

Hoge Raad, 1 oktober 2003, C03/118HR, LJN: AO8913 (Civiel)
Stichting De Faunabescherming tegen de Provincie Fryslân (Friesland)

en

Hoge Raad, 2 november 2004, zaak nr 00156/04 E, LJN: AR1797
(Strafkamer)

De herfst van 2004 heeft een tweetal uitspraken de Hoge Raad opgeleverd die van grote constitutioneelrechtelijke betekenis lijken te zijn, over de doorwerking van het Europees recht in de Nederlands rechtsorde. Eén daarvan heeft het in zich de status te verwerven van een in Europa volstrekt unieke opvatting van een hoogste rechterlijke instantie.

1. Het eerste arrest is Hoge Raad, 1 oktober 2003, C03/118HR, LJN: AO8913, in een zaak tussen de Stichting De Faunabescherming tegen de Provincie Friesland.

Gevorderd werd intrekking van een provinciale verordening omdat deze in strijd zou zijn met de Flora- en Faunawet, en voorzover deze wet een incorrecte implementatie daarvan is, met richtlijn 79/409 (Pb EG 1979, L 103; de Vogelrichtlijn) en richtlijn 92/43 (Pb EG, L 206; de Habitatrichtlijn).

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep tegen het oordeel van het hof Den Bosch, dat zich baseerde op het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2003 (*Waterpakt*; zie SEW, 2004, pp. 232-238). De Hoge Raad verwerpt het beroep echter – met een eigen samenvatting van de centrale overweging in *Waterpakt* – met dezelfde redering als in laatst genoemd arrest.

‘3.3.1 Middel I keert zich tegen voormeld oordeel van het hof. Het betoogt dat het onderhavige geval zich onderscheidt van het geval berecht in het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2003, nr. C01/327, NJ 2003, 691, nu het te dezen niet gaat om formele wetgeving, tot stand gebracht op de wijze voorzien in art. 81 Grondwet, en evenmin om het tot stand brengen, maar om het intrekken van (in dit geval materiële) wetgeving.

3.3.2 In het onderhavige geval heeft de Stichting primair gevorderd veroordeling van de Provincie tot intrekking van de verordening. Nu intrekking van de verordening (eveneens) slechts kan geschieden door vaststelling van een provinciale verordening tot intrekking van de (eerder vastgestelde) verordening, maakt het voor de beoordeling van de vraag of de rechter een bevel kan geven geen verschil of het gaat om vaststelling van een (nieuwe) provinciale verordening of vaststelling van een provinciale verordening tot intrekking van een (eerder vastgestelde) provinciale verordening.

3.3.3 In het in 3.3.1 vermelde arrest heeft de Hoge Raad de vraag of, ook ingeval het niet tot stand brengen van wetgeving ter implementatie van een richtlijn onrechtmatig is, de rechter de Staat een bevel kan geven wetgeving in formele zin tot stand te brengen teneinde de onrechtmatige toestand op te heffen, ontkennend beantwoord.

3.3.4 Voor zover thans van belang heeft de Hoge Raad daartoe in rov. 3.5 van voormeld arrest, samengevat, het volgende overwogen. De op de Grondwet berustende verdeling van de bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermog in te grijpen in de procedure van politieke besluitvorming en afweging van belangen, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen, op grond waarvan wetten in formele zin ingevolge art. 81 Grondwet door de regering en de Staten-Generaal worden vastgesteld. Dit is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vastliggen op grond van een Europese richtlijn. Voor de beoordeling van de hiervóór in 3.3.3 bedoelde vraag is niet van belang dat de rechter formele wetgeving, als zij eenmaal is tot stand gekomen, op grond van art. 94 Grondwet buiten toepassing

moet laten in de daar bedoelde gevallen. Het buiten toepassing laten van formele wetgeving op deze grond heeft een ander karakter dan een bevel wetgeving tot stand te brengen: het buiten toepassing laten geldt immers alleen jegens de eiser(s) in de procedure en heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken, terwijl met een bevel formele wetgeving tot stand te brengen wordt beoogd een algemene, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen. In rov. 3.6 is de Hoge Raad tot de slotsom gekomen dat redelijkerwijs buiten twijfel is dat in het EG-recht geen grond kan worden gevonden voor een andere beslissing.

