



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever

Uzman, J.

Citation

Uzman, J. (2013, December 5). *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*. Meijers-reeks. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/22740>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/22740>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/22740> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Uzman, Jerfi

Title: Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever

Issue Date: 2013-12-05

4 Afzien van een remedie

4.1 INLEIDING

Tot dusver ging het om de theorie. Uitgangspunt is dat de rechter een mandaat heeft om grondrechten, ook jegens de formele wetgever, te beschermen. De gedachte is dat hij dit doet door voorschriften zo nodig verdragsconform uit te leggen of de toepassing ervan achterwege te laten. Zoals bekend acht de rechter zich lang niet altijd in staat een succesvol beroep op verdragsrecht te honoreren. Hij laat de kwestie dan, al dan niet tijdelijk, aan de wetgever over. In dit hoofdstuk bespreek ik in welke gevallen hij daartoe besluit.

Daarbij wordt het volgende spoorboekje aangehouden. In 4.2 ga ik in op de situatie dat de rechter het wettelijk voorschrift, in afwijking van artikel 94 Grondwet, niet buiten toepassing laat. Vervolgens komt de vraag aan de orde of de rechter dan op een andere wijze rechtsherstel kan bieden. Die vraag zet de Hoge Raad vrijwel steeds in de sleutel van (de grenzen van) zijn rechtsvormende taak. In 4.3 zet ik de schijnwerpers op deze rechtsvormende taak van de rechter. Het gaat mij er daarbij niet om dit leerstuk volledig in kaart te brengen. Ik laat dat graag aan anderen over. Ik beperk mij tot de rechtsvormende rol van de rechter bij de toetsing van wetgeving aan mensenrechten. In 4.4, tot slot, vat ik samen in welke gevallen de rechter abstineert.

4.2 BUITEN TOEPASSING LATEN NIET AAN DE ORDE?

Artikel 94 Grondwet suggereert dat de rechter een wettelijk voorschrift, in geval van strijd met een ieder verbindende verdragsbepaling, buiten toepassing laat. Zoals in het vorige hoofdstuk besproken, hoeft dit niet steeds zo te zijn. De rechter kan het nationale voorschrift ook verdragsconform uitleggen. In sommige gevallen moet hij dat wel doen, want dan is buiten toepassing laten niet mogelijk of wenselijk. In deze paragraaf bespreek ik in welke gevallen de rechter tot de conclusie komt dat buiten toepassing laten inderdaad geen optie is. In de eerste plaats gaat het daarbij om gevallen waarin dat geen oplossing van het geschil zou zijn of dat het klager niet zou baten. In de tweede plaats ga ik in op de vraag of er ook gevallen denkbaar zijn waarin de rechter afziet van het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift als dat wél een mogelijke remedie zou zijn.

4.2.1 Buiten toepassing laten baat de klager niet

Het begint romantisch. In 1980 trouwt een Surinaamse man met een Nederlandse vrouw. Aan het klassieke beeld van de ideale schoonzoon beantwoordt de man niet. Nog afgezien van het feit dat hij sinds 1977 illegaal in Nederland verblijft, wordt hij gedurende zijn verblijf in Nederland diverse keren veroordeeld wegens overtreding van de Opiumwet. In 1984 is de Staatssecretaris van Justitie het zat. Zij verklaart onze Surinaamse vriend ongewenst vreemdeling en vraagt hem te vertrekken. Een week later meldt de man zich bij de Burgemeester van zijn woonplaats Amsterdam, met de mededeling dat hij gehuwd is met een Nederlandse en daarom gebruik wil maken van zijn optierecht om door kennisgeving Nederlander te worden. Dat recht ontleent hij aan artikel 8 van de Wet op het Nederlanderschap en ingezetenschap, dat als volgt luidt:

‘De niet-Nederlandse vrouw, wier man bij het sluiten van het huwelijk Nederlander was, wordt Nederlander door haar wil daartoe te kennen te geven aan de bij artikel 12a bedoelde autoriteit, indien op de dag van de kennisgeving het huwelijk voortduurt en de man nog Nederlander is.’

Het is de man duidelijk dat hij geen vrouw is die met een Nederlandse man is getrouwd, maar hij beroept zich op het feit dat artikel 8 WNi in strijd is met artikel 26 IVBPR en daarom zo uitgelegd moet worden dat ook buitenlandse mannen een optierecht toekomt. Zijn stelling is in constitutionele zin explosief materiaal. Het onderscheid tussen mannen en vrouwen in de WNi is door de wetgever namelijk uitermate bewust opgenomen.¹ Oordeelt de rechter dat hier sprake is van een discriminatoir onderscheid, dan doet zich de ‘klassieke’ situatie voor dat rechter en wetgever lijnrecht tegenover elkaar staan.²

De Hoge Raad redt zich er uit door niet op de mogelijke strijd tussen de artikel 8 WNi en 26 IVBPR in te gaan.³ Dat gaat zijn rechtsvormende taak te buiten. Maar als hij wel tot strijd had geconcludeerd, had hij artikel 8 WNi dan buiten toepassing kunnen laten? Nee, dat is zinloos, zegt Advocaat-Generaal Mok in zijn uitvoerig gemotiveerde conclusie:

‘Het resultaat is dan immers toch dat de door klager gedane kennisgeving geen effect sorteert, zodat zijn beklag ongegrond moet worden verklaard. De betekenis van een uitspraak van de HR in deze geest zou dan ook alleen kunnen zijn dat

1 Betty de Hart laat in haar dissertatie uit 2003 treffend zien dat de wetgever Nederlandse vrouwen die met een buitenlandse man trouwen, zelfs nog ná de weldra te bespreken uitspraak van de Hoge Raad, beschouwt als ‘naïef, niet van onbesproken moreel gedrag en slachtoffer van de buitenlandse man’. Zie De Hart 2003, p. 218-219. Citaat op p. 219.

2 Wel is het zo dat de opvattingen in het parlement in de tachtiger jaren aan het schuiven waren.

3 HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*), r.o. 5.

voortaan vrouwen ook geen gebruik meer kunnen maken van de optiemogelijkheid van art. 8; een dergelijke uitspraak mag de HR echter, gezien art. 12 Wet AB, niet geven'.⁴

Mok heeft gelijk. Het bloot buiten toepassing laten van artikel 8 WNi 'helpt' de Surinaamse klager niet. De rechter zou er alleen mee uitspreken dat ook buitenlandse vrouwen geen aanspraak meer kunnen maken op het optierecht. Daarom is het de klager uiteraard niet te doen. Hij voorkomt er zijn uitzetting niet mee. Belangrijker is misschien nog wel dat het de rechter volgens Mok niet is toegestaan om voor deze remedie te kiezen, zelfs als de klager er op zou staan. Artikel 12 Wet AB, dat de rechter verbiedt om bij wege van algemene verordening of reglement uitspraak te doen, zou daaraan in de weg staan.

Ik laat maar even in het midden of artikel 12 Wet AB in stelling kan worden gebracht tegen een dergelijk gebruik van de bevoegdheid van artikel 94 Grondwet. Gelet op de schaarse toepassing van de Wet AB op dit punt zie ik niet onmiddellijk een eenduidig antwoord op die vraag.

Ik zou het anders willen formuleren: het beoogde rechtsgevolg treedt eenvoudigweg niet in. Als de rechter, zelfs al is het de Hoge Raad, in de hier besproken zaak had overwogen dat artikel 8 WNi buiten toepassing moet blijven jegens buitenlandse vrouwen die een beroep op de bepaling doen, dan bindt die uitspraak slechts de Staatssecretaris van Justitie en de Surinaamse klager. Andere partijen noch andere rechters of de Hoge Raad zelf zijn aan dat oordeel, strikt genomen, gebonden.⁵

Het is theoretisch mogelijk dat de Surinaamse man een civiele actie op grond van onrechtmatige wetgeving tegen de Staat onderneemt. Hij zou in dat geval kunnen vorderen dat de Staat de bepaling stevast buiten toepassing laat ten aanzien van buitenlandse vrouwen, maar het is sterk de vraag of zijn procesbelang bij een dergelijke vordering zou worden erkend. Hoe dan ook, een dergelijke situatie doet zich bij een exceptief beroep op het verdragsrecht niet voor. In procedures over constitutionele remedies in enge zin heeft de rechter vaak niet de bevoegdheid om de Staat of een bestuursorgaan te bevelen de bepaling in de toekomst jegens derden buiten toepassing te laten.

De situatie dat het buiten toepassing laten van het aangevallen voorschrift de klager niet baat komt geregeld voor in de jurisprudentie. Bekende voorbeel-

4 HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*), concl. A-G Mok, overw. 7.2.

5 Materiële binding zou er wel kunnen zijn. Zou de HR overwegen dat sprake is van een voorschrift dat vanwege strijd met een verdragsbepaling buiten toepassing dient te blijven, dan zou daaraan uiteraard een groot gezag toekomen. Toch maakt dat de zaak niet anders. In de eerste plaats zou dat gezag óók gelden voor de situatie dat de HR niet buiten toepassing laat, maar slechts overweegt dat sprake is van strijd tussen wet en verdrag. In de tweede plaats zou een vrouw, die het oordeel van de HR in een dergelijk geval later krijgt tegengeworpen, zich kunnen beroepen op het gerechtvaardigde vertrouwen dat een wettelijke regeling oplevert.

den zijn de arresten *Beukema & Van Veen* ('Naamrecht') en *Arbeidskostenforfait*.⁶ Twee verschillende gevallen kunnen worden onderscheiden. In de eerste plaats de situatie, dat er in het geheel geen relevant voorschrift is dat buiten toepassing kan worden gelaten. Dit is het geval als de wet het probleem eenvoudigweg niet heeft geregeld. Een legislatieve omissie dus. Men denke aan de situatie dat de justitiabele volgens het verdrag recht heeft op een bepaalde aanspraak terwijl het nationale recht daarin niet voorziet.⁷ In de tweede plaats de situatie zoals die zich in het voorbeeld van het *Optierecht Nederlanderschap* manifesteert, namelijk dat er wel een bepaling is die buiten toepassing kan worden gelaten, zij het dat dit de klager niet baat.⁸

Soms wordt aangenomen dat deze categorie zich automatisch voordoet wanneer een begunstigende wettelijke regeling zich richt tot een te beperkte groep personen, wat betekent dat er sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid. Dat hoeft echter lang niet altijd zo te zijn. De regeling kan ook zodanig geformuleerd zijn, dat eerst het recht algemeen wordt toegekend, en vervolgens een bepaalde groep van het recht wordt uitgezonderd. Bijvoorbeeld als volgt:

1. *Mensen met een bril krijgen elk jaar op 1 april hun gewicht in Milka paaseieren thuisbezorgd*
2. *Het voorgaande lid is niet van toepassing op promovendi in het staatsrecht*

Zuiver technisch geredeneerd, is het prima voorstelbaar dat de rechter het geschil, door lid 2 buiten toepassing te laten, naar volle tevredenheid van een teleurgestelde promovendus staatsrecht kan oplossen. Of de rechter rechtsherstel kan bieden door het buiten toepassing laten van een voorschrift, is dus een kwestie van wetgevingstechniek. Dat kan, maar hoeft niet, problematisch te zijn. Problematisch wordt het, als de rechter naast het buiten toepassing laten van het voorschrift geen andere remedies tot zijn beschikking zou hebben. Dan is het lot van de klager geheel en al een zaak van wetgevingstechniek, hetgeen op zijn zachtst gezegd onbevredigend zou zijn. Dat nu, is normaal gesproken echter niet het geval. Zoals wij zagen kan de rechter zijn interpretatieve mandaat zodanig inzetten, dat de bepaling ook van toepassing wordt

6 HR 23 september 1988, NJ 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Beukema & Van Veen*); HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

7 Zo acht de rechter zich niet in staat om zelfstandig een rechtsmiddel (zoals hoger beroep) te creëren, ook als dit verdragsrechtelijk wel geboden zou zijn. Vgl. o.m. HR 3 mei 1989, BNB 1989/256 m.nt. Scheltens, r.o. 4.6; HR 11 oktober 1989, BNB 1990/87 m.nt. Scheltens (*BPM en fair trial*), r.o. 4.9; HR 14 juni 2000, JB 2000/197 m.nt. HLJ; ABRvS 22 november 2001, AB 2002/112 m.nt. Sew; HR 23 januari 2004, JB 2004/75 m.nt. RMPGN-C (*Verzuimboete*).

