateert de rechter dat de botsing tussen de lagere en de hogere regel van een zó incidenteel karakter is, een zó uitzonderlijk geval betreft, dat de rechter elke suggestie dat de regel ook maar voor een gedeelte onverbindend of voor een groep van gevallen onrechtmatig zou zijn wil vermijden en alleen van 'buiten toepassing laten' spreekt.

Een dergelijke gang van zaken lijkt mij in een juridisch systeem als het onze verdedigbaar. In ons systeem neemt immers de regeldichtheid enorm toe, waarbij bedrijfsongevallen in de zin van min of meer toevallige botsingen tussen hogere en lagere regelingen bijna onvermijdelijk zijn. Ik ga er veeleer van uit dat de onverbindendverklaring wordt vermeden wanneer zij een te zware sanctie is die de rechter om hem moverende redenen dus maar niet wil uitspreken. Bij uitzonderlijke en incidentele botsingen spreekt hij dan liever van 'buiten toepassing laten'.

De vraag is nu of we dit wel *concrete toetsing* moeten noemen. Suggereren we daarmee niet te zeer dat er – zoals ook de preadviseur het brengt – sprake is van een toetsing, met overslaan van de toetsing van de gemeentelijke regel aan de hogere regel, van uitsluitend de *toepassing* van de regel aan de hoogste regel? Suggereren we daarmee niet dat er iets anders gebeurt dan er eigenlijk aan de hand

is? Het zit hem niet in de wijze van toetsen, maar veel meer in de uitzonderlijke botsing tussen regels.

Overigens is mij niet ontgaan dat De Winter voor het verschil tussen onverbindend verklaren en buiten toepassing laten nog een andere verklaring heeft, maar daarop wil ik nu niet ingaan. De verklaring van De Winter, die mij overigens juist lijkt, staat op zichzelf en conflicteert niet met hetgeen ik zojuist heb betoogd.

Mijn tweede opmerking naar aanleiding van het preadvies van Hennekens zal uitmonden in een vraag aan De Winter. Hennekens heeft de toetsing door de Afdeling rechtspraak namelijk vergeleken met de toetsing door de strafrechter. Zijn betoog houdt in dat de Afdeling rechtspraak in een groot aantal gevallen *relatief abstract* toetst. Daarmee bedoelt hij dat de toetsing – in zijn terminologie: abstracte toetsing – van de gemeentelijke bepalingen niet onnodig los van het concrete te berechten geval geschiedt. Ik vat dit zo op, dat de Afdeling rechtspraak zich niet afvraagt of de toe te passen norm misschien ook onverbindend is in àndere gevallen dan in het geval-in-kwestie, doch hoofdzakelijk geïnteresseerd is in de verbindendheid in de soort gevallen waarvan er nu juist één bij de Afdeling op tafel ligt.

Een voorbeeld, dat ik aan het preadvies van Hennekens ontleen, is de toepassing van gemeentelijke monumentenverordeningen. Stel – zo zou je het voorbeeld van Hennekens kunnen vertalen – dat een gemeentelijke monumentenverordening zich ook uitstrekt tot monumenten die op de rijkslijst staan en die dus onder de Monumentenwet vallen. Het staat buiten kijf dat de verordening daarmee een te ruime strekking heeft en buiten haar boekje gaat. Relatief abstracte toetsing houdt dan in dat de Afdeling rechtspraak niet geneigd is op die te ruime strekking te letten zolang er geen rijksmonument in het geding is.

De stelling van Hennekens is nu dat de strafrechter de gemeentelijke monumentenverordening al onverbindend zou verklaren alleen op grond van het feit dat zij zich ook uitstrekt tot rijksmonumenten, terwijl het in feite alleen maar om een niet-rijksmonument gaat. Wat ik mij nu afvraag is of ook De Winter dit onderscheid zo opvat en met name of hij het eens is met de opvatting van Hennekens dat de strafrechter ter zake van een zodanige op zichzelf te ruime verbodsbepaling de onverbindendheid óók zou uitspreken als het te ruime karakter van de bepaling in het concrete geval volstrekt niet aan de orde is. Ik acht het namelijk mogelijk dat ook de Hoge Raad tegenwoordig een lijn volgt waarbij hij aan niet aan de orde zijnde gevallen – die zich op zichzelf wel degelijk kunnen voordoen – in een

bepaalde zaak geen boodschap heeft. Graag zal ik op deze vraag een antwoord van De Winter krijgen.

Conform mijn belofte tot slot een vraag aan het adres van Ilsink. Ilsink heeft uiteengezet hoe de belastingrechter zich niet rechtstreeks bezighoudt met de toetsing van de hoogte van voorgeschreven belastingheffingen. Zoals voor de hand ligt gaat de belastingrechter niet bepalen of het juist is dat een bepaald aantal guldens per belastbaar feit wordt geheven, maar anderzijds is het ook niet zo dat de belastingrechter de interpretatie van begrippen als *matige winst* en *een billijke bijdrage* uitsluitend nog aan de Kroon overlaat. In ieder geval, zo heeft Ilsink uiteengezet, grijpt de belastingrechter tegenwoordig in wanneer sprake is van een zeker gekwalificeerd willekeursbegrip. Wanneer in fiscale zin willekeur aan de orde is – een preciezere beschrijving kan men bij Ilsink vinden –, grijpt de rechter in. De toetsing is al met al nogal marginaal.

Anders is het gesteld met de vraag, wat een *redelijke verhouding* in de zin van artikel 273, vijfde lid, van de gemeentewet is. Naar de mening van de preadviseur zou de gang van zaken te dien aanzien anders moeten zijn – ik neem nu maar even aan dat zij ook werkelijk anders is –: de rechter zou tot een volledige toetsing moeten komen. Deze opvatting heeft mijn verbazing gewekt en heeft mij aanvankelijk op het verkeerde been gezet. Doordat de preadviseur op bladzijde 131 onder a t/m d de *matige winst*, de *billijke bijdrage*, het begrip *op benaderende wijze* en de *redelijke verhouding* op één rijtje heeft gezet, wekte hij bij mij de indruk dat het om vergelijkbare gevallen zou gaan en dat daarom de opklimmende mate van toetsing – van heel marginaal tot de volledige invulling van het begrip *redelijke verhouding* – opmerkelijk zou zijn. Dit heeft mij in zóverre op een dwaalspoor gebracht, dat het bij de *redelijke verhouding* van artikel 273, vijfde lid, van de gemeentewet eigenlijk om iets anders gaat.

De materie waarover ik nu spreek is vrij ingewikkeld: men zal er de wet bij moeten nemen om mijn betoog geheel te kunnen volgen. Hoofdzaak is dat het bij de *redelijke verhouding* in het kader van de onroerend-goedbelasting niet om een politieke keuze omtrent de hoogte van belastingtarieven gaat. De belastingtarieven zijn helemaal niet in het geding: het gaat om de afbakening van gevallen waarin de *waarde in het economisch verkeer*, een begrip uit de wet, goed als heffingsgrondslag kan worden gebruikt, tegenover gevallen waarin dat niet mogelijk is. De wetgever heeft naar mijn mening evident niet bedoeld de gemeenteraad als wetgever een keuzevrijheid te laten: hij heeft alleen niet precies kunnen zeggen hoe de

gemeenteraad te werk zou moeten gaan en welke objecten hij onder een andere paraplu dan *waarde in het economisch verkeer* zou moeten vangen, met als gevolg dat hij de vage norm *een redelijke verhouding* heeft gegeven. Naar mijn mening gaat het hier duidelijk om een norm uit het maatschappelijk en economisch verkeer, die de rechter volledig moet invullen.

Al met al heb ik op dit moment – anders dan toen ik een voorbeschouwing in *Regelmaat* schreef – het idee dat een volledige invulling door de rechter van het begrip *een redelijke verhouding* eigenlijk vanzelf spreekt. Vindt ook Ilsink volledige toetsing vanzelfsprekend, omdat het hier niet om de verhouding wetgever/bestuur/gemeenteraad/rechter gaat, of ziet hij hierin toch iets principieel staatsrechtelijks, in de verhouding tussen wetgevende gemeenteraad en rechter?

mr. F. H. van der Burg

De preadviseurs zijn zeer uitvoerig ingegaan op het onderwerp van vandaag. Zij hebben echter niet een volledig uitputtende behandeling gegeven. Ik zie althans de mogelijkheid nog enige aanvullende opmerkingen te maken over het grondwettelijke aspect van de toetsing.

Volgens art. 124 Grondwet hebben de besturen van provinciën en gemeenten de bevoegdheid regelen te stellen inzake hun eigen huishouding. Die bevoegheid is aan hen 'overgelaten'. Op basis van die term is in de literatuur wel de stelling verdedigd dat de gemeenten en de provinciën, maar vooral de gemeenten een preconstitutionele positie hadden.

De Grondwet kende geen bevoegdheden toe aan de gemeentebesturen, maar liet hen de bevoegdheden die ze van oudsher hadden. Dat zou betekenen dat het Koninkrijk als het ware om de gemeenten met hun eigen huishoudingen is heengebouwd. Ik meen mij te herinneren dat die stelling vroeger vreugde bracht in gemeentelijke kring. Nu is de belangstelling voor dit punt verflauwd, maar het is opmerkelijk dat de termen 'huishouding' en 'overgelaten' zijn gehandhaafd.

Uit rechtsvergelijkend oogpunt is art. 124 Grondwet een zeer opmerkelijke bepaling. In Engeland is gemeentelijke regelstelling gewoon een vorm van gedelegeerde wetgeving. Alle regelgeving moet immers afgeleid worden van de soevereiniteit van het parlement. In Frankrijk en België gaat men voor de inhoud van de

gemeentelijke verordenende bevoegdheid nog steeds te rade bij de Franse wet van 16-24 augustus 1970. De Nederlandse benadering van de gemeentelijke verordenende bevoegdheid is uniek in die zin dat nergens ter wereld gesproken wordt van gemeentelijke *wetgevers*.

Het lijkt mij dat deze grondwettelijke achtergrond in sterke mate bepalend is voor de toetsingsproblematiek. De gedachte van een hiërarchie van normen en van ondergeschiktheid aan de nationale wetgeving is niet tot ontwikkeling gekomen. De gemeenten en provinciën hebben immers een grondwettelijke bevoegdheid regelen te stellen betreffende hun eigen huishouding. De stelregel dat lagere regelen niet in strijd mogen komen met hogere regelen is nergens in algemene zin vastgelegd. Toetsing is niet zo zeer de handhaving van een normenhiërarchie als wel het interpreteren van de term huishouding. Die term is elastisch. Een posterieure hogere regeling doet de huishouding inkrimpen, maar maakt de gemeenteraad vervolgens een posterieure verordening dan wordt de huishouding weer ruimer. De theorie heeft zich sterker bezig gehouden met belangen en motieven dan met de vraag wat strijd is.

Deze inleiding had ik nodig om in te gaan op een van de vraagpunten van de preadviseurs. Is het wenselijk beroep open te stellen tegen gemeentelijke verordeningen? In Nederland hebben we provinciale en gemeentelijke wetgevers. Die wetgevers hebben een eigen grondwettelijke positie. Jarenlang heeft men veel nadruk gelegd op het politieke en legislatieve karakter van gemeentelijke en provinciale verordeningen. Nu stellen de preadviseurs doodleuk de vraag of het wenselijk is beroep tegen (gemeentelijke) verordeningen in te stellen. Daaraan zou mijns inziens vooraf moeten gaan de vraag: kunnen we de produkten van gemeentelijke 'wetgevers' beschouwen als rechtshandelingen van bestuurlijke aard die zich lenen voor administratieve rechtspraak?

Ik heb mijn twijfels. Ik vraag mij af of men daarvoor niet de Grondwet zou moeten wijzigen in die zin dat de gedachte van wetgeving van een eigen huishouding radicaal wordt opgeheven.

Ik wil nu wijzen op een praktisch punt. Met het St. Oedenrode-arrest en het Van Gelder-arrest is aan de juridische horizon een onheilspellend licht verschenen, namelijk de schadeplichtigheid van gemeenten voor de handhaving van verordeningen die naderhand onverbindend worden verklaard. Ik sluit niet uit dat dit perspectief voor de gemeenten zo afschrikwekkend is dat zij graag het eerst-geboorterecht van de preconstitutionele positie zouden willen verkopen voor een systeem van beroep tegen verordeningen mits de verordeningen na het verstrijken van de beroepstermijn onaantast-

baar zouden zijn, dat wil zeggen formele rechtskracht zouden hebben. Denken de preadviseurs aan een dergelijke onaantastbaarheid? Voor de goede orde merk ik op dat een dergelijk systeem nooit zo ver zou kunnen gaan dat die onaantastbaarheid ook zou gelden ten opzichte van de strafrechter. Die zou moeten blijven toetsen. Het lijkt mij niet aanvaardbaar dat iemand gestraft zou worden terzake van overtreding van een onwettige verordening, ook al heeft hij de beroepstermijn ongebruikt laten verstrijken. Dat volgt mijns inziens uit art. 1 Strafrecht en uit art. 16 van de Grondwet.

mr. J. C. M. Leijten

Ik zal mij alleen tot de preadviseur De Winter richten, uitsluitend omdat ik van de preadviezen van de anderen nog geen kennis heb genomen – misschien ook nooit kennis zàl nemen –, en niet omdat ik van het door De Winter behandelde onderwerp zo veel weet! Toen ik op me had genomen er iets over te schrijven, iets wat me meestal beter afgaat dan praten, dacht ik: nu moet je over die materie ook iets gaan lézen. Kort geleden verschenen was op dat moment het nieuwe boek van Ter Brake, *De APV in het strafrecht van de gemeente,* maar wat nogal tegenviel was dat dat boek behoorlijk dik is. Toen heb ik niet, zoals sommige mensen doen, maar een beetje naar de inhoud geraden, maar ben ik naar een bespreking van het boek gaan zoeken. Zodoende – ik zeg het met enige trots – heb ik onlangs ook kennisgenomen van een periodiek dat mij voordien alleen maar bij wege van zeggen bekend was: *Bestuurswetenschappen.* U denkt nu natuurlijk allen: hier staat nog een èchte ketter! In het januari/februari-nummer van 1987 (nr. 1) trof ik een heel korte bespreking aan, die ongeveer als volgt begon: 'Gemeentelijke strafbepalingen zijn nogal eens een gewild onderwerp voor sappige stukjes in de pers: gedateerde, folkloristische of lachwekkend gedetailleerde bepalingen.' Vervolgens werd heel in het kort iets over het proefschrift van Ter Brake gezegd. Naar ik meen heeft overigens ook De Winter nog geen kennis van dat proefschrift genomen, maar het kan zijn dat hij het ergens op het laatst heeft vermeld.

Vervolgens – ik werk dit even uit; straks kom ik echt op het thema! – kreeg ik behoefte eens te kijken wat er verder nog in het blad *Bestuurswetenschappen* stond. Het eerste artikel ging over het management; daarin hadden ze het over de 'kwaliteit van de bemensing van de produktie'. Op bladzijde 8 vond ik een heel mooi advies: als een manager het niet goed doet dient de betrokken

manager 'horizontaal te worden overgeplaatst'. Zo zou het eigenlijk ook in de rechterlijke macht moeten gaan. Niet verticaal, maar horizontaal: dragen naar een andere functie, God zij dank!

Al met al mag ik de loftrompet alleen maar steken over het preadvies van De Winter. Ik wil dat op een engiszins andere manier doen dan gebruikelijk is, omdat De Winter in mijn ogen ook een ongebruikelijk preadvies heeft geschreven. Hij is nu niet direct op een manier te werk gegaan die we in de juridische literatuur gewend zijn. Overigens valt eigenlijk niet zo simpel te ontdekken waaraan dat gelegen is. Voor zover mijn overzicht over het terrein zich uitstrekt is zijn beheersing van dit terrein zeker niet minder solide dan de beheersing die wij in het algemeen van juridische preadviseurs gewend zijn. Juridische preadviseurs weten doorgaans vrijwel alles van het onderwerp en we kunnen ze zelden of nooit op een echte lekkere stommiteit betrappen. Of De Winter evenveel van het onderwerp af weet als Ter Brake, kan ik niet uitmaken omdat ik zoals gezegd diens proefschrift nog niet heb gelezen. In dit verband verwijs ik even naar de jongste ontboezemingen van Henc van Maarseveen over dikke dissertaties. Ook de Vrije Universiteit mag daaraan wel eens enige aandacht besteden: zowel op het terrein van het strafrecht als op het terrein van het administratief recht verschijnt nooit een proefschrift van beneden de 600 pagina's!

In ieder geval denk ik dat De Winter zéker voldoende van het onderwerp af weet. Waarom is dan zijn benadering anders? Ik denk dat dat twee redenen heeft. Overigens mag De Winter mij straks tegenspreken; dit is geen vraag, maar een opmerking. De Winters benadering van het onderwerp is anders:

a. omdat hij niet schrijft vanuit het idee dat alles wat de Hoge Raad doet van immense betekenis is – termen als *ons hoogste rechtscollege* vind je bij De Winter niet, iets waar ik overigens blij om ben, want je gaat je door zulke termen zo gauw in de hemel voelen –;

b. omdat hij niet schrijft vanuit het idee dat alles wat hij over de Hoge Raad schrijft van onmetelijke betekenis is.

De onder *b* aangeduide eigenschap van zijn preadvies compenseert de onder *a* genoemde eigenschap, die zonder compensatie wel eens een beetje lastig kan zijn. Op deze manier ontstaat dan een dubbelzijdige relativering – van zichzelf en van anderen – die eerlijk gezegd een in de literatuur van het recht nogal zeldzaam beeld biedt.

Na dit voorop te hebben gesteld wil ik een probleem aansnijden dat verband houdt met het algemene idee dat in het preadvies wordt gewekt. Het is een zeer beeldend preadvies. We worden verplaatst

over het gehele land. Op een gegeven ogenblik bevinden we ons in Groningen, in het 'rooie Groningen', waar je 's nachts niets mag. Je mag bijvoorbeeld niets vervoeren en je mag niet met z'n tweeën of met z'n drieën lopen. Vervolgens gaan we naar Wassenaar. Dat lijkt heel sjiek, maar uit wat De Winter daarover vertelt heb ik geconcludeerd dat je daar het beste maar naakt kunt rondlopen! Ik weet overigens niet of er een gemeentelijke bepaling is die ook dàt verbiedt. Zo'n bepaling zal in ieder geval in een ander hoofdstuk staan.

Later kom je dan terecht in Amsterdam, waar iets heel geks aan de hand is. Als je daar op bepaalde tijden van de nacht op straat beweegt, vooruit of achteruit, hangt het ervan af of je man of vrouw bent wat je doet. Als je vrouw bent maak je je naar ik heb begrepen schuldig aan prostitutie; als je man bent ben je bezig met ongeoorloofde drugsverkoop of drugshandel. Zo staat het er toch eigenlijk. Het klopt niet helemaal, want er is ook mannelijke prostitutie, maar die kunnen we wel even over het hoofd zien. Rotterdam komt aan de orde naar aanleiding van het bekende arrest waarin ook weer de kwestie van de drugshandel aan bod komt. Het gaat dan om een bepaling in een gemeentelijke verordening, inhoudende dat iemand al strafbaar is als hij zich met de bedoeling om misschien wel drugs te verhandelen op straat begeeft. De Winter zegt dat die bepaling kennelijk niet hetzelfde onderwerp betreft als de Opiumwet, maar betrekking heeft op 'de properheid van de portiekjes'. Een heel onbelangrijke eerste vraag aan De Winter is: is dat nu wel waar? Was dit werkelijk het motief dat de Hoge Raad naar voren bracht, of was de redenering dat het van plan zijn eventueel drugs te kopen of te verkopen niet als motief van strafbaarheid in de Opiumwet te vinden is, maar kan het wèl als het motief van de gemeentelijke bepaling worden beschouwd?

Dit is het eerste wat ik naar aanleiding van het door De Winter gegeven algemene beeld van gemeentelijke verordeningen in Nederland naar voren wilde brengen.

Het verhaal van De Winter is doordrenkt van de gedachte dat de strafkamer van de Hoge Raad heel vaak niet optreedt tegen toch nogal dubieuze gemeentelijke verordeningen. De bekende Utrechtse kwestie wordt ten tonele gevoerd als het enige geval waarin een beroep op de mensenrechtenverdragen succes heeft gehad. Ik denk dat deze opmerking in een bepaald kader moet worden gezien, want er is natuurlijk veel vaker met succes een beroep op de mensenrechtenverdragen gedaan. De Winter doelt wellicht alleen op een beroep op mensenrechtenverdragen *in het kader van de bewegingsvrijheid.*

Ergens in het preadvies kunnen we lezen dat de Hoge Raad alleen maar iets kapot maakt wanneer is gebleken dat het niet deugt. De Winter zegt dit een beetje verwijtend. Nu ben ik tot de conclusie gekomen dat deze omschrijving precies de antidefinitie van *vandalisme* is. Als je een vandaal bent maak je immers iets kapot terwijl gebleken is dat het wèl deugt. Ik vind het eigenlijk niet zo'n stom criterium dat iets in stand moet worden gelaten als niet is gebleken dat het ondeugdelijk is!

Eigenlijk hebben we hier met nog een ander aspect te maken. In het bekende Utrechtse geval mochten vrouwen na aanzegging alleen maar 's nachts tussen twee en vijf nog op straat komen, als alle melkhandels dicht zijn en je niets meer kunt krijgen. De Hoge Raad is tot de conclusie gekomen dat een dergelijke bepaling te ver gaat en op geen enkele manier in redelijkheid te verdedigen is. Men dient echter te bedenken dat deze conclusie werd getrokken in een situatie waarin de Rechtbank in hoger beroep de betrokken bepaling *onverbindend had verklaard* c.q. *buiten toepassing had gelaten;* het gaat nu niet om het verschil tussen die beide begrippen, waarover ik nog wel iets had willen zeggen, maar waaraan ik omdat het veel te moeilijk is waarschijnlijk niet meer toe kom. In casu was hoe dan ook de verdachte door de Rechtbank – en daar gaat het nu om – ontslagen van rechtsvervolging en kwam het openbaar ministerie vervolgens in hoger beroep. Meestal is het anders: bijna altijd heeft de 'lagere rechter' gezegd dat de strafbaarheid bestaat en wordt hoger beroep ingesteld door de verdachte. Inderdaad wordt dat beroep dan heel vaak uiteindelijk verworpen, op allerlei gronden. De Winter heeft dat uitdrukkelijk uiteengezet; ik kom daar straks nog heel even op terug.

Als het waar is dat, zoals De Winter beweert, de Hoge Raad in dit soort gevallen supermarginaal toetst, is natuurlijk een heel belangrijke vraag of dat óók het geval is als de lagere rechter de verordening onverbindend heeft verklaard of buiten toepassing heeft gesteld. Moet die laatste vraag bevestigend worden beantwoord, dan ligt in geval van constatering dat in Nederland te veel verordeningen met een belastende inhoud vooral voor de bewegingsvrijheid en andere vrijheden van de burgers in stand worden gelaten, de volle nadruk op het feit dat de feitelijke rechter niet onverbindend wil verklaren of buiten toepassing wil stellen. Wil de feitelijke rechter dat wèl, dan zal de beslissing van de Hoge Raad immers, gelet op de zéér marginale toetsing, heel vaak zijn dat de gedane uitspraak in stand blijft.

In dit verband denk ik altijd aan het ongelooflijk grote aantal beslissingen over plakverboden op grond van gemeentelijke veror-

deningen. De verst gaande bepaling is geloof ik dat iemand die 's nachts na twaalf uur wordt aangetroffen met iets dat op een kwast lijkt in combinatie met iets dat op verf lijkt, strafbaar is op grond van de veronderstelling dat hij wel zal gaan kalken. In verband met de opvatting dat hierbij de vrijheid van meningsuiting, althans de vrijheid tot verspreiding van een mening, in het geding kan zijn, moet ik erop wijzen dat steeds opnieuw weer de lagere rechter feitelijk vaststelt dat er, ook al mag het dáár niet, toch nog wel ruimte is om je boodschappen te verkondigen. De Hoge Raad heeft indertijd gezegd dat er énige ruimte moet zijn, maar dat is natuurlijk een ongelooflijk feitelijke kwestie. Zodra de lagere rechter tot de conclusie komt dat er *niet* voldoende ruimte is om op deze manier gedachten of meningen te verspreiden, zal de Hoge Raad zich daarbij in de overgrote meerderheid van de gevallen moeten aansluiten.

Dit alles mondt uit in de vraag of de marginale toetsing ook geldt waar de verordening onverbindend is verklaard of buiten toepassing is gesteld. Bovendien wil ik een vraag stellen over de oorzaken van een eventuele verregaande tolerantie aangaande gemeentelijke verordeningen. Misschien vindt het vandaag hier aanwezige gezelschap – dat de gemeenten een goed hart toedraagt – die tolerantie nog lang niet ruim genoeg, maar ik bekijk het nu objectief. Mijn vraag luidt: is De Winter niet met mij van mening dat verregaande tolerantie aangaande gemeentelijke verordeningen veel meer haar oorzaak vindt in het stelling nemen van de feitelijke rechter dan in de marginale toetsing van de Hoge Raad?

