

Punt 2.1.7.

Uitspraak paspoortvingerafdruk

Rb 's-Gravenhage, 23 maart 2011, LJN BP8841 AWB 10 5376 (Uitspraak-paspoortvingerafdruk) Het afnemen en decentraal opslaan van vingerafdrukken is niet in strijd met Europese privacyregels. Louise van Luijk heeft een (bestuursrechtelijke) procedure bewandeld en bezwaar gemaakt tegen afname en opslag. M.n. op basis van een ongerechtvaardigde inbreuk op haar privacy art. 8 EVRM, dat er geen tijdelijke verhindering is afgegeven vanwege politieke, ethische dan wel gewetensbezwaren. Niet tegen de afname, maar tegen de opslag en het verdere gebruik richt zij haar bezwaar. Vandaag is de uitspraak van de rechter bekendgemaakt en wordt ieder bezwaar tegen afname en opslag getest aan artikel 8 EVRM en aan o.m. het evenredigheidsbeginsel. Oordeel: Rb meent dat er geen enkel bezwaar is om geen vingerafdrukken af te laten nemen en te laten opslaan in het kader van de wetgeving zoals deze er nu ligt. Bezwaren tegen toekomstige wetgeving treffen (nu) geen doel.

4.3 Artikel 8 van het EVRM voorziet de mogelijkheid van inmenging in het recht op privéleven voor zover daarin bij wet is voorzien. Dit houdt mede in dat de wettelijke regeling voldoende toegankelijk en voorzienbaar moet zijn (zie het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) Doerga tegen Nederland, A.50210/99, van 27 april 2004). Tevens moet de beperking in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Volgens vaste rechtspraak is inmenging slechts noodzakelijk als sprake is van een dringende maatschappelijke behoefte en indien de inmenging proportioneel is met het te beschermen belang (zie arrest van het EHRM Berrehab tegen Nederland, A 10730/84, van 21 juni 1988). Bij de vaststelling of een inbreuk nodig is in een democratische samenleving heeft de overheid beoordelingsruimte. 4.4 De rechtbank is van oordeel dat met de vastlegging van de opslagmogelijkheid in artikel 65 van de Paspoortwet en de nadere uitwerking daarvan in artikel 28 van de PUN is voldaan aan de eis dat in de beperking van het recht op privéleven bij wet is voorzien, en dat deze wetgeving toegankelijk en voorzienbaar is. (...) Artikel 8 van het EVRM verzet zich er niet tegen dat wetgeving, zoals in het onderhavige geval, in fasen geschiedt. 4.5 Ten aanzien van de noodzakelijkheid van de maatregel en het daarmee te dienen doel heeft de verweerder onder verwijzing naar de kamerstukken aangegeven dat de nationale wetgever de maatregel noodzakelijk acht in verband met de bescherming van de openbare orde. (...) 4.6 Met verweerder is de rechtbank van oordeel dat met de opslag en het gebruik van vingerafdrukken, als geregeld in het hier ter toetsing staande wettelijke kader, de bescherming van de openbare orde is gediend. (...) 4.7 De rechtbank is verder van oordeel dat de nationale wetgever haar beoordelingsmarge niet heeft overschreden door uit te gaan van de aanwezigheid van een dringende maatschappelijke behoefte, welke artikel 8 van het EVRM vereist. Getuige de wetsgeschiedenis heeft de wetgever haar oordeel doen steunen op onderzoek door TNO, die een frauderisicoanalyse heeft uitgevoerd en heeft voorts intensief beraad plaatsgevonden met betrokken deskundigen van onder meer de CRI, BVD en de Koninklijke Marechaussee. (...) 4.8 Met betrekking tot de toets aan het evenredigheidsbeginsel heeft eiseres betoefd dat de eis om vier vingerafdrukken af te staan niet evenredig is, nu slechts twee vingerafdrukken in het paspoort worden opgenomen. (...) 4.9 Eiseres heeft voorts betoefd dat de regeling niet evenredig is, omdat daarin geen mogelijkheid van een individuele beoordeling is opgenomen en de opslag van vingerafdrukken ongelimiteerd is in de tijd. Zij heeft daartoe verwezen naar het arrest inzake S. en Marper tegen het Verenigd Koninkrijk van 4 december 2008 van het EHRM (nrs. 30562/04 en 30566/04, LJN BH1813) en het arrest van 20 januari 2009 van het EHRM in de zaak van W. tegen Nederland (nr. 20689/08, LJN BJ8705). Met verweerder is de rechtbank van oordeel dat deze arresten niet van toepassing zijn op de onderhavige regeling. In deze arresten is niet enkel de afname en opslag van vingerafdrukken aan de orde, doch tevens die van DNA