8 Daarvan was o.m. sprake in HR 23 september 1988, NJ 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Beukema & Van Veen*).

verklaard op de benadeelde groep. Of hij daartoe bereid is, is voornamelijk afhankelijk van de grenzen van zijn rechtsvormende taak.

Betekent dit nu dat het helemaal niet uitmaakt hoe de begunstigende bepaling geformuleerd is? Dat hangt ervan af. Moet de rechter door conforme interpretatie rechtsbescherming bieden dan leidt dit – we zullen dat in de volgende paragraaf zien – tot een belangenafweging. Artikel 94 Grondwet is dwingend geformuleerd. Betekent dit dat de rechter ook verplicht is tot het buiten toepassing laten van het voorschrift als dit een mogelijke oplossing van het voorliggende geschil is? Als dat zo is, dan maakt wetgevingstechniek wel degelijk uit: is buiten toepassing laten mogelijk, dan kan de justitiabele op rechtsbescherming rekenen. Is buiten toepassing laten niet mogelijk, dan moet hij de uitkomst van een belangenafweging afwachten.

Kortom. Het buiten toepassing laten van een voorschrift is, zo suggereert in elk geval de tekst van artikel 94 Gw, dwingend voorgeschreven. Soms is dat echter onmogelijk. Het hangt af van de wijze waarop het voorschrift geredigeerd is, of buiten toepassing laten formeel-technisch mogelijk is. Als dat het geval is, dan rijst de vraag of de rechter ook steeds verplicht is daartoe over te gaan. Hoe zit dat in de rechtspraktijk? Op die vraag ga ik nu in.

4.2.2 Buiten toepassing laten baat de klager wel

In sommige gevallen is het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift technisch mogelijk, maar verzetten andere argumenten zich tegen gebruikmaking van deze bevoegdheid. Wat kunnen dat voor argumenten zijn? Ik telde vijf categorieën. Het onderscheid tussen de categorieën van gevallen is niet vlijmscherp. Soms is sprake van overlap.

4.2.2.1 *Buiten toepassing laten leidt tot een disproportionele uitkomst, of noopt tot rechtspolitieke keuzes*

In de eerste plaats is er de categorie van gevallen waarin het algeheel buiten toepassing laten van het voorschrift nogal drastisch is. In dat geval zou de toepassing van het voorschrift ook gedeeltelijk achterwege kunnen blijven. Niet alle toepassingen van het voorschrift worden dan onrechtmatig verklaard. Dat houdt voor de rechter in, dat hij een keuze moet maken waar de grens tussen rechtmatig en onrechtmatig te leggen. Het wettelijk stelsel moet daarvoor wel duidelijke aanknopingspunten bieden. In wezen komt een en ander neer op de, in het vorige hoofdstuk besproken, problematiek van de splitsbaarheid.⁹ Het vaststellen van die grens brengt keuzes met zich die de rechter liever voor rekening van de wetgever laat. In zulke gevallen ziet hij ervan af de regeling buiten toepassing te laten.

9 Zie § 3.2.2.

Een voorbeeld. Zowel de Grondwet als de Kieswet zonderden tot 2008 van het kiesrecht uit, diegenen die krachtens een rechterlijke uitspraak onbekwaam waren rechtshandelingen te verrichten.¹⁰ Wie onder curatele gesteld was, kon dus niet alleen niet meer rechtmatig besluiten tot de aanschaf van een luxe 168-delige Villeroy & Boch bestekset, maar ook niet meer stemmen bij verkiezingen. In 2002 kwam een licht verstandelijk gehandicapte man daartegen in opstand. Hij was weliswaar onder curatele gesteld, maar hij was politiek zeer geëngageerd, en niet minder dan zijn medeburgers in staat om op dat punt een afweging te maken. Hij beriep zich onder meer op artikel 25 IVBPR, dat het recht geeft om 'zonder onredelijke beperkingen te stemmen en gekozen te worden'. De Afdeling, die in 2003 uitspraak doet, erkent dat er een probleem is. Bij het uitspreken van de curatele vindt geen onderzoek plaats naar de vraag of de geestelijke stoornis ook noopt tot ontneming van het kiesrecht. Dat leidt de Afdeling tot de volgende slotsom:

'hoewel de uitsluiting van degenen die krachtens een onherroepelijke rechterlijke uitspraak wegens een geestelijke stoornis onbekwaam zijn rechtshandelingen te verrichten, in zijn algemeenheid niet als een onredelijke beperking, als bedoeld in art. 25 aanhef en onder b IVBPR kan worden aangemerkt, een dergelijke uitsluiting in een concreet geval tot een uitkomst kan leiden die wel als zodanig moet worden beschouwd'.¹¹

Betekent dit dat de, expliciet in de tekst van de artikelen 54 lid 2 (sub b) Grondwet en B5 lid 2 (sub b) Kieswet opgenomen, uitzondering jegens appellant buiten toepassing moet worden gelaten? Tekstueel is dit mogelijk. Toch begint de Afdeling er niet aan:

'De wijze waarop moet worden vastgesteld of daarvan sprake is en, zo ja, hoe de strijdigheid met art. 25 lid 1 aanhef en onder b IVBPR kan worden weggenomen en aan welk orgaan ter zake bevoegdheid moet worden toegekend, vergt evenwel (...) rechtspolitieke keuzes die niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter vallen maar door de wetgever zullen moeten worden gemaakt. Het betoog dat art. 54 lid 2 aanhef en onder b Gw en art. B5 lid 1 aanhef en onder b Kieswet in strijd zijn met art. 25 aanhef en onder b IVBPR en op die grond – gelet op het bepaalde in art. 94 Gw – buiten toepassing moeten blijven, faalt dan ook'.¹²

Het nationale regime kan weliswaar in concrete situaties onverenigbaar zijn met artikel 25 IVBPR, maar dat geldt niet voor alle toepassingen van het nationale regime. Het zou dus te ver voeren om dit nationale regime steeds buiten toepassing te laten als zich een onder curatele gestelde bij de rechter (of het bestuur) meldt. De vraag in welke gevallen het redelijk is dat een onder

10 Vgl. artt. 54 (oud) Gw; B5 (oud) Kiesw. Gewijzigd bij wet van 27 juni 2008, *Stb.* 2008, 272.

11 ABRvS 19 oktober 2003, AB 2003/463 m.nt. PJS (*Kiesrecht Martijn*), r.o. 2.6.2-2.6.3.

12 *Ibid.*

curatele gestelde het kiesrecht ontnomen wordt, is er volgens de Afdeling echter een voor de wetgever. Het verdrag verzet zich tegen het algeheel ontbreken van enigerlei vorm van afwegingsmechanisme, het geeft de rechter geen concrete criteria om te bepalen hoe de afweging er uit moet komen te zien. Dat betekent dat hij de regeling ofwel in alle gevallen buiten toepassing moet laten – maar daarmee zou hij meer toepassingen achterwege laten dan het verdragsrecht eist – ofwel dat hij juist het buiten toepassing laten achterwege laat. De Afdeling kiest voor het laatste.

De Hoge Raad vaart normaal gesproken een soortgelijke koers. Hij doet dat bijvoorbeeld in een arrest uit 1992 waarin hij de regeling inzake griffierechten op gespannen voet vindt staan met de artikelen 6 en 14 EVRM en 26 IVBPR.¹³ Deze regeling houdt ten tijde van het arrest in, dat belastingplichtigen die op hun beroep bij het gerechtshof een mondelinge uitspraak hebben gekregen, een extra griffierecht van f150,= verschuldigd zijn als zij alsnog een schriftelijke uitspraak wensen te ontvangen. Die schriftelijke uitspraak hebben zij nodig om in cassatie te kunnen gaan. Het extra bedrag aan griffierechten werd in het verleden verrekend met het, in cassatie verschuldigde, griffierecht zodat er geen verschil in behandeling was tussen diegene die meteen al een schriftelijke uitspraak van het hof had gekregen, en diegene die alsnog om een schriftelijke uitspraak had moeten vragen. In 1988 wijzigt die regeling waarbij de mogelijkheid van verrekening vervalt. Voor het alsnog verkrijgen van de schriftelijke uitspraak is extra griffierecht verschuldigd. Wie een mondelinge uitspraak heeft gekregen en in cassatie wil, zal dat moeten accepteren. De Hoge Raad acht deze regeling in 1992, zoals gezegd, in strijd met een reeks verdragsbepalingen. Het zou volgens hem echter te ver voeren om de betrokken bepaling, artikel 17b Wet administratieve rechtspraak in belastingzaken, algeheel buiten toepassing te laten.¹⁴ Het is niet zo dat het hele bedrag aan extra griffierechten hoeft te worden kwijtgescholden. Evenals de Afdeling in de kiesrechtzaak meent hij het voorschrift evenmin gedeeltelijk buiten toepassing te kunnen laten.¹⁵ Dat zou betekenen dat hij een regeling moet treffen die zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.¹⁶

De conclusie kan zijn dat de rechter soms in een ongemakkelijke spagaat zit. Algeheel buiten toepassing laten van een regeling kan een disproportionele reactie op de verdragsschending zijn. Gedeeltelijk buiten toepassing laten levert maatwerk op, maar brengt de rechter in politiek vaarwater omdat hij keuzes moet maken waartoe hij de wetgever geschikter acht. Uit de twee gegeven

13 HR 30 september 1992, NJ 1994/495 m.nt. EAA (*Griffierecht*).

14 Vgl. r.o. 4.4.5.

15 Anders: annotator Van der Burg onder AB 1993/2, die er kennelijk vanuit gaat dat wel buiten toepassing wordt gelaten.

16 Overigens bood de HR hier op bijzondere wijze rechtsbescherming, door de eigen griffier te verordonneren het, ten onrechte betaalde, griffierecht te laten terugstorten. Daarop kom ik nog terug.

voorbeelden blijkt dat de gangbare reactie van de rechter is, dat hij de kwestie dan – al dan niet voorlopig – aan de wetgever overlaat.¹⁷

Toch is dat niet steeds zo. In paragraaf 3.2.2 kwam de zaak *Ilhan* al even aan de orde.¹⁸ Het ging in die zaak om een eenmalige belasting op personen-auto's (BPM), die – vanuit het perspectief van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel ten onrechte – geen rekening hield met de gebruiksduur van de auto op het Nederlandse wegennet. Het Unierecht, noch het Hof van Justitie schreef voor op welke manier rekening moest worden gehouden met de gebruiksduur. Duidelijk was wel dat het de Nederlandse wetgever in beginsel vrij stond om BPM te heffen. *In casu* had de Nederlandse weggebruiker en belastingplichtige gedurende een vrij lange periode met de auto in Nederland rondgereden. Het Unierecht verzette zich er dan ook niet tegen dat hij een bepaald bedrag aan BPM moest betalen. Tot dusver lijkt de casus op de hiervoor geschetste zaken over het kiesrecht voor onder curatele gestelden en de griffierechtenregeling. In deze gevallen is het algeheel buiten toepassing laten drastisch, zo niet disproportioneel. In alle drie de gevallen vindt de rechter het markeren van de grens tussen het toelaatbare en het ontoelaatbare zijn rechtsvormende taak te buiten gaan. Maar waar de Afdeling en de Hoge Raad in de griffierechtenzaak besluiten om de kwestie dan maar aan de wetgever over te laten, komt de Hoge Raad in *Ilhan* tot de conclusie dat hij dan tóch de gehele regeling maar buiten toepassing moet laten. De aanslag BPM werd in het geval van *Ilhan* vernietigd. Hij hoefde niet te betalen.