Een mooie opmerking van De Winter in dit verband is dat de Hoge Raad misschien helemaal niet zo op de gemeente gesteld is en dat de gemeenten misschien wel niet de lievelingen van de strafkamer van de Hoge Raad zijn. Ik herhaal: het feit dat zo veel gemeentelijke verordeningen in stand blijven kan heel goed het gevolg zijn van het feit dat ze in eerste aanleg en in hoger beroep in stand zijn gebleven. Het is nu eenmaal de taak van de Hoge Raad – zo zegt De Winter het ongeveer – ervoor te zorgen dat niet àl te veel kapot gaat en dat veel bepalingen in stand blijven. Het zou immers het systeem van de rechtspraak dodelijk aantasten wanneer iemand die in cassatie gaat 50% of méér kans zou hebben dat de beslissing niet in stand blijft. De Winter weet niet zeker of de oorzaak moet worden gezocht in de omstandigheid dat de Hoge Raad het als zijn taak ziet een groot percentage van de beroepen te verwerpen en dus veel meer op de hand van de lagere rechter en diens gezag is dan op de hand van de gemeenten.

Het volgende punt dat ik ter sprake wil brengen is datgene wat De

Winter zegt over de *motiveringstheorie*. Een probleem is daarbij of een regeling van bijvoorbeeld een gemeente dezelfde materie regelt als de hogere regeling. Volgens de motiveringstheorie is dat *niet* het geval zodra de lagere regeling iets anders op het oog heeft dan de hogere regeling. Naar de mening van De Winter wordt de motiveringstheorie constant gebruikt om op allerlei manieren een motiveringsverschil te vinden dat de gemeentelijke verordening in stand laat. Het is nu eenmaal heel gemakkelijk, zo betoogt hij, verschillende, althans gedeeltelijk verschillende, motieven voor bijzondere bepalingen te vinden. De preadviseur heeft het idee dat de motiveringstheorie alleen maar tot stand is gekomen teneinde zo veel mogelijk verordeningen te kunnen sauveren. In de schaarse gevallen waarin men een verordening niet in stand wil laten, aldus De Winter, redeneert men gewoon dat de lagere regeling dezelfde materie tot voorwerp heeft als de hogere en dus niet in stand kan blijven.

Nu wijs ik erop dat men in dat geval niet hoeft te stellen dat het om hetzelfde motief gaat. Naar mijn idee heeft men dat namelijk al gezegd als men stelt dat de beide regelingen dezelfde materie betreffen. Ik vraag mij dan ook af of de motiveringstheorie, mits goed gebruikt – je kunt erover twijfelen of dat in het Rotterdamse geval wel is gebeurd – niet heel redelijk is. Bij de beantwoording van de vraag of iets als *hetzelfde feit* in de zin van artikel 68 Wetboek van Strafrecht kan worden beschouwd, wordt een soortgelijke werkwijze gevolgd. Men vraagt zich af wat de beide in het geding zijnde bepalingen beogen strafbaar te stellen. Het is mogelijk dat het maatschappelijk om hetzelfde feit lijkt te gaan, maar dat er vanuit het motief bekeken twee rechtsterreinen worden beschermd. Het kan tegen die achtergrond zijn dat twee maal een strafbepaling is overtreden.

Tot slot toch maar even iets over de kwestie van het *onverbindend verklaren* van een verordening versus het *buiten toepassing laten* daarvan. Wat ik daarover ga vertellen zal vermoedelijk bij mensen die er heel veel mee te maken hebben – er als het ware 'mee naar bed gaan', hoewel dat misschien een te zware term is – een zekere verwondering wekken. Als men mijn opmerkingen redelijk dom vindt, moet men maar denken: dat is de domheid van iemand die niet bij ons hoort!

Ik heb altijd het idee gehad dat onverbindendverklaring van een verordening door de rechter *moet* betekenen dat de rechter die verordening *voor dit geval* onverbindend heeft verklaard. Een rechter oordeelt altijd over een concreet geval, heel anders dan bijvoorbeeld een toetsend hoger bestuurslichaam. De rechter krijgt een concreet

geval voorgelegd en het is dan de vraag of de betrokkene wel krachtens de gemeentelijke verordening kan worden gestraft als die verordening in strijd is met laten we zeggen een hogere bepaling. Komt de rechter tot de conclusie dat de verordening onverbindend is, dan zegt hij daarmee naar mijn mening dat die verordening *voor dit geval* onverbindend is. De rechter mág immers gewoonweg niet 'bij wege van algemene dispositie' – of hoe je dat verder wilt noemen – recht spreken. De uitspraak 'deze verordening is voor nu en voor altijd onverbindend omdat hij in strijd is met een hogere regel' is in de eerste plaats onlogisch, omdat je nooit weet of die hogere regel altijd in stand zal blijven, en in de tweede plaats niet 'des rechters'. De rechter moet zeggen: 'In dit geval blijkt deze verordening in haar toepassing in strijd te komen met een hogere regel, zodat zij voor dit geval onverbindend is.' *In dit geval onverbindend zijn* is, zo beschouwd, naar mijn gevoel precies hetzelfde als *buiten toepassing blijvend.*

mr. J. E. M. Polak

Bij de lof voor de preadviseurs sluit ik mij graag aan. Vooral vanwege de grondigheid en de veelheid van jurisprudentie zullen hun werkstukken ook in de beroepsgroep waartoe ik behoor – ik doel op de advocatuur – veelvuldig worden gebruikt. De Winter heeft daarbij nog lof verdiend doordat hij een stuk heeft geschreven dat niet 'des jurists' is en zich met name buitengewoon plezierig laat lezen. Wij zijn dat niet gewend: in juridische kring moet je altijd zo zwaar gaan zitten voordat je überhaupt een hoofdstuk verder bent!

Vanwege mijn nog niet verschenen NJV-preadvies over onrechtmatige wetgeving zal ik, in afwijking van de vorige sprekers, nogal kort zijn. Als ik uitvoerig zou gaan vertellen wat in dat preadvies staat, zou men het straks ongelezen kunnen laten. Men zal begrijpen dat ik dàt niet zou willen bereiken!

Mijn opmerkingen hebben met name betrekking op het preadvies van Hennekens, al gaat het om een problematiek waaraan met name ook Ilsink veel aandacht heeft besteed en waaraan De Winter niet is voorbijgegaan. Toen ik gisteren deze opmerkingen voorbereidde, wist ik nog niet dat de rede van de voorzitter zo veel steun voor mijn stellingen zou bieden, maar ik ben dan ook, als echte Nederlandse jurist, niet op de hoogte van wat zich in Amerika afspeelt.

De vraag van de toetsing aan algemene rechtsbeginselen wordt door Hennekens nadrukkelijk in verband gebracht met de vraag of

beroep tegen algemeen verbindende voorschriften – voor zover het geen wetten in formele zin zijn – moet worden opengesteld. Het betoog van Hennekens wijkt af van de benadering van Van der Burg, die over deze materie een historische verhandeling heeft gehouden. Hennekens geeft eigenlijk niet zo zeer een algemeen oordeel over de wenselijkheid van toetsing aan algemene rechtsbeginselen, maar ik denk toch hem goed te hebben begrepen als ik zeg dat hij er nogal tegen is. Op de bladzijden 80 en 81 zegt Hennekens, in het kader van de vraag of beroep tegen algemeen verbindende voorschriften moet worden opengesteld, min of meer dat zich het probleem zal voordoen aan wèlke beginselen moet worden getoetst. Bij beginselen is alles erg ongewis, bij regels daarentegen weten we goed waar we aan toe zijn. Je herkent in Hennekens in dit verband de echte gemeenteman. Zo schrijft hij: '... 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 regelingen uit te voeren, omdat ons ongeschreven staatsrecht dit respect voor de hiërarchisch hogere regeling gebiedt.'

Hierin komt mijns inziens de opvatting van Hennekens tot uiting dat bij toetsing aan algemene rechtsbeginselen, anders dan bij toetsing aan een hogere wet, de toetsende instantie haar mening in de plaats stelt van het betrokken voorschrift, hetgeen bij toetsing aan de hiërarchisch hogere wet niet het geval is. Je kunt echter toch in ieder geval de vraag stellen of het juist is te zeggen dat bij toetsing aan algemene rechtsbeginselen de mening van de toetsende instantie hoger wordt gesteld dan de betrokken verordeningen. Veeleer zouden we in mijn ogen moeten zeggen dat in dat geval de *algemene rechtsbeginselen* hoger worden gesteld, evenzeer als de hogere wet hoger wordt gesteld dan de verordening wanneer burgemeester en wethouders om hun moverende redenen van oordeel zijn dat een raadsverordening in strijd is met een hogere wet. We zouden, lijkt mij, – Bok heeft daarover in zijn beschouwing in het laatste nummer van *Regelmaat* iets gezegd – toch in ieder geval langzamerhand naar aanleiding van de discussie over de algemene rechtsbeginselen mogen zeggen dat die van hogere orde zijn dan, met alle respect, de gemeentelijke verordeningen.

In dit verband lijkt het mij goed erop te wijzen dat de ongeschreven betamelijkheidsnorm van artikel 1401 BW in feite toch ook deel

uitmaakt van een wet in formele zin, reden waarom iemand als Mok, die toch met de toetsing aan algemene rechtsbeginselen niet zo heel ver wil gaan, van oordeel is dat lagere wetgeving, waaronder verordeningen waarover we vandaag spreken, aan het ongeschreven recht mag worden getoetst. Ik wijs op de bijdrage van Mok in de Duk-bundel.

Al met al deel ik niet de mening dat er bij toetsing van een gemeentelijke verordening aan algemene rechtsbeginselen sprake is van een *mening* over een verordening. Is het woord *mening* van toepassing, dan is er in mijn ogen meer sprake van een doelmatigheidstoetsing, die ik absoluut niet zou willen bepleiten.

In aansluiting hierop lijkt het mij waarschijnlijk dat de wijze van toetsen van verordeningen zich enigszins zal ontwikkelen in dezelfde richting als de wijze van toetsen van beschikkingen, conform de tendens die naar ik heb begrepen eveneens in de Verenigde Staten van Amerika en ook in ons omringende landen, met name in Frankrijk, aanwezig is. Ik wijs er in dit verband op dat in de begintijd van de toetsing van beschikkingen velen in bestuurlijke kring bevreesd waren voor een te ver gaande controle op het bestuur aan de hand van algemene rechtbeginselen. Iets soortgelijks valt, meen ik, te proeven in de opmerkingen van Hennekens over de verordenende bevoegdheden van gemeenten. Een andere parallel met de toetsing aan beginselen is dat de ontwikkeling ook bij beschikkingen, getuige het Doetinchem-arrest, is begonnen met een toetsing aan het willekeurbeginsel. Ten aanzien van lagere wetgeving gebruikt de Hoge Raad in het Landbouwvliegersarrest wellicht nu nog steeds het willekeurcriterium, al zijn er mensen – onder wie de voorzitter van de VAR – die menen dat de Hoge Raad wat dit betreft verder gaat. Ilsink heeft opgemerkt dat het willekeurbeginsel in het belastingrecht al langer als waakhond fungeert. Ik meen te kunnen zeggen dat de wijze waarop de rechter beschikkingen en de wijze waarop hij verordeningen benadert langzamerhand naar elkaar aan het toegroeien zijn. Het ligt niet meer in de lijn een zo fundamenteel onderscheid te maken als Hennekens doet.

Dit heeft consequenties voor zijn opvatting over het beroep bij de administratieve rechter. Na wat ik heb gezegd zal het duidelijk zijn dat ik daar meer voor zou voelen dan Hennekens. Ik ben ook niet zo erg onder de indruk van het argument dat wij nog onvoldoende weten aan welke rechtsbeginselen verordeningen zullen moeten worden getoetst. Gaan we de toetsingsgronden in de Wet Arob na, dan is het duidelijk dat willekeur na het Landbouwvliegersarrest niet zo'n groot probleem hoeft op te leveren, terwijl de Afdeling aan

détournement de pouvoir überhaupt bijna niet toe komt, omdat die toetsingsgrond opgaat in strijd met een hogere regeling. Wat de mantelnorm van artikel 8 sub d betreft: het is de rechter zelf geweest die heeft ontwikkeld aan welke algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet worden getoetst. De opmerking van Hennekens dat in dezen de wetgever zou moeten optreden lijkt mij in dit licht bezien toch in ieder geval dubieus. Wie had vóór de inwerkingtreding van de Wet Arob in 1976 kunnen denken dat het motiveringsbeginsel, waaraan in de jurisprudentie van vóór die tijd zeer marginaal aandacht werd besteed, kwantitatief veruit het belangrijkste beginsel zou worden?

Mijn opmerkingen strekken er bepaald niet toe te betogen dat we er in Nederland een rechtersstaat van zouden moeten maken. Ik kan mij geheel vinden in het statement dat terughoudendheid bij toetsing aan algemene rechtsbeginselen op haar plaats is, maar ik meen dat die terughoudendheid ook door administratieve rechters bij beschikkingen in het algemeen wordt gehanteerd. Een principieel onderscheid tussen verordeningen en beschikkingen in wijze van benaderen is echter, te meer daar ook aan verordeningen veelal – tegenwoordig ook aan gemeentelijke verordeningen – een instrumenteel karakter niet kan worden ontzegd, naar mijn mening niet goed op zijn plaats.

Hennekens heeft ook nog opgemerkt dat we ons nog maar niet zouden moeten wagen aan vergroting van de competentie van de administratieve rechter. De competentieafbakening geeft ons al zó veel hoofdbrekens, dat we niet, voordat we dáárvoor oplossingen hebben gevonden, ook aan competentievergroting voor de administratieve rechter moeten gaan denken. Nu geloof ik dat het juist in dit geval meer om een probleem van competentieafbakening dan om een probleem van competentievergroting gaat. De burgerlijke rechter blijkt immers bereid te zijn lagere regelgeving te toetsen en rechtstreeks daartegen ingestelde vorderingen op grond van artikel 1401 BW blijken volop mogelijk. De vraag is dus niet zo zeer meer of de competentie van de administratieve rechters zou moeten worden vergroot als wel of, nu het mogelijk blijkt lagere regelgeving rechtstreeks bij de rechter aan te vechten, de burgerlijke rechter daarvoor wel de meest geschikte rechter is. Ik meen om een aantal redenen dat het voor de hand ligt, nu het om rechtsbescherming tegen de overheid gaat, dit probleem van competentieafbakening op te lossen door de administratieve rechter, en dan liefst in twee instanties, competent te maken. De bedoelde redenen kan men in mijn preadvies nalezen, maar zoals aangekondigd zal ik daarover hier niet zo veel zeggen.

mr. Ch. J. Langereis

Ter zake van de zeer waardevolle preadviezen sluit ik mij graag aan bij de woorden van waardering die de vorige debaters al hebben uitgesproken. De preadviseurs hebben het zich niet gemakkelijk gemaakt. Ze hadden ook een niet onmiddellijk te benijden taak: ze moesten erg veel nog niet of nauwelijks ontgonnen gebied proberen te ontginnen. Dat is een moeizaam werk. Er moet erg veel jurisprudentie en wetgeving bijeen worden gezocht, er moet een analyse worden gemaakt en je kunt daarbij niet terugvallen op handboeken en proefschriften. Anderzijds is zoiets natuurlijk een dankbaar werk. Voor het eerst wordt een gebied als dit zichtbaar, overzichtelijk en voor een deel inzichtelijk. Ik zeg 'voor een deel inzichtelijk', omdat, zoals ook Van der Burg al heeft aangegeven, het door de preadviseurs in kaart gebrachte terrein natuurlijk vatbaar is voor een uitgebreidere studie. Je zou kunnen zeggen dat er deelgebieden in kaart zijn gebracht.

Wat ik een beetje betreur – men moet mij niet kwalijk nemen dat ik deze kritiek uit – is dat de preadvisering niet duidelijker een geheel is geworden. We zijn met drie los van elkaar staande preadviezen geconfronteerd en daardoor ontbreekt af en toe de samenhang. Het was voor mij persoonlijk aantrekkelijker geweest als de preadviseurs bijvoorbeeld aan het eind hadden nagegaan wat het onderzoek dat zij op de diverse gebieden hebben gedaan intern rechtsvergelijkend zou kunnen opleveren. Je ziet nu dat er wat dit betreft af en toe wat spanning tussen de verschillende preadviezen ontstaat. Zo merkt Hennekens op bladzijde 78 op dat van onverbindendheid wegens willekeur geen uitspraken voorhanden zijn, terwijl in het preadvies van Ilsink wel degelijk voorbeelden te vinden zijn, zoals HR 2 maart 1960, *BNB* 1960, 138.

Nu ik toch bij het preadvies van Ilsink aangeland ben, wil ik daarover eerst nog een enkele detailopmerking maken. Ilsink besteedt in het kader van de *matige winst* veel aandacht aan een arrest van de Hoge Raad van 6 december 1872 inzake het havengeld van de gemeente Rotterdam. Hij meldt dat in 1897 de wetgever de opvatting van de Hoge Raad heeft onderschreven. Ik kan dat niet goed volgen. Naar ik meen gaat het eigenlijk om een wat andere kwestie. De rechter heeft hier naar mijn mening heel duidelijk aangegeven dat er van toetsing in beginsel sprake zou kunnen zijn als de heffing in strijd komt met een hogere regeling. Wat de wetgever daarna doet – men kan dit onder andere vinden op bladzijde 119 – is in plaats van de heffing de goedkeuring als toetsing naar voren

brengen. De wet van 24 mei 1897 bepaalt – ik citeer bladzijde 118 van het preadvies –: 'Regten en loonen en andere gelden (. . .) worden tot geen hooger bedrag goedgekeurd dan vereischt wordt tot dekking van (. . .)'. Dit 'goedkeuren' richt zich uitdrukkelijk tot de wetgever. Daarmee wordt naar mijn mening niet het arrest van de Hoge Raad W 3532 onderschreven, maar wordt daarvan juist uitdrukkelijk afgeweken.

Dat verklaart, denk ik, ook waarom de Hoge Raad in latere instantie met betrekking tot het begrip *matige winst* heel terughoudend is geweest. De Hoge Raad heeft in 1897 min of meer van de wetgever te horen gekregen dat het hier een gebied betreft waarop de rechter zich niet behoort te begeven. Ik kan mij indenken dat de hoogste rechter nadat hij dat heeft gehoord inderdaad effectief wat terughoudend wordt.

Thans naar een enkele grotere lijn. Wie de preadviezen van Hennekens en Ilsink naast elkaar legt en ziet hoe de administratieve rechter en de Kroon in het Kroonberoep tot toetsing van lagere wetgeving overgaan, zal tot de conclusie komen dat de belastingrechter vaak veel verder gaat dan andere rechters c.q. de Kroon. Zijn daar nu redenen voor? In een mij zeer aansprekend betoog heeft Ilsink uiteengezet hoe de Hoge Raad met name toetst aan algemene rechtsbeginselen. In de visie die Ilsink in dat verband ontwikkelt en die fraai is beschreven kan ik mij zeer goed vinden. Wat zijn nu eigenlijk de redenen voor de toch wel vrij ingrijpende wijze waarop de belastingrechter ingrijpt in de lagere regelgeving? Ik denk dat we die analyse nog min of meer moeten gaan maken. Er is in deze preadviezen geen aandacht aan besteed en hier ligt dan ook misschien voldoende stof om er nog een keer een preadvies aan te wijden. Op dit ogenblik zou ik een enkele opmerking willen maken, met de vraag aan de preadviseurs of zij mijn opvatting enigszins kunnen delen.

Belastingheffing is in het Nederlandse staatsbestel nogal duidelijk vastgehecht aan het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel – artikel 104 van de Grondwet – geeft aan dat rijksbelastingen uitsluitend kunnen worden geheven krachtens wet. Dat is heel belangrijk omdat het overheidsgeweld door middel van belastingheffing natuurlijk zeer ingrijpend is in de rechtspositie van de burger. Men heeft een soort extra rechtsbescherming willen inbrengen door met name een wet in formele zin te eisen als het gaat om belastingheffing door het rijk. Dat is niet alleen aangegeven doordat wordt gezegd dat een wet in formele zin de basis is waarop een belasting kan worden geheven: men heeft ook in de rechtspraak

normen geformuleerd waaraan zo'n wet in formele zin moet voldoen. Zo mag bijvoorbeeld een lagere wetgever bij een rijksbelasting niet aangeven wat het tarief is, wat als belastbare grondslag geldt, of wie de belastingsubjecten zijn. Dit alles moet in een wet in formele zin worden neergelegd.

Wat ik nu zeg geldt voor rijksbelastingen. Voor heffingen van lagere overheden geldt artikel 104 niet. Nu is daaruit, denk ik, af en toe een misverstand ontstaan, alsof een dergelijke regeling niet zou gelden voor belastingwetgeving van gemeenten, waterschappen en dergelijke. Mijns inziens kunnen we een soortgelijke tendens zien in de gemeentewet voor de gemeentebelastingen. In artikel 272 wordt uitdrukkelijk aangegeven dat de belastingwetgever van een gemeente in zijn mogelijkheden in hoge mate beperkt is. Een gemeente mag niet zo maar overgaan tot de invoering van elke belastingverordening die zij wenselijk acht. De gemeentelijke wetgever moet binnen het aangegeven wettelijk kader blijven en daaraan is natuurlijk ook nog de koninklijke goedkeuring gekoppeld. Deze elementen geven duidelijk aan dat de gemeentelijke wetgever niet al te ver kan gaan. Hoe zeer een gemeente ook vaak behoefte heeft aan middelen, er is een duidelijke beperking in het gemeentelijke belastinggebied aangebracht.

Vanuit die gedachte kan ook de toetsing door de belastingrechter worden begrepen. Als bijvoorbeeld de opbrengst die een bepaalde retributie meebrengt aanzienlijk hoger is dan de kosten die een gemeente heeft gemaakt, is de rechter vrij snel geneigd de verordening-in-kwestie onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten. Ik denk dat dit min of meer op het legaliteitsbeginsel kan worden gebaseerd. De gemeentelijke belastingheffer kan niet zo maar een verordening instellen en op basis daarvan tot een heffing overgaan. Hij is allereerst gebonden aan de limitatieve opsomming in de gemeentewet en kan daar in feite niet bovenuit gaan.

Ik acht in dit kader en mede gelet op het genoemde beginsel een rechterlijke toetsing van gemeentelijke belastingverordeningen nuttig, ja zelfs noodzakelijk. Hier komt nog bij dat de rechter de gemeentelijke wetgever te kennen heeft gegeven dat er elementen zijn die hij niet in belastingverordeningen mag opnemen. Een voorbeeld is de terugwerkende kracht. Was het nog zo dat de Hoge Raad in een arrest van 15 januari 1947 de terugwerkende kracht in lagere belastingverordeningen toestond, thans is de lijn naar ik meen zodanig dat dat niet of nauwelijks meer gebeurt. Voorts zien we dat *forfaits* – waarbij aan de hand van een fictie wordt vastgesteld wie belasting verschuldigd is – niet zo maar door een lagere wetgever

kunnen worden geïntroduceerd. Een mooi voorbeeld daarvan is te vinden in het ook door Ilsink genoemde Schouwen-Duivelandarrest. We zouden kunnen zeggen dat aan een lagere wetgever duidelijk meer beperkingen worden opgelegd dan aan een hogere wetgever.

Dit is een eerste lijn. Er is een tweede lijn, die wat algemener geldt, niet specifiek voor de belastingrechter. Is het in het algemeen niet zo – deze vraag leg ik ook Hennekens voor – dat de rechter steeds vermeteler wordt: dat de rechter steeds gemakkelijker geneigd is heel strikte wetstoepassingen te vervangen door toepassingen waarbij de redelijkheid een duidelijke rol speelt? In het burgerlijk recht zien we dat natuurlijk al bij elementen als de *goede trouw* en we zien in het belastingrecht dat met name de Derde Kamer van de Hoge Raad de laatste jaren wat de heffing door de rijksoverheid betreft steeds meer geneigd is tot een redelijke wetstoepassing.

De meeste hier aanwezigen zijn geen fiscalisten en ik zal mij dan ook beperken tot een enkel voorbeeld. In het jaar 1986 heeft de Hoge Raad twee zeer belangrijke kwesties beslist, één betreffende de zogenaamde informele kapitaalinbreng in de vennootschapsbelasting en één betreffende de toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij een beleggingsinstelling. In beide gevallen heeft de Hoge Raad beslist op grond van een redelijke wetstoepassing.