materiaal. Voorts betreffen de arresten de afname van deze gegevens in een strafrechtelijke context (...).4.11 Voor zover het betoog van eiseres er tevens op is gericht dat het gevaar bestaat dat de huidige regelgeving mogelijk zal leiden tot gebruik van vingerafdrukken voor andere doeleinden dan met de wetgeving is beoogd (function creep) is de rechtbank met verweerder van oordeel dat dit in het huidige kader geen rol speelt, nu daarin het gebruik van vingerafdrukken wettelijk is beperkt tot het aanvraag- en afgifteproces van reisdocumenten.(...)10. ten overvloede overweegt de rechtbank dat zij, met eiseres, heeft geconstateerd dat er maatschappelijke discussie bestaat over de wenselijkheid van opslag van en controle aan de hand van vingerafdrukken. Eiseres heeft in dit kader betoogd dat het politieke draagvlak voor de hiervoor in r.o. 1.1 tot en met 1.8 genoemde wetgeving is gewijzigd. Deze omstandigheden tasten evenwel de rechtmatigheid van de wetgeving niet aan. Het is niet aan de rechter om over dergelijke omstandigheden te oordelen. Eventuele wijzigingen in het politieke draagvlak dienen tot uitdrukking te worden gebracht binnen het politieke besluitvormingsproces. Lees de uitspraak hier(waarschuwing: pdf á 4,9 Mb), [hier](#)(link) en [hier](#)(pdf).

Regelingen:

[Grondwet](#)

[Algemene wet bestuursrecht](#) art. 4:2 lid 2, 4:5 lid 1 aanhef en onder a, 8:77

[Paspoortwet](#) art. 3 lid 3 en 8, 59, 65 lid 1, 2, 3 en 6,

[Paspoortuitvoeringsregeling Nederland \(PUN\)](#), art. 28a lid 6, 39 lid 1, 9 - 38

[EVRM](#) art. 8

[Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie](#)

Verordening [EG 2252/3004](#), gewijzigd bij [444/2009](#)

[Richtlijn 95/46/EG](#) art. 6 en 7, 13

IT 296.2011

TREFWOORDEN:

privacy

wetgeving

rechtspraak

[PERMALINK](#)

[IT-Recht](#)

Vergaderjaar 2008–2009

31 324 (R 1844)

Wijziging van de Paspoortwet in verband met het herinrichten van de reisdocumentenadministratie

Nr. 12

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 24 december 2008

De vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft op 18 december 2008 mij schriftelijk een tweetal vragen gesteld (2008Z09119/2008D23161) ten aanzien van enkele recente ontwikkelingen die een relatie hebben met de behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van de Paspoortwet (31 324). Gevraagd is:

- te reageren op de recente uitspraak van het EHRM in de zaak Marper-UK (app.nr. 30 562/04 en 30 566/04), dat de opslag van vingerafdrukken in een databank onder omstandigheden een inbreuk vormt op het recht op privéleven van betrokkenen. Meer precies vraagt de commissie aan te geven wat de consequenties zijn voor de Nederlandse wetgeving en het in behandeling zijnde wetsvoorstel;
- in te gaan op de ver gevorderde behandeling van de voorgestelde wijziging van de Europese Verordening (2252/2004 resp. COM(2007)619) en de doorwerking van dit voorstel voor de Nederlandse wetgeving en het in behandeling zijnde wetsvoorstel.

Uitspraak van het EHRM in de zaak Marper-UK

Het EHRM concludeert in de uitspraak over de zaak Marper-UK dat het ongelimiteerd opslaan en bewaren van (onder meer) vingerafdrukken van personen die verdacht waren, maar niet zijn veroordeeld, in een database met vingerafdrukken van verdachten, in strijd is met artikel 8 van het EVRM.

Juist de strafrechtelijke context van het opslaan en bewaren van de vingerafdrukken tezamen met de omstandigheid dat er geen grenzen zijn gesteld inzake de ernst van het strafbare feit en de duur van het opslaan, maakt dat het Hof het als een zware inbreuk ziet op de privacy, bedoeld in artikel 8. Het Hof meent dat er geen goede argumenten zijn aangevoerd die een dergelijke inbreuk rechtvaardigen.

Op grond van het voorliggende wetsvoorstel worden – anders dan in de casus waarover de uitspraak gaat – de vingerafdrukken echter niet opgeslagen in een strafrechtelijke context, maar in het kader van de uitgifte van reisdocumenten. De registratie van vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie geldt in beginsel voor iedere aanvrager van een reisdocument en heeft derhalve als zodanig geen enkel stigmatiserend effect. Daarmee verschilt de opslag van vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie wezenlijk van de registratie van vingerafdrukken van verdachte personen in een politieel of justitieel register. Dit laat onverlet dat vingerafdrukken, die in de reisdocumentenadministratie zijn opgeslagen, in voorkomende gevallen beschikbaar kunnen worden gesteld voor het identificeren van verdachten. In het wetsvoorstel zijn in dat verband overigens duidelijke grenzen gesteld: de verstrekking van vingerafdrukken kan slechts in een beperkt aantal gevallen plaatsvinden, en alleen aan de officier van justitie.