Het verschil tussen de drie zaken zit hem, denk ik, in de wijze waarop de Hoge Raad zijn taak opvat in zaken waarin het EVRM of het IVBPR, respectievelijk het Unierecht aan de orde is. In het eerste geval noopt zijn 'traditioneel terughoudende plaats in het staatsbestel' hem ertoe de kwestie aan de wetgever over te laten. In het tweede geval voelt hij zich gedwongen de klager toch een remedie te bieden. Het Unierecht eist dit van hem.¹⁹ Ik ga in het volgende deel nader op deze eis in.

Tot zover luidt de conclusie dat het buiten toepassing laten van de bepaling soms weliswaar technisch mogelijk, maar geen wenselijke optie is. De rechter laat dan ofwel teveel buiten toepassing, of hij moet grenzen gaan trekken die hij liever getrokken ziet worden door de wetgever. In veel van die gevallen

17 Met de aantekening dat de HR hier dus wél rechtsbescherming bood. Zie de vorige voetnoot.

18 HR 14 november 2008, *BNB* 2009/3 (*Ilhan II*).

19 Dit doet zich vaker voor. Zie in dat verband Gerechtshof Arnhem 31 augustus 2007, *LJN* BB3047 (*Zaak N.*). De Hoge Raad casseerde overigens en liet in deze zaak, op de voet van art. 8:72 lid 3 Awb, de rechtsgevolgen van de aanslag IB in stand. Zie HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/262 m.nt. Burgers (*Zaak N.*). Ook de HR komt in deze zaak evenwel tot een vernietiging van de aanslag. Een Unierechtelijke zaak waarin de rechter wel abstineert is er ook. Zie ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS (*Eman & Sevinger*). Onduidelijk is wel of de Afdeling in deze zaak afziet van het buiten toepassing laten van de aangevallen bepalingen van de Kieswet. Zij overweegt in r.o. 2.3.1 dat zij dit doet en vernietigt op basis daarvan de ter toetsing voorgelegde beschikkingen, maar meent eveneens dat het bieden van rechtsherstel de rechtsvormende taak van rechter en bestuur te buiten gaat.

absteineert hij dan. Soms is dat niet nodig en kan hij, door creatieve interpretatie van aanpalend recht, alsnog een remedie bieden. Op die mogelijkheid kom ik hierna nog terug. Is zo'n creatieve interpretatie geen optie, maar is het Unierecht in het geding, dan zien we dat in elk geval de Hoge Raad zich toch nog eens achter de oren krabt en de bepaling dan, zij het vermoedelijk met een bescheiden zucht, alsnog in het geheel buiten toepassing laat.

De behandeling van Unierecht en de mensenrechtenverdragen loopt op dit moment dus uiteen. Dat lijkt mij onwenselijk, nu daarvoor – bij gelijksoortige rechten – geen goede reden is aan te wijzen. In het volgende deel bepleit ik een meer coherente interpretatie van effectieve rechtsbescherming op het Europese niveau. Zover is het nu echter nog niet, want er zijn nog enkele andere factoren te beschrijven, die de rechter nopen ervan af te zien een voorschrift buiten toepassing te laten.

4.2.2.2 Buiten toepassing laten leidt tot een nieuwe verdragsschending

Het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift om een schending van verdragsrecht te remediëren, kan in sommige gevallen een nieuwe verdragsschending tot gevolg hebben. Vaak komt dat niet voor, maar het gebeurt een enkele keer bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel.

Het arrest *Autokostenforfait* uit 1998 is in dat verband illustratief.²⁰ De Hoge Raad komt in dit arrest tot de conclusie dat een verhoging van het autokostenforfait met 4% neerkomt op een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van belastingplichtigen die hun leaseauto privé minder dan 1000 km gebruiken, en belastingplichtigen die meer eigen kilometers maken. Hoe en waarom de Hoge Raad tot deze conclusie komt interesseert ons hier niet. Wel van belang is dat het buiten toepassing laten van het problematische artikel 42, vierde lid Wet IB, er volgens de Hoge Raad toe zou leiden dat opnieuw een ongelijke behandeling in het leven wordt geroepen, nu tussen automobilisten met een leaseauto en automobilisten met een eigen auto, respectievelijk non-automobilisten.²¹ Annotator Wattel spreekt in dat verband treffend van het *Van-de-wal-in-de-sloot-beginsel*.²² Daar komt meteen een beginsel bij, want de Hoge Raad overweegt dat het in theorie weliswaar ook mogelijk is dan het gehele forfait buiten beschouwing te laten, maar dat hij dit 'voorshands' een disproportionele

20 HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293 (*Autokostenforfait*). Dit arrest moet niet verward worden met een eerder arrest waarin de HR het Autokostenforfait aan mensenrechten toetste: HR 8 mei 1991, *BNB* 1991/196 m.nt. Den Boer. Het arrest uit 1998 kreeg bovendien een vervolg in HR 24 januari 2001, *BNB* 2001/291 m.nt. Happé.

21 In dat laatste geval kan worden gedacht aan belastingplichtigen die gebruik maken van het openbaar vervoer of al dan niet door middel van een lease-constructie, van een door spierkracht aangedreven voertuig of de benenwagen. In dat laatste geval zal doorgaans overigens niet van een lease sprake zijn. Uitgesloten is dat echter niet.

22 Noot onder *BNB* 1998/293, onder 2.

oplossing vindt.²³ Ook daarvoor heeft Wattel een naam: het 'badwaterbeginsel'. Dat houdt het volgende in: het is niet de bedoeling dat het buiten toepassing laten van een ruimere regeling leidt tot een bevoordeling van een grote groep belastingplichtigen.

4.2.2.3 *Buiten toepassing laten bedreigt een fundamenteel rechtsbeginsel*

Aan de vorige categorie verwant, is de reeks zaken waarin de Hoge Raad ervan afziet de bepaling buiten toepassing te laten omdat dit een bedreiging voor de rechtszekerheid of een ander fundamenteel beginsel zou opleveren. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de belangen van derden die hebben vertrouwd op de, met het grondrecht strijdige, wetgeving, zich ertegen verzetten dat de rechter de voorrang van het verdragsrecht effectueert.

Dat deed zich bijvoorbeeld voor in één van de eerste zaken waarin de Hoge Raad constateerde dat het nationale burgerlijk recht niet voldeed aan de eisen van het EVRM. Het gaat om een zaak uit 1980, waarin de vraag centraal stond of de tante van een onwettig kind, voor de werking van het burgerlijk procesrecht kon worden beschouwd als 'bloedverwant'.²⁴ Artikel 959 (oud) Rv opende de mogelijkheid van hoger beroep tegen beslissingen van de kantonrechter inzake voogdijkwesties uitsluitend voor bloedverwanten. De wetgever had daarbij, zo bleek uit de wetsgeschiedenis, enkel het oog op familieleden van wettige kinderen. Voor natuurlijke kinderen gold dat alleen de moeder als familie werd beschouwd. Dat nu, is problematisch als de moeder is overleden en haar zus nu juist procedeert om de voogdij over het kind te verkrijgen. Dat het wettelijk stelsel op dit punt een onderscheid maakt tussen wettige en natuurlijke kinderen is, zo oordeelt de Hoge Raad in 1980, in strijd met de artikelen 8 en 14 EVRM.²⁵ Hij lost de kwestie op door de term 'bloedverwant' in artikel 959 Rv verdragsconform uit te leggen. Toch waarschuwt hij dat dit niet betekent dat hij steeds gevolgen aan de geconstateerde strijd met het EVRM zal verbinden:

'Welke betekenis aan bedoelde ontwikkeling, mede in verband met deze uitspraak van het Europese Hof, bij de bepaling en de uitleg van het bestaande Nederlandse recht door de rechter moet worden gehecht, zal voor ieder voorschrift waarin het bedoelde onderscheid een rol speelt, afzonderlijk moeten worden nagegaan, ook wat betreft de vraag, voor welke rechtsfeiten, bezien naar het moment waarop zij plaatsvinden of plaatsvonden, die ontwikkeling in verband met de eisen van de rechtszekerheid reeds een rol mag spelen'.²⁶

23 Zie r.o. 3.14.

24 HR 18 januari 1980, NJ 1980/463 m.nt. WHH (*Bloedverwanten post-Marckx*).

25 De HR volgde op dit punt EHRM 13 juni 1979, NJ 1980/462 m.nt. EAA (*Marckx t. België*).

26 HR 18 januari 1980, NJ 1980/463 m.nt. WHH (*Bloedverwanten post-Marckx*).

De rechtszekerheid duikt na 1980 nog verschillende keren op als reden voor de Hoge Raad om af te zien, hetzij van het buiten toepassing laten van de bepaling, hetzij van het aanvaarden van een verdragsconforme uitleg.²⁷ Ook het legaliteitsbeginsel kan er aan in de weg staan dat de rechter een wettelijk voorschrift buiten toepassing laat.²⁸

4.2.2.4 Buiten toepassing laten leidt tot één van diverse verdragsconforme uitkomsten

Hiervoor heb ik al betoogd dat de rechter er geregeld van afziet het problematische voorschrift buiten toepassing te laten, als algeheel buiten toepassing laten disproportioneel zou zijn, en gedeeltelijk buiten toepassing laten de rechter zou nopen tot rechtspolitieke keuzes. Daarvan moet een volgende categorie worden onderscheiden, namelijk de situatie dat het buiten toepassing laten een prima remedie is, die als zodanig ook niet zozeer tot problemen leidt, maar die tot een uitkomst leidt, die niet noodzakelijkerwijs door het verdragsrecht 'gedragen' wordt. Dat klinkt behoorlijk cryptisch. Wat bedoel ik daarmee?

Twee voorbeelden kunnen dat verduidelijken.

In de eerste plaats gaat het vaak om de klassieke casuspositie waarin sprake is van een zuiver begunstigende regeling die volgens de rechter in strijd is met een non-discriminatiebepaling. Zoals gezegd is het in een dergelijk geval technisch niet altijd mogelijk om de bepaling buiten toepassing te laten – dat was het geval in de standaardarresten *Optierecht Nederlanderschap* en *Arbeidskostenforfait* – maar soms kan het wel.²⁹ Toch zijn er in dat geval, vanuit het perspectief van de wetgever, verschillende opties denkbaar die allemaal verdragsconform zijn.