Als het gaat om de toetsing van wetten in formele zin is de Hoge Raad dus nogal eens geneigd de redelijke wetstoepassing te laten prevaleren. Is dan de stap van redelijke toepassing van formele belastingwetgeving naar redelijkheidstoetsing van materiële belastingwetgeving zo groot? Ik vraag het mij af. Een ander voorbeeld: het is wel eens gebeurd dat de Derde Kamer van de Hoge Raad artikel 27 lid 1 van de Wet op de inkomstenbelasting met zoveel woorden opzij heeft gezet, op grond van de overweging dat de wetgever een bepaald resultaat niet voor ogen kan hebben gehad. Hier gaat de Hoge Raad dus wel heel erg ver: ook een wet in formele zin wordt tot aan de grenzen beproefd en misschien gaat de rechter daar zelfs al overheen. Een wellicht beter bekend voorbeeld is afkomstig uit de jurisprudentie van de burgerlijke rechter. Gaat de Hoge Raad in het arrest Boon/Van Loon, betreffende de pensioenverrekening, al niet ontzettend ver en heeft hij in dat arrest niet een zeer vermetele uitspraak gedaan? Past in dit kader van een nogal moedige rechter die zich niet erg terughoudend opstelt, ook niet de vrij ingrijpende toetsing van lagere wetgeving?

Ik kom tot een tweetal laatste algemene opmerkingen, betrekking hebbend op de preadviezen van Hennekens en Ilsink. De eerste

opmerking is de volgende. Ik ben mèt Polak in het NJB niet volledig overtuigd door de opvatting van Hennekens ter zake van beleidsregels. De Afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft een beleidsregel onverbindend verklaard, iets waartegen Hennekens zich nogal fel heeft verzet. Een beleidsregel, zo heeft hij betoogd, bindt niet en kan dus ook niet onverbindend worden verklaard; het gaat om de gebruikmaking van bevoegdheden. Niettemin vraag ik mij af of dit een argument is om de beleidsregel hier helemaal buiten beschouwing te laten. Met name in het belastingrecht zien we regelgeving – voor ingewijden wijs ik op de standaardvoorwaarden voor de fiscale eenheid, die in verband met bedrijfsfusie van belang zijn – die typisch in de vorm van beleidsregels is gegoten en die door de Hoge Raad uitsluitend als beleidsregels wordt erkend, maar die niettemin de burger in heel sterke mate bindt. Ik zou er persoonlijk niet zo veel moeite mee hebben als beleidsregels die heel dicht tot algemeen verbindende voorschriften naderen, als niet-verbindend zouden worden aangemerkt.

Mijn laatste opmerking betreft een kwestie die al eerder aan de orde is gekomen: is het wenselijk dat een verordening ook rechtstreeks bij de rechter kan worden aangevochten, zodat we behalve tegen de beschikking ook tegen de verordening zelf in beroep kunnen komen? Ik proef in dezen bij Hennekens een duidelijk terughoudende opstelling. Inderdaad zijn er wel problemen. Men denke alleen al aan de vraag, bij wie zulk beroep zou moeten worden ingesteld. Als we bijvoorbeeld de Raad van State inschakelen, zijn in de belastingrechtspraak conflicten te voorzien in verband met het feit dat de beroepen tegen de beschikkingen op basis van de belastingverordeningen uiteindelijk bij de belastingkamer van de Hoge Raad terecht kunnen komen.

Ik wil in dit verband ook nog aandacht vragen voor de gedachtengang van Hennekens, inhoudende dat als niet binnen een bepaalde termijn tegen een verordening is opgekomen die verordening onaantastbaar zou moeten zijn. Dit kan ik niet zo goed volgen. Hennekens trekt een parallel met de beschikking: als je bij aanwezigheid van een administratieve rechtsgang die met voldoende waarborgen is omkleed niet tijdig tegen een beschikking bent opgekomen, kun je niet meer naar de burgerlijke rechter toe. Die vergelijking gaat naar mijn mening mank.

In tegenstelling tot Hennekens ben ik overigens van mening dat het wel degelijk zin heeft als men enerzijds rechtstreeks tegen een verordening en anderzijds tegen de op basis van die verordening genomen beschikkingen beroep kan instellen. Van der Burg heeft al

gewezen op de schadeplichtigheid die voor gemeenten uit onverbindendverklaring van een verordening kan voortvloeien. Misschien mag ik op dit punt uit enige ervaring putten. Ik heb enkele malen meegemaakt dat in een belastingkamer een kleine verordening – men moet in dit verband denken aan bouwgrondbelasting en gemeentelijke baatbelasting – aan de orde kwam, omdat tegen één of meer op grond van die verordening genomen beschikkingen beroep was ingesteld. Men zal zich kunnen voorstellen met welk probleem de rechter in zo'n geval wordt geconfronteerd. Vaak is door àl degenen die in het betrokken gebied hebben gebouwd beroep aangetekend. Als dat beroep moet worden gehonoreerd, bijvoorbeeld omdat de gemeente in het eisen van een bijdrage in de kosten veel verder is gegaan dan op grond van de wettelijke regelingen mogelijk was, wordt de aan de heffing ten grondslag liggende verordening onverbindend verklaard.

Dit betekent voor kleinere gemeenten dikwijls een enorme financiële aderlating. Zij hebben hun gehele begroting op de opbrengst van de belasting afgestemd, door bijvoorbeeld een paar ton als inkomsten uit de bouwgrondbelasting te ramen. De procedures duren nogal eens lang. Met name het Hof van Den Bosch heeft flink wat achterstand: daar duurt het wel vier à vijf jaar voordat zo'n verordening dan door middel van een beroepsprocedure tegen een beschikking kan worden getoetst.

Een dergelijke gang van zaken levert veel onzekerheid op en maakt het voor de gemeenten, gelet op de wettelijke regelingen, bovendien onmogelijk opnieuw een verordening vast te stellen en op basis van de nieuwe verordening tot heffing over te gaan. Gemeenten zelf zullen dan ook naar mijn mening veel belang bij een directe toetsing van de verordening hebben.

De mogelijkheid tot beroep tegen verordeningen zou wellicht ook het probleem van de schadeplichtigheid kunnen oplossen. Op het ogenblik zien we dat de gemeenten niet alleen inkomsten derven, maar wellicht op grond van het Van Gelder Papier-arrest ook nog eens door de burgerlijke rechter tot vergoeding van de gemaakte proceskosten kunnen worden veroordeeld. Als het erop aankomt of een proefprocedure tegen een beschikking kan worden ingesteld, is een moeilijkheid heel vaak dat tussen de vaststelling van de verordening en de totstandkoming van de beschikking nogal veel tijd ligt. Een direct beroep tegen de verordening kan ook om die redenen aantrekkelijk zijn.

Aan de discussie die op dit punt is gevoerd zou ik deze opmerkingen willen toevoegen en ik zou graag willen weten wat de preadviseurs hierover hebben op te merken.

Beantwoording door de preadviseurs (ochtendgedeelte)

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

Gelet op de tijd zal ik volstaan met het maken van enkele algemene opmerkingen. Ik kan niet ingaan op alles wat aan mijn adres te berde is gebracht; vanmiddag hoop ik zo nodig nog aanvullingen te kunnen geven. Op dit ogenblik bepaal ik mijn aandacht tot punten die door méér interveniënten naar voren zijn gebracht, opdat men toch zoveel mogelijk aan zijn trekken kan komen.

Allereerst een punt waarover is gesproken door *Polak, Van der Burg* en *Langereis,* alsmede door *Leijten,* zij het dat deze laatste mijn preadvies (nog) niet heeft gelezen, misschien ook (nog) niet lezen wil! Op de bladzijden 80 en 81 heb ik het een en ander geschreven over de rechtstreekse toetsing van verordeningen die ook een toetsing aan algemene rechtsbeginselen zou omvatten. *Polak* heeft een passage geciteerd, maar heeft het allerbelangrijkste weggelaten. Op bladzijde 80 reageer ik op het voorstel van Kan tot schrapping van artikel 2 lid 2 onder a Wet Arob, met als doel ook toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan de in artikel 8 Wet Arob genoemde criteria mogelijk te maken. Mijn opmerkingen hebben dus geen betrekking op de vraag naar de wenselijkheid van toetsing van algemeen verbindende voorschriften van de gemeentelijke wetgever aan algemene rechtsbeginselen; ik reageer op de vraag of de beginselen die we ingevolge artikel 8 van de Wet Arob kennen – ik denk daarbij met name ook aan de mantelbepaling van artikel 8 lid 1 sub d – bij toetsing van algemeen verbindende voorschriften onverkort van toepassing zouden moeten zijn. Die laatste vraag beantwoord ik ontkennend. Als in dit verband een keuze zou moeten worden gedaan, is het mijns inziens niet de rechter maar de wetgever die een beslissing moet nemen. Dat is mijn reactie op het voorstel van Kan.

Polak spreekt overigens in zijn interventie steeds over algemene rechtsbeginselen, maar in artikel 8 gaat het over beginselen van behoorlijk bestuur. Mijn reactie op het voorstel van Kan betreft de gronden van artikel 8 en dus niet algemene rechtsbeginselen.

Ik kom dan aan een vraag van *Van der Burg*, waarmee ik tevens reageer op een opmerking van *Langereis*. Laten we er even van uitgaan dat we, de gronden nog buiten beschouwing latend, rechtstreeks beroep tegen (gemeentelijke) verordeningen bij de administratieve rechter zouden willen open stellen. De vraag is dan of daarvoor niet een bepaalde termijn zou moeten gelden en welke gevolgen aan de ommekomst van die termijn zouden moeten worden verbonden. Langereis ziet die termijn niet zitten. In aansluiting echter op het betoog van Van der Burg meen ik dat, àls we dan inderdaad beroep tegen verordeningen zouden willen open stellen, invoering van een termijn noodzakelijk is. Uit een oogpunt van rechtszekerheid is het immers nodig dat men op een gegeven ogenblik weet of een verordening al dan niet verbindt. Een gemeentebestuur moet kunnen bepalen of de wettelijke grondslag die een bepaalde verordening biedt als uitgangspunt voor het nemen van beschikkingen kan worden gekozen. Wat is de zin van een mogelijkheid tot beroep tegen een verordening als het kan gebeuren dat men éérst in de tegen de verordening aangespannen procedure te horen krijgt dat de verordening verbindend is en dat men vervolgens op grond daarvan beschikkingen neemt waarvan later wordt gezegd dat ze in strijd met de wet zijn omdat de bepaling waarop ze zijn gegrond in strijd is met een andere regeling? Ik zie niet in waarom we een apart beroep tegen verordeningen zouden open stellen als het tot een dergelijke gang van zaken kan leiden. De rechtszekerheid is er naar mijn mening zeker niet mee gediend als een verordening, nadat beroep is opengesteld, nog *en passant* onverbindend kan worden verklaard.

Tegen deze achtergrond acht ik een termijn onvermijdelijk. Hier gelden ook praktische overwegingen. Wanneer we gedurende een bepaalde termijn de gelegenheid tot beroep tegen een verordening zouden bieden, zou moeten gelden dat een verordening waartegen binnen die termijn geen beroep is ingesteld formele rechtskracht heeft. *Van der Burg* heeft de preadviseurs gevraagd zich in het algemeen over de wenselijkheid van een dergelijke regeling uit te spreken. Mijn reactie daarop is dat ik een dergelijke regeling praktisch niet wel acceptabel acht. Ik zie het om een aantal redenen niet gemakkelijk zitten dat de verordening na het verstrijken van de beroepstermijn als verbindend zou gelden. De eerste reden is dat geregeld ook andere regelingen veranderen. Als er nieuwe provinciale verordeningen of andere nieuwe hogere regelgeving komt, krijgt men tòch te maken met artikel 194 van de gemeentewet. De rechtszekerheid zou dus niet zoveel groter worden. De tweede reden

is dat het alsdan wenselijk zou zijn de strafrechter van de onmogelijkheid van en-passant-onverbindendverklaring uit te zonderen. De derde reden is dat we in ieder geval een keuze zouden moeten maken wie ter zake competent zal zijn en dit niet onbepaald laten, zoals nu het geval is.

Dit laatste is tevens mijn belangrijkste praktische bezwaar. *Polak* is op mijn opvatting in dezen ingegaan. Zolang met betrekking tot de competentieafbakening nog zoveel onduidelijkheid bestaat, zou het open stellen van beroep tegen verordeningen niet verstandig zijn. We moeten voorkómen dat iedereen op zijn eigen manier gaat toetsen. Er zijn genoeg voorbeelden van gevallen waarin verschillende rechters over exact dezelfde situatie verschillend hebben geoordeeld. Ik denk dat daarmee noch de rechtseenheid noch de rechtszekerheid gediend is.

Polak heeft over de toetsing van verordeningen in verband met artikel 1401 BW gesproken. Natuurlijk is het op het ogenblik mogelijk dat verordeningen worden getoetst. In mijn preadvies heb ik mij echter beperkt tot administratieve rechters, met uitzondering van de belastingrechter, en in geringe mate de Kroon in administratief beroep. Uit een analyse van uitspraken van die instanties heb ik mijn conclusie getrokken; met de burgerlijke rechter heb ik mij niet beziggehouden. Het ligt voor de hand dat de burgerlijke rechter wèl de mogelijkheid tot toetsing van verordeningen heeft en dat daarbij ook de mogelijkheid van het willekeurcriterium aan de orde komt.

Over het willekeurcriterium nog iets in het bijzonder. Mijn indruk is – ik formuleer voorzichtig – dat het willekeurcriterium door de Hoge Raad, althans waar het beschikkingen betreft, sterker wordt aangescherpt, met een preciezere formulering en zwaardere eisen, dan door de Afdeling rechtspraak. Spreken we dus over 'het willekeurcriterium', dan zullen we tevens moeten aangeven over welke rechter we het hebben en hoe die rechter het willekeurcriterium invult. Dit is des te meer van belang wanneer we ervan uitgaan dat het willekeurcriterium toch wel zó duidelijk is, dat verordeningen er zonder meer aan zouden kunnen worden getoetst.

Tot slot nog een reactie op de vraag van *Polak,* waarom de wetgever de criteria zou moeten aangeven. Polak heeft erop gewezen dat, tegen de verwachtingen in, het motiveringsbeginsel in hoge mate door de rechter is ontwikkeld. Dat is nu juist de reden waarom ik de wetgever zou willen inschakelen. De criteria waaraan verordeningen zouden kunnen worden getoetst moeten enigermate exact bekend zijn, niet alleen omdat de rechter moet weten waar hij aan toe is, maar ook omdat de regelgever duidelijkheid moet hebben. Het Neder-

landse systeem wijkt af van de systemen, voor zover mij bekend, van andere landen, in ieder geval van de systemen van Frankrijk, België, Luxemburg en Engeland; *Van der Burg* heeft daarover terecht het een en ander gezegd. In Nederland zouden wij ook voor de regelgever duidelijkheid moeten scheppen. Uit de rede van de voorzitter heb ik afgeleid dat in de Verenigde Staten van Amerika voornamelijk procedurele regels tot stand zijn gekomen. Wil men inhoudelijke regels stellen, dan zal de regelgever daarmee rekening moeten kunnen houden. We hebben er niets aan als we, naar analogie van de manier waarop de afgelopen tien jaar beschikkingen met tienduizenden zijn gesneuveld, ook nog maar een groot aantal verordeningen laten sneuvelen. Ik denk dat de situatie dan ècht chaotisch wordt.

mr. R. E. de Winter

In de eerste plaats moet ik iedereen natuurlijk dank zeggen voor de toegebrachte hulde. Zo kunnen we nog een tijdje heen en weer converseren, maar niettemin: dank!

Van Buuren begon zijn bijdrage met de opmerking dat hij dank zij het stukje dat ik heb geschreven een kijkje in de keuken van de cassatierechtspraak heeft kunnen nemen. Deze opmerking heeft mij enigszins verbaasd. Verbaasd was ik ook toen ik in het *Nederlands Juristenblad* las dat ik een *strafrechtelijk* preadvies zou hebben geschreven. Misschien verkeer ik in dezelfde positie als *Juffrouw Laps*, aan wie verteld was dat ze een zoogdier was. Ik had het zelf niet in de gaten, moet ik bekennen; het is mij overkomen. Frappant is overigens een vergelijking – maar wij kennen onze klassieke juridische auteurs niet – met de VAR-preadviezen uit 1963 over een soortgelijk onderwerp: die preadviezen gingen voor het grootste deel over strafrechtelijke uitspraken, maar tegenwoordig houden wij ons als bestuursrechtjuristen, naar ik tot mijn spijt heb begrepen, hoofdzakelijk bezig met administratieve rechters.

Nuttig lijkt het mij vooraf vast te stellen dat zich enige terminologische verwikkelingen hebben voorgedaan rond de begrippen *abstracte toetsing* en *concrete toetsing*. Zelf heb ik getracht te vermijden – maar kennelijk in onvoldoende mate – die begrippen te hanteren. Ik heb daarover overigens nog eens een burenruzie uitgevochten met *Van der Burg*. Misschien is het handzaam de vindplaats te vermelden: *NJB* 1984, bladzijde 1364. Daar gaat het precies over het verschil dat bij het gebruik van de genoemde termen

aan de orde is. Ik heb geen enkel bezwaar tegen het hanteren van welke term in welke betekenis dan ook; het lijkt mij alleen niet handig de terminologie te gebruiken die Van Buuren blijkens zijn recensie in *Regelmaat* in navolging van onder anderen Van der Burg hanteert. Die terminologie vind ik niet erg verhelderend, omdat zij ertoe uitnoodt twee elementen door elkaar te halen die ik althans in mijn stuk heb getracht zo goed mogelijk te onderscheiden, te weten enerzijds de *manier waarop* je toetst en anderzijds de *gevolgen* die je aan het al dan niet gunstig uitvallen van de toetsing verbindt.

Van Buuren is met een theorietje gekomen, dat er globaal samengevat op neerkomt dat een bepaling buiten toepassing wordt gelaten als er slechts incidentele gevallen zijn waarin iets niet in de haak is. Hiermee heb je dan heel stilletjes ook al enigszins gemorreld aan het beroemde leerstuk van de *onsplitsbare wilsverklaring*. Het lijkt mij helderder dat niet te doen en de bovenaangeduide elementen uit elkaar te houden. Ik heb de term *abstracte toetsing* dan ook welbewust niet op díe manier gebruikt.

Ik hoop dat in het verdere vervolg van de discussie nog weinig op de termen *concrete toetsing* en *abstracte toetsing* wordt ingegaan, want het lijkt mij dat er misschien wel interessantere dingen zijn.

Met het voorafgaande houdt verband de vraag of Hennekens terecht constateert dat de strafrechter – daar weet ik naar ik heb begrepen àlles van af! – anders toetst dan de administratieve rechter, die, in de terminologie van Hennekens, *relatief abstract* zou toetsen. Het lijkt waarachtig wel of we hier al met een aanvaarde theorie te maken hebben! Toetst de strafrechter nu níet 'relatief abstract'? Dat wil zeggen: als een bepaling in een bepaald geval wel door de beugel kan, zegt de strafrechter dan níet 'de bepaling kan hier wel door de beugel, dus we vallen er maar niet over, hoewel de norm zelf misschien in andere gevallen niet door de beugel kan'? Een dergelijke werkwijze, die ik nu maar even globaal omschrijf, schijnt bij de Afdeling rechtspraak te worden gevolgd.

Gaat de strafrechter nu wel of niet op deze wijze te werk? Van Buuren kwam via Hennekens bij mij terecht, maar ik kan op mijn beurt verwijzen naar mijn preadvies: op bladzijde 244 schreef ik dat een volgende preadviseur ons misschien over deze kwestie wat méér zal kunnen vertellen. Er zijn aanwijzingen dat het mogelijkerwijs zo is dat de strafrechter wèl relatief abstract toetst. Dit zou kunnen worden afgeleid uit het arrest over de gemeente Numansdorp. Een aanwijzing voor het tegendeel lijkt het pal daarvóór gewezen arrest over de Utrechtse Tippelaarster. Ook is er een uitspraak over het spiegelbeeld van deze affaire, namelijk het arrest over het Leeuwar-

der Plakverbod. In dat arrest doet zich het geval voor dat de Hoge Raad uitdrukkelijk zegt: het hindert niet of de bepaling in het geval dat we hier berechten door de beugel kan of niet, grosso modo is het in orde en waar zeurt men dus over? Dat is het spiegelbeeld. Hoe het zal gaan uitvallen, zou ik niet weten. We wachten op de volgende preadviseur.

Omwille van de discussie is het misschien handig nog vóór de pauze positie in te nemen ten opzichte van thema's die wat algemener ter sprake zijn gekomen. Ik denk daarbij met name aan het toetsen van verordeningen in hun totaliteit, los van het onderliggende geval. Ik ben daar zelf, geloof ik, geen hartstochtelijk voorstander van. Het lijkt mij dat je op die manier de door mij nu niet buitengewoon gunstig afgeschilderde *'abstracte toetsing'* wat al te veel in het zonnetje plaatst. Het aantrekkelijke van een rechter die zich met verordeningen bezighoudt lijkt mij dat hij *gevallen* bij de hand heeft en dus minder zal hoeven blind te varen op zijn telkens maar weer te kort schietende voorstellingsvermogen, waarover in het preadvies overigens zo'n aardig citaat, ontleend aan Vegting, is opgenomen.

Een punt dat steeds maar weer naar voren komt is het toetsen aan beginselen. Frappant vind ik dat de strafrechter dat stilletjes al lang doet. We kunnen hier constateren dat – pijnlijk maar waar – ons forum kennelijk geen strafrechtarresten leest. Ik ben zelf niet zo onder de indruk van argumenten die betrekking hebben op wat ik enigszins oneerbiedig de *stoelgang* van de rechter zou willen noemen. Het gaat dan om de vraag of de rechter al dan niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten. Met name de toetsing aan het willekeurverbod zoals dat door de rechter, en dus ook door de strafrechter, wordt gehanteerd, lijkt mij erg voor de hand liggend. De rechter legt immers – ik heb het ook uit de mond van *Langereis* beluisterd – bepalingen toch altijd al naar redelijkheid uit. Ik zie niet in waarom die redelijkheid alleen maar ten gunste van de wetgever zou mogen worden gehanteerd, en niet ook eens een keer ten nadele van de wetgever.

Een ander argument voor de stelling dat het wenselijk is maar eens met die beginselen in zee te gaan, kan worden ontleend aan het forum waaraan bepaalde besluiten worden voorgelegd. Ik kan moeilijk ontkennen dat ik maar een gebrekkig vertrouwen heb in het forum van bijvoorbeeld de gemeenteraad. Ik denk soms dat het heel wat gemakkelijker is iets door het forum van de gemeenteraad geaccepteerd te krijgen dan door het forum van bijvoorbeeld – laten we onszelf eens een beetje prijzen! – *ons* als lezers van de *AB* of de *NJ*.

Natuurlijk ook van mijn kant dank voor de loftuitingen van de debaters hier: ik ben werkelijk zeer verguld en ik ben er een beetje verlegen van!

Van der Burg en *Langereis* hebben opmerkingen gemaakt over het beroep vooraf tegen (gemeentelijke) verordeningen. Ik beperk mij in dezen tot het belastingrecht, waarin ik min of meer thuis ben. Ik vraag mij af of het nu wel zo'n gelukkige gedachte is de burgers de mogelijkheid te geven vooraf een oordeel over een belastingverordening te vragen. In de eerste plaats moet zo'n burger nog maar weten dat er überhaupt een belastingverordening is, want die verordeningen worden tot op heden niet gepubliceerd. In de toekomst wordt dat wellicht anders, maar vooralsnog is het een beetje moeilijk van een belastingverordening kennis te nemen. Meestal ziet de burger pas dat de verordening er is, als de bekende enveloppe in zijn bus ligt. Die enveloppe is dan wel niet blauw, maar zij ziet er minstens even dreigend uit!

Bovendien kennen we in het belastingrecht het fenomeen van het preventieve Kroontoezicht. Ik meen dat dit toezicht toch wel een aardige mogelijkheid zou kùnnen bieden – of dat ook werkelijk het geval is, laat zich raden – om de meest ergerlijke misstappen van gemeenten te redresseren.

Langereis heeft in dit verband geschetst hoe sneu het voor gemeenten is als zij nadat de hele zaak geregeld is op een gegeven ogenblik – wanneer aanslagen zijn opgelegd – hun verordening overhoop gehaald zien worden. Ik zou denken: dat is dan jammer, maar ze moeten maar beter opletten en ook de Kroon kan hier door oplettendheid het een en ander voorkómen. Wat Langereis aanvoert vind ik nauwelijks een argument. Ik begrijp heel goed dat een dergelijke gang van zaken sneu is, maar de gevolgen kunnen een jaar later heel goed worden rechtgetrokken door verhoging van de onroerend-goedbelasting.

Een ander punt is het oordeel van *Langereis* dat de rechter steeds vermeteler wordt. Het is juist dat de vermetelheid van de rechter toeneemt en dat is maar goed ook! Als we de belastingverordeningen van gemeenten bekijken, treffen we daarin toch ronduit gezegd heel beroerde dingen aan. Het is dan nogal glad dat de rechter wat beter oplet en probeert de burger tegen dat soort wetgevende activiteiten te beschermen. Langereis noemde trouwens ook nog de andere kant van de medaille, waarbij het met name om de rijksbelastingen gaat. De redelijke wetstoepassing, waarbij aan bepaalde wetsartikelen, in

het bijzonder ter zake van de inkomstenbelasting, een zo redelijk mogelijke uitleg wordt gegeven, is een actie die de rechter naar mijn gevoel onderneemt om weerstand te bieden aan de enorme druk die van de kant van de belastingplichtigen op de wetgeving wordt uitgeoefend. Men kan hier aan allerlei constructies denken; vermoedelijk hebben de meeste aanwezigen er geen weet van wat voor rare dingen er allemaal gebeuren. Je begrijpt soms niet hoe mensen het kunnen verzinnen! Om aan die druk weerstand te kunnen bieden moet de rechter wel zijn toevlucht nemen tot begrippen en statements als *een redelijke wetstoepassing**. Zo'n begrip heeft de rechter dan óók nodig waar de burger moet worden beschermd tegen acties van lagere overheden.