Uit de uitspraak van het Hof in de zaak Marper-UK blijkt verder dat er bij de opzet van de registratie niet of in onvoldoende mate een afweging was gemaakt tussen enerzijds het private en anderzijds het publieke belang. Die afweging is bij de reisdocumentenadministratie wel gemaakt. De toelichting bij het voorstel tot wijziging van de Paspoortwet gaat uitvoerig in op de vraag waarom het belang van een accurate en effectieve reisdocumentenadministratie het opslaan van vingerafdrukken rechtvaardigt. Gelet op het voorafgaande ben ik van mening dat de uitspraak in de zaak Marper-UK geen consequenties heeft voor de voorgenomen wijziging van de Paspoortwet.

Behandeling van de voorgestelde wijziging van de Europese Verordening

De wijziging die de Europese Commissie aanhangig heeft gemaakt bij de Europese Raad en het Europese parlement houdt het volgende in:

- Vingerafdrukken worden opgenomen vanaf de leeftijd van 6 jaar;
- Voor personen bij wie geen vingerafdrukken kunnen worden afgenomen, wordt een uitzondering gemaakt;
- Reisdocumenten worden als individuele documenten uitgegeven (1p:1p beginsel).

In het voorliggende wetsvoorstel wordt in artikel 3, derde lid, bepaald dat bij algemene maatregel van rijksbestuur regels kunnen worden gesteld over de gevallen waarin kan worden afgezien van (onder andere) het opnemen van vingerafdrukken in het aangevraagde reisdocument indien deze niet van de houder kunnen worden verkregen. Op basis hiervan kan een uitzondering worden gemaakt voor kinderen beneden een bepaalde leeftijd. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (pagina 25) is in dit verband nog uitgegaan van een leeftijd van 6 jaar. Zou echter in de gewijzigde EU-verordening een andere leeftijdsgrens worden voorgeschreven, bijvoorbeeld 12 jaar, dan zal die leeftijdsgrens in de algemene maatregel van rijksbestuur worden overgenomen. Dit betekent dat invoering van de voorgestelde wijziging van de Verordening op dit punt geen gevolgen heeft voor het aanhangige wetsvoorstel.

Wat hiervoor is opgemerkt ten aanzien van kinderen beneden een bepaalde leeftijd geldt ook voor personen bij wie geen vingerafdrukken kunnen worden afgenomen. Op basis van de algemene maatregel van rijksbestuur, bedoeld in artikel 3 derde lid, kan ook voor personen die om andere redenen dan leeftijd geen vingerafdrukken kunnen afgeven – bijvoorbeeld bij gebrek aan vingers – een uitzondering worden gemaakt op de verplichting tot het opnemen van vingerafdrukken in het aangevraagde reisdocument.

In het wetsvoorstel (artikel 2, derde lid) wordt daarnaast bepaald dat bij algemene maatregel van rijksbestuur een afwijkende geldigheidsduur kan worden vastgesteld voor reisdocumenten, waarin als gevolg van een *tijdelijke* verhindering bij de aanvrager geen vingerafdrukken kunnen worden afgenomen. Dit maakt het mogelijk aan de betrokken persoon een reisdocument van een jaar of korter uit te reiken, dat niet hoeft te zijn voorzien van vingerafdrukken van de houder. Hiermee kan invulling worden gegeven aan de voorgenomen wijziging van de EU-verordening, die als volgt luidt:

«Where fingerprinting of the designated fingers is temporarily impossible, Member States shall allow the fingerprinting of the other fingers. Where it is also temporarily impossible to take fingerprints of any of the other fingers, they may deliver a temporary passport having a validity of 12 months or less.»

Ook op dit punt heeft invoering van de voorgestelde wijziging van de Verordening derhalve geen gevolgen voor het onderhavige wetsvoorstel.

Het wetsvoorstel – ik heb daar eerder al op gewezen – heeft geen betrekking op de invoering van het 1p:1p beginsel. Als een wijziging van de EU-verordening wordt aanvaard waarin is bepaald dat reisdocumenten in de lidstaten van de EU uitsluitend als individuele documenten moeten worden uitgegeven, zal te zijner tijd een voorstel tot wijziging van de Paspoortwet moeten worden ingediend waarin de bestaande mogelijkheid tot bijschrijving van kinderen wordt geschrapt. Ik merk hierbij op dat een EU-verordening rechtstreekse werking heeft.

Dat wil zeggen dat invoering van het 1p:1p beginsel in de Verordening de bepalingen in de Paspoortwet op het punt van de bijschrijvingen opzij zet, indien deze nog niet zijn aangepast op het moment dat de Verordening in werking treedt. Overigens is nog niet duidelijk op welk tijdstip de mogelijkheid tot bijschrijving in de huidige Paspoortwet dient te vervallen.

Ik acht het niet aangewezen om de afschaffing van de mogelijkheid van bijschrijving mee te nemen in het onderhavige wetsvoorstel. Ik zou een dergelijke wijziging niet in procedure willen brengen zonder de betrokken organen op de gebruikelijke wijze in het rijkswetgevingstraject te betrekken en zonder dat de inhoud van de verordening definitief is. Een en ander zou de voortgang van het voorliggende wetsvoorstel aanzienlijk vertragen, terwijl uiterlijk vanaf 28 juni 2009 moet zijn voorzien in de mogelijkheid van opname van vingerafdrukken in de Nederlandse reisdocumenten. Ik hecht daarom aan een spoedige voortzetting van de behandeling van het huidige wetsvoorstel.