Neem bijvoorbeeld de zaak *Eman & Sevinger* die zich in 2007 afspeelt voor de Afdeling Bestuursrechtspraak.³⁰ Nederlanders over de gehele wereld komt het kiesrecht voor, onder meer, het Europees Parlement toe. Dit recht geldt alleen niet voor Nederlanders die op de Nederlandse Antillen of Aruba verblij-

27 Een bekend voorbeeld is nog HR 27 september 1989, AB 1990/90 m.nt. FHvdB (*Tandarts-vrouw*). Zie voorts: HR 27 oktober 1994, NJ 1995/467; HR 24 februari 1995, NJ 1995/468 m.nt. JdB (*Terugwerkende kracht wetting II*). Een bijzondere variant op deze rechtspraak treft men nog aan bij de Centrale Raad van Beroep, die de rechtszekerheid van de overheid een rol laat spelen bij de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR. Met een schuin oog naar de schatkist, verklaart de CRvB artikel 26 IVBPR gedurende een bepaalde periode niet een ieder verbindend, zodat de wetgever in het socialezekerheidsrecht voorbereidingen kan treffen voor de dag dat deze bepaling wel rechtstreekse werking krijgt. Zie CRvB 14 mei 1987, AB 1987/543.

28 Vgl. Hof Arnhem 12 juli 1979, NJ 1980/175 (*Verkrachting gehandicapt meisje*); HR 19 oktober 2007, NJ 2008/26 m.nt. EAA (*Schipholbrand*), concl. A-G Langemeijer, ov. 8.1.

29 HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*); HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

30 ABRvS 21 november 2006, AB 2007/80 m.nt. PAS, NJCM-Bulletin 2007, p. 635-645 m.nt. Uzman (*Eman & Sevinger*).

ven.³¹ De Arubaanse politici Mike Eman en Benny Sevinger menen dat hen het kiesrecht voor het EP toekomt. Voor de Afdeling beroepen zij zich op het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel. De Afdeling oordeelt, na prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te hebben gesteld, dat de regeling inderdaad in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De regeling maakt ten onrechte onderscheid tussen Nederlanders die in een derde land (dus buiten de Unie) wonen, en Nederlanders die op de Antillen of Aruba verblijven. Hoe deze ongelijke behandeling op te lossen?

Het is technisch mogelijk voor de Afdeling, om de uitzondering voor bewoners van de overzeese gebiedsdelen buiten toepassing te laten. Artikel B1 Kieswet geeft het kiesrecht eerst aan alle Nederlanders en zondert Arubanen en Antillianen daarvan vervolgens uit. Dat tekstgedeelte kan de Afdeling buiten toepassing laten. Dat zou ertoe leiden dat Eman en Sevinger het kiesrecht toekomt. Zij zijn daarmee dus gebaat. De Afdeling lijkt dat in eerste instantie ook te doen:

‘Derhalve moet worden geoordeeld dat in zoverre de bepalingen van de Kieswet voormeld onderscheid ten aanzien van de verkiezing voor de leden van het Europees Parlement maken, deze buiten toepassing moesten blijven. De daarop gebaseerde besluiten van 3 mei 2004, waarbij de verzoeken van appellanten om te worden geregistreerd als kiezer voor het Europees Parlement zijn afgewezen, zijn dan ook evenzeer genomen op gronden die strijden met het communautaire gelijkheidsbeginsel en derhalve met het Unierecht’.

Toch leidt dit volgens de Afdeling kennelijk niet tot de conclusie dat Eman en Sevinger dan het kiesrecht voor het EP toekomt:

‘De strijdigheid van de wettelijke regeling met het communautaire gelijkheidsbeginsel kan worden opgeheven door personen met de Nederlandse nationaliteit die hun woonplaats hebben in de Nederlandse Antillen of op Aruba en niet ten minste tien jaar ingezetenen van Nederland zijn geweest alsnog het kiesrecht voor de verkiezing van de leden van het Europees Parlement toe te kennen. Dit is evenwel niet de enige mogelijkheid die zich aandient. Ook andere oplossingen zijn denkbaar, zoals die waarbij dat kiesrecht wordt voorbehouden aan degenen die in Nederland woonachtig zijn’.

Buiten toepassing laten van de uitzondering voor Arubanen en Antillianen leidt automatisch tot toekenning van het kiesrecht voor die groepen. Het gelijkheidsbeginsel dwingt echter niet tot die uitkomst. Aan het gelijkheidsbeginsel wordt ook voldaan als niemand buiten Nederland nog kan kiezen of verkiesbaar is. De keuze tussen deze opties is vooralsnog niet aan rechter en bestuur:

31 Tenzij men minstens tien jaar in Nederland heeft gewoond of in de openbare dienst werkt. Zie. art. B1 jo. Y3 Kiesw.

‘De wijze waarop het in de wet neergelegde verschil kan worden weggenomen teneinde te bereiken dat personen als appellanten niet zonder in rechte houdbare grond ongunstiger worden behandeld dan evenbedoelde anderen vergt derhalve politieke keuzes die niet binnen de bestuurlijke taak van het college vallen. Dit beschikt bij de registratie van kiezers voor vertegenwoordigende lichamen immers niet over enige beoordelingsruimte. Evenzeer gaat het thans de rechtsvormende taak van de rechter te buiten; deze keuzes behoren in beginsel door de wetgever te worden gemaakt’.³²

Het is nu dus vooral de uitkomst die problematisch is. Het is volstrekt duidelijk welk gedeelte van het voorschrift buiten toepassing moet worden gelaten. Daarin heeft de rechter geen moeilijke keuzes te maken. Vanuit een institutioneel perspectief ligt dat echter gevoelig. De verkiezingen hadden namelijk reeds plaatsgevonden en dan rijst de vraag wat Afdeling en B&W Den Haag met dat bestaande kiesrecht moesten. Aan het EP zélf kan de Afdeling als nationale rechter immers niet komen. Elke beslissing op dát punt, afgezien van een mogelijke schadevergoeding, kan vooruit lopen op wat de wetgever gaat doen om de kwestie op te lossen. Het afnemen van een bestaand recht is, op zijn minst psychologisch, andere koek dan de toekenning van een niet bestaand recht. De Afdeling neemt deze impact kennelijk niet graag voor haar rekening.

Ook de Hoge Raad dacht er in het verleden een enkele keer zo over. In 1997 wordt hij geconfronteerd met een lesbisch paar dat graag een, door kunstmatige inseminatie verwekt, kind zou adopteren.³³ Voor adoptie eist artikel 1:227 lid 1 BW op dat moment nog dat sprake is van een huwelijk tussen de adoptiefouders. Het is in 1997 nog niet mogelijk voor paren van gelijk geslacht om te trouwen. Aan deze eis kan het lesbische paar dus niet voldoen. Het stel meent echter dat dit vereiste in strijd is met de artikelen 8, 12 en 14 EVRM. Door de onmogelijkheid het kind te adopteren, wordt het gezinsleven tussen ouders en kind onvoldoende effectief beschermd. Advocaat-Generaal Moltmaker is het daarmee eens. Het buiten toepassing laten van het echtgenoten-vereiste van artikel 1:227 lid 1 BW zou, zo veronderstelt hij, een oplossing kunnen zijn. Als het de enige oplossing zou zijn, zou deze ernstig moeten worden overwogen.³⁴ Dat is echter niet het geval:

‘(...) blijkt evenwel dat er een andere oplossing denkbaar is, d.w.z. volledig gezag van de partner, te zijner tijd nog te completeren met een herziening van het erfrecht. Dit laatste lijkt mij overigens minder dringend, nu de partner de mogelijkheid heeft via een testamentaire voorziening het kind erfgenaam te maken. Vooralsnog heeft de Tweede Kamer met deze oplossing genoegen genomen (...).

3.5 Gelet op deze stand van zaken (...), ben ik van mening, dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan, indien thans het echtpaar-vereiste

32 ABRvS 21 november 2006, AB 2007/80 m.nt. PAS (*Eman & Sevinger*), r.o. 2.3.3.

33 HR 5 september 1997, NJ 1998/686 (*Duo-moeders*).

34 Concl. A-G Moltmaker, ov. 3.2-3.3.

van art. 1:227, eerste lid, BW, wegens strijd met art. 8 en/of 12 en 14 EVRM buiten toepassing zou worden gelaten en aan de adoptie door de eigen moeder en haar vriendin de rechtsgevolgen van art. 1:229 BW zouden worden toegekend'.³⁵

Artikelen 8 en 14 EVRM eisen, met andere woorden, weliswaar dat het gezinsleven tussen de 'anders samenlevende' ouders en het kind wordt beschermd, maar niet wordt aangegeven hóe dit moet gebeuren. Het buiten toepassing laten van de regeling is één optie, maar er zijn meer uitkomsten denkbaar. Die uitkomsten zijn lang niet altijd langs de rechterlijke weg bereikbaar maar daar gaat het kennelijk niet om. Er zijn verschillende verdragsconforme beleids-opties denkbaar. Zou de rechter artikel 1:227 lid 1 BW deels buiten toepassing laten, dan zou dat resulteren in één van die uitkomsten. De rechter zou daarmee *de facto* beleidskeuzes maken en dat is niet zijn taak. Ook de Hoge Raad lijkt het zo te zien, al formuleert hij het schimmiger:

'Ook namelijk indien op grond van een of meer van de genoemde bepalingen zou moeten worden aangenomen dat aan relaties en samenlevingsvormen als die tussen, onderscheidenlijk van verzoeksters en minderjarigen waarop het adoptieverzoek betrekking heeft, een verdergaande juridische erkenning dient te worden gegeven dan het nationale recht thans biedt, geldt dat de wijze waarop hierin moet worden voorzien, rechtspolitieke keuzes vergt die (...) de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan'.³⁶

De conclusie is duidelijk. De rechter laat een voorschrift niet buiten toepassing, als hij daarmee een resultaat bereikt, dat niet het enige verdragsconforme resultaat is.

4.2.2.5 *De schending is het gevolg van een combinatie van verschillende, rechtmatige, regels*

De laatste categorie kan worden beschouwd als een variant op de vorige. Het betreft de situatie dat de schending van een mensenrecht het gevolg is van een combinatie van meerdere regelingen die allemaal als zodanig rechtmatig zijn. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat verschillende regelingen ten aanzien van dezelfde kwestie een beperking inhouden van het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Als zodanig zijn die regelingen een aanvaardbare beperking van het eigendomsrecht, maar gezamenlijk is geen sprake meer van een '*fair balance*'. In dat geval komt de vraag op, welk voorschrift de rechter dan buiten toepassing moet laten. Nu zou men kunnen denken dat

³⁵ *Ibid.*, ov. 3.4-3.5.

³⁶ HR 5 september 1997, NJ 1998/686 (*Duo-moeders*), r.o. 3.2. De HR voegt er aan toe dat rechtsvorming zou leiden tot een reeks vervolgvragen en niet los kan worden gezien van een integrale herziening van het afstammingsrecht als zodanig. Ik kom daarop nog terug bij de bespreking van de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter. Zie §4.3.3.

de rechter in dat geval het voorschrift buiten toepassing laat dat toegepast zou worden als het rechtmatig zou zijn – het voorschrift dus, dat hem ter toetsing is voorgelegd. Maar zo simpel ligt het niet. Een voorbeeld moge dat verduidelijken.