3.3.5 Er is geen grond om ten aanzien van een door provinciale staten vastgestelde provinciale verordening, ook als deze in strijd zou zijn met een Europese richtlijn, anders te oordelen. Ook indien de rechter een bevel zou geven tot vaststelling door provinciale staten van een provinciale verordening, zou sprake zijn van een ongeoorloofd ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming en belangenafweging die is voorbehouden aan de gekozen vertegenwoordigers in de provinciale staten. Dit geldt ook indien de rechter zou bevelen dat een zodanige met een Europese richtlijn strijdige provinciale verordening zou moeten worden ingetrokken. Voorts zou het gevolg van een zodanig bevel eveneens zijn dat aldus een algemene ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven zou worden geroepen. In het onderhavige geval zou dat betekenen dat de verbodsbepalingen van de art. 9 en 10 Ffw in volle omvang voor iedereen in Friesland zouden gaan gelden. Ten slotte geldt hetgeen in rov. 3.6 van het in 3.3.1 vermelde arrest is overwogen eveneens ten aanzien van zodanige provinciale verordeningen.

3.3.6 De slotsom moet zijn dat middel I faalt.’

2. Het tweede arrest betreft Hoge Raad, 2 november 2004, zaak nr 00156/04 E, LJN: AR1797. Hier gaat het om een strafzaak, waarbij een werkgever voorschriften over rusttijden in het wegvervoer heeft (doen) overtreden. Deze voorschriften zijn vervat in artikelen 8 en 9 van verordening (EEG) nr. 3820/85, waarnaar het Arbeidstijdenbesluit vervoer, artikel 2.5:1 vierde lid (oud), verwijst. Overtreding van dit Besluit – dat afwijkt van de wet krachtens wat de Britten een *Henri VIII*-clausule noemen in de Arbeidstijdenwet – is strafbaar als overtreding krachtens de Wet Economisch Delicten. Verordening 3820/85 laat het strafbaar stellen van overtreding van de voorschriften van de verordening over aan de lidstaten.

Het cassatiemiddel stelt dat de veroordeling ten onrechte mede gebaseerd is op artikel 8 van de EEG-Verordening 3820/85 nu deze bepaling niet kan worden aangemerkt als een verdragsbepaling die naar zijn inhoud een ieder kan verbinden in de zin van art. 93 Grondwet.

De Hoge Raad verwerpt het middel als volgt:

“3.5. De rechtstreekse toepasselijkheid van een gemeenschapsverordening brengt mee dat zij zonder nadere maatregel tot opnemings in het nationale recht in werking treedt en ten gunste of ten laste van de rechtssubjecten wordt toegepast (vgl. HvJ EG 2 februari 1977, 50/76, Jur. EG 1977. blz. 00137).”

3.6. Het middel miskent dat een op grond van het EG-verdrag vastgestelde verordening zoals waarvan hier sprake is, krachtens dat verdrag en niet krachtens enig nationaal besluit gelding heeft en rechtstreeks toepasselijk is in elke Lid-Staat. Die gelding is niet gebaseerd op het stelsel van art. 93 en 94 GW. Het middel is derhalve ondeugdelijk.”

Noot

3. Deze twee herfst-arresten zijn van buitengewoon constitutioneelrechtelijk belang, waarbij de nadruk ligt op het arrest van 2 november 2004 – een veelzeggende datum, niet alleen voor de zielen der overledenen, en Theo van Gogh in het bijzonder, maar zoals ik hieronder aannemelijk probeer te maken, ook voor de Europese constitutie, het verdrag inzake een Grondwet voor Europa dat vijf dagen eerder ondertekend werd door de staatshoofden en regeringsleiders van de EU, en voor de Nederlandse Grondwet.

De herfst-arresten hebben betrekking op de constitutionele betekenis van het Europees recht, maar contrasteren sterk. Terwijl de samenvatting die de burgerlijke kamer in het arrest van 10 oktober 2004 geeft van haar eerdere lente-arrest van 21 maart 2003 lijkt te suggereren dat artikelen 93 en 94 van de Grondwet van betekenis zijn voor de doorwerking van EG-recht (zie r.o. 3.3.4, hierboven), wordt dit met zoveel woorden tegengesproken door het arrest van 2 november 2004 van de strafkamer (zie r.o. 3.6 hierboven). Terwijl het arrest 1 oktober 2004 ertoe strekt om nationaalrechtelijke constitutionele verhoudingen tussen rechter en wetgever ook bij de handhaving van rechtstreeks werkend EG-recht geheel en al overeind te houden, strekt het arrest van 2 november 2004 ertoe om de Grondwet van onwaarde te verklaren als het gaat om de doorwerking van al dan niet rechtstreeks werkend Gemeenschapsrecht. Enige relevantie heeft de Grondwet, ook artikelen 93 en 94 die zulke doorwerking juist beoogden te waarborgen, op dat punt niet. Wat de strafkamer betreft, is de Grondwet, althans op deze punten op 2 november 2004 definitief ter ziele gegaan. Dit wordt niet gebaseerd op enige grondwettelijke of andere nationaalrechtelijke regel, maatregel of gedraging. Het gaat daardoor om een in het Europa van vandaag in constitutioneel opzicht volstrekt unieke positie die door een hoogste rechter wordt ingenomen.