Ik hoop hiermee de vragen van de Kamer in voldoende mate te hebben beantwoord.

De staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
A. Th. B. Bijleveld-Schouten

ONRECHTMATIGE WETGEVING

Mr. R.J.B. Schutgens

KLUWER – Deventer – 2009

Voorwoord

Wie in Nederland rechtstreeks tegen een wettelijk voorschrift wil procederen, moet naar de burgerlijke rechter. Dit boek bevat een systematisch onderzoek naar de rechtsbescherming die de burgerlijke rechter op dit terrein biedt.

Tijdens mijn onderzoek woedde in de vakbladen een verhitte discussie over de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid. Daaruit heb ik geleerd dat dit boek volstrekt onwetenschappelijk is. Een probleemstelling met een vraagteken erachter ontbreekt, er zit geen rechtsvergelijking in en ook 'multidisciplinaire' beschouwingen blijven achterwege. Wel is het boek geschreven vanuit de oprechte wens om te begrijpen hoe het nou écht zit. Wellicht biedt dat enige compensatie.

Ik heb een boek willen schrijven dat een zo volledig en systematisch mogelijk overzicht biedt van de bestaande vormen van rechtsbescherming, en dat tegelijk oplossingen formuleert voor problemen die zich in de toekomst nog kunnen voordoen. Ik hoop dat het resultaat voldoende toegankelijk is om ook voor de praktijk van enig nut te zijn.

Het manuscript werd bij de leescommissie ingeleverd op 24 december 2008. Met literatuur en jurisprudentie van na die datum is maar beperkt rekening gehouden.

Beek, 31 maart 2009

Roel Schutgens

1 | Inleiding

In samenwerking met de Wilhelms-Universität Münster biedt de Radboud Universiteit een dubbelstudie Nederlands-Duits recht aan. Een deelnemer aan dit programma vertelde mij in het Nijmeegse werkcollege staatsrecht, dat het Nederlandse publiekrecht in het Duitse onderwijs al uitgebreid aan de orde was gekomen. Ons rechtsstelsel heeft in Duitsland een belangrijke rechtsvergelijkende functie.

Nederland beschikt niet over een speciaal hof dat zich buigt over de grondwettigheid van de wet in formele zin. Bij de gewone rechter is een beroep tegen de wet evenmin mogelijk. Ook tegen lagere regelingen, zoals raadsverordeningen of waterschapskeuren, is geen beroep mogelijk. Zelfs de algemene voorschriften, vastgesteld door niet gekozen ambtsdragers, zijn niet vatbaar voor beroep (art. 8:2 Awb).

Aan de Duitse student die deze juridische woestenij krijgt voorgeschoteld dringt zich onvermijdelijk de conclusie op: *Holland ist kein Rechtsstaat*.

Zoals wel vaker, wordt ook hier de soep minder heet gegeten dan zij wordt opgediend.

Al minstens anderhalve eeuw kan een lagere regeling naar aanleiding van een concrete strafprocedure of een beroep tegen een bestuursbesluit worden getoetst aan de wet.¹ Het Nederlandse publiekrecht biedt de rechter ook voldoende hogere rechtsnormen waar hij de inhoud van regelgeving aan kan toetsen. Sinds 1953 kan de rechter de wet buiten toepassing laten als die toepassing in strijd komt met een ieder verbindende bepaling van een verdrag.

Bovendien aanvaardde de civiele kamer van Hoge Raad in 1969 in zijn *landmark case Pocketbooks II*:

‘dat geen rechtsregel de toepasselijkheid van art. 1401 B.W. op de uitvaardiging van een [ministeriële regeling, RS] uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt, en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid niet meebrengt dat artikel 1401 bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn.’²

1 HR 6 maart 1864, *W* 2646 (Pothuis).

2 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 (Pocketbooks II), zie uitgebreid par. 4.2.1.1.

4.2 Onrechtmatigheid

Over het onrechtmatigheidsvereiste is veel op te merken. Ik bespreek eerst het geldende recht, op grond waarvan een onjuist gebruik van de wetgevende bevoegdheid wordt vertaald in een civielrechtelijke onrechtmatige daad (par. 4.2.1). Enkele auteurs verdedigen een andere benadering. Ik verwerp die echter (par. 4.2.2).

4.2.1 *Geldend recht: samenvatting van onverbindendheid en onrechtmatigheid*

Geldend recht is, dat de uitvaardiging van een onverbindende regeling automatisch een onrechtmatige daad oplevert (par. 4.2.1.1). Dit leerstuk wordt in deze paragraaf nader geanalyseerd. Ik betoog dat ook uitvaardiging van een wet in formele zin die in strijd is met een verdragsbepaling een onrechtmatige daad inhoudt (par. 4.2.1.2). Ook de vraag naar de onrechtmatigheid van het voorbereiden van onjuiste ontwerp-regelgeving (par. 4.2.1.3), van niet-intrekking van pas ná uitvaardiging onverbindend geworden regelgeving (par. 4.2.1.4) en van niet-wetgeven (par. 4.2.1.5) komen aan de orde.