De Gemeentewet laat het aan gemeenten over om een rioolheffing in het leven te roepen. Gaat het om huurwoningen, dan mogen zij deze belasting naar keuze heffen van de huurder of van de verhuurder. Dergelijke heffingen mogen, op grond van de vigerende huurwetgeving, niet in rekening worden gebracht aan de huurder. Buiten de vrije sector is bovendien de huurprijs aan een maximum gebonden. Mits de rioolrechten niet disproportioneel hoog zijn, is het heffen van rioolrechten als zodanig geen schending van artikel 1 EP EVRM, ook niet als die rechten geheven worden van de eigenaar van een verhuurde woning. Evenmin is het onrechtmatig om de huurprijs te maximeren. Het kan echter zijn dat de combinatie van enerzijds het heffen van een belasting, en anderzijds het verbod de daaraan verbonden kosten door te berekenen aan huurders, de exploitatie van de verhuurde woning zodanig onrendabel maakt dat dit spanning oplevert met het eigendomsrecht.³⁷

In 2010 oordeelt de belastingkamer van de Hoge Raad, in een procedure naar aanleiding van een aanslag rioolheffing, dat het Nederlandse stelsel op dit punt door de Straatsburgse beugel kan.³⁸ De Nederlandse regels inzake rioolheffing en huurprijzenbescherming leiden niet tot een buitensporige last. Van een mogelijke schending is dus geen sprake. Rechtbank en Gerechtshof hebben zelfs niet getoetst of sprake is van een buitensporige last. De rechtbank vindt het geen probleem van de belastingrechter, maar een kwestie van huurrecht:

‘De onderhavige zaak betreft geen toepassing door verweerder van huurprijswetgeving, maar door verweerder geheven rioolrechten. Indien er – louter veronderstellenderwijze – van wordt uitgegaan dat de Nederlandse huurprijswetgeving in strijd is met genoemde uitspraak [Hutten-Czapska t. Polen, *JU*] voor zover aan eigenaren berekende rioolrechten niet mogen worden doorberekend aan huurders, volgt daaruit niet dat die rioolrechten niet bij de eigenaren in rekening mogen worden gebracht, zoals eiser betoogt, maar – hooguit – dat zij wel mogen worden doorberekend’.³⁹

Gerechtshof Den Haag sluit zich zonder omhaal van woorden bij deze conclusie aan. In cassatie heeft Advocaat-Generaal IJzerman minder waardering voor

37 Vgl. EHRM (Grote Kamer) 19 juni 2006, *EHRC* 2006/105 m.nt. Adriaansens (*Hutten-Czapska t. Polen*), waarin het Poolse stelsel van huurprijswetgeving een zodanig gevaar opleverde voor het rendement van huurwoningen dat het een schending inhield van artikel 1 EP.

38 HR 29 oktober 2010, *BNB* 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*).

39 De uitspraak van de rechtbank is niet gepubliceerd. De relevante overweging is weergegeven in overw. 2.10 van de conclusie van A-G IJzerman bij het in de vorige voetnoot genoemde arrest.

het oordeel van de rechtbank. Hij wijst er op dat het volgens de gangbare rechtspraak van de Hoge Raad de bedoeling is dat de rechter steeds toetst of sprake is van een schending. Bovendien moet effectief rechtsherstel worden geboden:

‘In dat kader valt niet in te zien waarom aan de door de rechtbank genoemde herstelkans van doorberekening van rioolrecht aan de huurder, op enigerlei wijze exclusiviteit zou moeten toekomen. Bezien vanuit het standpunt van de verhuurder is dat in principe een ‘effective remedy’, maar vernietiging van de opgelegde aanslag is dat voor hem evenzeer. Ik zie geen reden om een belanghebbende verhuurder het recht te ontfangen zijn klacht van schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM in te brengen in een fiscale procedure als hij ook andere procedures zou kunnen instellen, zoals onder meer door indiening van een verzoek bij de burgerlijke rechter tot wijziging van de huurovereenkomst of een verzoek aan de Huurcommissie tot verhoging van de huurprijs’.

Waar rechtbank en gerechtshof dus menen dat dit vooral een zaak is voor de civiele rechter en niet voor hen, meent de Advocaat-Generaal – terecht wat mij betreft – dat de belastingrechter een remedie *kan* bieden en dit dan ook, gesteld dat sprake zou zijn van een schending, moet doen. De Hoge Raad gooit het over een andere boeg. Zoals gezegd komt hij tot het oordeel dat geen sprake is van een schending. Maar hij wil nog wel even kwijt dat:

‘(...) ook indien de regels die het rendement van verhuurde onroerende zaken in Nederland beïnvloeden zouden leiden tot een inbreuk op het Protocol, rechtsherstel daarvoor op verschillende manieren kan worden geboden. Een keuze uit die mogelijkheden vergt een afweging van de belangen van verhuurders, huurders en het algemene belang, waarbij met name ook dient te worden bepaald wie de kosten van het rechtsherstel dient te dragen. Een beslissing hierover vergt politieke keuzes, en behoort in verband daarmee niet tot de rechtsvormende taak van de rechter.

Daarbij komt nog dat het niet onmiddellijk voor de hand ligt om compensatie voor een inbreuk op het Protocol aan verhuurders te verlenen door middel van een inperking van door de overheid aan die verhuurders in rekening te brengen bedragen ter zake van aan hen verleende diensten, zoals het onderhavige rioolrecht’.⁴⁰

De Hoge Raad gaat hier niet zo ver als rechtbank en hof, maar hij is evenmin zo genereus als de A-G. Hij vindt het ‘niet onmiddellijk voor de hand’ liggend, dat de kwestie wordt opgelost door de heffing van het rioolrecht achterwege te laten of te verminderen. Rechtsherstel kan op verschillende wijzen vorm krijgen dus de keuze hoe dan precies, is er niet een voor de rechter.

40 HR 29 oktober 2010, BNB 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*), r.o. 3.4.

Die conclusie is tot op zekere hoogte begrijpelijk. Rioolrechten zijn gemeentelijke heffingen die worden geheven om kosten die gemeenten maken voor het onderhoud van voorzieningen te dekken. Die kosten worden hoe dan ook gemaakt. De huurprijzenwetgeving dient het belang van huurders. Als de belastingrechter de grondslag voor rioolrechtenheffing, op basis van artikel 1 EP EVRM, achterwege laat, dan worden gemeenten geraakt zonder dat zij daar iets aan kunnen doen of er iets voor terugkrijgen. Zoals gezegd is de heffing van rioolrecht als zodanig bovendien rechtmatig. Het ligt dan niet zonder meer voor de hand een dergelijke regeling buiten toepassing te laten. Onmogelijk is dat, gelet op de *contra legem*-rechtspraak van de belastingrechter, echter niet. Ook een rechtmatig voorschrift blijft soms buiten toepassing omdat deze toepassing een beginsel of mensenrechten onaanvaardbaar doorkruist. Aan het buiten toepassing laten van de huurprijzenwetgeving door de civiele rechter zouden bovendien ook haken en ogen zitten. In de eerste plaats komen de financiële gevolgen van de toetsing aan het EVRM dan te liggen bij een derde, de huurder. Die heeft normaal gesproken gerechtvaardigd vertrouwen op de huurprijzenwetgeving. Het ligt dus voor de hand dat ook de civiele rechter in een procedure over de hoogte van huur of servicekosten niet zonder meer overgaat tot het buiten toepassing laten van de huurprijzenwetgeving. Hij zal, net als de belastingrechter, menen dat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Dat leidt ertoe dat de getroffen verhuurder het verlies van zijn lage rendement in het geheel niet kan voorkomen.

Men kan zich afvragen of de Hoge Raad zich hier niet teveel als een constitutionele rechter opstelt, die over de rechtmatigheid van al het nationale recht waakt. De belastingrechter wordt in het hier besproken geval niet gevraagd om een oordeel over de huurwetgeving. Hij wordt gevraagd om de belastingwet buiten toepassing te laten omdat deze er – mede – toe leidt dat in strijd met artikel 1 EP sprake is van rendementsvermindering. Als dat zo zou zijn, kan de belastingrechter daar iets aan doen. Dat er ook nog andere manieren zijn om dat op te lossen (door buiten toepassing laten van de huurwetgeving in een civiel geschil of doordat de wetgever een compensatieregeling in het leven roept) moge zo zijn, maar dat is geen zaak voor de belastingrechter. De benadering van de Advocaat-Generaal lijkt mij daarom de juiste. De Hoge Raad ziet dat evenwel anders.⁴¹

Tot slot nog een andere aantekening bij de zojuist besproken rioolrechtenkwestie. Er zijn in deze zaak twee redenen om af te zien van het buiten toepassing laten van het bestreden voorschrift. In de eerste plaats is dat, zoals gezegd, omdat er meerdere voorschriften zijn die buiten toepassing kunnen worden gelaten, maar er is ook nog een andere reden. De combinatie van het heffen van een rioolrecht enerzijds en het verbod deze heffing door te berekenen aan

41 Vgl. overigens HR 10 juli 2009, BNB 2009/246 m.nt. Zwemmer (*Kosten betekening dwangbevel*), waarin de Hoge Raad wel rechtsbescherming biedt in een zaak waarin de onrechtmatigheid het gevolg was van verschillende belastingregelingen.

de huurder anderzijds levert een verlies aan rendement op dat mogelijkwerijs de *fair balance* onder artikel 1 EP EVRM verstoort. Dat wil echter niet zonder meer zeggen dat er onder artikel 1 EP in het geheel geen rendementsverlies mag optreden. De rioolrechtenheffing noch de huurprijzenwetgeving hoeft op dit punt dus algeheel buiten toepassing te worden gelaten. De rechter kan er ook voor kiezen slechts buiten toepassing te laten *voor zover* een onaanvaardbaar rendementsverlies optreedt. Ook hier is voorstelbaar dat de rechter de vaststelling van wat onaanvaardbaar is liever in eerste instantie aan de politieke organen overlaat. In zoverre past deze zaak dus ook voor een deel in de eerste categorie.

4.2.2.6 Resumerend

Kort samengevat, komt een en ander op het volgende neer.

Ook als het buiten toepassing laten van het bestreden voorschrift een mogelijke en geschikte remedie is voor de klager, wordt daartoe niet steeds overgegaan. In vijf gevallen laat de rechter de standaardremedie van artikel 94 Gw achterwege. Hij doet dat wanneer het algeheel buiten toepassing laten van het voorschrift, of de algehele onverbindendheid ervan, zou leiden tot een disproportionele uitkomst, en gedeeltelijk buiten toepassing laten hem zou nopen rechtspolitieke keuzes te maken bij het vaststellen van de grens tussen rechtmatige en onrechtmatige toepassingen. Ook ziet de rechter er vanaf het voorschrift buiten toepassing te laten wanneer dat tot een nieuwe verdragschending of een aantasting van een rechtsbeginsel zou leiden. Dat geldt eveneens als het buiten toepassing laten van het voorschrift weliswaar leidt tot een situatie die verdragsconform is, maar er ook nog andere verdragsconforme uitkomsten mogelijk zijn. Tot slot is buiten toepassing laten problematisch als de verdragschending gelegen is in een combinatie van meerdere regelingen. De schending kan dan worden verholpen door één van beide regelingen buiten toepassing te laten maar de keuze welke acht de rechter er een die zijn taak te buiten gaat.

4.2.3 Mág van buiten toepassing laten worden afgezien?

Op grond van artikel 94 Grondwet dient de rechter een voorschrift dat in strijd is met een ieder verbindende verdragsbepaling buiten toepassing te laten. In de voorgaande paragrafen zagen we dat hij zich aan dat adagium niet altijd houdt. Soms is het buiten toepassing laten van het voorschrift technisch onmogelijk of baat het de klager niet. Is het buiten toepassing laten wel een mogelijke oplossing waarbij de klager baat heeft, dan wil dat nog niet zeggen dat de rechter er zonder meer toe over kan gaan. De belangen van derden kunnen zich daartegen verzetten. In sommige gevallen schat de rechter in dat buiten toepassing laten zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Die rechtsvor-

mende taak bezie ik in paragraaf 4.3. Alvorens dat te doen, ga ik eerst in op de vraag of de rechter in zulke gevallen, ondanks de bezwaren, toch buiten toepassing *moet* laten. Hij doet het regelmatig niet, zo veel is duidelijk, maar is dit ook juist? Staat artikel 94 Grondwet daaraan, gelet op de dwingende formulering van die bepaling, niet in de weg?⁴²

Ik beantwoord die vraag in twee delen. Eerst ga ik kort in op de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 94 Gw. Vervolgens bespreek ik de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de plicht om buiten toepassing te laten.