Het een en ander is niet zonder gevolgen. Bezien wij achtereenvolgens de twee arresten.

4. Het arrest van 1 oktober 2004 bevestigt dat in het *Waterpakt*-arrest niet de onschendbaarheid van de wet (in formele zin) in de zin van artikel 120 Grondwet in het geding was (zoals door sommige staatsrechtsgeleerden werd beweerd in soortgelijke zaken waar het EG-recht geen rol speelde, zoals het Tegelen-arrest, HR 19 november 1999, C98/096HR). Het gaat daarentegen om het meer principiële constitutionele beginsel van de scheiding der machten als geldende, ongeschreven regel van Nederlands staatsrecht. Niet alleen de formele wetgever is, al dan niet vanwege de positie die artikel 120 Grw hem toekent, gevrijwaard tegen bevelen tot wetgeving van de rechter; meer principiële is de rechter tot het geven van bevelen tot wetgeving, of deze nu strekken tot het totstandbrengen of het intrekken van wetgevende maatregelen, niet bevoegd, ook als het wetgeving van andere grondwettelijke publiekrechtelijke lichamen dan de Staat betreft. Dat in beide zaken in geding werd gebracht dat een dergelijk bevel strekt tot handhaving van recht van hogere orde, namelijk rechtstreeks werkend Gemeenschapsrecht, kan daaraan in de visie van de burgerlijke kamer van de Hoge Raad geen afbreuk doen.

5. Het arrest van 1 oktober is ook interessant omdat de burgerlijke kamer de betekenis van artikel 93 en (veel meer terzake) 94 van de Grondwet op het eerste gezicht anders lijkt te zien dan de strafkamer op 2 november.

In r.o. 3.3.4, hierboven geciteerd, stelt de HR dat voor de beoordeling van de vraag of onrechtmatige implementatie van een EG-richtlijn 'niet van belang [is] dat de rechter formele wetgeving, als zij eenmaal is tot stand gekomen, op grond van art. 94 Grondwet buiten toepassing moet laten in de daar bedoelde gevallen.' Dit lijkt erop te duiden dat artikel 94 Grw van toepassing zou kunnen zijn bij toetsing aan EG-richtlijnen of verordeningen. Maar dat was nu zeer uitdrukkelijk en omzichtig in het midden gelaten in het *Waterpakt*-arrest, waarin de advocaat-generaal nog een uitgebreide beschouwing gaf over de relevantie van deze bepaling bij de doorwerking van EG-recht.

Meest waarschijnlijk is echter dat de burgerlijke kamer van de HR, anders dan wellicht op het eerste gezicht lijkt, ook in het arrest van 1 oktober 2004 de relevantie van artikel 94 Grw in het midden liet.

6. Hoe anders is zowel het arrest van de strafkamer als conclusie van de advocaat-generaal in de zaak die leidde tot dat arrest van 2 november. De kwestie van de relevantie van artikel 94 Grondwet werd in *Waterpakt* door advocaat-generaal Langemeijer nog uitvoerig aan de orde gesteld, zij het dat hij vrij eenzijdig citeert uit de literatuur en met name de mening van de

grondwetgever terzake achterwege liet. Advocaat-generaal Vellinga doet in zijn uiterst korte conclusie bij de zaak over de rijtijdenregeling slechts één bewering. Hij stelt eenvoudigweg: “Het middel miskent dat een verordening van de Europese Gemeenschappen op grond van art. 249 EG-verdrag rechtstreeks werkt zonder tussenkomst van enig nationaal wettelijk voorschrift en buiten het systeem van artikel 93 en 94 Grondwet om. Van schending van het legaliteitsbeginsel, zoals gesteld, is dan ook geen sprake.” Nadere motivering ontbreekt. In een voetnoot wordt nog wel verwezen naar Kortmann, Constitutioneel recht, 4^e druk, p. 120-121, maar daar vindt men niet ondubbelzinnig hetgeen de advocaat-generaal daaruit kennelijk afleidt.

7. Dat verwondert om meerdere redenen.

Ten eerste wordt de mening van Kortmann maar ten dele recht gedaan. Zo stelt hij niet zonder meer dat artikelen 93 en 94 niet gelden: “zij gelden niet, althans zijn overbodig”, zo luidt zijn mening. Het eerste is wat de advocaat-generaal wil horen, het tweede dat met het eerste niet te verenigen is, slaat hij over. Kortmann voegt hieraan nog toe dat anderen over daar anders over denken. Dat komt de AG al helemaal niet uit.