Men merkt waarschijnlijk wel dat ik niet zo veel waardering heb voor wetgeving van lagere overheden. Misschien is dat toch wel weer een argument om de toetsing vooraf toe te staan, maar daarover heb ik zojuist al iets gezegd.

* Zie in dit verband H. J. Hofstra, Gevaarlijke adviezen, *NJB*, 26 september 1987, afl. 33, blz. 1062.

Interventies (middaggedeelte)

mr. W. Konijnenbelt

Vanochtend werd enige malen een poging gewaagd de loftrompet over de preadviseurs te steken. Ik heb mij afgevraagd of dat nu wel passend is. Mijn twijfel dienaangaande hangt samen met wat je zou kunnen noemen mijn wetenschapsopvatting betreffende het juridische gebied. Ik meen dat het bedrijven van wetenschap op ons gebied ongeveer moet bestaan uit het op een zo systematisch mogelijke manier aangeven van gradaties van onzin. Dat was de taak van de preadviseurs met betrekking tot de jurisprudentie die ze hebben aangetroffen en het is ook de taak van de interveniënten – die ook wel 'debaters' blijken te worden genoemd – ten opzichte van de preadviseurs. Of ik dus zoveel lof over de preadviseurs moet zingen? Het is geloof ik gewoon mijn roeping niet!

Voorzitter: U hebt ze wèl zelf uitgezocht!

Konijnenbelt: Begrijpt u nu waarom dat mijn roeping niet is?!

Ondanks het voorafgaande kan ik constateren dat we deze keer een prettig alternatief *Staatkundig jaarboek* voorgeschoteld hebben gekregen. Waardoor wordt immers het *Staatkundig jaarboek* gekenmerkt? Niet alleen door zijn prettige leesbaarheid, maar ook doordat het echt voor de kinderen is geschreven, mèt plaatjes namelijk, en doordat het, zoals een van de hier aanwezige redacteuren mij eens heeft gezegd, er vooral voor bedoeld is dat schrijvers hobby's kunnen botvieren. Ook De Winter heeft dat gedaan: het is àl Peirce en Popper wat de klok slaat, overigens zoals gezegd op een prettige wijze. Bij alle drie de dikke preadviezen valt overigens iets plezierigs op. Als je eraan gaat beginnen denk je 'wat moet ik allemaal doorworstelen!', maar je blijft steeds doorgaan, want het blijft aardig om te lezen. Dat toch wel!

Ik sprak zojuist over 'wetenschapsopvatting', maar dat is natuur-

lijk een veel te dik woord: het is maar – in de terminologie van één preadviseur – een theorietje.

De voorzitter heeft ons vanochtend geprobeerd diets te maken dat we iets zouden kunnen leren van het Amerikaans voorbeeld. Hij is begonnen met er iets over te vertellen en ten slotte heeft hij gezegd waarom we ons er ook nog iets van zouden moeten aantrekken. Dat kan allemaal wel wezen, maar ik zet er toch wat vraagtekens bij en daarbij sluit ik min of meer aan bij wat Van der Burg heeft gezegd. Ik denk dat de Amerikaanse context zó afwijkt van de Nederlandse, dat je met het verbinden van conclusies aan het Amerikaanse systeem buitengewoon voorzichtig moet zijn. Daarbij zijn twee elementen in het bijzonder van belang.

1. In de Verenigde Staten maakt men een heel strenge scheiding tussen

a. de wetgever; dat is op het federale niveau waarover de voorzitter sprak het Congres;
b. de executieve, die een enorme macht heeft;
c. de onafhankelijke rechtspraak.

Bij de regelgeving waarop de voorzitter doelde hebben we steeds te maken met regels die zijn vastgesteld door de executieve. Het moge daarbij dan gaan om de president – we weten wat die voorstelt! – of om *independent agencies,* maar dat de rechter zich in deze context ook tegenover algemene regels van de executieve geweldig kritisch opstelt, ligt voor de hand. In de Verenigde Staten bestaat ook geen principieel onderscheid tussen van de executieve afkomstige algemene regels en van de executieve afkomstige beschikkingen: in beide gevallen hebben we volgens de opvattingen daar gewoon te maken met iets wat de executieve doet een beetje zoals in Frankrijk.

2. In de Amerikaanse juridische denkwijze gaat men sterk uit van een 'due-process-cultuur'. Die cultuur is onder andere, wanneer het gaat over de wijze van toetsen van algemene regels, neergeslagen in de Administrative Procedure Act, en zij valt ook heel in het algemeen in de jurisprudentie op te merken.

Men dient heel goed te beseffen dat deze twee bijzonderheden aanwezig zijn, voordat men uit de Amerikaanse situatie lessen voor Nederland trekt. Nederland is overigens – dit aan het adres van Van der Burg – niet het enige land waar de gemeenteraad en provinciale staten als echte wetgevers worden gezien. Dat is inderdaad in België

en in Frankrijk niet het geval, en in Engeland, waar alles aan het Parlement moet worden ontleend, al helemáál niet, maar in West-Duitsland wél. Op grond van artikel 28 van het Grundgesetz met de daarin gelegen Selbstverwaltungsgarantie worden daar de competente organen van gemeenten en Kreise wel degelijk als echte wetgevers gezien. We zouden ons dus beter aan West-Duitsland kunnen spiegelen.

Vervolgens dan weer iets over de preadviezen, althans over de thematiek daarvan. In strijd met het uitdrukkelijke verbod van de meneer uit Berg en Terblijt of een ander oord in die buurt, wil ik het toch nog even hebben over *abstracte* en *concrete toetsing*. Wànneer ligt het nu in de lijn dat een rechter een verordening of een bepaling uit een verordening zelf toetst op overeenstemming met regels waaraan kan worden getoetst en wànneer kan hij volstaan met toetsing van een uitvoeringshandeling, een beschikking, daarbij in het midden latend wat de overeenstemming met het recht van de daaraan ten grondslag liggende verordening is? Ik doe geen stellige uitspraken, maar ik vraag mij af of er niet een relatie ligt met de mate waarin de wettelijke regeling bepalend is voor de handeling in het concrete geval. Als je te maken hebt met bijvoorbeeld een wettelijke regeling die nogal wat beleidsvrijheid laat, ligt het veel meer voor de hand dat je begint na te gaan of de uitkomst in concreto door de beugel kan. In het geval van belastingverordeningen daarentegen, waarbij de gebondenheid aan de wettelijke regel nog steeds erg voorop staat, zal, zoals we ook in het preadvies van Ilsink zien, veel sneller de regeling zelf worden getoetst. Ik vraag mij af of dit niet een verklarende factor voor het abstracte dan wel concrete karakter van de toetsing kan zijn.

Tot slot iets over onverbindend verklaren, buiten toepassing laten en overbindend achten van een regeling, in geval van abstracte toetsing. Ik denk dat Leijten het gelijk aan zijn zijde heeft wanneer hij zegt dat het in feite allemaal niets uitmaakt. Bij de uitspraak van de rechter moet je, zeker wanneer het om een beschikking gaat en de achterliggende regeling wordt bekeken, letten op wat Steenbeek in zijn dissertatie het onderscheid tussen rechtshandeling en rechtsgevolg heeft genoemd. De rechtshandeling die de rechter echt kan vernietigen is de beschikking. Ter rechtvaardiging van de vernietiging van de beschikking moet hij soms de redenering volgen dat er met de aan de beschikking ten grondslag liggende regeling iets loos is, maar de rechter doet geen uitspraak die de regeling op zichzelf aantast. Ook al zegt hij misschien eens in een slordig ogenblik dat hij het over 'onverbindend verklaren' heeft: de rechter kàn een regeling

helemaal niet onverbindend verklaren, hij kan haar als onderdeel van een redenering onverbindend *achten* en dat is dan in feite alleen maar – zoals hier al is opgemerkt – een uitspraak die gezag heeft als onderdeel van de redenering voor het nu voorliggende geval. Het is, zoals Hennekens het zou zeggen, niet een uitspraak die *erga omnes* werkt. 'Buiten toepassing laten', 'onverbindend verklaren', 'onverbindend achten': het is mooi dat de rechter over een arsenaal van termen beschikt om hetzelfde te kunnen zeggen. Dat voorkomt saaiheid.

mr. J. A. Monsma

Hoewel het niet gepast schijnt te zijn de loftrompet te steken, wil ik toch mijn waardering voor de preadviezen uitspreken. Ik zal mij richten op het preadvies van Ilsink, omdat ik zoals ook uit zijn voorwoord blijkt een speciale band met zijn preadvies heb. Wij hebben aan de Erasmus Universiteit een onderzoek gedaan dat parallel liep met het onderzoek van Ilsink.

Ik zou Ilsink graag enkele vragen voorleggen over twee onderwerpen. Het eerste onderwerp betreft de onderlinge verhouding van geschreven recht en algemene rechtsbeginselen – met name beginselen van behoorlijk bestuur – als toetsingsgronden met betrekking tot belastingheffing, respectievelijk belastingregelgeving van lagere overheden, een en ander in verband met de twijfel die Ilsink op de bladzijden 144 en volgende van zijn preadvies wil zaaien omtrent het mogelijke antwoord op de vraag of het belastingrecht een zogenaamde 'derdegraads vertrouwensregel' kent. Het tweede onderwerp betreft de wijze waarop Ilsink rechterlijke toetsing van de vage norm *matige winst* zoals deze in artikel 279 van de gemeentewet voorkomt mogelijk wil maken.

1. De verhouding van geschreven recht en ongeschreven rechtsregels

Op bladzijde 143 van het preadvies van Ilsink vinden we een weergave van de drie gradaties die advocaat-generaal Mok in zijn conclusie voor HR 23 juni 1982 in de toepassing van het vertrouwensbeginsel onderscheidt. Het derdegraads vertrouwensbeginsel zou indien dit zou worden toegepast betekenen dat de rechter wettelijke voorschriften waarvan hij tot de bevinding komt dat ze in strijd zijn met een algemeen rechtsbeginsel, buiten toepassing zou moeten laten, op dezelfde wijze als waarop hij dat doet wanneer hij tot de bevinding komt dat wettelijke voorschriften in strijd zijn met

hogere. Met andere woorden: bij strijd tussen de wet en de algemene rechtsbeginselen zou zonder meer een hogere rang moeten worden toegekend aan de algemene rechtsbeginselen. Dit strekt uiteraard veel verder dan het tweedegraads vertrouwensbeginsel, inhoudende dat door een daartoe bevoegd orgaan zodanige verwachtingen omtrent de toepassing van de wet kunnen worden gewekt, dat deze moeten worden gehonoreerd, ook als dit voor de burger tot een gunstiger resultaat leidt dan uit de wet volgt.

Ilsink werpt de vraag op of het belastingrecht ruimte zou kunnen bieden aan toepassing van het derdegraads vertrouwensbeginsel van Mok. In verband met deze vraag voert hij een aantal concrete voorbeelden aan van gevallen waarin een beroep op het vertrouwensbeginsel werd gedaan om daarmee belastingheffing conform de wet of de verordening van de lagere wetgever te betwisten. Het gaat in die voorbeelden veelal om de vraag – althans zo vat ik het op – welk gewicht moet worden toegekend aan resoluties van met name de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken. Ik wijs erop dat de staatssecretaris van Financiën een iets andere verhouding tot de rijksbelastingdienst heeft dan de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken tot de gemeenten. De laatste is beleidsmatig verantwoordelijk voor het Kroontoezicht op de gemeentelijke belastingverordeningen. Moet toepassing van een gemeentelijke belastingverordening achterwege blijven indien deze verordening niet in overeenstemming is met de inhoud van de resolutie, respectievelijk indien toepassing van die verordening in concreto leidt tot een resultaat dat in strijd is met de door de resolutie gewekte verwachtingen?

Mijn eerste concrete vraag in dit verband aan de heer Ilsink luidt of hij niet met mij van mening is dat het in alle door hem in casu aangevoerde gevallen ten hoogste gaat om toepassing van het *tweedegraads* vertrouwensbeginsel van mr. Mok. De vraag die in de aangevoerde gevallen telkens naar voren komt is naar mijn opvatting niet of de gemeentelijke belastingverordening, respectievelijk de toepassing ervan, in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel als zodanig en deswege voor dat algemene rechtsbeginsel moet wijken, maar veeleer of door de staatssecretaris in een resolutie omtrent de toepassing van de wet vertrouwen kan worden gewekt dat moét worden gehonoreerd, ook indien dit voor de burger leidt tot een resultaat dat gunstiger is dan uit de gemeentewet, respectievelijk de gemeentelijke belastingverordening, volgt. Een cruciaal punt is daarbij of de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken bevoegd is vertrouwen te wekken omtrent de resultaten waartoe de toepassing van gemeentelijke belastingverordeningen leidt, of dat op door de

staatssecretaris gewekt vertrouwen slechts met vrucht een beroep kan worden gedaan voor zover dat vertrouwen betrekking heeft op de toepassing die hij zelf geeft aan zijn eigen beleid in het kader van het Kroontoezicht op de gemeentelijke belastingverordening.

Mijn tweede concrete vraag aan Ilsink luidt of hij – en dan knoop ik aan bij zijn betoog omtrent het rechtszekerheidsbeginsel – niet met mij van mening is dat de grondwetgever en de wetgever niet alleen voor de rijksbelastingen, maar ook voor de belastingen van de lagere overheden een zodanig gewicht toekennen aan het geschreven recht, dat daarmee toepassing van het derdegraads vertrouwensbeginsel van Mok behoudens wetswijziging uitgesloten is. Deze vraag moge ik als volgt toelichten. Artikel 132, zesde lid, van de Grondwet zegt dat de wet bepaalt welke belastingen door de besturen van provincies en gemeenten kunnen worden geheven. Voor de gemeenten wordt deze grondwetsbepaling – ook Langereis heeft erop gewezen – uitgewerkt in artikel 272 van de gemeentewet, dat opsomt welke belastingen door gemeenten mogen worden geheven. De gemeentewet geeft vervolgens tal van voorschriften omtrent de genoemde belastingen en de wijze waarop deze kunnen worden geheven en ingevorderd. Ook bepaalt de gemeentewet welke essentiële zaken in een gemeentelijke belastingverordening moeten worden geregeld indien de gemeenteraad besluit een belasting als genoemd in artikel 272 gemeentewet in te voeren.

Naar mijn mening brengt het samenstel van bepalingen van de gemeentewet en de Grondwet voor gemeentelijke belastingen op een even duidelijke manier het legaliteitsbeginsel tot uitdrukking als artikel 104 van de Grondwet dat doet voor de rijksbelastingen. Natuurlijk zijn er noodzakelijkerwijs verschillen, maar de wijze waarop het legaliteitsbeginsel wordt uitgedrukt is mijns inziens in beide gevallen even duidelijk. Langereis heeft vanmorgen al op het legaliteitsbeginsel gewezen, maar hij legt vooral de nadruk op de beperkingen die het beginsel voor de gemeenten oplevert als het erom gaat wat zij in belastingverordeningen kunnen regelen. Ik denk meer in de richting van de wijze waarop de rechter een verordening kan toetsen.

Bij de gemeentelijke belastingen, zo luidt mijn conclusie, vloeit de belastingschuld evenals bij de rijksbelastingen in materiële zin voort uit de wet. De belastingverordening stoelt op de wet en vormt daarvan een concrete uitwerking in lagere regelgeving. Ik leid daaruit af dat de rechter bij toetsing van de toepassing van een gemeentelijke belastingverordening, dan wel van die verordening zelf, prioriteit dient toe te kennen aan toetsing van het geschreven

recht boven toetsing aan de algemene rechtsbeginselen. De wijze waarop de grondwetgever en de wetgever het legaliteitsbeginsel voor de belastingheffing door gemeenten consistent en duidelijk hebben uitgewerkt, geeft mij aanleiding tot het trekken van de conclusie dat toepassing van het derdegraads vertrouwensbeginsel behoudens wijziging van het door de grondwetgever en de wetgever neergelegde stelsel uitgesloten is. Wèl acht ik duidelijk ruimte aanwezig voor toepassing van het tweedegraads vertrouwensbeginsel, zoals dat door de belastingrechter ook inderdaad wòrdt toegepast. Weliswaar moet in eerste instantie aan de wet worden getoetst, maar met name door de gemeentelijke wetgever en het gemeentebestuur dat aan de gemeentelijke belastingverordening uitvoering geeft, kunnen dusdanige verwachtingen worden gewekt omtrent de totstandkoming van gemeentelijke belastingregelgeving en de toepassing ervan, dat dit vertrouwen moet worden gehonoreerd, zelfs al zou daarmee in strijd met de verordening of de wet worden gehandeld. Ik spreek hier uitdrukkelijk over vertrouwen dat is gewekt door de gemeente en niet door bijvoorbeeld de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken.

Honorering van het bovenbedoelde door de gemeente gewekte vertrouwen acht ik een toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel, waarvan ook het legaliteitsbeginsel een speciale uitwerking is. De burger moet weten waaraan hij toe is en op de uitlatingen van de overheid moet hij kunnen vertrouwen. Als de overheid zich dan bij die uitlatingen buiten de grenzen van de wet begeeft, moet niet de burger daarvan de dupe worden. Dat is echter nog iets heel anders dan dat de belastingrechter de belastingwet buiten toepassing zou mogen laten indien hij deze in strijd acht met een algemeen rechtsbeginsel. Ik zou in dezen graag nader vernemen wat het standpunt van Ilsink is.

2. *De wijze waarop rechterlijke toetsing van de vage norm 'matige winst' mogelijk zou moeten worden gemaakt*

Dit onderwerp ligt in wezen in het verlengde van de zojuist door mij aan de orde gestelde punten. Bij toetsing aan de vage norm matige winst moet worden uitgemaakt of door middel van bepaalde retributies, zoals reinigingsrechten of rioolrechten, door de gemeente méér wordt geheven dan nodig is om de kosten te dekken plus een matige winst te maken. Ilsink is van mening dat deze toetsing door de rechter moet kunnen worden verricht. Daarin ben ik het graag met Ilsink eens. In dit verband verwijs ik naar mijn artikel in het nummer van *Regelmaat* dat hier vandaag is uitgedeeld. Ik dank de VAR overigens hartelijk voor deze veel ruimere verspreiding dan ik had

mogen verwachten!

Ilsink en ik verschillen overigens behoorlijk van mening over de wijze waarop bovenbedoelde toetsing mogelijk zou moeten worden gemaakt. De gemeentewet zegt in artikel 279 namelijk niet rechtstreeks dat de opbrengst van de bedoelde retributies niet méér mag zijn dan de kosten plus een matige winst – er is vanochtend al eerder op gewezen –, maar stelt dat de desbetreffende verordeningen indien de matige-winstnorm wordt overschreven niet door de Kroon worden *goedgekeurd.* Dit heeft ertoe geleid dat de rechter zich bij de toetsing van de hoogte van de onderhavige retributies naar mijn mening terughoudend heeft opgesteld. Het ligt bij de matige winst anders dan bij de andere vage normen zoals een *billijke bijdrage,* waarbij de norm niet uitdrukkelijk door de wetgever als een goedkeuringsvereiste is geformuleerd.

Op bladzijde 152 betoogt Ilsink dat de volstrekt achterhaalde matige-winstnorm van artikel 279 van de gemeentewet alleen nog historisch verklaarbaar is en er al lang niet meer had moeten zijn. Ik denk dat hij in dit verband de wetgever nog maar eens goed moet aankijken, want de wetgever hecht er wel degelijk nog steeds belang aan dat de matige-winsttoetsing aan het oordeel van de rechter wordt onttrokken. Dit blijkt uit een voorontwerp van wet over de limitering van gemeentelijke onroerend-goedbelastingen, de leges en de rechten van artikel 272 van de gemeentewet. In dat voorontwerp, dat het kabinet in december 1986 wereldkundig heeft gemaakt, wordt bij wijze van follow-up van de voorstellen van de commissie-Christiaanse de matige-winstnorm als zodanig afgeschaft. De retributies zullen volgens het voorstel voortaan niet hoger mogen zijn dan de kosten die door de gemeente worden gemaakt, maar desondanks – dat is heel opmerkelijk – blijft gehandhaafd de bepaling dat de desbetreffende verordeningen door de Kroon niet zullen worden goedgekeurd indien de kostennorm wordt overschreden. Zelfs dus bij het vervallen van de matige-winstnorm als zodanig wil de wetgever kennelijk de beoordeling van de hoogte van de retributies voorbehouden aan de Kroon. Dit betekent dat de rechter zich naar het oordeel van de wetgever blijkbaar terughoudend zal moeten blijven opstellen. Dit is echter niet wat Ilsink wil en ook niet wat ik mèt hem wil.

Ilsink komt overigens met een oplossing die ik wat merkwaardig vind. Hij wil, blijkens de bladzijden 148 en volgende van zijn preadvies, de toetsing van de hoogte van de onderhavige retributies langs een omweg toch mogelijk maken, ook binnen de huidige regeling. Hij zou in casu het goedkeuringsbesluit van de Kroon – en

niet de verordening zelf – willen toetsen op zijn rechtmatigheid. Die toets zou zich naar zijn oordeel ook kunnen uitstrekken tot het ongeschreven recht, de algemene rechtsbeginselen. Naar ik begrijp acht Ilsink het mogelijk het goedkeuringsbesluit van de Kroon rechtstreeks rechtskracht te ontzeggen, het nietig te achten – wat iets anders is dan het onverbindend te verklaren – op basis van toetsing aan het vertrouwensbeginsel. De Kroon heeft de matige-winstnorm namelijk blijkens resoluties aldus ingevuld, dat onder matige winst moet worden verstaan een winst van maximaal 25%. De burger, aldus Ilsink, moet erop kunnen vertrouwen dat de Kroon zich bij haar goedkeuringsbeleid houdt aan een bekend gemaakte invulling als deze. Indien de Kroon dat niet doet wordt het vertrouwen dat de burger naar Ilsinks mening mag hebben, geschonden en is het Kroonbesluit nietig te achten. Gevolg van die nietigheid van het Kroonbesluit is, zo maak ik op uit de passages die Ilsink aan dit punt wijdt, dat de gemeentelijke verordening achteraf bezien geen rechtskracht heeft verkregen toen het nietige Kroonbesluit tot goedkeuring werd genomen.

Met deze opvatting van Ilsink heb ik op enkele punten heel grote moeite. Ik wil dit tot uitdrukking brengen in een aantal concrete vragen die ik tot slot wil stellen.

a. Is Ilsink niet mèt mij van mening dat de placet-theorie, die hij zelf zegt te aanvaarden, ertoe leidt dat de koninklijke goedkeuring slechts kan worden gezien als een opschortende voorwaarde voor de verbindendheid van het gemeenteraadsbesluit, die, eenmaal vervuld, is uitgewerkt en verder geen functie meer heeft? Het Kroonbesluit is, anders dan door Thorbecke in het verleden is gedacht, geen daad van medewetgeving. Het maakt geen deel uit van de belastingverordening, maar is, zoals Ilsink zelf opmerkt, slechts een stukje uitvoering van de bestuurstaak van de Kroon.