4.2.3.1 De totstandkoming van artikel 94 Grondwet

Hoe ‘hard’ is de plicht om een voorschrift dat niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling, buiten toepassing te laten? Die vraag kan men ontleden in twee delen. In de eerste plaats kan men zich afvragen wat de grondwetgever zich precies voorstelde bij de bewoordingen ‘vinden geen toepassing’. Over dat onderwerp verscheen, vlak voor het afsluiten van de tekst voor dit boek, de dissertatie van De Wit.⁴³ In de tweede plaats kan men zich, breder, afvragen wat doel en strekking van artikel 94 Grondwet precies is. Ook die vraag is op twee manieren te benaderen. Hoe begreep men het doel van de bepaling *destijds*, ten tijde dus van de grondwetsherzieningen van 1953, 1956 en 1983? En hoe moeten wij doel en strekking van de bepaling vandaag de dag opvatten?

Laten we maar beginnen bij 1953. Dan wordt voor het eerst expliciet in de Grondwet opgenomen dat voorschriften wier toepassing conflicteert met verdragsbepalingen geen toepassing vinden. Tot dan toe laat de rechter een wettelijk voorschrift wel buiten toepassing wanneer het ouder is dan een, daarmee onverenigbaar, verdrag.⁴⁴ Over de vraag wat te doen met een wettelijk voorschrift dat jonger is dan de verdragsbepaling, laat de Hoge Raad zich niet uit. Hij bedient zich dan, zoals we eerder zagen, van de presumptie dat de wetgever niet geacht moet worden zijn taak in strijd met het verdrag te hebben willen uitoefenen. Resultaat is in zulke gevallen dat de wet conform het verdrag wordt uitgelegd, ook als dat betekent dat de wettelijke regeling *de facto* haar rechtskracht verliest.⁴⁵

Tegen de zin van de regering, die daarvoor de tijd nog niet rijp acht, wordt tijdens de herziening van 1953, in de Tweede Kamer door een achttal leden onder wie naamgever Serrarens, voorgesteld om de voorrang van verdragen grondwettelijk vast te leggen. Aanvankelijk luidt de tekst:

42 Op deze plaats beperk ik me tot een onderzoek naar artikel 94 Grondwet. De vraag of het internationale recht of het Unierecht noopt tot het buiten toepassing laten van het voorschrift, bezie ik in het volgende deel.

43 De Wit 2012.

44 HR 1 juni 1908, W 8721. Zie nader: De Wit 2012, p. 50.

45 Zie hiervoor paragraaf 3.2.1. Tevens: HR 17 december 1934, NJ 1935, p. 5 (*Evenredige vrachtverdeling*).

‘In geval van strijd met binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften hebben de bepalingen van overeenkomsten de voorrang’.⁴⁶

Deze bepaling dient volgens indiener Serrarens twee doelen. Zij legt vast dat het verdrag prevaleert boven nationale wetgeving. Daarnaast stelt ze buiten twijfel dat niet alleen de wetgever het primaat van het internationale recht effectueert, maar ook de rechter.⁴⁷ Het amendement wordt aangenomen, zij het tekstueel in gewijzigde vorm.⁴⁸ De definitieve tekst van het nieuwe artikel 65 Gw luidt:

‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met overeenkomsten, die hetzij vóór, hetzij na de totstandkoming der voorschriften zijn bekend gemaakt overeenkomstig artikel 66’.

Over het hoe en waarom van de tekstwijziging is veel gespeculeerd.⁴⁹ Zoals De Wit terecht concludeert, lijken in elk geval de indieners van het amendement de strekking van het artikel nog als dezelfde te zien: de rechter krijgt de bevoegdheid de voorrang van het internationale recht te effectueren.⁵⁰ Toch wordt regelmatig aangenomen dat met de tekstwijziging beoogd werd abstracte toetsing van wetgeving uit te sluiten.⁵¹ In paragraaf 3.2.2 kwam ik tot de conclusie dat artikel 94 Gw abstracte toetsing noch onverbindendverklaringen uitsluit, maar zich mogelijk wel verzet tegen het aannemen van onsplitbaarheid. De rechter mag, met andere woorden, niet méér van een voorschrift buiten toepassing laten dan het verdragsrecht strikt genomen vereist.

Uit de behandeling in de Eerste Kamer blijkt dat er, in elk geval door sommigen, van wordt uitgegaan dat bij strijd tussen wet en verdrag, die laatste

46 *Kamerstukken II* 1951/1952, 2374, nr. 17.

47 *Handelingen II* 1951/1952, p. 1890.

48 *Handelingen II* 1951/1952, p. 1962.

49 Vgl. o.m. Fleuren 2004, p. 186; De Wit 2004, p. 24-25. Onderzoek naar de betekenis van toenmalig artikel 65 Gw heeft soms wat weg van theologisch onderzoek. Zo baseren de genoemde auteurs zich bij de uitleg van de bepaling op correspondentie tussen het invloedrijke Kamerlid Romme en het departement van Binnenlandse Zaken. Deze brief maakt duidelijk dat wetgevingsjurist Riphagen betrokken is geweest bij het herformuleren van de tekst van het amendement. Een artikel dat Riphagen in 1953 over de nieuwe bepaling schrijft, wordt vervolgens gebombardeerd tot authentiek commentaar. Daar kan in rechtswetenschappelijk opzicht een vraagteken bij gezet worden. De intenties van individuen treden zo op de voorgrond, en worden gelijkgesteld aan die van de grondwetgever. Het lijkt mij beter het er op te houden dat de grondwetsgeschiedenis op dit punt geen duidelijke aanknopingspunten biedt. Het artikel van Riphagen is als zodanig waardevolle literatuur, ongeacht de capaciteit van de auteur.

50 De Wit 2012, p. 29.

51 Vgl. Riphagen 1953, p. 70; Bok 1991, p. 70-71; Fleuren 2004, p. 186-187. Anders: Van Houten 1997, p. 230. Zie ook: Van der Burg 1983.

zelf de toepasselijke norm levert om het geschil op te lossen.⁵² De vraag wat te doen wanneer het verdragsrecht daarover niet duidelijk is, komt niet aan de orde. Dat gebeurt wel enkele jaren later, bij de grondwetsherziening van 1956. De regering neemt dan het standpunt over van de commissie-Kranenburg, die er op wijst dat het onwenselijk is als de rechter wettelijke voorschriften buiten toepassing laat wegens vermeende strijd met verdragsbepalingen die niet geschikt zijn om 'een ieder' te kunnen 'verbinden'.⁵³ Dat zou maar leiden tot een vacuüm dat dan weer door de rechter moet worden gevuld. De eis dat de verdragsbepaling 'een ieder verbindend' zijn moet, doet zijn intrede als preliminaire voorwaarde. Een nieuw artikel 65 verklaart dat verdragsrecht pas verbindt wanneer het is bekendgemaakt en ook naar haar inhoud geschikt is om een ieder te verbinden.

Met die eis bedoelt de grondwetgever de rechter in feite te vrijwaren voor arbitraire keuzes. Een aantal auteurs ziet in de herziening van 1956 daarom een uitzondering op het adagium van artikel 94 (nieuw) Gw, dat conflicterende wettelijke voorschriften steeds buiten toepassing blijven.⁵⁴ Dat standpunt wordt echter niet door iedereen gedeeld.⁵⁵ De tekst van artikel 94 Gw blijft uiteraard een krachtige indicatie dat de rechter onverenigbare wetgeving buiten toepassing laat. Toch valt er wel iets voor te zeggen, om aan te nemen dat de rechter in sommige gevallen van dat adagium wel kan afwijken. Het probleem is dan vooral: wanneer wel, en wanneer niet? Bezie men de huidige praktijk van de Nederlandse rechter, dan valt op dat deze getalsmatig vaker *afziet* van buiten toepassing laten, dan dat hij gevolg geeft aan het adagium van artikel 94 Gw. De uitzondering wordt zo regel. Dat kan de bedoeling niet zijn. De enkele stelling dat het opnemen van de eis van een ieder verbindendheid er op wijst dat de grondwetgever in 1956 niet wilde dat de rechter een stempel op de rechtsvorming zou drukken, is dan ook te grof. Zij kan misschien enkele uitzonderingen op de regel legitimeren maar niet alle.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige artikel 94 Grondwet valt dus niet zo veel af te leiden. Wat er wel uit af te leiden valt is dit. De oorspronkelijke indieners beoogden vooral dat de rechter de bevoegdheid zou krijgen om de voorrang van het internationale recht te effectueren. In de definitieve tekst is dat toegespitst op één specifieke remedie: buiten toepassing laten van strijdige voorschriften. Dat wordt tegenwoordig vaak zo uitgelegd, dat men het destijds niet de bedoeling vond dat de rechter tot onsplitsbaarheid zou concluderen en dus meer van de bepaling buiten toepassing zou laten dan waar het verdragsrecht toe verplichtte. Men ging er vooral vanuit dat het verdragsrecht steeds tot een concrete uitkomst in het voorliggende geschil zou

52 *Kamerstukken I* 1952/1953, 2700, nr. 63, p. 5.

53 *Kamerstukken II* 1955/1956, 4133 (R 19), nr. 4, p. 14 (Commissie-Kranenburg). Standpunt kabinet in: *Kamerstukken II* 1955/1956, 4133 (R 19), nr. 3, p. 5.

54 Woltjer 2002, p. 490-491, en Fleuren 2004, p. 36-367.

55 Zo bijv. Brouwer 1992, p. 278-279. Kummeling 1995, p. 382, en Vlemminx 2002a, p. 212.

leiden. Waar dit niet zo zou zijn zou, veronderstelde men, het verdragsrecht toch wel niet ieder verbindend zijn.

4.2.3.2 De rechtspraak

Alvorens conclusies te verbinden aan de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 94 Grondwet, ga ik kort in op de rechtspraak. Wat vindt de Hoge Raad zelf: moet hij voorschriften die in strijd zijn met verdragsbepalingen steeds buiten toepassing laten?

De Hoge Raad beantwoordt deze vraag in het arrest *Arbeidskostenforfait*.⁵⁶ In de periode voor dat arrest heeft hij een zigzagkoers gevaren. In de tachtiger jaren van de vorige eeuw, wanneer hij de toetsing van wetgeving aan mensenrechten – na een aarzelend begin – heeft ontdekt, laat hij wetgeving geregeld buiten toepassing. Dat verandert in 1984, als hij in het arrest *Optierecht Nederlanderschap* abstineert omdat hij meent toch geen rechtsherstel te kunnen bieden.⁵⁷ Zoals hiervoor bleek, zou het buiten toepassing laten van de WNI de klager ook niet hebben gebaat. In de negentiger jaren komt de Hoge Raad echter geregeld tot dezelfde conclusie, ook als hij strikt genomen wel de mogelijkheid zou hebben om rechtsbescherming te bieden door de wet buiten toepassing te laten.⁵⁸ Veel, zij het niet alle, voorbeelden die in de vorige paragraaf de revue passeerden zijn ontleend aan die periode. Die lijkt in 1999 te worden afgesloten als de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* het volgende opmerkt:

‘Dit middel stelt de Hoge Raad voor de vraag of en zo ja op welke wijze de rechter, gegeven de vaststelling dat de onderhavige wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling leidt, ter zake effectieve rechtsbescherming kan bieden.