8. Behalve dat enkele schrijvers (onder meer A.M. Donner – president van het HvJEG in *Costa/ENEL* – Hirsch Ballin, Vierdag en ondergetekende) over het eerste door Kortmann gestelde anders durven denken, is het wonderlijk dat aan de uitgesproken mening van de *grondwetgever* geen enkele betekenis wordt toegekend, zelfs niet aan al hetgeen bij de behandeling van de Grondwet van 1983 door zo’n vooraanstaande Europeesrechtelijke deskundige als L.J. Brinkhorst daarover toch is aangezwengeld. Er is geen enkele twijfel over mogelijk dat de grondwetgever niet alleen in 1953, maar ook in 1983 er ondubbelzinnig vanuit ging dat de strekking van de huidige artikelen 93 en 94 Grondwet is en moet zijn, de doorwerking van het EG-recht te waarborgen.

9. Ook dat de Hoge Raad zelf, in elk geval nog in het *Bosch*-arrest (HR 18 mei 1962), meende dat de betreffende grondwettelijke bepalingen wel degelijk relevant zijn (en de burgerlijke kamer in het *Waterpakt*-arrest zorgvuldig de kwestie vermeed), zou toch suggereren dat voor dit omgaan tegen de bedoeling van de grondwetgever in enige motivering zou vergen.

10. De Hoge Raad doet het qua motivering maar nauwelijks beter dan de advocaat-generaal. Hij wijst – anders dan de AG – nog op het arrest HvJEG, 2 februari 1977, in zaak 50/76, Jur. EG 1977, blz.137, *Amsterdam Bull.* Dit arrest heeft weliswaar betekenis voor de verhouding tussen verordeningen en nationaal recht. Maar het ging hier toch vooral om nationaal recht tot implementatie van een EG-verordening en om het stellen van aanvullende regels. Niets wordt gezegd over de ontoelaatbaarheid van het stellen van grondwettelijke voorwaarden aan de sanctionering van bepalingen van een verordening welke uitdrukkelijk zelf de vaststelling van deze sanctionering opdraagt aan de lidstaten, zolang implementatieregels maar niet in de weg staan aan de gelding van de rechtstreeks toepasbare materiële bepalingen van de verordening.

Meer relevant ware een verwijzing geweest naar de uitspraak van het HvJEG die als het tweede *Simmenthal*-arrest bekend staat (zaak 106/77 van 9 maart 1978, die in feite de derde *Simmenthal*-zaak blijkt te zijn).

11. Het cruciale punt is nu, dat artikelen 93 en 94 van de Grondwet in het geheel *niet* in de weg staan aan een strafrechtelijke veroordeling wegens overtreding van de voorschriften van de litigieuze verordening. Had de strafkamer de grondwetsbepalingen op gebruikelijke wijze – overeenkomstig het *Bosch*-arrest en latere rechtspraak van de HR – toegepast, dan had de conclusie moeten zijn dat de artikelen 93 en 94 van de Grondwet *dwingen* tot toepassing van de bepalingen van de verordening. Ingevolge deze grondwetsartikelen hangt de verbindendheid van bepalingen van besluiten van volkenrechtelijke organisaties af van de aard, inhoud en strekking

van betreffende bepalingen, hetgeen naar vaste rechtspraak in doorslaggevende mate bepaald wordt door de verdragsbepalingen waarop zulke besluiten berusten. Ingevolge artikel 249 EG zijn de bepalingen van verordeningen in al haar onderdelen verbindend en rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten. Dit betekent dat de litigieuze bepalingen van de verordening ook naar puur Nederlands recht verbindend zijn en voorrang hebben op eventueel daarmee strijdige wettelijke bepalingen. Het gerechtshof heeft daarom terecht de bepalingen van de verordening mede ten grondslag kunnen leggen aan de veroordeling.

(Ik laat hierbij in het midden de kwestie of een verwijzing in een krachtens de wet gestelde amvb naar bepalingen van een EG-verordening, vanuit strafrechtelijk oogpunt voldoet aan de wettelijkheidseis waardoor de bepalingen van de verordening kunnen fungeren als delictsomschrijving in de zin van de wet; de bepalingen van de verordening zouden hierdoor als het ware afdoende geïncorporeerd zijn in de nationale wettelijke strafbepalingen.)

12. Wat zijn de gevolgen van de uitspraak van 2 november? Juist gezien het moment waren dat er meer dan alleen die van het beslechten van een academisch debat.