Bij wijze van voorbeeld de volgende beeldspraak. Stel dat een gemeentelijke belastingverordening kan worden voorgesteld als een voertuig en de goedkeuring van de Kroon als een slagboom die moet worden opgehaald alvorens dat voertuig mag gaan rijden. Kunnen we, wanneer de slagboom eenmaal is opgehaald en het voertuig is gepasseerd, het voertuig nog tegenhouden door de slagboom erachter weer neer te laten, in plaats van bijvoorbeeld het voertuig aan te houden? Is de opvatting dat de slagboom eigenlijk nooit is opgehaald wel te verenigen met het feit dat de facto het voertuig al een tijd lang rondrijdt en dat er dus belastingaanslagen worden opgelegd? Wat heeft dit alles voor gevolgen voor de rechtszekerheid van burgers en gemeenten?

b. Gezien de opmerking die Ilsink vanmorgen maakte over het betrekkelijk geringe belang dat hij aan de onverbindendheid van een gemeentelijke belastingverordening hecht – hij zei dat de gemeenten maar meer onroerend-goedbelasting moeten heffen –, is mijn tweede concrete vraag wellicht retorisch. Ook deze vraag heeft betrekking op de bovengeschetste situatie waarin de Kroon zich bij haar goedkeuringshandelen niet houdt aan haar eigen gepubliceerde beleid en daarmee het vertrouwen van de burgers schendt, zodat het Kroonbesluit nietig moet worden geacht. Acht Ilsink het een juist rechtsgevolg dat ook in overeenstemming is met het rechtszekerheidsbeginsel wanneer in een dergelijke situatie niet de Kroon wordt getroffen, maar de gemeente, die geen belasting meer kan heffen? Ik let hier in het bijzonder ook op de positie van de gemeenten, waarvoor tevens Hennekens, sprekend over voorafgaande toetsing van verordeningen in het algemeen, vanmorgen aandacht heeft gevraagd. Mijns inziens is ook de rechtszekerheid voor de gemeenten van belang. De onmogelijkheid voor de gemeente-in-kwestie om nog belasting te heffen lijkt mij een heel merkwaardig rechtsgevolg. Door een nietig goedkeuringsbesluit te nemen kan de Kroon schade veroorzaken. Ik zou mij kunnen voorstellen dat de Kroon voor die schade aansprakelijk wordt gesteld, maar dat het nietige goedkeuringsbesluit gevolgen zou moeten hebben voor de gemeenten – afgezien van gebreken van de gemeentelijke belastingverordening zelf – vind ik merkwaardig. Ik hecht er persoonlijk erg aan dat de toetsing wordt beperkt tot de gemeentelijke belastingverordening zelf. Voor het geval dat er met de gemeentelijke verordening iets aan de hand is moeten er mogelijkheden komen om die verordening zelf aan te pakken, ook op het punt van de matige winst. Ik ben overigens bang dat we daarvoor de wetgever zullen moeten aankijken en dat we niet zullen kunnen toekomen met een andere vorm van toetsen dan we tot nu toe gewend zijn, namelijk beoordeling van het Kroonbesluit ook op materiële punten.

mr. A. J. Bok

De preadviezen lijken mij allereerst waardevol omdat zij een aantal klassieke problemen met betrekking tot de toetsing nogmaals aan de orde stellen. Ik noem in dit verband artikel 168 van de gemeentewet, artikel 7 van de Grondwet en het leerstuk van de onsplitsbare wilsverklaring. Met name ontlenen de preadviezen daarnaast echter ook hun betekenis aan het feit dat een aantal nieuwe ontwikkelingen

in de jurisprudentie, de toetsing aan het ongeschreven recht en de toetsing in abstracto en in concreto, aan de orde zijn gesteld. Over de toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen wil ik nu niets zeggen: ik heb daarover iets geschreven in het meermalen genoemde tijdschrift *Regelmaat*.

Wèl wil ik hier de *toetsing in abstracto* en de *toetsing in concreto* behandelen. De Winter heeft gezegd dat hij dat onderwerp eigenlijk volstrekt onbelangrijk vindt, terwijl Leijten en Konijnenbelt hebben betoogd dat qua gevolg het verschil tussen deze beide vormen van toetsing gering is. Ik denk dat dat moet worden onderschreven. Juridisch maakt het heel weinig verschil, of in abstracto dan wel in concreto wordt getoetst, maar feitelijk gesproken – dat is dan een aanvulling op wat Leijten en Konijnenbelt hebben gezegd – komt de aard van de toetsing er naar mijn mening wel degelijk op aan. Laat ik dit nader uiteenzetten.

Het lijkt mij nuttig in de rechterlijke besluitvorming twee momenten te onderscheiden:

- het moment van de toetsing. De rechter kijkt daarbij of de verordening verbindend of onverbindend is. Inderdaad is hier geen sprake van onverbindend*verklaring*, want de rechter doet geen constitutieve uitspraak. We hebben hier te maken met een trap in de redenering;
- het gevolg dat aan de toetsing wordt verbonden. Hiervan kunnen we zeggen dat het verbinden van een gevolg aan de toetsing altijd in concreto geschiedt. Als de rechter vindt dat de regeling-in-kwestie onverbindend is, zal hij hem in het concrete geschil buiten toepassing laten. Méér is, om het geschil te beslechten, ook niet nodig.

In de praktijk zie je overigens die twee momenten nauwelijks in de rechterlijke uitspraak aangegeven. De rechter heeft het altijd over het eerste moment, het toetsingsmoment. Hij wijdt een aantal overwegingen aan de verbindendheid van de regeling en vervolgens laat hij de regeling min of meer impliciet buiten toepassing, namelijk door in een administratiefrechterlijke procedure de op grond van de onverbindende regeling gegeven beschikking te vernietigen, door in een strafrechtelijke procedure van rechtsvervolging te ontslaan – het feit is immers niet strafbaar – en door eventueel in een civiele procedure de bewering waarop eiser of gedaagde zich baseerde af te wijzen.

Er zijn dus twee momenten in de rechterlijke besluitvorming omtrent de onverbindendverklaring: een toetsingsmoment en een moment van buiten toepassing laten. Bij het moment van buiten

toepassing laten besluit de rechter altijd in concreto, bij het eerste moment toetst de rechter meestal in abstracto, in een aantal gevallen ook in concreto. Mijn stelling is: of de rechter nu in abstracto of concreto toetst, steeds zal het juridisch gevolg zijn dat de betrokken regeling in het concrete geschil buiten toepassing zal blijven.

Bij deze voorstelling van zaken is eigenlijk het hele onderscheid tussen een toetsing in concreto en een toetsing in abstracto een soort juridisch nihil. Je zou dan met De Winter moeten instemmen, door te zeggen dat er toch eigenlijk belangrijker problemen zijn waarmee je je kunt bezighouden.

Zo eenvoudig ligt het echter naar mijn gevoel toch niet. Ik denk dat er nog iets bij komt, namelijk de feitelijke werking die van de onverbindendverklaring of van de buitentoepassinglating in concreto uitgaat. Die feitelijke werking is de volgende. Als de rechter een regeling onverbindend verklaart, betekent dat niet dat de regeling daarmee wordt vernietigd. De regeling blijft op zichzelf bestaan en kan in beginsel ook opnieuw worden toegepast. De vraag is daarbij – het gaat dan om een soort feitelijke reflexwerking – in hoeverre de rechter in volgende procedures opnieuw onverbindend zal verklaren. In dat opzicht maakt het wel degelijk verschil of de rechter in abstracto of dat hij in concreto heeft getoetst. Heeft de rechter namelijk heel in het algemeen gezegd dat de betrokken bepaling in strijd is met een hogere bepaling, dan zal de gemeenteraad – als het om een gemeentelijke verordening gaat – goed moeten bekijken of de bepaling wel in stand kan blijven en of zij niet op z'n minst dient te worden gewijzigd, wil men althans niet de kans lopen in een volgende procedure opnieuw tegen een onverbindendverklaring aan te lopen. Heeft de rechter echter in hoge mate in concreto getoetst, door zijn toetsing sterk toe te spitsen op de omstandigheden van het geval, dan zal de aandrang van de gemeenteraad tot wijziging dan wel intrekking van de bepaling veel minder groot zijn. Het lijkt mij tegen deze achtergrond wel degelijk nuttig te blijven onderscheiden tussen een toetsing in abstracto en een toetsing in concreto. Het verschil ligt niet in het juridisch gevolg, want dat is in beide gevallen hetzelfde: het ligt in de feitelijke reflexwerking die van de toetsing uitgaat.

Het zou wat dit betreft heel aardig zijn eens te weten te komen wat gemeenten na een onverbindendverklaring nu zoal doen. De aandacht van de juristen houdt over het algemeen op als onverbindend is verklaard of juist *niet* onverbindend is verklaard. De stelling die ik heb betrokken – dat de onverbindendverklaring feitelijk een groter gevolg zal hebben als de rechter in abstracto toetst – zou je eigenlijk

eens moeten onderzoeken. Je zou, met andere woorden, eens naar de gemeenten of andere regelgevers toe moeten gaan, met de vraag: 'Er is een regeling van u onverbindend verklaard. Wat is daar nu in concreto mee gebeurd?' De door mij betrokken stelling zou dan kunnen worden bewezen, of zou misschien juist *niet* kunnen worden bewezen. Ik heb begrepen dat Hennekens twee student-assistenten op het onderwerp heeft gezet; Ilsink heeft twee student-assistenten en een onderzoeker bij de universiteit in Rotterdam ingeschakeld. Misschien is er nog wat geld over en kan in de door mij aangegeven richting nader onderzoek plaatsvinden.

Tot zover enige opmerkingen over de toetsing in abstracto en in concreto. Het volgende onderdeel van mijn interventie wil ik wijden aan het *rechtstreekse vernietigingsberoep tegen regelingen* dat al dan niet zou moeten worden opgesteld. In het preadvies van Hennekens komt dit beroep min of meer en passant aan de orde. Kennelijk hebben de preadviseurs het een belangrijk onderwerp gevonden – ik ben het wat dit betreft met hen eens –, want ze hebben in de mogelijke aanknopingspunten voor de discussie een enigszins provocerende stelling opgenomen die op dit onderwerp betrekking heeft, in de hoop dat mensen geprikkeld zouden worden daarop in te gaan. Ik zal aan die prikkel gevolg geven.

Tegen het rechtstreekse beroep tegen algemene regels voert Hennekens – meer in de vragende vorm – een groot aantal bezwaren aan. Hij vraagt zich af of het allemaal wel zo goed zal werken, waarmee hij een twijfel uitspreekt die ik eerlijk gezegd wel deel. Ik zou twee punten willen noemen ten aanzien waarvan het mij niet op voorhand duidelijk lijkt hoe een beroep tegen algemene regels zou moeten worden gerealiseerd:

1. de beroepstermijn;

2. het gevolg van een rechterlijke vernietiging.

Ad 1. Hierover is al iets gezegd. De conclusie van vanochtend was naar ik meen min of meer dat er toch in ieder geval een beroepstermijn zal moeten zijn: als men binnen onbepaalde termijn tegen zo'n verordening in beroep zou kunnen komen, zou nooit duidelijk zijn wanneer die verordening nu formele rechtskracht heeft gekregen. Het is misschien nuttig in verband met het beroep tegen algemene regels de blik op het buitenland te richten. Ik heb in een ander verband het Franse recht wel eens bestudeerd. In Frankrijk kan men inderdaad tegen 'règlements', door het bestuur vastgestelde regels, een rechtstreeks vernietigingsberoep instellen. Daarvoor geldt dan een termijn van twee maanden, die overigens langer is dan de in

Nederland veelal gebruikelijke termijnen. In beginsel geldt dat iemand die na het vaststellen van de regeling en het verstrijken van de twee maanden bezwaren tegen een regeling heeft, ernaast zit en geen beroepsmogelijkheid meer heeft. Wat nu echter te doen met, om heel triviaal te blijven, degene die na de vaststelling van de verordening wordt geboren, of, om het misschien iets zakelijker te stellen wat te doen met een nieuw bedrijf waarop de reeds bestaande regeling van toepassing is? Stel dat een regeling op bepaalde soorten bedrijven van toepassing is en dat een ondernemer pas na vijf jaar met zo'n soort bedrijf begint. Hebben die jonggeborene en die ondernemer geen beroepsrecht meer? In Frankrijk is voor dit probleem een zekere oplossing bedacht. Je kunt in Frankrijk, als zich een wijziging van feiten of omstandigheden heeft voorgedaan die mogelijk aanleiding kan geven tot wijziging of intrekking van de verordening, een op wijziging of intrekking van de verordening gericht verzoek bij het bestuur indienen. Weigert het bestuur dan vervolgens de verordening in te trekken of te wijzigen, dan is dat een zelfstandig appellabel besluit. Langs deze weg is er dus een zekere mogelijkheid gecreëerd om ook na het verstrijken van de beroepstermijn van twee maanden de verordening nog aan te pakken. Overigens werkt het systeem niet helemaal goed. Wat is er namelijk mogelijk als de feiten en omstandigheden volstrekt hezelfde zijn gebleven, maar iemand toch na ommekomst van de twee maanden bezwaren heeft? Het introduceren van een termijn voor beroep tegen algemene regels levert al met al moeilijkheden op.

Ad 2. Een nog veel groter probleem levert het *gevolg* van een vernietigingsberoep tegen algemene regels op. Stel dat de rechter de verordening-in-kwestie onrechtmatig vindt en deze op grond daarvan vernietigt. In dat geval werkt de vernietiging volgens de geldende theorie *erga omnes* (ten opzichte van een ieder) en bovendien met terugwerkende kracht. Een vernietiging van een beschikking heeft een betrekkelijk overzichtelijk gevolg. Geraakt wordt het orgaan dat de beschikking heeft gegeven, degene tot wie de beschikking gericht is en eventueel een overzichtelijke groep van derden-belanghebbenden. Wordt daarentegen een verordening vernietigd, dan geldt die vernietiging voor een ieder die met die verordening te maken heeft en zal, wat nog méér is, in beginsel zo'n vernietiging ook moeten terugwerken. Als de verordening al een tijdje heeft gegolden en op grond daarvan beschikkingen zijn gegeven, zouden al die beschikkingen in beginsel moeten worden teruggedraaid. Het Europees recht, waarin in sommige gevallen een

rechtstreeks beroep tegen verordeningen open staat, geeft daarvan een heel cru voorbeeld. Naar ik meen heeft zich eens een geval voorgedaan waarin vernietiging van een gemeenschapsverordening door het Hof van Justitie in Luxemburg tot gevolg had dat in Duitsland ongeveer 30.000 op grond van die verordening genomen beschikkingen moesten worden teruggedraaid. Het is duidelijk dat zoiets een groot probleem oplevert. In Frankrijk is het dan ook zo dat men van de terugwerkende kracht van de vernietiging maar is afgestapt en de vernietiging *ex nunc* laat gelden. Die oplossing is natuurlijk, als het bijvoorbeeld om een belastingverordening gaat, wel sneu ten opzichte van al degenen die op grond van een achteraf onrechtmatig geoordeelde verordening belasting hebben betaald.

Ik neem al met al een soortgelijk standpunt in als Hennekens. Ik zeg niet dat ik echt tegenstander van een beroep tegen regelingen ben, maar ik zie aan de andere kant wel zeer grote problemen. Dit is geen erg constructief einde van mijn interventie, maar misschien mag ik toch van de preadviseurs vernemen wat zij van de twee door mij naar voren gebrachte problemen vinden.

I. Het probleem van het onderscheid tussen toetsing *in abstracto* en toetsing *in concreto* is eigenlijk zinledig als we naar het juridisch gevolg kijken, maar met het oog op de feitelijke reflexwerking is het onderscheid misschien toch niet zo onhandig.

II. Met het oog op de termijn, maar vooral ook met het oog op het gevolg van een vernietiging, ben ik geen voorstander van een vernietigingsberoep tegen algemene regels. We zouden daarover althans op z'n minst nog eens beter moeten nadenken.

mr. I. C. van der Vlies

Mijn opmerkingen zullen betrekking hebben op ongeschreven rechtsbeginselen. In alle drie de preadviezen worden aan dat onderwerp beschouwingen gewijd, maar het punt waarover ik het in bijzonder zou willen hebben wordt het meest uitvoerig in het preadvies van De Winter aan de orde gesteld. Kort samengevat gaat het erom de toetsing van de bevoegdheid van de gemeenteraad een bepaalde verordening te stellen, te brengen in een breder rechtskader en niet gevangen te houden in een beperkte, regionale atmosfeer.

Het is ongetwijfeld zo dat de gemeentelijke verordeningen zorgen voor een aanzienlijke couleur locale in de Nederlandse rechtswetenschap. Ze zijn sterker aan lokale tradities gebonden dan de wetgeving van de centrale overheid dat is aan nationale folklores.

Dat mag niet verloren gaan, maar anderzijds mag de toetsing van de gemeentelijke verordeningen niet beperkt blijken tot op de lokale historie terug te voeren gronden.

De bevoegdheid van de gemeenteraad om een verordening vast te stellen, is, zoals bekend, beperkt (art. 168 gemeentewet). De bevoegdheid wordt begrensd door de bevoegdheid van de organen van andere openbare lichamen. Voorts wordt de bevoegdheid begrensd door wat in de jurisprudentie van de Hoge Raad niet meer tot het terrein van de gemeentelijke huishouding mag worden gerekend, omdat het behoort 'tot de bijzondere belangen der ingezetenen' ofwel omdat 'de openbare orde er niet bij kan zijn betrokken'. Deze jurisprudentie wordt ook wel aangeduid als de 'kan-toetsing' of de toetsing aan de ondergrens. De vraag die ik aan de orde wil stellen is of op deze wijze op de meest adequate wijze wordt getoetst. Waarom zouden de grenzen van de gemeentelijke wetgevende bevoegdheid op zo alternatieve wijze moeten worden bewaakt terwijl toch in het algemeen wordt aangenomen dat het om een normale juridische toetsing gaat. Wellicht kan als verklaring worden aangevoerd dat het de rechter bij het toetsen van algemene regels aan criteria ontbrak. Deze criteria lijken thans te worden ontwikkeld, namelijk in de vorm van de beginselen van behoorlijke regelgeving. Deze beginselen zijn, als beginselen van ongeschreven recht, weliswaar nog in volle ontwikkeling, maar de rechter zou, de bevoegdheid van de gemeentelijke wetgever toetsende, aan een verdere ontwikkeling van deze beginselen kunnen bijdragen. De Hoge Raad toetst op verscheidene andere terreinen aan deze beginselen, dus waarom niet op het punt van de ondergrens van art. 168 gemeentewet. Uiteraard leent een interventie zich er niet voor een dergelijk idee volledig uit te werken. Ik zou het op prijs stellen indien de preadviseurs aan de hand van de volgende aangestipte (of andere) voorbeelden ook hun gedachten eens over de mogelijkheid van deze wijze van toetsen zouden willen laten gaan.

Zo zou bijvoorbeeld een verordening die te ver gaand treedt in de economische belangen van de burgers als strijdig met het beginsel dat belangen in redelijkheid tegen elkaar afgewogen moeten worden, onverbindend kunnen worden verklaard. Een verordening die te veel in de privé-sfeer treedt, zou als strijdig met het recht op privacy buiten toepassing kunnen worden gelaten.

Een verordening die naar het oordeel van de Hoge Raad meer gevallen onder haar werking brengt, dan geoorloofd is, zou wegens strijd met de rechtszekerheid onverbindend kunnen worden verklaard. Een dergelijke globale vorm van regelgeving laat de burger

immers in het ongewisse over wat hem boven het hoofd hangt (vgl. In 't Veld en Koeman, *Beginselen van behoorlijk bestuur,* blz. 82). Een verordening als de autowrakkenverordening Velsen zou aan de hand van dit criterium moeten sneuvelen (HR 26 oktober 1971, *NJ* 1972, 34).

Een verordening die wat haar strekking betreft in het belang van de huishouding van de gemeente kan zijn, maar die in haar uitwerking meer regelt dan datgene wat redelijkerwijs binnen het doel van de regeling valt, is in strijd met de rechtszekerheid.

Een illustratief voorbeeld wordt wellicht ook nog geboden door de jurisprudentie aangaande de Zaandamse kraakverordeningen (HR 13-1-1981, *NJ* 1981, 253). Deze werd buiten toepassing gelaten omdat zij betrekking had op gevallen waarin het belang van de huishouding van de gemeente niet betrokken kon zijn. Zij stelde namelijk elk binnentreden van een woning zonder de toestemming van de eigenaar strafbaar. Zodat volgens deze verordening ook strafbaar was degene die met toestemming van een andere rechthebbende naar burgerlijk recht binnentrad. Een dergelijke verordening kan onverbindend worden verklaard omdat zij in strijd is met het rechtsgelijkheidsbeginsel (vergelijkbare rechten van een eigenaar en een andere rechthebbende worden zonder goede reden verschillend behandeld) en in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel (iemand die met toestemming van de rechthebbende binnentreedt, is er niet van verzekerd dat hij niet wordt vervolgd). De gemeenteraad had in dit geval zijn competentie verkeerd gebruikt. Zou de Hoge Raad dit een geval van competentieoverschrijding hebben gevonden dan zou aan de orde moeten zijn gekomen of het verbieden van kraken als zodanig wel tot de bevoegdheid van de gemeenteraad hoort en niet om een zaak, bescherming van eigendom, die eigenlijk aan de formele wetgever moest worden overgelaten.

Een toetsing aan beginselen biedt mijns inziens in dezen veel meer de mogelijkheid om de kwaliteit van de regelgeving te beoordelen, dan een beoordeling aan de hand van de competentievraag. Deze competentievraag raakt lang niet altijd het punt waarom het gaat. Het gaat immers in vele gevallen om een kwestie die, mits anders geregeld, wel de huishouding van de gemeente zou betreffen. Het gebruik van de competentie is bovendien aan de hand van de 'kan'-jurisprudentie moeilijk te regelen en kan wellicht ook duidelijker aan de hand van de beginselen van behoorlijke regelgeving worden uitgewerkt.

Ik sluit mij aan bij de schare loftrompetters die vóór mij heeft gesproken. Men moet trouwens met trompetgeschal oppassen. Wolfgang Amadeus Mozart werd ermee geconfronteerd dat zijn oom vlak voor zijn gezicht een hoge a op de trompet blies: hij viel flauw. Fijnzinnige geesten hoeven dus niet altijd tegen trompetlawaai te kunnen! Niettemin maak ik de preadviseurs een compliment en spreek ik tevens mijn tevredenheid over het thema van deze dag uit. Ik ben blij dat nu de gemeente weer eens onderwerp van beschouwing is. We hebben aandacht besteed aan de zelfstandige bestuursorganen en aan allerlei problemen bij de rijksdienst, maar we praten nu weer eens over de gemeente. Overigens was ik vanmorgen even bang dat het de verkeerde kant op ging. De aandacht voor de gemeente kan zich ook in negatieve zin manifesteren; gelukkig heeft mevrouw Van der Vlies zojuist iets positiefs gezegd. Ik ben nog altijd van mening dat er niets mooiers is dan dat mensen zelf hun wetten stellen. Daarom ben ik een fel pleitbezorger voor gemeentelijke autonomie en gemeentelijke regelgeving.

Ondanks opmerkingen die hier vandaag eerder zijn gemaakt wil ik in mijn interventie aandacht besteden aan het probleem van de *concrete* en *abstracte toetsing,* in de hoop een dimensie aan de tot nu toe gevoerde discussie te kunnen toevoegen. In de preadviezen en in de interventies van vanochtend en vanmiddag zijn diverse opvattingen over de inhoud van de begrippen *concrete* en *abstracte toetsing* geventileerd. Ik voeg daar de zoveelste opvatting aan toe. Als men zich afvraagt of ik hiermee de chaos compleet maak, kan ik ter geruststelling zeggen dat dat inderdaad het geval is. Ik maak de chaos niet alleen compleet, maar ik hoop ook de chaos mooier en beter te maken. Naar mijn gevoel is het altijd nog aantrekkelijker te spreken van een mooie chaos dan van een lelijke orde.

Mijns inziens is er wel degelijk verschil in toetsing tussen enerzijds de situatie waarin de rechter een vergunningsvoorschrift vernietigt en anderzijds – ik zou dan van concrete toetsing willen spreken – de situatie waarin de rechter een algemeen verbindend voorschrift vernietigt. Ik denk hier onder meer aan de gevolgen voor de burger: in het ene geval wordt hij slechts met het wegvallen van een vergunningsvoorschrift geconfronteerd, bij het wegvallen van een verordening heeft een vernietiging een veel groter draagvlak. Ook denk ik aan de gevolgen voor het bestuursorgaan, dat een deel van zijn bevoegdheden kan verliezen als de verordening op enigerlei wijze vervalt. Wat de gevolgen voor de gemeenteraad zelf betreft: bij

het wegvallen van de verordening moet de gemeenteraad een nieuwe verordening vaststellen, iets wat bij vernietiging van een vergunning niet het geval hoeft te zijn. De hier gesignaleerde verschillen kunnen worden gekwalificeerd met de termen *concrete toetsing* en *abstracte toetsing*. Bij deze invulling hebben de beide begrippen wel degelijk betekenis en heeft het maken van onderscheid zin.

Mijn betoog spitst zich toe op de preadviezen van Hennekens en De Winter. Op bladzijde 21 geeft Hennekens enkele overwegingen uit de uitspraak van de Afdeling rechtspraak over de Vestigingsregeling van Terschelling. Evenals bij de Groesbeekse Vestigingsregeling achtte de Afdeling de *toepassing* van de verordening in strijd met het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens. Het ging daarbij om de toetsing aan het criterium 'geboren en getogen zijn'. Hennekens stelt de vraag of op grond van artikel 94 van de Grondwet abstracte toetsing uitgesloten is. Die vraag beantwoordt hij ontkennend met als motivering dat de rechter als hij een wettelijk voorschrift wegens strijd met een verdragsbepaling buiten toepassing laat *abstract* toetst.

Concrete toetsing omschrijft Hennekens als een wijze van toetsing waarbij voor een specifiek geval een bepaald voorschrift buiten toepassing wordt gelaten, omdat voor dat geval de toepassing van het voorschrift niet opgaat. In het geval van de beide vestigingsregelingen ging het echter niet om een abstracte, maar juist om een concrete of bijzondere toetsing, namelijk van de weigering van een bewonersvergunning ingevolge de regeling.