In dit geval kan een dergelijke bescherming niet daarin worden gevonden dat de discriminatoire regeling, de tegemoetkoming aan werkenden door verhoging van het arbeidskostenforfait, buiten toepassing wordt gelaten. Die oplossing zou immers belanghebbende niet baten.’⁵⁹

In tegenstelling tot eerdere zaken overweegt de Hoge Raad hier expliciet dat het buiten toepassing laten van de regeling, waarvan hij zojuist heeft vastgesteld dat die in strijd is met de artikelen 14 EVRM en 26 IVBPR, de klager niet

56 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

57 HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230.

58 Een aantal voorbeelden passeerden al de revue. Vgl. o.m. HR 27 september 1989, AB 1990/90 m.nt. FHvdB (*Tandartsvrouw*); HR 27 oktober 1994, NJ 1995/467; HR 24 februari 1995, NJ 1995/468 m.nt. JdB (*Terugwerkende kracht wettiging II*); HR 30 september 1992, NJ 1994/495 m.nt. EAA, BNB 1993/30; HR 5 september 1997, NJ 1998/686 (*Duo-moeders*); HR 15 juli 1998, BNB 1998/293 (*Autokostenforfait*).

59 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB, r.o. 3.13-3.14.

zou baten. Waar dat wél het geval is, zal hij er ook voor kiezen, zo lijkt hij *a contrario* te suggereren. Verschillende commentatoren vatten de overweging zo op.⁶⁰ De vraag of de rechtsvormende taak van de rechter tekort schiet voor het bieden van rechtsbescherming komt in die optiek pas aan de orde als het buiten toepassing laten feitelijk onmogelijk is, in de zin dat het de klager geen uitkomst te bieden heeft.

Logisch dwingend is die conclusie niet. Het enkele feit dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* vaststelt dat buiten toepassing laten in dát geschil geen oplossing is, wil nog niet per definitie zeggen dat hij geen andere uitzonderingen op het gebod van artikel 94 Gw aanvaardt. Toch dient het arrest volgens mij zo uitgelegd te worden. In de eerste plaats is duidelijk dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* een toetsingskader formuleert. Zijn bewoordingen zijn, zo mag men aannemen, zorgvuldig gekozen en niet uitsluitend van toepassing op de voorliggende casus. In de tweede plaats valt het contrast op met eerdere arresten uit de negentiger jaren. In die arresten wijdt hij geen woorden aan de mogelijkheid van buiten toepassing laten. Alleen advocaten-generaal doen dat soms, zoals Mok in *Optierecht Nederlanderschap*.⁶¹ De terughoudendheid van de negentiger jaren lijkt in 1999 daarmee voor een deel te zijn ingeperkt. Uit *Arbeidskostenforfait* leidt ik af dat van het buiten toepassing laten van een strijdig voorschrift uitsluitend mag worden afgezien als dit technisch onmogelijk is of als het de klager niet baat. In alle andere, in de vorige paragraaf geschetste, gevallen moet de rechter in beginsel dus wel buiten toepassing laten.

Houdt de rechtspraak, de Hoge Raad incluis, zich aan deze richtlijn? Niet helemaal. Sommige van de voorbeelden die in paragraaf 4.2.2 aan de orde kwamen, zijn van na 1999, het jaar waarin *Arbeidskostenforfait* wordt gewezen.⁶² Dat is bijvoorbeeld het geval met het arrest over rioolheffingen uit 2010, en met de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak in de zaak *Eman & Sevinger* over het kiesrecht voor het Europees Parlement uit 2006.⁶³ Misschien is de uitleg die ik aan *Arbeidskostenforfait* geef, gelet op latere rechtspraak, toch te rigide? Of lees ik *Arbeidskostenforfait* wel goed, maar is het arrest minder leidend dan wel wordt gedacht?

60 Zo bijv. Martens 2000a, onder 7 (tekst bij voetnoot 62); Bloembergen in zijn annotatie onder NJ 2000/170, onder 3; Hartkamp 2000, p. 31-32 (zonder evenwel het arrest te noemen); Bovend'Eert 2009, p. 146; Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2010, p. 17-18.

61 HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*).

62 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

63 Zij het dat het in die laatste kwestie ging om Unierecht. Zie ABRvS 21 november 2006, AB 2007/80 m.nt. PAS, NJCM-Bulletin 2007, p. 635-645 m.nt. Uzman (*Eman & Sevinger*); HR 29 oktober 2010, BNB 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing*). Onduidelijk is bovendien óf de Afdeling buiten toepassing laat. Zij suggereert het wel, door het besluit tot weigering van registratie te verbieden. Anderzijds is het dan de vraag waarom de Afdeling het nog nodig vindt om elders in de uitspraak de grenzen van de rechtsvormende taak aan te halen. Vastgesteld is inmiddels al dat appellanten recht hadden om aan de verkiezingen deel te nemen. Een rechtspolitieke keuze hoeft de rechter niet meer te maken.

Om maar met die laatste vraag te beginnen. In de meeste literatuur wordt *Arbeidskostenforfait* beschouwd als hét standaardarrest met betrekking tot de gevolgen van rechterlijke toetsing van wetgeving aan het EVRM.⁶⁴ In de rechtspraktijk wordt het arrest, buiten de sfeer van het belastingrecht echter maar zelden expliciet genoemd of geciteerd.⁶⁵ Toch denk ik niet dat daaruit mag worden afgeleid dat de overwegingen van het arrest verder geen betekenis hebben. Anderhalf jaar na *Arbeidskostenforfait*, wijst de Hoge Raad arrest in een civiele zaak over de rechtmatigheid van de Landsverordening toelating en uitzetting (LTU) van de Nederlandse Antillen.⁶⁶ In die zaak heeft het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba de LTU op een bepaald punt discriminatoir geacht en voor recht verklaard dat zij 'niet van toepassing is' op 'personen die de Nederlandse nationaliteit hebben verkregen door naturalisatie terwijl zij woonachtig waren in de Nederlandse Antillen'.⁶⁷ Het land Nederlandse Antillen komt daartegen in cassatie met de klacht dat het Hof de grenzen van zijn rechtsvormende taak heeft overschreden. Advocaat-Generaal Mok is het daarmee niet eens. Na uitgebreid de overwegingen van het arrest *Arbeidskostenforfait* te hebben geciteerd, komt hij tot de volgende conclusie:

'De Hoge Raad heeft overwogen dat de rechter, indien een effectieve rechtsbescherming niet daarin kan worden gevonden dat de discriminatoire regeling buiten toepassing wordt gelaten, effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien. Hij hoeft dit dus niet altijd over te laten aan de wetgever. (...) In feite heeft het Hof niet meer gedaan dan het, in bepaalde gevallen, buiten toepassing laten van een discriminatoire regeling. Aan een belangenafweging komt men niet eens toe. (...) Hoewel de uitspraak van het Hof weliswaar in verschillende opzichten (aard van de beslissing en inhoud daarvan) ingrijpend is, is de slotsom [dat] het Hof, mede in het licht van het (latere) arrest van de Hoge Raad van 12 mei 1999 (zie noot 16) de grenzen van zijn rechtsvormende taak wel dicht is genaderd, maar niet heeft overschreden'.⁶⁸

64 Vgl. o.m. Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 824; Kortmann 2008, p. 187; Martens 2000a, nr. 7; Happé & Gribnau 2007, p. 456; Bovend'Eert 2009, p. 146.; Uzman & Stolker 2009, p. 482-485; Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2010, § 4.3.5; Van der Schyff 2010, nr. 315.

65 Uitzonderingen zijn: HR 9 april 2010, *JB* 2010/115 m.nt. Schutgens & Sillen (*SGP-arrest*), concl. A-G, ov. 6.20; HR 24 november 2000, *NJ* 2001/376 m.nt. PJB (*Matos/Nederlandse Antillen*), concl. A-G Mok, ov. 2.2.5 (NB: A-G Mok heeft bij het arrest twee conclusies genomen. Ik doel hier op de conclusie met nr. R99/40HR); GHvJNAA 16 juli 2009, *LJN* BJ6235, r.o. 3.10; GHvJNAA 16 juli 2009, *LJN* BJ 6210, r.o. 3.7.

66 HR 24 november 2000, *NJ* 2001/376 m.nt. PJB (*Matos/Nederlandse Antillen*).

67 Vgl. r.o. 1 van het arrest van de HR (zie vorige voetnoot).

68 HR 24 november 2000, *NJ* 2001/376 m.nt. PJB (*Matos/Nederlandse Antillen*), concl. (R99/40HR), ov. 2.2.2-2.2.5).

De Hoge Raad doet de kwestie van het rechtsherstel zelf kort en bondig af. In wezen volgt hij de Advocaat-Generaal:

‘De aangevallen overwegingen en het dictum van het Hof moeten aldus worden verstaan dat het Hof de vordering van Matos c.s. voor zover deze is ingesteld door degenen die door het Hof in zijn overwegingen en dictum zijn aangeduid, heeft toegewezen in die zin dat het ten aanzien van hen de bepalingen van de LTU die naar het oordeel van het Hof verdragsrechtelijk verboden discriminatie opleveren, buiten toepassing heeft gelaten. Aldus oordelend is het Hof binnen de grenzen van zijn rechterlijke taak gebleven en heeft het Hof voorzien in de gevraagde effectieve rechtsbescherming overeenkomstig de, ook voor het Land klaarblijkelijk duidelijke, strekking van de vordering. Het onderdeel kan daarom niet tot cassatie leiden’.⁶⁹

Ik leid uit het arrest af dat de Hoge Raad ook buiten het belastingrecht betekenis toekent aan het toetsingsmodel zoals hij dat formuleerde in *Arbeidskostenforfait*. Ik lees er tevens een bevestiging in dat het uitgangspunt van de Hoge Raad blijft, dat waar de klager baat heeft bij het buiten toepassing laten van de regeling, de rechter daarvan in beginsel niet af mag zien.⁷⁰ Die houding wordt ingegeven door het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Constitutionele overwegingen kunnen dus niet steeds reden zijn om maar van de plicht tot buiten toepassing laten af te zien.

Hoe dit uitgangspunt te rijmen met het oordeel, in 2010, dat buiten toepassing laten van (lagere) belastingwetgeving met betrekking tot rioolrechten niet voor de hand ligt en de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat, als deze regelgeving in strijd zou zijn met artikel 1 EP EVRM?⁷¹

Dat kan op twee manieren.

Laat ik op de makkelijke manier beginnen. Het arrest over de rioolrechten zou heel wel kunnen worden beschouwd als de uitzondering die de regel bevestigt. De Hoge Raad heeft duidelijk weinig zin in deze zaak. Hij meent dat geen sprake is van verdragsschending. De wetgever blijft binnen zijn beoordelingsmarge. Zelfs *als* al geconcludeerd zou moeten worden dat de *fair balance* verstoord is, dan nog is het niet aan de belastingrechter om daar iets aan te doen. Daarbij speelt, zoals ik eerder suggereerde, ongetwijfeld ook mee dat het buiten toepassing laten van de rioolrechtenregelgeving vooral gemeenten financiële schade toebrengt, terwijl vooral de huurders van de – met het EVRM strijdige – combinatie van rioolrechten- en huurwetgeving beter worden.

⁶⁹ Zie r.o. 5.3.

⁷⁰ Een twijfelachtig voorbeeld is overigens HR 10 augustus 2001, *BNB* 2001/400 m.nt. Zwemmer (*Recht van overgang*), waarin de HR buiten toepassing liet nadat hij had overwogen dat andere beleidsopties uitgesloten moesten worden geacht. Onduidelijk is, hoeveel gewicht de HR hier toekent aan zijn uitleg van de vermoedelijke wil van de wetgever.