Ik ga hier niet in op verbindende regelgeving die een of enkele individuen onevenredig zware schade toebrengt. Weliswaar past de civiele rechter van oudsher ook op dat terrein het onrechtmatige-daadsrecht toe⁴, maar het ziet ernaar uit, dat op afzienbare termijn de bestuursrechter uitsluitend bevoegd wordt, te oordelen over deze 'égalité-aansprakelijkheid' voor lagere regelingen.⁵ Ik ga daarom hier, noch in Deel II op dit type aansprakelijkheid in.⁶

4.2.1.1 *Uitvaardiging van een onverbindende regeling*

De basis voor de civielrechtelijke rechtsbescherming tegen wettelijke voorschriften is gelegd in het arrest *Pocketbooks II*.⁷

De uitgevers Van Tuyl en De Bron investeren in een verkoopsysteem voor pocketboekjes in kruideniersbedrijven. Ter bescherming van de reguliere boekhandel vaardigt de Staatssecretaris van Economische Zaken echter vrij onverwachts een 'vestigingsbeschikking' (een wet in materiële zin)⁸ uit, die boekverkoop zonder vergunning van de SER verbiedt. Tegen enkele kruideniersbedrijven die al met boekverkoop begonnen waren, wordt proces-verbaal opgemaakt, waarna Van Tuyl

4 HR 20 juni 2003, *NJ* 2005, 189 (Staat/Harrida).

5 Zie het Voorontwerp-Scheltema 2007.

6 De betreffende rechtspraak komt wel aan de orde in Deel III. Daar heeft bespreking van deze jurisprudentie een functie in mijn betoog over égalité-aansprakelijkheid voor de *formele* wet. Op dat terrein blijft de burgerlijke rechter bevoegd als het Voorontwerp-Scheltema 2007 wet wordt.

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

8 Vóór invoering van de Awb werd de term 'beschikking' ook wel gebruikt voor ministeriële regelingen.

en De Bron de verdere medewerking van kruideniers verliezen. In *Pocketbooks I*, een strafprocedure tegen een beboete kruidenier, oordeelt de Hoge Raad, dat de vestigingsbeschikking onverbindend is wegens strijd met art. 7 Gw.⁹ Van Tuyl en De Bron vorderen vervolgens bij de civiele rechter vergoeding van de schade die zij door de onverbindende regeling hebben geleden.

De Staat stelt in zijn cassatiemiddel, dat:

‘een daad van materiële wetgeving, als hoedanig de voornoemde beschikking is te beschouwen, ook al is zij onverbindend wegens strijd met de Grondwet, nimmer kan zijn een onrechtmatige daad in de zin van artikel 1401 BW’.

De Hoge Raad overweegt echter:

‘dat de Staat onrechtmatig handelt indien een Staatssecretaris, orgaan van de Staat, door een beschikking als de onderhavige een verbod stelt op en daardoor sancties bedreigt tegen een handeling die ingevolge een bepaling van de Grondwet niet mag worden verboden; dat geen rechtsregel de toepasselijkheid van art. 1401 B.W. op de uitvaardiging van een dergelijke beschikking uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt, en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid *niet meebrengt dat artikel 1401 bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn*’ [curs. RS]

De Hoge Raad spreekt principieel uit, dat het onrechtmatige-daadsrecht integraal van toepassing is op de uitoefening van de wetgevende functie door de overheid. De (materiële) wetgever is bij het tot stand brengen van een regeling gebonden aan (hogere) rechtsregels. Schendt hij deze rechtsregels, dan komt het wettelijk voorschrift publiekrechtelijk bezien op onregelmatige wijze tot stand. De regeling geeft dan blijk van een miskenning van hoger recht en is daarom (eventueel partieel) onverbindend. De schending van de hogere rechtsregel die – publiekrechtelijk bezien – onverbindendheid van de regeling met zich bracht, levert naar burgerlijk recht een onrechtmatige daad op.¹⁰ In de praktijk leidt de rechter de onrechtmatigheid van het uitvaardigen van een wettelijk voorschrift doorgaans rechtstreeks af uit de onverbindendheid van dat voorschrift.¹¹

Onverbindendverklaren is geen rechtshandeling van de rechter ten aanzien van de regeling. Het is – dogmatisch bezien – een constatering van iets wat naar geldend recht reeds het geval is. Daarom ‘geldt’ de onverbindendheid vanaf het moment dat de lagere regeling in strijd kwam met de hogere, niet vanaf het moment dat de rechter haar heeft geconstateerd. De onrechtmatigheid bestaat vanaf hetzelfde moment.¹²

9 HR 22 maart 1960, *NJ* 1960, 274 (Pocketbooks I).

10 Het burgerlijk recht kwalificeert handelingen; in het publiekrecht worden besluiten beoordeeld. Van Maanen & Schlössels 2004, p. 141-142; Van Male 1988, p. 227.