In de vervolgens door Hennekens gereleveerde jurisprudentie van de Afdeling en haar voorzitter wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds abstracte toetsing door de voorzitter van een verordeningsvoorschrift aan in casu artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en anderzijds concrete toetsing door de Afdeling van een besluit ter uitvoering van die verordening aan dezelfde verdragsbepaling. Al leiden beide toetsingsvormen tot hetzelfde resultaat, toch is er naar Hennekens mening een wezenlijk verschil.

Het is voor mij de vraag of de beide toetsingsvormen wel zo wezenlijk verschillen. Ik meen dat de rechter in beide gevallen hetzelfde doet, namelijk zoeken naar een toetsbaar voorschrift. In mijn optiek moet het voorschrift, wil het toetsbaar zijn, een voldoende concreet karakter hebben. Om dit goed uit te leggen moet ik de rechtsfiguur van de norm nader bekijken. Je kunt in een norm twee aspecten onderscheiden: enerzijds het aspect van het *wat* en het *hoe* – de gedragsomschrijving –, anderzijds het aspect van het *wie,*

waar en *wanneer*. Het verschil nu tussen abstract en concreet heeft met het eerste aspect te maken. Als in de norm duidelijk is omschreven *wat hoe* mag, is sprake van een concrete norm; als dat niet het geval is, van een abstracte. Bij het tweede aspect gaat het om het begrippenpaar *algemeen/bijzonder*. Als duidelijk is omschreven waar iets mag, is sprake van een bijzondere norm – bijvoorbeeld een vergunningsvoorschrift –; als dat niet duidelijk is omschreven, is sprake van een besluit van algemene strekking.

Met de vier begrippen *abstract, concreet, algemeen* en *bijzonder* kunnen vier combinaties worden gemaakt:
- abstract-algemene voorschriften;
- abstract-bijzondere voorschriften;
- concreet-algemene voorschriften;
- concreet-bijzondere voorschriften.

Bijzondere aandacht vragen de twee typen van algemene normen en de concreet-bijzondere normen. Concreet-bijzondere normen zijn beschikkingen, concreet-algemene normen zijn algemeen verbindende voorschriften en abstract-algemene normen zijn andere besluiten van algemene strekking.

Naar mijn mening kunnen alleen de beide laatstgenoemde categorieën voorschiften, de *concreet-algemene* en de *concreet-bijzondere* aan elkaar worden getoetst. Alleen zij kunnen een door de burgers na te leven en voor de rechters toetsbare norm inhouden. Niet voor niets bepaalt artikel 94 van de Grondwet dat Nederlandse voorschriften geen toepassing vinden als die toepassing onverenigbaar is met een ieder verbindende – voor burgers geldende, dus concrete – verdragsbepalingen. Die toetsing kan alleen maar neerkomen op de beantwoording van de vraag of 'nationale' normen het de burger onmogelijk maken normen uit het internationaal recht na te leven. Onverenigbaarheid kan alleen worden geconstateerd als het gaat om concrete bepalingen; anders zouden we appels en peren vergelijken. Een vaag of abstract voorschrift kan naar zijn aard nu eenmaal niet in strijd komen met een concrete bepaling.

De verbindende norm die door de burger wordt bestreden en door de rechter wordt getoetst kan zijn een algemeen verbindend voorschrift of een voorschrift uit een beschikking. Stelt een rechter naar aanleiding van de toepassing van het algemeen verbindend voorschrift in het concrete geval dat voorschrift buiten werking, dan ligt het voor de hand dat hij bij de toepassing van dat voorschrift – dat naar zijn aard herhaald toepasbaar is – in een ander geval tot een gelijk oordeel zal komen. Dat is overigens niet noodzakelijk.

Toen ik dit vannacht schreef vroeg ik mij met enige twijfel af of het nu wel werkelijk zo is, maar mijn opvatting is inmiddels bevestigd door coryfeeën als Konijnenbelt, Leijten en Bok. Zij hebben erop gewezen dat onverbindendverklaring van een verordening in een bepaald geval niet betekent dat die verordening in andere gevallen door andere rechters eveneens onverbindend moet worden verklaard. De rechter kan niet anders doen dan met het oog op het concrete geval naar de verordening en de uitvoeringsvoorschriften kijken. In zijn uitspraak beperkt hij zich daartoe. Iets anders is dat de uitspraak van een rechter een uitstralingseffect naar andere rechters kan hebben, maar we weten dat hogere rechters er weer anders over kunnen denken.

Hennekens heeft op dit punt een andere opvatting; ik verwijs naar bladzijde 76 van zijn preadvies.

Bij toetsing van een voorschrift uit een beschikking ligt de zaak naar mijn mening aldus dat de rechter de bepaling waarop de beschikkingsbevoegdheid steunt niet *kan* toetsen. De vage of abstracte norm uit de regeling moet eerst verder worden ingevuld of geconcretiseerd om voor de burger naleefbaar en voor de rechter toetsbaar te zijn.

Anders dan Hennekens meen ik dat het niet gaat om een impliciete erkenning door de rechter van de geldigheid van het bevoegdheidverlenende voorschrift - waarop de vergunningsbevoegdheid steunt -, maar dat voor de rechter dat voorschrift vanwege zijn abstracte karakter ongrijpbaar is. De rechter doet er dus geen uitspraak over en erkent niet impliciet de geldigheid. Het verbod om zonder vergunning een bepaalde handeling te verrichten is weliswaar een verbod, maar een belangrijk element in de normgeleding ontbreekt, namelijk de uitspraak of een vergunning al dan niet is verleend en zo ja welke voorschriften aan die vergunning verbonden zijn. In de meeste regelingen die een vergunningenstelstel kennen staat niet het verbieden van de activiteit centraal, maar juist het reguleren van die activiteit: het door het bestuursorgaan laten bepalen van de voorschriften die in het bijzondere geval gelden. De Duitser spreekt hier van *Gesetzgebung für den Einzelfall.* Pas het besluit tot weigering of tot verlening van de vergunning, al dan niet met voorschriften, maakt de normgeleding compleet en toetsbaar. Aldus is het best mogelijk dat de 'toepassing' van een regeling in het ene geval in strijd komt met een hogere regeling en in het andere geval niet. Ik ben het eens met De Winter als hij vraagtekens plaatst bij de mening van Van der Burg dat in dergelijke gevallen de strafbepaling in de achterliggende regeling niet wettelijk zou zijn. Op

grond van de mening van Van der Burg zou je namelijk bijvoorbeeld kunnen twijfelen aan de strafrechtelijke grondslag van een geheel rechtsgebied als het milieurecht, dat voornamelijk uit vergunningsbevoegdheden bestaat.

Als de rechter het vergunningsvoorschrift toetst aan een hogere regeling, betekent dat nog niet dat de regeling die de vergunningsbevoegdheid inhoudt buiten schot blijft. In de eerste plaats kunnen namelijk bepalingen uit de regeling treden in een onderwerp dat later door een hogere regeling wordt bestreken. Dan hoeft de rechter, ingeval artikel 194 van de gemeentewet of soortgelijke wettelijke bepalingen van toepassing zijn, niet eens meer te kijken hoe die bepalingen via de vergunning worden geconcretiseerd: de bepalingen vervallen geheel. In dat geval gaat een bepaling in haar totaliteit op de helling. In dit licht moet de door Hennekens op de bladzijden 30 en 31 genoemde samenval van vergunningsvereisten worden gezien.

Er is nog een andere situatie waarin de rechter ook naar de achterliggende regeling kan kijken. De regeling kan criteria voor de vergunningverlening bevatten, iets waarop Konijnenbelt terecht heeft gewezen. Ik doel hier op voorschriften omtrent het min of meer vrije karakter van de uitoefening van de beschikkingsbevoegdheid. De bedoelde criteria richten zich weliswaar tot het bestuursorgaan, maar tevens over dat orgaan heen tot de burger. In zo'n geval kan de rechter het criterium toetsen aan het hogere voorschrift, namelijk voor zover het zich rechtstreeks tot de burger wendt. Ik zal hierop aanstonds nog nader ingaan.

Deze situatie nu treffen we aan in de bovengenoemde uitspraken ten aanzien van de beide Vestigingsregelingen. De regelingen kenden een verbod om zonder een bewoningsvergunning een woning in gebruik te nemen. De regelingen bepaalden dat de vergunningen moesten worden verleend – imperatief! – als de aanvrager aan de eis van in het geval van Terschelling 'eilanderbinding' en in het geval van Groesbeek 'dorpsbinding' voldeed. Daarmee was nog niet gezegd dat de vergunning in het ontkennende geval altijd zou moeten worden geweigerd. Bepaald was slechts dat de vergunning *moest* worden verleend als aan de bindingseis was voldaan. Ook bij niet-binding zou onder omstandigheden in principe de vergunning kunnen worden verleend.

Toch weigerden de beide colleges van burgemeester en wethouders de vergunning, onder verwijzing naar het bindingscriterium. De Afdeling rechtspraak achtte in beide gevallen de weigering in strijd met artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de

Rechten van de Mens. Zij kon de vergunningen vernietigen zonder de regelingen zelf aan te tasten. Dit zou anders zijn geweest als de vergunning altijd zou moeten worden geweigerd indien de binding afwezig zou zijn, maar dat karakter hadden de bepalingen-in-kwestie niet.

Geheel anders lag het in de door Hennekens op bladzijde 23 gereleveerde uitspraak over een standplaatsvergunning. In tegenstelling tot de vestigingsvergunning moest de standplaatsvergunning op grond van de Marktverordening van Krimpen aan den IJssel worden geweigerd als de aanvrager niet kon aantonen dat hij genoegzaam verzekerd was tegen wettelijke aansprakelijkheid. Burgemeester en wethouders hadden, nu zich dit in casu voordeed, niet veel keus en weigerden de vergunning. Hier moet het voorschrift in de Marktverordening worden opgevat als een rechtstreeks werkend verbod waarvan geen vrijstelling kon worden verleend. De Afdeling verklaarde de verordeningsbepaling – niet de weigering van de vergunning! – in strijd met artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en vernietigde de beschikking met de overweging dat het verordeningsverbod *buiten toepassing* had moeten blijven.

Het is goed hier te bedenken dat burgemeester en wethouders niet bevoegd waren – anders dan Hennekens zegt – om deze bepaling buiten toepassing te laten. Burgemeester en wethouders dienden de raadsverordening uit te voeren. De enige manier om deze zaak op te lossen is de verordening aan te passen.

Wat kunnen we nu uit het voorafgaande opmaken? Het maakt verschil of bij de uitoefening van de vergunningsbevoegdheid al dan niet de vrijheid bestaat om mogelijke strijd met een verdragsbepaling te ontlopen. Ik beperk mij nu tot een verdragsbepaling, maar we zouden deze conclusie ook naar een andere hogere regeling kunnen transponeren. Is de bovenbedoelde vrijheid aanwezig, dan kunnen burgemeester en wethouders als het ware zelf 'splitsen' en hoeft bij een met de hogere regeling strijdige beschikking alleen die beschikking te worden aangepakt, waarbij de regeling zelf kan blijven gelden. In het andere geval moet het voorschrift uit de regeling buiten werking worden gesteld en daarmee ook de beschikking die op dat voorschrift steunt.

De Afdeling kan op grond van de Wet Arob echter slechts de beschikking vernietigen, niet het voorschrift uit de verordening. Dat blijft weliswaar bestaan, maar wordt in het laatste geval wel ontkracht of, zoals de Afdeling het zegt, buiten toepassing gelaten.

Dus toch verschillende betekenissen! Het komt mij voor dat Van

Reijen, in diens voetspoor Hennekens en in het spoor van Hennekens J. M. Polak in het *Nederlands Juristenblad* nr. 13 wel erg vlot over het verschil tussen buiten toepassing laten en onverbindend verklaren heen stappen.

Ziehier mijn theorietje. Van *onverbindendheid* is sprake bij een concreet voorschrift, een voorschrift dus dat niet via een vergunning of anderszins nader kan worden geconcretiseerd. Voorbeelden zijn een (absoluut) plakverbod en een vergunningsvoorschrift.

Een voorschrift zou *buiten toepassing* moeten worden gelaten als het een abstracte norm betreft, een norm die nog in een beschikking moet worden geconcretiseerd, zoals in de Vestigingsverordening, of die een voorschrift inhoudt dat op de concretisering betrekking heeft, zoals in de Marktverordening. In de concretisering wordt het voorschrift immers voor het bijzondere geval door het bestuur toegepast. De rechter kan dan constateren dat het voorschrift niet mag worden toegepast op de wijze waarop dat in dat geval was gebeurd, maar daarmee blijft een andere toepassing in andere gevallen wel degelijk mogelijk.

Anders dan Hennekens c.s. meent, bestaat er tussen beide casus wel degelijk verschil. Weliswaar kan een onverbindend verklaarde norm niet meer worden toegepast – uitgewerkt, geconcretiseerd –, maar omgekeerd betekent buitentoepassingverklaring van een voorschrift nog niet dat het steeds onverbindend is. In andere gevallen kan dat voorschrift, zoals we in de uitspraken over de Vestigingsverordeningen hebben gezien, nog wel degelijk verbindende kracht bezitten.

Ik meen dat mijn theorietje niet veel afwijkt van hetgeen De Winter en Hennekens hebben betoogd, maar dat het verschil toch nog groot genoeg is om hun reactie te vragen.

mr. J. P. Kruimel

Toen ik een uitnodiging voor deze vergadering ontving, heb ik mij afgevraagd of ik überhaupt het woord zou voeren. Ik ben namelijk bij de totstandkoming van het preadvies van Ilsink zeer nauw betrokken geweest. Uiteindelijk heb ik mijn schroom overwonnen door te constateren dat in de naam van deze vereniging het woord 'wetenschap' niet voorkomt. Ik beschouw mijzelf namelijk niet als een echte wetenschapper. Aan Konijnenbelt laat ik graag over in de chaos die ik hier zal presenteren op systematische wijze enige ordening te brengen.

Het lijkt mij goed dat het aan de orde stellen van de gemeenten en de gemeentelijke regelgeving in deze vergadering 136 jaar na de totstandkoming van de gemeentewet van Thorbecke heeft geleid tot uitgebreide beschouwingen en uitgebreide studies. Zoals men zal hebben begrepen heeft het ministerie van Binnenlandse Zaken daarvoor bijzonder grote belangstelling.

Het preadvies van Ilsink geeft mij aanleiding tot het maken van enkele opmerkingen. In paragraaf 2.3 merkt hij op te vermoeden dat er geen rechtsregel bestaat die een verbod op het vaststellen van een gemeentelijke belastingverordening met terugwerkende kracht zou inhouden. Ik meen dat een dergelijke regel wel degelijk is aan te wijzen, namelijk in de instructienorm die in artikel 4 van de Wet algemene bepalingen aan de wetgever is gegeven: 'De wet verbindt alleen voor het toekomende, en heeft geene terugwerkende kracht.' Van die instructienorm kan natuurlijk wanneer de nood op z'n hoogst is worden afgeweken. Het is echter een heel strenge eis en de omstandigheden moeten dan ook zeer extreem zijn: ze moeten duidelijk en heel bewust worden getoetst.

Daarmee kom ik dan tevens bij mijn persoonlijke opvatting dat de belastingrechter op dit moment nog veel te coulant is in het toestaan, het verbindend achten, van regelgeving van de lagere overheden waaraan terugwerkende kracht is toegekend. Terugwerkende kracht is naar mijn smaak slechts toelaatbaar indien de essentialia die niet in de belastingverordening zijn neergelegd tenminste zijn opgenomen in een ander raadsbesluit of een raadsvoorstel dat aan een zodanig besluit ten grondslag heeft gelegen. Uiteraard zie ik in dit verband af van terugwerkende kracht die tot gevolg heeft dat de belastingplichtige alleen maar voordeel - althans geen nadeel - heeft.

Het vertrouwensbeginsel, waarop in paragraaf 2.4 door Ilsink wordt ingegaan, geeft mij aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen. Na te hebben gehoord wat Monsma over het vertrouwensbeginsel heeft gezegd zal ik overigens mijn bijdrage op dit punt enigszins inkorten. Het gaat mij om de vraag naar de invloed van een circulaire van de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken aan een gemeentebestuur. De vergelijking die Ilsink trekt gaat naar mijn mening grotendeels mank, omdat een circulaire van de minister of staatssecretaris van Binnenlandse Zaken zich altijd zal richten tot een bestuurlijk/wetgevend orgaan en nimmer tot een uitvoerend orgaan, zoals dat bij de relatie tussen de staatssecretaris van Financiën en de rijksbelastingdienst het geval is.

Ook is er geen sprake van regelgeving in het kader van een

goedkeuringsprocedure, maar slechts van advisering omtrent hetgeen in de belastingverordening ware op te nemen. Het gaat daarbij om advisering over een standpunt dat de Kroon in de goedkeuringsprocedure mogelijkerwijs zou kunnen innemen. Wanneer sprake zou zijn van een onthouding van goedkeuring speelt niet alleen de staatssecretaris als politiek verantwoordelijke in samenwerking met het staatshoofd een rol, maar is ook de rol van de Raad van State als hoogste adviseur van Kroon en regering van belang. Dit zou natuurlijk anders zijn als een echte gezagsverhouding zou bestaan, maar die is niet aanwezig. Ik heb begrepen dat hier diverse VNG-ers aanwezig zijn: zij zullen de afwezigheid van een gezagsverhouding zonder twijfel onderschrijven.

Ilsink oppert in zijn preadvies de gedachte dat het besluit van de Kroon tot toetsing van een belastingverordening voor afzonderlijke goedkeuring in aanmerking zou kunnen komen. De goedkeuring – Monsma heeft er al op gewezen – wordt beschouwd als een recht van placet en vormt in dat opzicht naar mijn mening een opschortende voorwaarde. Monsma heeft deze kwalificatie vragenderwijs gegeven; ik wijs erop dat Ilsink elders een dergelijke vraag al eens in positieve zin heeft beantwoord. Het opschortende-voorwaardekarakter van goedkeuring is naar mijn mening onverenigbaar met een nietigverklaring van het desbetreffende besluit anders dan op louter formele gronden. Omstreeks 1953, 1954 hebben zich ter zake van de hondenbelasting gevallen voorgedaan waarin tot nietigverklaring op formele gronden werd overgegaan: de Kroon had aan haar besluiten bepaalde voorwaarden verbonden. Als het Kroonbesluit op zich enige essentialia ontbeert, doordat het niet compleet is dan wel in strijd met de bevoegdheid van de Kroon is genomen, bestaat een andere situatie dan bij een toetsing zoals aan artikel 279 van de gemeentewet.

Wanneer men louter formele gebreken, klevende aan het goedkeuringsbesluit, buiten beschouwing laat, zou men kunnen stellen dat de goedkeuring als zodanig onaantastbaar is en slechts het goedgekeurde besluit voor onverbindendverklaring, buitentoepassingverklaring en dergelijke in aanmerking zou kunnen komen. De constructie om langs de wet van toetsing van het goedkeuringsbesluit te komen tot toetsing van een vage norm als het begrip *matige winst* acht ik dan ook buitengewoon gekunsteld. Ik acht het overigens wel mogelijk dat de belastingrechter met een toetsing komt. Het begrip *onredelijke en willekeurige belastingheffing* zal daarin zeker een rol kunnen spelen. Ik heb mij naar aanleiding van de bijdrage van Langereis van vanmorgen afgevraagd of er werkelijk

wel rechtspraak is van gevallen waarin zoiets is gebeurd. Bij het aan de Erasmus Universiteit onder leiding van Monsma uitgevoerde onderzoek zijn uitspraken in die zin nog niet naar voren gekomen.

In *Belastingblad* van 19 augustus 1986 heeft Ilsink zich afgevraagd of er een nieuwe Thorbecke is opgestaan. Hij constateert daarbij terecht dat de goedkeuring van een belastingverordening niet méér is dan het vervullen van een voorwaarde voor het in werking treden van de verordening. De conclusie is dat het goedkeuringsbesluit niet als een vorm van medewetgeving kan worden gezien. Dat is althans de huidige stand van zaken. Thorbecke dacht daar duidelijk anders over. De vraag of zich nu een nieuwe Thorbecke lijkt te ontpoppen, zou ik aan de hand van het voorgaande – de visie van Ilsink op het goedkeuringsbesluit – bevestigend willen beantwoorden, in de zin van: hier zit hij, mr. J. W. Thorbecke Ilsink.

mr. Th. G. Drupsteen

Over het onderscheid tussen *abstracte* en *concrete toetsing* heeft Bok gezegd dat dit als consequentie een feitelijke reflexwerking heeft. Ik ben heel benieuwd naar het onderzoek dat de student-assistenten van Hennekens gaan uitvoeren. Ik ben namelijk bang dat aan een toetsing van een gemeentelijke verordening, onverschillig of die nu abstract dan wel concreet is geweest, absoluut geen enkele consequentie wordt verbonden. Het zou mij niets verbazen als zou blijken dat de student-assistenten van Hennekens in diverse gemeenten groot nieuws vertellen wanneer ze daar komen zeggen: 'Er is een verordening van u getoetst en die is onverbindend verklaard,' of: '... die wordt buiten toepassing gelaten.' Het zou mij evenmin verbazen wanneer het antwoord op de vraag aan het gemeentebestuur 'Wat hebt u daarna gedaan?' buitengewoon kort zou zijn.

Hennekens blijkt niet zo gelukkig te zijn met het begrip *onderwerp,* dat voorkomt in artikel 194 van de gemeentewet, en dat in het ontwerp-gemeentewet opnieuw is opgenomen. Hij vindt dit een minder wenselijk begrip, dat te gemakkelijk is overgenomen. Hieraan verbindt hij de conclusie dat het onderscheid tussen anterieure en posterieure verordeningen eigenlijk zou moeten vervallen, waarmee tevens recht zou worden gedaan aan min of meer gevestigde jurisprudentie.

De eerste vraag die ik Hennekens in dit verband wil stellen luidt: op welke min of meer gevestigde jurisprudentie doelt hij eigenlijk? De tweede, daaraan verbonden vraag is in *Regelmaat* al door Van

Buuren opgeworpen: gaat Hennekens door het boven omschreven standpunt in te nemen niet al te nietsontziend te werk en heeft het onderscheid anterieur/posterieur toch niet een zekere zin? Wanneer de rijkswetgever wetgeving stelt, wordt dank zij dit onderscheid door artikel 194 van de gemeentewet min of meer schoon schip gemaakt. Hoe schoon dit schip wordt toont de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak naar aanleiding van de verruimde reikwijdte van de Hinderwet wel aan. Wellicht wordt daardoor ook de zorg van Hennekens ingegeven.

Hennekens wil niet weten van het onderscheid tussen anterieure en posterieure verordeningen, maar een paar bladzijden later in zijn preadvies duikt het toch weer op. Het gaat dan om de kwestie van de aansprakelijkheid. Naar aanleiding van de aansprakelijkheid maakt Hennekens wel degelijk onderscheid tussen anterieure en posterieure verordeningen, en naar aanleiding daarvan doet hij het voorstel om te komen tot advisering door de Raad van State. Daarover is in deze vergadering nog niets gezegd, en ook ik zal er niets over zeggen. Ik zal althans niet ingaan op de vraag of dit een goede of een minder goede suggestie is. Het enige wat ik zou willen doen is de volgende opmerking maken. Hennekens koestert de hoop dat door advisering door de Raad van State zou kunnen worden voorkomen dat in een geval waarin een verordening onrechtmatig is verklaard de Hoge Raad geneigd is min of meer vanzelfsprekend schuld aan te nemen. Ik denk dat deze hoop niet zal worden bewaarheid. Het feit dat de Hoge Raad zo gemakkelijk schuld bij de gemeente aanneemt, hangt naar mijn mening niet samen met onzorgvuldig te werk gaan door de gemeente of door enig overheidsorgaan. De houding van de Hoge Raad kan naar mijn mening uitsluitend worden verklaard door het resultaat waartoe deze Raad wil komen. Als afwezigheid van schuld bij de gemeente zou worden aangenomen, zou het gevolg zijn dat de burger met de schade blijft zitten, terwijl daarvoor naar mijn mening in een dergelijk geval geen enkele grond is. Men moét wel uitkomen op de uitspraak dat de schade voor rekening van de overheid komt. Dat kan men bereiken door gemakkelijk schuld aan te nemen en een advisering door de Raad van State doet daaraan, denk ik, niets toe of af.

Beantwoording door de preadviseurs (middaggedeelte)

mr. J. W. Ilsink

Ik wil beginnen met iets recht te zetten. Mij is namelijk gebleken dat mijn voorwoord enige misverstanden heeft opgeroepen. In dat voorwoord ga ik in op het onderzoek dat op het ogenblik in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken aan de Erasmus Universiteit Rotterdam aan de gang is. Ten onrechte heb ik de indruk gewekt dat het hier om een onderzoek van alleen Balfoort zou gaan, maar in werkelijkheid is het onderzoek een coproduktie van alle erbij betrokkenen. Het aantal betrokkenen is groot: ik zal ze niet allemaal opnoemen; men kan een en ander nalezen in het rapport dat naar verwachting de volgende maand zal verschijnen en waarvoor uiteindelijk de verantwoordelijkheid bij Monsma ligt.