Als een hoogste rechter beslist dat een tweetal bepalingen van de Grondwet die de grondwetgever zelf bedoeld heeft als waarborging van de doorwerking van het EG-recht, buiten elke denkbare toepassing moet blijven – ook een toepassing die zulke doorwerking garandeert naar Nederlands recht – dan heeft die rechter daarmee niets anders kunnen willen zeggen dan dat het EG-recht van de Grondwet afwijkt.

Dit standpunt kan niet anders betekenen dan dat het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, getekend vijf dagen voordat het arrest werd gewezen – hetgeen toch aan de Hoge Raad niet kan zijn voorbijgegaan – gezien dit bindende oordeel van de hoogste rechter, slechts kan worden goedgekeurd met twee derden van de stemmen in beide kamers van de Staten-Generaal (artikel 91 lid 3 Grondwet). Dat daarmee door de Hoge Raad wellicht een bom werd gelegd onder de goedkeuring van dat Verdrag, omdat op dat moment zeker was dat er een referendum zou worden gehouden, waarbij men zich ook al op 2 november mocht afvragen of het Verdrag wel op een soortgelijke (2/3^e) kwantitatieve steun onder de bevolking zou kunnen rekenen, mag in elk geval met terugwerkende kracht de wenkbrauwen doen fronsen over de prudentie van 's lands hoogste rechters.

Het arrest betekent ook dat de rechter zich weinig gelegen laat liggen aan de strekking van artikel 120 van de Grondwet in samenhang met de eis van een gekwalificeerde meerderheid voor goedkeuring van verdragen die van de Grondwet afwijken (artikel 91 lid 3 van de Grondwet). De oorsprong van het verbod aan de rechter om verdragen te toetsen aan de Grondwet is gelegen in de invoering van deze gekwalificeerde meerderheidseis: het is uitsluitend aan de wetgever om uit te maken of een verdrag van de Grondwet afwijkt of niet – het werd derhalve in artikel 120 Grw aan de rechter verboden zulks vast te stellen (zie terzake ook C.B. Schutte, RM Themis 2003-1, p. 26-40).

13. Waarom vond de Hoge Raad het nodig een uitspraak te doen die zonder veel moeite anders had kunnen luiden om tot eenzelfde resultaat te leiden, maar dan op een wijze die de Grondwet niet zou ontcrachten?

Allereerst kan men denken aan leerstellige ijdelheid. De kwestie leidde een zeker bestaan in academische kringen. Al tekende zich sinds 1983 een onverklaarbare meerderheid af voor het standpunt dat de Hoge Raad hier – maar dan ongemotiveerd – inneemt, de andere opvatting had oudere papieren, en werd niet alleen door de Hoge Raad zelf te eniger tijd gevolgd, maar weerspiegelde ook de kennelijke mening van de grondwetgever. Aan de academische discussie wilde de strafkamer misschien een einde maken. Maar dan kennelijk wel op de minst academische manier, namelijk zonder deugdelijke onderbouwing in het licht van de vrij uitgesponnen discussie hierover (voor een samenvatting zie *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen 2002, pp. 28-39).

Ten tweede kan men denken aan de actualiteit van het moment waarop de Hoge Raad uitspraak deed, nog geen week na de ondertekening van het Verdrag inzake een Grondwet voor Europa. Maar dan moet men zich afvragen met welk oogmerk die uitspraak werd gedaan. Men zou kwalijk kunnen denken dat de Hoge Raad het proces van Europese integratie van zijn constitutionele legitimiteit wilde beroven, door voor te staan dat de nationale grondwet van geen betekenis meer is voor de gelding en werking van het Europese recht. Te meer nu deze uitspraak impliceert dat volgens de Hoge Raad dat Verdrag slechts met gekwalificeerde meerderheid door het parlement kan worden goedgekeurd, was het daarentegen wellicht juist een poging de Europese integratie van een deugdelijke constitutioneel legitimerende grondslag te voorzien – te meer gezien de voorrangsbepaling van artikel I-6 van de EU Grondwet, waarvan de leden van de Hoge Raad zich toch bewust moeten zijn geweest.

Maar dit alles is wellicht allemaal *too far-fetched*, en heeft de strafkamer gewoon in onnadenkendheid en onwetendheid van de grote omtrekkende beweging van de burgerlijke kamer in *Waterpakt* zijn eigen beslissing genomen. Niets menselijk is een rechter vreemd. Maar dan is dit herfstarrest niet van de betekenis die het lijkt te hebben: die van een in Europa unieke standpuntbepaling van een hoogste rechterlijk college – maar eerder dat van een toevallig vallend blad in het najaar.

Leonard F.M. Besselink