11 C.N.J. Kortmann 2006, p. 112. HR 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252 (Staat/Van Gelder) is hiermee niet in tegenspraak, zie hierna, par. 4.2.2.2.

12 Evenzo CRvB 15 november 2005, *Gst.* 2006, 105.

Voor wettelijke voorschriften geldt een rechtsregime dat vergelijkbaar is met dat voor appellabele besluiten. Als een dergelijk besluit in strijd is met het publiekrecht, wordt het door de bestuursrechter vernietigd. De burgerlijke rechter vertaalt de uit de vernietiging blijkende strijdigheid met het publiekrecht één op één in privaatrechtelijke onrechtmatigheid.¹³

4.2.1.2 De formele wet en art. 94 Gw

Levert ook de enkele uitvaardiging van een wet in formele zin die in strijd is met een ieder verbindende bepaling, een onrechtmatige daad op?¹⁴

De letter van art. 94 Gw verplicht rechter en bestuur, om de wet buiten toepassing te laten als de *toepassing* in strijd is met een een ieder verbindende bepaling. Zou de rechter uitsluitend bevoegd zijn, de toepassing van de wet aan internationale normen te toetsen, dan kan dat onder omstandigheden een aansprakelijkheidsbeperkend effect hebben.¹⁵

In de meeste gevallen wordt schade toegebracht door uitvaardiging in combinatie met uitvoering van een wettelijke regeling. Is de handhaving van een regeling in strijd met een een ieder verbindende bepaling, dan is (sowieso) die handhaving onrechtmatig: art. 94 Gw verplicht het ambt dat de wet uitvoert, haar buiten toepassing te laten bij strijd met een internationale norm. Handhaving in strijd met het verdrag miskent die plicht en is dus onrechtmatig. Mogelijke schade kan in deze gevallen – indien gewenst – worden toegerekend aan de onrechtmatige uitvoeringshandelingen.

De wet kan echter ook schade veroorzaken zónder dat zij wordt uitgevoerd. Dit is te zien als wij de casus van *Pocketbooks II* iets aanpassen.

Stel, dat de verkoop van pocketboekjes bij formele wet wordt verboden. De wet stelt een fikse boete op overtreding van dit verbod. Geen enkele kruidenier wil het risico lopen om beboet te worden. Alle detailhandelaars schikken zich uit eigen beweging naar het verbod.

Aan de groothandelaars die hebben geïnvesteerd in een verkoopsysteem voor Pocketbooks wordt nu schade toegebracht, zonder dat de wet wordt toegepast. De schade wordt veroorzaakt doordat de enkele uitvaardiging van de wet het gedrag van potentiële afnemers al beïnvloedt.

Stel, dat de burgerlijke rechter in een door de groothandelaars aangespannen geding tot de conclusie komt, dat de uitvaardiging van de wet in strijd is met de uitingsvrijheid van art. 10 EVRM.

13 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669 (St. Oedenrode/Driessen) en HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 (Van Gog/Nederweert). Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 751; Schlössels 2003 en vele anderen.

14 Strikt genomen geldt art. 94 Gw voor alle typen wettelijke regelingen, zie par. 2.5.

15 Zie par. 2.5.

Als de burgerlijke rechter strikt zou vasthouden aan de gedachte, dat alleen de *toepassing* van een wet onrechtmatig kan zijn, zou dat ertoe leiden dat aansprakelijkheid in de geschetste casus uitgesloten is.¹⁶ Daarvoor is immers noodzakelijk, om de blote uitvaardiging van de wet als een onrechtmatige daad te bestempelen. Het lijkt mij een ongerijmde en onbedoelde consequentie van (de letter van) art. 94 Gw, als staatsaansprakelijkheid in het geschetste geval onmogelijk zou zijn. Ongerijmd, omdat het feit dat de schade hier geen verband houdt met toepassing van de wet, min of meer 'toevallig' is. Bij een iets andere samenloop van omstandigheden is er wel een geval van handhaving van de wet. Dan is er (toevallig) wel een geval van *wetstoepassing*, dat dan als tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad kan worden aangewezen.¹⁷

Onbedoeld, omdat op het moment dat art. 94 Gw – voor zover relevant – tot stand kwam, het leerstuk van onrechtmatige wetgeving nog niet bestond.¹⁸ Het is aannemelijk, dat casus als hier geschetst de grondwetgever niet voor ogen hebben gestaan. Daarom is erop dit punt weinig reden om aan de letter van het grondwetsartikel vast te houden.

In paragraaf 2.5 is al ter sprake gekomen, dat de rechter volgens de grondwetgever van 1983 bevoegd is om uit te spreken, dat een wet *als zodanig* in strijd is met een verdragsbepaling. De rechter mag dus uitspreken, dat de *uitvaardiging* van een wet in strijd was met een verdragsrechtelijke plicht van de wetgever. De burgerlijke rechter kan die constatering mijns inziens ook vertalen in de kwalificatie, dat de (formele) wetgever door het enkele uitvaardigen van een wet een onrechtmatige daad heeft begaan.¹⁹ Zo is schadevergoeding in het geschetste voorbeeld mogelijk.