Dan is er nòg iets vervelends: in noot 33 bij mijn preadvies wordt een volkomen verkeerd arrest genoemd, dat niets te maken heeft met de kwestie waarop de noot slaat. Vermeld had moeten worden HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 322, een arrest dat betrekking heeft op de Sloopregeling binnenvaart. In dat arrest gaat het om de toetsing van beleidsregels.

Monsma en *Kruimel* hebben nogal wat kritiek op mijn preadvies geleverd. Eén van die kritiekpunten richt zich in feite tegen wat ik op de bladzijden 147-154 verdedig: de stelling dat de burgers ook aan *resoluties* – de fiscale term voor 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 het kenbaar gemaakte beleid gegeven goedkeuringsbesluiten rechtskracht kunnen missen. Het gevolg van de uitvoering van die stelling is dat achteraf wordt geconstateerd dat de betrokken belastingverordening *niet* blijkt te zijn goedgekeurd en dus niet verbindt. Een op grond van zo'n verordening opgelegde aanslag zou dan moeten worden vernietigd.

Monsma vindt dit veel te ver gaan – en ook Kruimel is er niet blij mee – omdat het enkele feit dat de Kroon mogelijk een rechtsbegin-

sel heeft geschonden niet tot gevolg mag hebben dat een *gemeentelijke* belastingverordening die òfwel overigens geheel valide is, òfwel een norm bevat, zoals *een matige winst,* die de rechter niet mag toetsen, onverbindend zou zijn.* Ik geef dit standpunt nu in mijn eigen woorden weer. Een gemeente, zo luidt de redenering, moet erop kunnen vertrouwen dat zo'n goedgekeurde verordening ook daadwerkelijk kan worden uitgevoerd. Hier wordt dus een rechtszekerheidsargument gebruikt.

Hierop ingaand wil ik vooropstellen dat ik het oog heb op heel evidente gevallen, waarin het zonneklaar is – zeker voor een gemeente die ten opzichte van de burger tòch al een informatievoorsprong heeft – dat een verordening strijdig is met door de Kroon kenbaar gemaakte beleidsregels. Eigenlijk moet ik in plaats van 'de Kroon' 'de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken' zeggen, maar gemakshalve vereenzelvig ik de staatssecretaris in dit verband maar even met de Kroon. Die gelijkstelling is wel niet helemaal juist, maar de Kroon en de staatssecretaris komen hier toch in feite op hetzelfde neer. Ik heb het oog op gevallen waarin de gemeente tegen beter weten in handelde en ik zie waarachtig niet hoe in dat soort gevallen ten opzichte van de gemeente sprake kan zijn van het rechtszekerheidsbeginsel. De gemeente is simpelweg niet te goeder trouw.

Naar mijn mening zal het vertrouwensbeginsel aan de kant van de burger veel zwaarder moeten wegen. De burger moet erop kunnen vertrouwen dat de overheid doet wat ze zegt.

Monsma heeft verder als bezwaar tegen mijn gedachtengang aangevoerd dat een fout van de Kroon zich zou richten tegen een gemeente. Dat bezwaar spreekt mij al helemáál niet aan. Voor de burger is de overheid gewoon de overheid, en of het nu een centrale of een decentrale overheid is, zal hem toch waarachtig een zorg zijn. Hij mag in ieder geval niet van het onderscheid tussen centrale en decentrale overheid de dupe worden.

In feite richt Monsma's bezwaar zich tegen het wettelijke voorschrift van het preventieve toezicht. Belastingverordening en goedkeuringsbesluit zijn onlosmakelijk aan elkaar gekoppeld. Zon-

* Al is de criticus nog zo snel, de rechter achterhaalt hem wel: nog geen week na de vergadering oordeelde de Hoge Raad – vrij vertaald – dat voor ingrijpen van de rechter in een gemeentelijke retributieverordening slechts plaats is indien de Kroon in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat de gemeente de aan haar dienstverlening verbonden kosten op een juiste wijze had berekend. (HR 8 april 1987, *BNB* 1987/177, inzake het riool-gebruiksrecht van de gemeente Kockengen). De Hoge Raad hanteert hier dus niet het vertrouwensbeginsel maar het redelijkheidsbeginsel (het verbod van willekeur).

der goedkeuringsbesluit mist de verordening verbindende kracht: zij bestaat wel, maar ze werkt niet. Als Monsma het preventieve toezicht niet wil afschaffen – en ik weet dat hij dat niet wil – zal hij toch moeten accepteren dat gebreken aan een goedkeuringsbesluit zich richten tegen de verordening. Dat is jammer, maar het is niet anders. Overigens berust de mening dat ik de Kroon nu weer als medewetgever zou hebben opgevoerd, op een misverstand. Van een 'nieuwe Thorbecke' is in het geheel geen sprake. Het enige wat ik doe – eigenlijk is dat niets bijzonders – is de Kroon houden aan de specifieke verantwoordelijkheid die zij als toezichthoudster heeft. Dàt is wat ik doe, niet meer, maar ook niet minder.

Monsma wijst er voorts op dat de weg die ik verdedig en die inderdaad – dat geef ik toe – wel een beetje gekunsteld aandoet, ertoe leidt dat de rechter via de achterdeur toch weer aan het *matige-winst*-criterium toetst, wat hem, zoals ik uitvoerig heb uiteengezet, door de wetgever is verboden. Of de wetgever dat al in 1851 heeft gedaan of pas in 1897, laat ik dan maar even buiten beschouwing, want dat is niet vreselijk interessant. Van belang is dat naar mijn opvatting – ik heb dat ook in mijn preadvies opgemerkt – tegen toetsing door de rechter aan het *matige-winst*criterium geen bezwaar bestaat: artikel 279 van de gemeentewet zou naar mijn oordeel al lang moeten zijn gewijzigd.*

Ter ondersteuning van zijn opvatting doet Monsma een beroep op het voorontwerp tot wijziging van de gemeentewet dat eind verleden jaar is gepubliceerd. Hij leidt daaruit af dat de wetgever nog steeds voor handhaving van het bewuste voorschrift kiest. Ik wijs erop dat de mening van degene die het voorontwerp heeft gemaakt niet kan worden gelijkgesteld aan de mening van de wetgever. Bovendien richt bij de in het voorontwerp voorgestelde wijziging van artikel 279 alle aandacht zich op de *matige winst* als zodanig. Het criterium *matige winst* zou moeten worden gewijzigd in een criterium, verband houdende met de op de gemeente drukkende kosten, waarvan het gevolg zou zijn dat de gemeenten met hun retributies niet langer een matige winst zouden mogen maken. Die 'matige winst' mag overigens 25% bedragen en dat lijkt mij toch een lekker winstje!

Alle aandacht gaat zoals gezegd in het voorontwerp uit naar de vervanging van het ene door het andere criterium. Over de goedkeuring en het toezicht wordt in het geheel niets gezegd; dat aspect van de zaak is trouwens ook nooit aan de orde geweest, of het moest zijn

* Deze stelling werk ik verder uit in: Rechterlijke toetsing van gemeentelijke retributieverordeningen, *Weekblad* 1987/5787, 3 september 1987, blz. 1005 e.v.

in 1897, maar dat is al zó lang geleden en toen keken we er bovendien nog iets anders tegenaan. In mijn ogen wordt het tijd dat iets over de goedkeuring en het toezicht wordt gezegd, en ik zal dat nu dan ook doen; eigenlijk hèb ik het natuurlijk al gedaan. Als men dan toch artikel 279 wijzigt, moet men naar mijn mening ook verandering brengen in de specifieke redactie ten gevolge waarvan het de rechter verboden is aan het criterium-in-kwestie te toetsen. Naar ik heb begrepen is Monsma het op dit punt wel met mij eens. Het toetsingsverbod voor de rechter dient te vervallen.

Hoe de rechter uiteindelijk met het nieuw verworven recht zal omspringen, zullen we dan wel zien. Hij zal ongetwijfeld, zoals hij tot op heden ook met betrekking tot de andere vage normen heeft gedaan, van zijn recht een spaarzaam en terughoudend gebruik maken.

Met *Kruimel* ben ik het eens dat de omweg via het vertrouwensbeginsel en het toetsen van goedkeuringsbesluiten, die eventueel nu zou kunnen worden gevolgd – misschien ook wel niet zou kunnen worden gevolgd –, nogal gekunsteld is. Dit neemt echter niet weg dat het in andere gevallen – ik spreek nu even niet over de *matige winst* – waarin de Kroon beleidsregels uitvaardigt, toch heel goed mogelijk moet kunnen zijn dat de burger die daarmee wordt geconfronteerd zich op zo'n beleidsregel beroept, aanvoerend dat de Kroon door de goedkeuring van een verordening in strijd heeft gehandeld met wat zij eerder heeft verklaard.

Kruimel heeft gesproken over de *terugwerkende kracht* die al dan niet aan een belastingverordening wordt verleend. Zijn kritiek houdt verband met gevallen waarin de Hoge Raad onderzoekt of al dan niet terecht is 'afgeweken van het op de eisen der rechtszekerheid berustende rechtsbeginsel dat wetgevende maatregelen alleen voor de toekomst behoren te gelden'. Het is de vraag of in zulke gevallen sprake is van een directe toetsing aan een algemeen rechtsbeginsel.

Er wordt wel gezegd dat het hier geformuleerde beginsel moet worden gezien als een species van het wèl in de fiscale wetten neergelegde legaliteitsbeginsel. Ook in deze vergadering is dat eenen andermaal ter sprake gebracht. Zoals ik op bladzijde 140 van mijn preadvies heb uiteengezet, zou mijns inziens uit deze opvatting volgen dat aan een belastingverordening nooit terugwerkende kracht zou kunnen worden verleend en dat de Hoge Raad dus ook helemaal geen uitzondering op de regel zou kunnen formuleren, omdat dat geen zin zou hebben. Naar ik meen biedt het legaliteitsbeginsel op het punt van het al dan niet kunnen verlenen van terugwerkende kracht geen oplossing.

Kruimel heeft in dit verband artikel 4 van de Wet algemene bepalingen ter sprake gebracht, maar of daarin de oplossing kan worden gevonden, is nog maar de vraag. De Hoge Raad heeft in het verleden altijd gezegd dat artikel 4 zich niet richt tot de wetgever, maar tot de rechter; op bladzijde 139 van het preadvies ben ik daarop ingegaan. In 1979 is een arrest gewezen waarin op de mogelijkheid tot het verlenen van terugwerkende kracht een beperking wordt aangebracht. De Hoge Raad had in dat arrest artikel 4 kunnen noemen, bijvoorbeeld in een overweging, ongeveer inhoudende – maar dan natuurlijk mooier geformuleerd – dat weliswaar artikel 4 het verlenen van terugwerkende kracht aan een wet niet verbiedt, maar dat die bepaling wèl het rechtsbeginsel van niet-terugwerkende kracht behelst. In werkelijkheid – en daar gaat het om – heeft de Hoge Raad echter een dergelijke overweging niet in het arrest opgenomen en ik houd het er dan ook voorlopig maar op dat het rechtsbeginsel van de niet-terugwerkende kracht niet als zodanig in enige wet, en zeker niet in een belastingwet, is geformuleerd. Het beginsel is in die visie een algemeen rechtsbeginsel, waaraan de Hoge Raad, zeker in dat geval, tòch wel toetst.

Over het vertrouwensbeginsel heeft *Monsma* twee vragen gesteld die ik kort zal beantwoorden. Het antwoord op de eerste vraag is 'nee' en het antwoord op de tweede vraag ook; dit zal ik even toelichten. De staatssecretaris kan, zoals ik op bladzijde 148 van het preadvies heb uiteengezet, *geen* vertrouwen wekken waaraan een gemeente gebonden is. Het antwoord op de tweede vraag luidt dat een derdegraads vertrouwensregel, zoals door Mok geformuleerd, mijns inziens in ons belastingrecht onbekend is.

mr. R. E. de Winter

Bij het schrijven van mijn preadvies heb ik nog overwogen er een reisadvies aan toe te voegen. Gezien de wat uit de hand gelopen omvang had ik de deelnemers aan deze dag willen aanraden in de verkeerde trein te stappen. Ik ben overigens nogal onder de indruk gekomen van de werklust waarmee sommige aanwezigen de preadviezen blijken te hebben doorgelezen. Laat ik voor de afwisseling eens niet bedanken voor het bedanken, maar voor iets anders!

Voor de pauze heb ik stiekem al de eerste spreker beantwoord. Dat wil ik nu dan maar nalaten, zodat ik allereerst zal ingaan op de opmerkingen van de tweede spreker, *Van der Burg*. Het gaat mij dan om een onderwerp waarover ik tijdens het ochtendgedeelte al

terloops iets heb gezegd en waaraan naderhand ook andere sprekers aandacht hebben besteed: het open stellen van beroep tegen gemeentelijke verordeningen, ofwel – om de variatie-Hennekens ten tonele te voeren – wellicht een soort toetsing vooraf. Ik neem die twee figuren nu maar even onder één hoedje, omdat daarbij volgens mij problemen van hetzelfde type rijzen. Als dat niet het geval is, horen we het direct wel.

Vanochtend heb ik gewezen op het gevaar dat nogal een wissel wordt getrokken op het beperkte voorstellingsvermogen van de toetsende instantie, waardoor naar mijn smaak de toetsing vooraf wellicht wat erg zwak wordt. Een voorbeeld – dat misschien niet door iedereen in dank wordt afgenomen – zou kunnen zijn de soms wat teleurstellende toetsing die we bij de Raad van State zien. Teleurstelling rijst vooral bij vergelijking met rechtspraak die naderhand over dezelfde wetten wordt vertoond.

Een ander probleem waarop ik wil wijzen is dat er na zo'n toetsing nieuwe hogere regels kunnen gaan ontstaan. Je zult dan op z'n minst een oplossinkje moeten verzinnen voor de vraag hoe dàn de toetsing weer moet verlopen. Wordt dan de lagere regeling ineens weer op de tocht gezet?

Weer een andere variatie, maar in mijn ogen een heel belangrijke, is dat het recht volgens de toetsing-vooraf-benadering wel als een erg statisch fenomeen wordt beschouwd. Klaarblijkelijk verandert in die benadering het recht niet. Ik geloof dat we de redacties en in ieder geval de uitgever van de *NJ* en de *AB* geen plezier zouden doen als we dat standpunt met ons allen zouden onderschrijven. Het recht is nogal eens in beweging. Gedeeltelijk komt dat niet eens door onze eigen rechter, maar bijvoorbeeld door de Straatsburgse rechter. Ik denk dat de verhouding van het Nederlandse recht tot bijvoorbeeld het Verdrag van Rome op het ogenblik een heel andere is dan twintig jaar geleden. Zou de toetsing dan nog altijd gelden? Het zijn maar enkele vragen. We zouden nog kunnen toevoegen: hoe staat het met de verordening van de gemeente B als de gemeente A een verordening heeft die misschien niet door de beugel kan? Zo zijn er misschien nog andere vragen te stellen. Ik wil alleen maar de twijfels die ik vanochtend al heb geuit nog eens met andere argumenten illustreren. Ik ben er dus niet van overtuigd dat het open stellen van beroep tegen verordeningen de aangewezen oplossing is.

Leijten heeft mij nobeler voorgesteld dan ik ben. Ik zou mij niet schuldig hebben gemaakt aan zulke frasen als 'ons hoogste rechtscollege'. Bladzijde 213 van het preadvies leert anders. Ter verdediging van mijzelf kan ik overigens aanvoeren dat ogenblikkelijk daarop 'ons hoogste rechtscollege' wordt beticht van een denkfoutje.

Leijten heeft voorts gewezen op het 'omgekeerde vandalisme': de Hoge Raad maakt alleen maar dingen kapot waarvan *gebleken* is dat ze niet deugen. Een dergelijke houding vindt Leijten toch eigenlijk heel redelijk. Ik deel die mening en ik heb de desbetreffende passage in mijn preadvies dan ook constaterend bedoeld, in de zin van: zo werkt cassatie nu eenmaal. Een probleempje is echter wannéér je vindt dat iets gebleken is ondeugdelijk te zijn. Hier is misschien enig verband met motiveringseisen. Wellicht wringt dáár de schoen. De strafkamer van de Hoge Raad – ik druk mij heel voorzichtig uit – is misschien een beetje erg bereidwillig om dingen in uitspraken van lagere rechters te lezen en daarbij niet te vragen naar een nadere motivering. De vraag is, kortom, wanneer een lagere rechter iets heeft kùnnen aannemen. Je zou van de lagere rechter kunnen eisen dat hij daar uitdrukkelijk blijk van geeft. Dat is in de wereld van de Hoge Raad der Nederlanden, geloof ik, een tamelijk revolutionaire benadering, althans voor de strafkamer.

Enige andere opmerkingen van Leijten hadden betrekking op de *motieftheorie,* waarbij het gaat om de verhouding tussen hogere en lagere regels die al dan niet hetzelfde onderwerp betreffen. Leijten vraagt zich af of deze theorie eigenlijk niet heel redelijk is. Ook ik vind die theorie eigenlijk misschien wel heel redelijk, ervan uitgaande dat er twee redenen zijn waarom je lagere wetgeving misschien voor hogere wetgeving zou moeten laten wijken. In het preadvies heb ik in dit verband in de eerste plaats gewezen op het aspect van *bescherming.* Gemeenten kunnen het tamelijk dol maken en kunnen daarmee voor minderheden misschien wat minder plesante gevolgen oproepen. Een ander punt is de coördinatie. Ik denk zelf dat het ideetje van 'motief' een operationalisering is van de gedachte van coördinatie. Alleen ben ik bevreesd dat het een zó verzelfstandigd bestaan is gaan leiden, dat het tegenwoordig meer als een uitvluchtje wordt gebruikt om te *voorkomen* dat de lagere regel voor de hogere moet gaan wijken.

Leijten heeft ook nog het een en ander gezegd over de kwestie van onverbindendheid versus buiten toepassing laten. Ik kom daar straks nog op terug.

Op de opmerkingen van *Polak* heb ik vanochtend al zó provocerend gereageerd, dat ik daar voor de veiligheid maar niets aan zal toevoegen.

Voor *Konijnenbelt* heb ik een prettige mededeling in petto. De preadviezen zijn weliswaar een alternatief *Staatkundig Jaarboek,* maar er komt ook nog een ècht, aan het eind van deze maand, wellicht aan het begin van de volgende maand, verrijkt met plaatjes

voor de kinderen, maar misschien ook één plaatje dat in deze context wel aardig is: een ontdekking, de Wilnisser visser, die viste in de Wilnisser Plassen. Bij de voorbereiding van het *Staatkundig Jaarboek* ben ik onder meer afgereisd naar Wilnis, en het frappante was dat ik daar geen plas aantrof. Wat de juridische implicaties daarvan verder zullen zijn, weet ik niet; ik moet misschien proberen ook eens een student-assistent aan te trekken om dat uit te zoeken.

Een ander onderwerp dat Konijnenbelt heeft aangeroerd is de kwestie van *onverbindendheid* of *buiten toepassing laten*. Maakt het nu niets uit of een regel onverbindend wordt verklaard, of dat hij buiten toepassing wordt gelaten? Misschien is er bij de administratieve rechter inderdaad geen verschil – daarover laat ik mij vandaag maar niet uit –, maar bij de strafrechter is het onderscheid naar mijn idee wel degelijk van belang. Ik heb daarover – ik citeer nu de woorden van Konijnenbelt – een theorietje verzonnen, dat ik vandaag niet heb horen weerleggen. Aangezien wij hier kennelijk hobby's bedrijven – ik herinner mij Popper en Peirce! – zal ik er voorlopig nog even van uitgaan dat het theorietje in stand is gebleven.

De onderscheiding *abstract/concreet* is ongelukkigerwijs vanmiddag toch steeds ten tonele gevoerd, hoewel ik nog zo duidelijk een waarschuwend woord had gesproken. De veronderstelling dat ik deze beide begrippen zinledig zou achten berust op een misverstand, maar zinledig lijkt mij wèl het kibbelen over de termen. Ik heb deze termen zelf op een bepaalde manier gebruikt en ik denk zelf natuurlijk dat die manier niet helemaal zinledig is. Je zou ook heel andere woorden kunnen gebruiken: misschien was dat eigenlijk veel beter geweest. Enerzijds zouden we kunnen spreken over *globale* toetsing, waarbij ik denk aan een uitspraak als Geertruidenberg, of de al eerder genoemde uitspraak over het Leeuwarder Plakverbod. Daarbij beperkt de rechter zich tot de vraag of de gewraakte bepaling grosso modo door de beugel kan. Aan de andere kant staat dan *precieze* toetsing, waarbij de rechter zijn redenering toespitst op de precieze omstandigheden van het geval en kijkt hoe de regel zich daartoe verhoudt. Een aanknopingspunt kunnen we hier vinden in de interessante uitspraak van de Afdeling rechtspraak over de beroemde Gorsselse Antennemast. In dat geval is niet gezegd dat de gewraakte bepaling door het gemeentebestuur *kon* worden aangenomen, maar is deze heel precies getoetst.

Dit brengt mij bij de volgende interveniënt – ik weet niet precies hoe de sprekers uit de zaal in deze vergadering worden genoemd! –, namelijk *Bok*. Uit mijn antwoord aan Konijnenbelt kan worden

afgeleid dat ik een wat andere benadering van de termen *concreet* en *abstract* heb. In het verlengde daarvan ben ik van mening dat het minder wenselijk is te volstaan met de constatering dat de gevolgen altijd concreet zijn, maar dat het misschien toch ook zinvol is de gedachtenvorming op de toetsing toe te spitsen, zij het dat ik aan de termen *concreet* en *abstract* in het geheel niet hang. Men mag wat mij betreft vanaf nu de woorden *globaal* en *precies* gebruiken, of wat voor andere aanduiding dan ook.

De twijfel van Bok op het punt van het rechtstreekse beroep tegen verordeningen onderschrijf ik.

Mevrouw *Van der Vlies* heeft gesproken over artikel 168 van de gemeentewet en het beroemde criterium, of iets de huishouding van de gemeente *kan* betreffen. Zij heeft zich afgevraagd of het niet veel eleganter is te zeggen dat het hier gewoon een toepassing van algemene rechtsbeginselen betreft. Die stelling is niet nieuw, zij is al eerder geuit door onder anderen Vegting, die ik op bladzijde 208 heb geciteerd. Het gaat in dit verband om de gedachte dat het betreden van de privé-sfeer niet iets is dat in beginsel bij uitstek tot de taak van de wetgever behoort. Leijten, op bladzijde 218 van mijn preadvies aangehaald, gaat op een soortgelijke wijze te werk ten aanzien van vage bepalingen. Dit culmineert in een uitspraak van de Hoge Raad, aangehaald op bladzijde 220 van mijn preadvies, waarin de Sunday-Times-criteria ineens als algemene *beginselen* van behoorlijke regelgeving ten tonele verschijnen. Ik denk, kortom, dat al iets van de bovenbedoelde ontwikkeling gaande is, maar ik denk tegelijkertijd dat de formulering waarbij men zich afvraagt of een bepaling de huishouding van de gemeente *kan* betreffen, niet gauw zal worden prijsgegeven. Ik denk dat men er om rechtspolitieke redenen aan zal vasthouden, aangezien deze formulering een buitengewoon handzaam middel is om bepalingen – en via die bepalingen ook de lagere rechterlijke uitspraken – te sauveren.

Tot slot iets naar aanleiding van de interventie van *Tonnaer*. 'Niets is mooier dan dat mensen zelf hun wetten stellen,' zegt hij, 'leve de gemeentelijke autonomie!', of misschien moet ik erin lezen: 'leve de VNG!'. Bij die laatste gedachte ga je misschien meteen wat aarzelen over het belang van die gemeentelijke autonomie. Zoals gezegd: de termen *abstract* en *concreet* gebruik ik op een bepaalde manier die ik overigens onder bepaalde voorwaarden ook wel wil prijsgeven. Tonnaer heeft in verband met zijn opmerkingen over het plakverbod gevraagd of wij het met elkaar eens zijn. Empirisch gesproken zijn wij het, geloof ik, niet met elkaar eens. In mijn preadvies heb ik heel Popperiaans een voorbeeld ten tonele gevoerd onder het motto: 'Als

dit geval zich voordoet is mijn theorie verworpen.' De Hoge Raad zal naar mijn opvatting plakverboden nooit onverbindend verklaren, doch slechts buiten toepassing laten. Dit hangt samen met de feitelijke invulling van artikel 7 van de Grondwet, aan de hand van het begrip *gebruik van enige betekenis.* Het zal geheel en al afhangen van de feitelijke omstandigheden. Aan een onverbindendverklaring zal men dan ook niet toekomen. Volstaan kan worden met 'buiten toepassing laten'. Zodra er feitelijk weer gebruik van enige betekenis mogelijk is, valt er op toepassing van de gewraakte bepaling niets meer af te dingen. Die bepaling is dan ook *niet onverbindend.*

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

Het is mij onmogelijk op alle daarvoor in aanmerking komende opmerkingen in te gaan; hopelijk zal ik bij de schriftelijke verslaglegging nog aanvullingen kunnen geven. Mede om mijn betoog zo consistent mogelijk te houden zal ik proberen enkele onderwerpen eruit te lichten en daarmee toch en passant de nodige sprekers – naar ik hoop allen een beetje – tegemoet te komen.