Aangezien de regeling van art. 94 Gw voor het communautaire recht niet geldt, zijn er ten aanzien van formele wetgeving die in strijd is met Europees recht geen bijzondere problemen: de enkele uitvaardiging kan hoe dan ook worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad naar Nederlands burgerlijk recht.

16 Dit is mijns inziens de logische consequentie van een opvatting zoals verdedigd door Reestman. Deze ziet art. 94 Gw uitsluitend als een soort rechtsvindingsregel voor de rechter: bij de *toepassing* van rechtsregels heeft het verdrag *voorrang* op de wet. Het verdrag staat volgens hem echter niet *boven* de wet. Reestman 2008, p. 82 (toegepast op het Franse recht: Reestman 2002, p. 90). In mijn ogen staat het verdrag wel degelijk boven de wet: een verdragsbepaling schept publiekrechtelijke rechtsplichten die ook de wetgever binden. De schending daarvan levert een onrechtmatige daad op. Staat het verdrag *naast* de wet, dan kan de uitvaardiging van een wet die daarmee in strijd is, geen onrechtmatige daad inhouden. Dat heeft in de hierboven geschetste casus ongerijmde gevolgen.

17 Er worden wel twee (onrechtmatige) boetes opgelegd.

18 Dat was in de jaren vijftig; zie par. 2.5.

19 Zo ook Asser/Hartkamp (4-III) 2006, nr. 290g.

De *handhaving* van een dergelijke onverbindend geworden regeling is onrechtmatig. Op het moment dat de overheid strafvervolging instelt of een beschikking baseert op een regeling, moet zij nagaan of deze uitvoeringshandeling rechtmatig is. Dat brengt mee, dat zij zich ervan moet verzekeren dat de wettelijke regeling waarop de handeling berust, nog altijd verbindend is. Baseert de overheid haar handelen op een onverbindend geworden regeling, dan is dat uitvoeringshandelen onrechtmatig.

De slijter had daarom sowieso (in plaats van een strafgeding uit te lokken) een toepassingsverbod kunnen vragen, dan wel een verklaring voor recht dat handhaving van de Absintwet jegens hem onrechtmatig zou zijn, omdat deze haar geldigheid had verloren. Daarbij zou de onrechtmatigheid van uitvoeringshandelingen als opstap kunnen fungeren voor een civiel geding tegen de onverbindend geworden regeling.

Als de slijter kan bewijzen dat hij schade heeft geleden doordat hij zich vrijwillig heeft geschikt naar de Absintwet, lange tijd nadat deze door de Europese richtlijn haar rechtskracht had verloren, kan hij deze dan vergoed krijgen? Daarvoor moet het enkele niet intrekken van de onverbindend geworden regeling een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad opleveren.²⁹

De oorzaak van de schade is in dit geval de niet-intrekking van de onverbindend geworden wet, waarnaar de burger zich (naar later blijkt onnodig) is blijven richten.

Ik neem aan, dat de totstandkoming van een hogere regeling, als gevolg waarvan een lagere regeling haar verbindende kracht verliest, in beginsel een (ongeschreven) rechtsplicht in het leven roept om de lagere regeling in te trekken. Als de lagere regeling niet wordt ingetrokken, en dus onderdeel blijft uitmaken van het corpus aan uitgevaardigde wettelijke regelingen, wordt door niet-intrekking ten onrechte de schijn in stand gelaten, dat de regeling nog verbindt. Daardoor worden burgers er ten onrechte toe aangezet zich naar de regeling te blijven richten.³⁰ Mijns inziens is de niet-intrekking van een onverbindend geworden regeling in

29 In dit specifieke geval is de overheid mogelijk ook aansprakelijk op grond van het leerstuk van niet (correcte) richtlijninzetting, vgl. HvJ EG 19 november 1991, *NJ* 1994, 2 (Francovich). Het gaat mij er hier echter om, te betogen dat er naar Nederlands recht een *algemene* plicht tot intrekking van onverbindend geworden regeling moet worden aangenomen, ongeacht welk type hogere norm de onverbindendheid veroorzaakt. Ik gebruik dit voorbeeld, om dat dit het meest in het oog springende recente geval is van schade die een particulier lijdt door onverbindend geworden wetgeving.

30 Voor de rechtskracht van verordeningen van decentrale ambten die door een latere hogere regeling hun rechtskracht verliezen, bestaat een afzonderlijke wettelijke regeling. De bepalingen die in strijd komen met een posterieure, hogere regeling, 'zijn van rechtswege vervallen' (art. 122 Gemw; 119 Provw; 59 lid 2 Waterschapswet; Dölle & Elzinga 2004, p. 192-193). Mijns inziens geldt ook hier een plicht tot intrekking, of in ieder geval: de plicht om in het daartoe geëigende publicatieblad bekend te maken, dat de regeling is vervallen. Opgemerkt moet worden dat de wetgever er bewust van heeft afgezien in de Gemeentewet een wettelijke verplichting tot intrekking van vervallen verordeningen op te nemen, omdat een dergelijke bepaling 'onbedoeld de indruk kan wekken' dat intrekking een vereiste is voor het vervallen van de verordening – terwijl deze juist van rechtswege vervalt (*Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 119). Het ontbreken van een wettelijke verplichting tot intrekking is mijns inziens verenigbaar met de door mij aangenomen (zorgvuldigheids)plicht tot intrekking die strekt tot het voorkomen van schade, doordat de burger zich ten onrechte naar de vervallen regeling blijft richten.

beginsel een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad. De overheid is dus risicoaansprakelijk voor het niet intrekken van regelgeving die haar verbindende kracht heeft verloren.³¹

4.2.1.5 Niet-wetgeven

De aard van de wetgevende functie van de overheid brengt niet mee, dat het onrechtmatige-daadsrecht bij een onrechtmatig gebruik daarvan slechts beperkt van toepassing zou zijn, zo leerde reeds *Pocketbooks II*. In die regel ligt al besloten, dat de (materiële) wetgever civielrechtelijk onrechtmatig handelt als hij ten onrechte *nalaat* een regeling tot stand te brengen. In latere arresten wordt inderdaad bevestigd, dat de overheid aansprakelijk is voor niet-wetgeven, als ten onrechte geen wet tot stand wordt gebracht.³² Ook de schending van een publiekrechtelijke plicht tot regelstelling levert dus een onrechtmatige daad op. Gedingen naar aanleiding van niet-wetgeven zijn zeldzamer dan gedingen tegen onverbindende regelgeving. Daardoor komen in dit proefschrift minder voorbeelden aan de orde van onrechtmatig niet-wetgeven, dan van onrechtmatig wetgeven.³³ Niettemin kunnen wij ervan uitgaan, dat het onrechtmatige-daadsrecht op dezelfde wijze van toepassing is bij ten onrechte niet-wetgeven als bij onrechtmatig (wel) wetgeven.³⁴

31 Ook bij de uitvaardiging van (reeds in aanvang) onverbindende wetgeving is de overheid in feite risico-aansprakelijk (zie ook par. 4.3). Er is echter een verschil: de uitvaardiging van een regeling markeert duidelijk het moment waarop de overheid de regeling aan hoger recht moet toetsen. Bij de door mij aangenomen plicht tot intrekking van een pas na haar uitvaardiging onverbindend geworden regeling is dat anders. Deze plicht impliceert dat de overheid de ontwikkeling van 'hoger' recht voortdurend in de gaten moet houden en al haar reeds geldende regelingen daaraan voortdurend moet toetsen. De omvang van het aansprakelijkheidsrisico is hier veel lastiger in te schatten. In een 'mildere' variant zou de overheid aansprakelijk gesteld kunnen worden vanaf het moment dat zij weigert een regeling aan te passen, nadat zij door een benadeelde op de hoogte is gesteld van de reden waarom de regeling niet meer verbindt.

32 Voor lagere regelingen HR 18 januari 1991, *AB* 1991, 241 (Leffers/Staat); HR 19 februari 1993, *AB* 1993, 305 (Trias) voor de wet in formele zin. Beide arresten behelzen een vordering strekkende tot nadeelcompensatie, wat niet wegneemt dat de grondslag voor aansprakelijkheid wordt gevonden in de constructie dat ten onrechte geen compensatieregeling tot stand is gebracht (Leffers) respectievelijk dat niet-wetgeven zonder schadevergoeding aan te bieden onrechtmatig was (Trias). Anders gezegd: niet-wetgeven terwijl een hogere norm of een rechtsbeginsel verplicht tot wetgeven is een onrechtmatige daad.

33 Ik ga in Deel II ook niet apart op onrechtmatig niet-wetgeven in; zie wel hfdst. 15.

34 De bekende Francovich-jurisprudentie (HvJ EG 19 november 1991, *NJ* 1994, 2 (Francovich)) over aansprakelijkheid voor ontijdige of incorrecte richtlijn-omzetting levert daarom geen bijzondere problemen op in het Nederlandse recht (vgl. reeds Bok 1993 en Betlem 1996). Incorrecte of tardieve omzetting is naar Nederlands recht sowieso een toerekenbare onrechtmatige daad. De rechter zal er bij een eventuele vordering wegens niet-omzetting of incorrecte omzetting wel op moeten letten, dat hij de (potentieel aansprakelijkheidsbeperkende) nationale vereisten van relativiteit en causaliteit niet te strikt toepast (ik zie overigens geen aanwijzingen, dat dit zou dreigen). Zie over staatsaansprakelijkheid voor niet (correcte) richtlijn-omzetting Meijer 2007, p. 126-129, die eveneens concludeert, dat het Nederlandse onrechtmatige-daadsrecht, toegepast op niet (correcte) omzetting, zonder problemen aan de minimumvereisten van Francovich voldoet.