Allereerst iets over het onderscheid tussen onverbindend verklaren en buiten toepassing laten en het daarmee samenhangende onderscheid abstract/concreet. Uit het jurisprudentie-onderzoek dat ik heb verricht, en met name uit het onderzoek bij de Afdeling rechtspraak, is gebleken dat abstracte toetsing en onverbindend verklaren wèl, maar concrete toetsing en buiten toepassing laten níet samengaat. Het blijkt namelijk dat de Afdeling een aantal keren zegt buiten toepassing te laten, terwijl zij de facto abstract toetst. Ik kan daarvan een naar ik aanneem goed voorbeeld geven. Op bladzijde 23 van mijn preadvies wordt de casus van een markthandelaar in boeken in Krimpen aan den IJssel geschetst. Ik zou een vergelijking willen trekken tussen enerzijds de benadering van de voorzitter in de artikel-80-procedure en anderzijds de benadering van de Afdeling in de bodemprocedure. De voorzitter zegt ten principale: ik laat buiten toepassing omdat er strijd is met artikel 10 van het Verdrag. Als dit zou betekenen 'ik laat in concreto, voor de onderhavige beschikking – de weigering van een vergunning aan de markthandelaar – buiten toepassing', had de Afdeling het zich niet zo moeilijk hoeven te maken. De Afdeling volgt namelijk de voorzitter niet. Zij doet precies het tegendeel: zij zegt niet dat er strijd met artikel 10 van het Verdrag is, maar zij zegt te dezen, gelet op het feit dat het om boeken gaat en dat de drukpersvrijheid in het geding is, van mening te zijn

dat de bepaling in concreto buiten toepassing moet worden gelaten, zonder op de Verordening van Krimpen aan den IJssel in te gaan. In beide uitspraken wordt de term *buiten toepassing laten* gebruikt, terwijl de voorzitter kennelijk heel duidelijk bedoelt onverbindend te verklaren – afgezien van het feit dat het hier geen bodemprocedure is – en terwijl de Afdeling met zoveel woorden zegt dat zij de bepaling *in concreto* buiten toepassing wil laten.

Een heel belangrijk voorbeeld kunnen we ook vinden in de Antenneverboden, waarover eveneens op de bladzijden 23 en volgende uitspraken te vinden zijn. Bij de concrete toetsing wordt geregeld gezegd dat het oprichten van een bouwwerk dat boven een bepaalde hoogte uitgaat normaliter mogelijk is. De bepaling blijft dus gelden, terwijl de bepaling wanneer het gaat om een antenne waarmee ontvangsten kunnen plaatsvinden, uitgaande boven hetgeen normaliter wordt verschaft, buiten toepassing wordt gelaten. Ik knoop hieraan, mede naar aanleiding van enige gemaakte opmerkingen, meteen vast dat nadien ook is gebleken dat enkele colleges van burgemeester en wethouders, hoewel in hun gemeente exact dezelfde bepaling gold, hetzij in een bestemmingsplan, hetzij in de bouwverordening, deze toch buiten toepassing lieten. Toen dit uiteindelijk door derden-belanghebbenden bij de Afdeling werd aangevochten, werd dit buiten toepassing laten – in het concrete geval, hoewel de bepaling bleef bestaan – door de Afdeling geaccepteerd.

Hiermee wil ik aangeven dat het buiten toepassing laten – ik kan ook andere voorbeelden geven – zowel concreet als abstract wordt gehanteerd, waarschijnlijk omdat artikel 94 van de Grondwet de terminologie 'buiten toepassing laten' gebruikt. Alleen wanneer wordt gesproken van 'onverbindend verklaren', zie je in de door mij onderzochte jurisprudentie, met name van de Afdeling rechtspraak, heel duidelijk dat wordt gedacht aan een *abstracte toetsing*, waarmee ik bedoel dat de norm *als zodanig* wordt getoetst aan een andere norm. Van de gemeentelijke norm die wordt getoetst aan bijvoorbeeld een internationale norm kan dan worden gezegd dat de eerstgenoemde onverbindend is. Als wordt gezegd dat een norm onverbindend is, bedoelt de Afdeling naar mijn gevoelen uitdrukkelijk abstract en alleen maar abstract te toetsen; de norm *blijft* dan ook onverbindend. Zegt de Afdeling dat zij een norm buiten toepassing laat, dan kun je niet per definitie zeggen dat ze niet op de bepaling maar op het concrete geval het oog heeft gehad. Dit valt te betreuren, want in de literatuur heerst over het algemeen het idee dat het om abstracte toetsing gaat wanneer er sprake is van onverbindend

verklaren en dat het om concrete toetsing gaat wanneer er sprake is van buiten toepassing laten. De jurisprudentie wijst dit jammer genoeg niet uit. Ingevolge de jurisprudentie kunnen we met het onderscheid abstract/concreet niet uit de voeten. Wèl geldt dat telkens wanneer onverbindend wordt verklaard abstracte toetsing heeft plaatsgevonden: de ene norm werd gerelateerd aan een andere norm, afgezien van de beslissing die in concreto werd genomen.

Wat doet de Afdeling nog meer? Ik kom nu op enige vragen die met name vanmorgen door *Van Buuren* zijn gesteld. De Afdeling blijkt geregeld, wanneer ze de ene norm abstract toetst aan de andere norm, toch nog iets meer te doen: zij kijkt naar het concrete voorliggende geval en vraagt zich, op basis van het voorliggende geval en de toepasselijke norm, af hoe een en ander uitwerkt in verhouding tot een andere norm. Het komt voor dat exact dezelfde bepaling in het ene geval onverbindend en in het andere geval verbindend wordt verklaard. Een voorbeeld hiervan, met betrekking tot de Drank- en Horecawet is te vinden op bladzijde 53. In het Domburgse geval was exact dezelfde bepaling aan de orde als in het Maastrichtse. Het ging over het begrip *overconcentratie*, dat naar de mening van de Afdeling moest worden geïnterpreteerd als een kwalitatief begrip. In Maastricht was, zo meende de Afdeling, inderdaad een kwalitatieve interpretatie gegeven, zodat de verordening verbindend was. In Domburg was het begrip *kwantitatief* geïnterpreteerd; men had het gezien als een mogelijkheid om uitbreiding van drank- en horecagelegenheden tegen te houden. In het Domburgse geval werd de verordening dan ook onverbindend verklaard. We hebben hier dus twee maal precies dezelfde bepaling, met exact dezelfde relatie tot hetzelfde artikel 18 in de Drank- en Horecawet. Toch was de verordening in het ene geval verbindend en in het andere geval onverbindend. Ik heb dit een *relatief abstracte* toetsing genoemd. De bepaling werd onverbindend verklaard, maar zeer nauw gerelateerd aan de concrete situatie die zich voordeed. Voorbeelden van soortgelijke situaties kan men in het preadvies vinden.

Een tweede aspect in de jurisprudentie van de Afdeling maakt het nog moeilijker. Het komt zelfs voor dat de Afdeling, wanneer ze niet relatief abstract heeft getoetst, maar 'abstract tout court', toch ertoe is gekomen bepalingen onverbindend te verklaren, terwijl zij later exact dezelfde bepaling zonder meer – afgezien van het concrete geval – verbindend verklaart. Met betrekking tot artikel 12 van de Woningwet heeft de Afdeling aanvankelijk in het Leidse geval bij een rooilijnbepaling strijd met de wet geconstateerd. Artikel 12 eist,

zo redeneerde de Afdeling, dat in ieder geval in concreto wordt aangegeven hoe de rooilijnen zich tot andere percelen zouden moeten verhouden, dan wel dat zulks bepaalbaar wordt gemaakt. Onlangs is de Afdeling daarvan teruggekomen en heeft ze exact dezelfde bepaling – kennelijk ook naar aanleiding van kritiek van commentatoren – wèl verbindend geacht.

Heel frappant is dat zich precies hetzelfde heeft voorgedaan met betrekking tot artikel 5 aanhef en onder d van de Wet Arob. Het betreft hier het geval dat een beroepsmogelijkheid ingevolge wettelijk voorschrift wordt gecreëerd. Een aantal gemeenten had een dergelijke beroepsmogelijkheid gegeven. De Afdeling ging uit van onverbindendheid, op grond van de redenering dat het wettelijk voorschrift-in-kwestie de Arob-bezwaarschriftenprocedure frustreert en de termijn te kort maakt. In het geval van Groningen werd slechts een termijn van twee weken gegeven, die door de Afdeling te kort werd geacht. Het wettelijk voorschrift verdroeg zich in de ogen van de Afdeling niet met de Wet Arob en de bepaling werd onverbindend verklaard. Het merkwaardige is dat enige weken geleden de Afdeling in een soortgelijk geval – het ging ook weer om een termijn van twee weken – eveneens tot strijd met artikel 5 aanhef en sub d van de Wet Arob concludeerde, maar niet op grond van de redenering dat de toepassing zich niet verdroeg met de bepaling van de Wet Arob. Men zal zich kunnen voorstellen dat dit nogal wat problemen oplevert. Voorbeelden als deze – en nu spreek ik nog maar over één en dezelfde administratieve rechter – tonen aan, dat de rechtseenheid en rechtszekerheid niet zonder meer gediend worden met het openstellen van (onbeperkt) beroep bij welke rechter dan ook.

Ik kom nu op de artikelen 193 en 194 van de gemeentewet, waarover enige vragen zijn gesteld. Artikel 194 ziet op gevallen waarin een gemeentelijke verordening bestaat die door een wettelijke bepaling wordt achterhaald; de wet komt dus later. Naar ik aanneem kunnen we zeggen dat de Afdeling – waartoe ik mij nu maar beperk – abstract toetst. Zij gaat namelijk na of het *onderwerp* zoals dat in de wettelijke regeling is gegeven van dien aard is, dat de eerder bestaande gemeentelijke verordening nog is blijven bestaan, of dat de bepalingen van die gemeentelijke verordening van rechtswege zijn opgehouden te gelden. De Hoge Raad heeft, zoals uit de Sneek-arresten en andere arresten bekend is, uitgemaakt dat de gemeentelijke verordening *voor zover* een hogere regeling tot stand is gekomen ophoudt te gelden en dat zij *voor het overige* blijft bestaan. De Afdeling rechtspraak heeft aanvankelijk dezelfde lijn gevolgd.

De Afdeling – ik verwijs naar bladzijde 30 van mijn preadvies – heeft uitgemaakt dat een gemeentelijke verordening onverbindend was *in zoverre* een provinciale verordening de materie regelde. Het merkwaardige is nu dat de Afdeling daarop later is teruggekomen. Later heeft de Afdeling afscheid van deze benadering genomen en heeft zij de volgende redenering gevolgd, met name ten aanzien van de Hinderwet: wanneer een materie door artikel 13 van de Hinderwet (sinds de wijziging van 1 november 1981) wordt geregeld, is datgene wat zich *mede* op dat gebied afspeelt, of het nu al dan niet om een inrichting gaat en of het nu al dan niet om precies dezelfde motieven gaat, geheel van rechtswege vervallen. Daarmee is de Afdeling teruggekomen van haar eerdere standpunt en van de wijze waarop de Hoge Raad deze materie heeft benaderd en nu waarschijnlijk nòg benadert. De Afdeling heeft zonder meer van iedere bepaling in een gemeentelijke verordening die door een wettelijke regel werd achterhaald, overwogen dat zij geheel van rechtswege is opgehouden te gelden, afgezien van het concrete geval. Naar mijn gevoelen is dit ook weer abstracte toetsing.

Het frappante is nu, dat geregeld in bijzondere wetten op grond waarvan door het gemeentebestuur beschikkingen worden genomen, desalniettemin de mogelijkheid wordt geboden om aanvullend te verordenen en aanvullend binnen hetzelfde onderwerp regels te geven. Als dergelijke aanvullende regels in een van rechtswege vervallen bepaling al waren opgenomen, moeten zij opnieuw worden vastgesteld als de gehele bepaling is verdwenen. Ik vind dit merkwaardig, want wat gebeurt er op deze manier? De bepaling geldt tot het moment dat de wettelijke regeling van kracht wordt en vervalt op dat moment geheel, terwijl de bevoegdheid om op een bepaald terrein ex artikel 168 van de gemeentewet toch nog een gemeentelijke verordening te maken aanwezig is. Er hoeft geen onduidelijkheid te bestaan over de beantwoording van de vraag om welk terrein het precies gaat; in het kader van de Hinderwet biedt het begrip *inrichting* bijvoorbeeld een criterium. Hoewel de gemeenteraad tot vaststelling van in de vervallen verordening opgenomen regels bevoegd was, zal hij die regels opnieuw moeten vaststellen. De bevoegdheid is er, maar op dat moment zijn de regels van rechtswege toch vervallen en kunnen weer meteen vastgesteld worden. Dit is voor mij één van de argumenten op grond waarvan ik niet erg voor het voortbestaan van artikel 194 ben.

Bij artikel 193 ligt het niet veel anders. Artikel 193 heeft betrekking op de situatie dat er éérst een wettelijke regeling was – ik beperk mij nu maar tot wettelijke regelingen – en dat er later een

gemeentelijke verordening komt. Het artikel bepaalt dat door de Kroon wordt beslist omtrent de vraag of met die latere gemeentelijke verordening in een hoger belang is getreden. Dat neemt niet weg dat volgens vaste jurisprudentie noch de administratieve rechter noch de Hoge Raad ervoor terugschrikt ook in artikel-193-gevallen – dus als de verordening van latere datum is dan de wettelijke bepaling – te toetsen of de gemeentelijke verordening niet in strijd is met de wettelijke bepaling. In feite is er dus tussen artikel 193 en artikel 194 met betrekking tot de toetsing geen verschil, behalve dat het rechtsgevolg dat aan artikel-194-gevallen wordt verbonden over het algemeen ingrijpender is, zeker wanneer de bepalingen *geheel* van rechtswege vervallen.

Van verscheidene kanten zijn opmerkingen gemaakt over mijn stelling op bladzijde 51 dat men *beleidsregels* niet *onverbindend* kan verklaren. Die opmerkingen vind ik ook terug in de commentaren, zowel in het *Nederlands Juristenblad* als in *Regelmaat*. Het lijkt mij goed er nu alvast iets van te zeggen.

Hoe kom ik tot mijn standpunt? Onverbindend verklaren hangt naar mijn mening – zoals ik zojuist heb uiteengezet – altijd samen met abstracte toetsing. Wanneer het resultaat van toetsing van een gemeentelijke norm aan een andere norm is dat onverbindend wordt verklaard, kunnen we concluderen dat die gemeentelijke norm rechtskracht mist. Mij lijkt nu dat een dergelijke abstracte toetsing in het geval van beleidsregels per definitie niet wenselijk is, en wel om een aantal redenen.

De bestuursbevoegdheid is een gegeven dat het bestuur in staat stelt beleidsregels te maken. Beleidsregels zijn dus geen abstracte normen, maar – men mag ze wat mij betreft besluiten van algemene strekking noemen – door het bestuur zichzelf gestelde regels met betrekking tot de uitoefening van een bestaande bevoegdheid. Als namelijk de bestuursbevoegdheid van het bestuur op een bepaald gebied er niet zou zijn, zou het bestuur a fortiori ook niet de bevoegdheid hebben om ter zake beleidsregels te stellen. Ik volg hier mede Van Kreveld, in de hoop dat ik diens dissertatie goed heb begrepen.

Wanneer nu de bestuursbevoegdheid een gegeven moet zijn, wil een bestuursorgaan beleidsregels kunnen stellen, gaan we uit van een aan het bestuur toekomende bevoegdheid die *niet* een bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende regels is. De bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende regels hebben wij namelijk in ons Nederlandse systeem aangemerkt niet als een bestuursbevoegdheid, maar als een wetgevende bevoegdheid. Ab-

stracte normtoets en onverbindendverklaring nu vinden alleen plaats bij abstracte regels. Het zou wèl kunnen gebeuren dat de rechter op een gegeven ogenblik een beschikking die met inachtneming van de beleidsregels is genomen vernietigt en dat als gevolg daarvan de beleidsregels moeten worden veranderd.

Dit heeft zich naar mijn gevoelen voorgedaan in de kienaffaire in Venray, die ik op bladzijde 51 bespreek. Op een gegeven ogenblik hadden burgemeester en wethouders voor zichzelf een beleidsregel vastgesteld met betrekking tot de houding die zij tegenover de frequentie van kienbijeenkomsten zouden aannemen: zij zouden maar één maal per maand een vergunning geven. De Afdeling sprak uit dat dit zich niet met de Wet op de Kansspelen verdraagt en ontzegde aan de beleidsregel verbindende kracht. Een betere benadering is mijns inziens dat de beschikking wordt vernietigd, bijvoorbeeld omdat de wet een dergelijke toepassing van de beschikkingsbevoegdheid niet toelaat met als gevolg dat burgemeester en wethouders met hun beleidsregels wel kunnen opstappen.

Een ander voorbeeld is kort geleden in *Regelmaat* gepubliceerd. De gemeenteraad had burgemeester en wethouders de bevoegdheid gegeven om ex artikel 169 van de gemeentewet nadere regels te stellen. Toen burgemeester en wethouders op grond van die delegatie van wetgevende bevoegdheid inderdaad nadere regels hadden gesteld, kwam de Afdeling tot de conclusie dat de regels als nadere algemeen verbindende regels dienden te worden aanvaard. Zouden burgemeester en wethouders hun regels in de vorm van beleidsregels hebben vastgesteld, dan zou zich een heel andere situatie hebben kunnen voordoen, dan nu waar de nadere regels geen ruimte lieten voor verlening van de gevraagde standplaatsvergunning (ARRS 18 september 1986, *Regelmaat* 1987, p. 82 m.nt. J.T.)

Naar mijn mening hoeft de onverbindendverklaring van beleidsregels ook om een andere reden niet aan de orde te komen. Het is immers zo dat beleidsregels als *maatstaf* ter beoordeling van de rechtmatigheid van te nemen beschikkingen dienen, en niet als *grondslag,* terwijl de beschikkingen die op een verordening worden gebaseerd juist in die verordening hun grondslag vinden. Wanneer die grondslag het haalt, kan het natuurlijk nog steeds gebeuren dat de beschikking wordt vernietigd, maar dat gebeurt dan niet omdat de grondslag verkeerd is. Aan de andere kant kan bij aanwezigheid van een beleidsregel de beschikking sneuvelen, met als mogelijk gevolg dat de maatstaf die in de beleidsregel te vinden is in totaliteit dient te verdwijnen.

Herhaaldelijk is opgemerkt dat de werking van het onverbindend

verklaren tot het concrete geval beperkt blijft. In dat verband vraagt men zich af waarom sommigen zich zo druk maken: zowel bij onverbindend verklaren als bij buiten toepassing laten gaat het om het concrete geval. Ik zou wensen dat het zo was! Bij herhaling worden we in de rechtspraak van de Afdeling geconfronteerd met de woorden 'zoals de Afdeling reeds eerder heeft overwogen'. Een voorbeeld biedt artikel 14 van de Wegenwet. Hoeveel uitspraken zijn niet geheel conform? Ze worden zelfs met de drukfouten overgenomen! Ik zeg dit niet omdat drukfouten niet zouden mogen voorkomen – ze zitten ook in mijn preadvies –, maar om aan te geven met welke duidelijke terugkerende werking een dergelijke overweging voorkomt. De zinsnede 'zoals de Afdeling reeds eerder heeft overwogen' treffen we ook aan in uitspraken over artikel 352 Modelbouwverordening, over artikel 2 lid 2 Woningwet en over artikel 10 Besluit ruimtelijke ordening, inzake gebruiksverordeningen. Er wordt dan geen enkele andere motivering gegeven; er staat zelfs niet bij waar en hoe de Afdeling iets heeft overwogen en of achteraf wellicht is gebleken dat die overweging minder juist was. Het gaat gestaag door!

Uit de jurisprudentie blijkt dus dat volstrekt niet zo zeer per geval wordt geoordeeld als het wel lijkt. Er is echter nog iets ergers. Het kan gebeuren dat op basis van een dergelijke onverbindend verklaarde bepaling alsnog besluiten worden genomen en dat iemand daarvan schade lijdt. In het geval Sint Oedenrode is gebleken dat de gemeente in zo'n geval aansprakelijk kan zijn voor de schade. Ik meen dat zoiets hard aankomt. Men kan op deze manier later worden geconfronteerd met aanspraken in financiële zin vanwege het feit dat besluiten zijn genomen op grond van een bepaling die door de administratieve rechter onverbindend is geacht. Ik heb de indruk dat de effecten zeer ongunstig zijn. In dit verband wijs ik op het Van Gelder-arrest met betrekking tot de regelgeving zelve – het arrest had overigens betrekking op een a.m.v.b. – en op het arrest Hoffmann-La Roche met betrekking tot beschikkingen die in strijd met de wet werden genomen. Het gevaar bestaat dat de gemeenten ervoor zullen terugschrikken op grond van onverbindend geachte bepalingen alsnog beschikkingen te nemen, ook al gaat het om een bepaling van een naburige gemeente. Om die reden meen ik dat we ernaar moeten streven niet de rechter de bevoegdheid om indirect te toetsen te ontnemen, maar de kwaliteit van de verordeningen zo hoog mogelijk te maken, zowel in het belang van de burger, die dan weet waaraan hij toe is, als in het belang van de overheid, opdat deze niet achteraf door veel schade wijs moet worden.

Verslag van de secretaris over 1986

Op 25 april 1986 werd in Utrecht de jaarlijkse ledenvergadering gehouden. Besproken werden de preadviezen van mr. D. A. Lubach en mr. W. A. M. van Schendel over 'Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht'. Lubach stelt in zijn preadvies de verhouding tussen privaat- en publiekrecht in het licht van het nieuw B.W. in algemene zin aan de orde. Van Schendel gaat meer in het bijzonder in op de betekenis van de boeken 3 en 5 N.B.W. voor het bestuursrecht.
Om een halt toe te roepen aan de in de laatste jaren te bespeuren tendens, dat niet-natuurlijke personen (gemeenten, waterschappen e.d.) om financiële redenen hun lidmaatschap van de vereniging opzeggen, werd tijdens de jaarvergadering besloten de contributie van deze categorie leden met 50% te verlagen.

Eveneens in Utrecht werd op 14 maart een studiebijeenkomst gehouden over 'Het verschijnsel circulaires'. Als inleiders traden op: mw. drs. C. H. van Marle, mw. mr. O. Scheltema-de Nie, mr. J. P. van Ham en mr. C. J. D. Waal.

Voor het overige stond het verslagjaar in het teken van het feit, dat het op 1 juli 1986 tien jaar geleden was, dat de Wet Arob in werking trad. Ter gelegenheid van dit tienjarig bestaan werd onder auspiciën van de vereniging een tweetal symposia belegd. Op 20 juni werd in Den Haag het in samenwerking met de Raad van State georganiseerde symposium 'Ervaringen met tien jaar Arob' gehouden; op 26 september vond in Utrecht het symposium 'Tien jaar Wet Arob: hoe verder?' plaats. Voor beide symposia was de belangstelling bijzonder groot. Het ligt in de bedoeling naar aanleiding van het symposium van 26 september een geschrift in de VAR-reeks te laten verschijnen.

Na gedurende acht jaren de functie van voorzitter resp. secretaris van de vereniging vervuld te hebben zijn de heren Konijnenbelt en Rijnen op 25 april als zodanig afgetreden. In de plaats van de heer Konijnenbelt werd benoemd mr. M. Scheltema; in die van de heer Rijnen ondergetekende. Overigens waren er in de samenstelling van het bestuur geen wijzigingen, zodat het bestuur van de vereniging per

1 februari 1987 is samengesteld als volgt:

M. Scheltema (voorzitter)
H. G. Lubberdink (secretaris)
B. van Wagtendonk (penningmeester)
W. Blanken
A. R. Bloembergen
E. Brederveld
J. A. E. van der Does
G. J. Fleers
Ch. P. A. Geppaart
O. van der Heide
L. A. G. Melis
M. Oosting
J. van Viegen

Het ledental van de vereniging is stabiel gebleven. De financiële positie van de vereniging is gezond.

H. G. Lubberdink,
18 februari 1987

Bestuur en ereleden

1. Bestuur

mr. M. Scheltema (voorzitter)
mr. H. G. Lubberdink (secretaris)
mr. B. van Wagtendonk (penningmeester)
mr. W. Blanken
mr. A. R. Bloembergen
mr. E. Brederveld
dr. G. J. Fleers
mr. Ch. P. A. Geppaart
mr. O. van der Heide
mr. L. A. G. Melis
mr. drs. M. Oosting
mr. J. van Viegen
mr. J. A. E. van der Does

2. Ereleden

mr. A. D. Belinfante
mr. A. M. Donner
mr. J. van der Hoeven
mr. J. H. van der Meide †
mej. mr. H. J. D. Revers †
mevr. mr. A. Rothuizen-Geerts
mr. F. W. ter Spill
mr. G. J. Wiarda

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. 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	dr. 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 prof. 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)