⁷¹ HR 29 oktober 2010, *BNB* 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*).

De klager heeft dus een rechtsmiddel – bij de civiele rechter – dat voor gemeenten minder gevoelig ligt.⁷² Bij die stand van zaken is het de vraag of uit het arrest meer algemene conclusies kunnen worden getrokken.

Een principiële antwoord is echter ook denkbaar. Zoals gezegd lijkt de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* en in *Matos/Nederlandse Antillen* vooral naar het beginsel van effectieve rechtsbescherming te verwijzen als hij de plicht tot buiten toepassing laten benadrukt. De plicht die artikel 94 Gw de rechter oplegt, kan dus worden opgevat als instrumenteel bij het verwezenlijken van de meer omvattende plicht van de rechter om effectieve rechtsbescherming te verlenen. Die plicht is evenwel niet absoluut. Zoals gezegd is het in de eerste plaats al niet zo dat het de klager altijd baat om het voorschrift buiten toepassing te laten. Zijn er ook nog andere uitzonderingen denkbaar? Ik keer nu weer terug bij de bespreking van de totstandkoming van artikel 94 Gw. Die laat, meen ik, ruimte voor het aannemen van uitzonderingen mits het uitgangspunt overeind blijft dat de rechter rechtsbescherming verleent bij strijd tussen wet en verdrag. Hoe, dat bespreek ik nu.

4.2.3.3 *Synthese: pleidooi voor een gedifferentieerde benadering*

Uit de totstandkomingsgeschiedenis bleek dat de indieners van het voorstel dat uiteindelijk leidde tot het huidige artikel 94 Gw, beoogden de rechter de bevoegdheid te geven het verdragsrecht daadwerkelijk te effectueren. Zij kregen de beide Kamers daarin mee, zij het pas nadat de tekst tot zijn huidige redactie was omgebogen. Duidelijk is dat in elk geval de indieners zelf niet het idee hadden dat daarmee de essentie van de bepaling was aangetast. Ik meen daarom dat artikel 94 twee, elkaar niet uitsluitende, functies kan worden toegedicht. In de eerste plaats komt het artikel een letterlijke betekenis toe: het draagt rechter (en bestuur) op om wettelijke voorschriften te toetsen aan verdragsrecht en, zo nodig, buiten toepassing te laten. In de tweede plaats heeft artikel 94 Gw een institutionele betekenis. Waar artikel 120 Gw het primaat van de wetgever stipuleert, iets dat soms reflexwerking heeft buiten het strikte toepassingsgebied van artikel 120 zelf, stipuleert artikel 94 Gw het primaat van het internationale recht.⁷³ *What's more*: het geeft de rechter de vingerwijzing dat hij daar wat mee moet: diegenen die zich op dat internationale recht beroepen, rechtsbescherming bieden.

Artikel 94 Gw moet, zo bepleit ik dus, worden uitgelegd in het licht – als onderdeel – van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat impliceert

72 Het is overigens denkbaar dat in een civiel geschil over de huurprijs, opnieuw niet wordt overgegaan tot buiten toepassing laten, nu omdat de gerechtvaardigde verwachtingen van de huurder zich daartegen verzetten, of omdat de civiele rechter op zijn beurt meent dat er meerdere opties tot rechtsherstel mogelijk zijn. De verhuurder maakt in een dergelijk geval denk ik echter wel aanspraak op schadevergoeding. Op die mogelijkheid kom ik terug in §5.3.2.

73 Over de institutionele rol van art. 120 Gw, zie Koopmans 1986, p. 12; Martens 2000a, nr. 9.

twee dingen. In de eerste plaats dat de rechter, waar buiten toepassing laten niet mogelijk is, op een andere wijze rechtsbescherming biedt. Dat doet de rechter, getuige *Arbeidskostenforfait*, en ik kom daar hierna op terug. Het impliceert, in de tweede plaats, óók dat uitzonderingen mogelijk zijn op het adagium dat voorschriften steeds buiten toepassing worden gelaten als zij in strijd zijn met ieder verbindende verdragsbepalingen, maar die uitzonderingen mogen niet de regel worden. Dat betekent dus dat de vraag of de rechter een voorschrift in een concreet geval buiten toepassing moet laten, gedifferentieerd benaderd moet worden. Niet elk afwijken van artikel 94 Gw is gerechtvaardigd, zoals het opvolgen van het gebod evenmin steeds de te volgen weg is. Ik loop de verschillende gevalstypen waarin de rechter er, in het verleden, vanaf zag om het voorschrift buiten toepassing te laten, kort na.

1 Buiten toepassing laten van het voorschrift baat de klager niet

Waar het buiten toepassing laten van het voorschrift de klager in kwestie niet baat, verzet artikel 94 zich er, vanzelfsprekend, niet tegen dat de rechter daarvan afziet. Hij zal dan wel moeten onderzoeken of hij op een andere wijze effectieve rechtsbescherming kan verlenen.⁷⁴ Op de vraag hoe, en in welke gevallen, hij dat dient te doen, kom ik in de volgende paragraaf terug.

2 Buiten toepassing laten van het voorschrift maakt inbreuk op de rechten van derden

In de vorige paragraaf werden verschillende gevallen geschetst waarin het buiten toepassing laten van een met verdragsrecht strijdige bepaling, problematisch zou zijn in het licht van de rechten van derden. Het opheffen van de ene discriminatie zou bijvoorbeeld een andere discriminatie tot gevolg hebben, of het effectueren van een EVRM-recht zou de rechtszekerheid van derden bedreigen.⁷⁵ In zulke gevallen lijkt het mij zonder meer verdedigbaar om een uitzondering aan te nemen op het gebod van artikel 94 Gw. Op zijn minst moet een afweging mogelijk zijn tussen het belang van de klager bij handhaving van zijn verdragsrecht en de belangen van derden. Het kan niet de bedoeling zijn dat het effectueren van het ene verdragsrecht leidt tot de schending van een ander – of hetzelfde – verdragsrecht. Waar ook de mensenrechtenverdragen de werking van fundamentele rechtsbeginselen veronderstellen, kan evenmin worden aangenomen dat zij dwingen tot een schending van die beginselen.⁷⁶ Wel ligt het in die gevallen voor de hand om een aanspraak op schadevergoeding te erkennen. De mogelijkheid daartoe onderzoek ik in hoofdstuk 5.

⁷⁴ HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

⁷⁵ Vgl. resp. HR 15 juli 1998, BNB 1998/293 (*Autokostenforfait*), resp. HR 18 januari 1980, NJ 1980/463 m.nt. WHH (*Voogdij Post-Marckx*).

⁷⁶ Voor het EVRM maakte het EHRM dit onder meer uit in: EHRM 13 juni 1979, NJ 1980/462 m.nt. EAA (*Marckx t. België*).

3. *De onrechtmatigheid is het gevolg van een combinatie van verschillende voorschriften*

In een zaak zoals het *Rioolrechten*-arrest van 2010, die in de vorige paragraaf werd geschetst, ligt het genuanceerder. Het enkele feit dat een schending in verschillende, als zodanig rechtmatige, voorschriften is gelegen betekent nog niet dat de rechter er dáárom maar vanaf moet zien om één van die voorschriften buiten toepassing te laten, als het buiten toepassing laten van elk van die voorschriften een mogelijke remedie zou zijn. Er is dan weliswaar een keuze mogelijk, maar die valt wat mij betreft nog binnen de rechtsvormende taak van de rechter. Nederlandse rechters zijn, zoals eerder opgemerkt, geen constitutionele rechters. Zij hebben niet te beslissen op welke wijze een verdragschending het best of het mooist kan worden opgelost, maar rechtsbescherming te verlenen in de zaak die hem is voorgelegd. Wat wel kan, is dat de rechter in een bepaalde kwestie meent dat de kwestie evident beter in een andere kolom kan worden opgelost. Dat betekent dat de belastingrechter van mening kan zijn dat rechtsherstel via de civiele rechter aangewezen is. Meent de Hoge Raad in het *Rioolrechten*-arrest bijvoorbeeld dat hij gemeenten op onaanvaardbare kosten jaagt als hij aanslagen rioolrechten gaat vernietigen wegens strijd met artikel 1 EP EVRM, dan laat artikel 94 Gw toe dat hij onderzoekt of die kwestie bij de civiele rechter meer op zijn plaats is. Anders dan hij nu deed, verwijst hij de kwestie dan niet naar de wetgever, maar naar een andere kolom. Of de civiele rechter vervolgens aan deze 'doorverwijzing' is gebonden is een andere vraag. Ik zou menen dat hij de kwestie vervolgens niet weer terug moet kunnen verwijzen. De klager staat immers geen effectieve rechtsbescherming bij de belastingrechter ten dienste.

4. *Buiten toepassing laten leidt tot één van verschillende verdragsconforme uitkomsten*

De situatie dat het buiten toepassing laten leidt tot een, voor de klager aanvaardbare, uitkomst die evenwel niet de enige mogelijke verdragsconforme uitkomst is, levert problemen op. Het is duidelijk dat de rechter, door gebruik te maken van zijn bevoegdheid ex artikel 94 Gw, de wetgever politiek voor de voeten kan lopen. Toch denk ik dat met name deze grond tot abstineren met de 'nieuwe' lijn van het arrest *Arbeidskostenforfait* in beginsel is afgezworen. Waar het buiten toepassing laten een vrij voor de hand liggende remedie is, dient de rechter daarvoor in beginsel te kiezen. Dat de wetgever ook voor alternatieve beleidsopties kan kiezen, doet daar niet aan af. Als hij dat belangrijk vindt, kan hij met wijzigingswetgeving komen. Het is immers zeker niet zo dat, zoals weleens wordt gesteld, de rechterlijke uitspraak – wanneer een verdrag aan de orde is – steeds 'in steen is gebeiteld'.⁷⁷ Waar de rechter constateert dat er diverse verdragsconforme uitkomsten mogelijk zijn, heeft

77 Zo bijv. Koopmans, in Wiarda/Koopmans 1999, p. 132.

de wetgever – in elk geval in juridische zin – ook de ruimte om voor een andere verdragsconforme uitkomst te kiezen. Wel kan de rechter de wetgever voor een politiek *fait accompli* zetten. Hij kan, door de wet buiten toepassing te laten, verwachtingen scheppen bij een grote groep burgers waardoor het voor de wetgever lastig wordt om de kwestie zonder al te grote maatschappelijke en politieke onrust een draai te geven. In zoverre is het denkbaar dat de rechter onderzoekt of hij de wetgever voor de voeten loopt bij het buiten toepassing laten van de regels. Is dat evident het geval, dan moet hij zich misschien inderdaad maar een beetje aan de *raison d'État* overleveren.⁷⁸ Er zijn grenzen. Zolang maar duidelijk is dat zijn afkeer aan politiek te doen, in dat geval een politieke beslissing is.

5. *Buiten toepassing laten leidt tot een disproportionele uitkomst of tot rechtspolitieke keuzes*

Tot slot de situatie dat het verdragsrecht geen duidelijke uitkomst voorschrijft. Gedeeltelijk buiten toepassing laten noopt de rechter dan tot rechtspolitieke keuzes. Hij heeft in dat geval twee opties. Hij kan het voorschrift in sommige gevallen algeheel buiten toepassing laten. Als de klager daarbij gebaat is, heeft deze in elk geval een remedie gekregen. Hij kan de kwestie ook aan de wetgever overlaten, al dan niet tijdelijk bij wijze van *terme de grâce*. Wat te doen vanuit het perspectief van art. 94 Gw? De totstandkomingsgeschiedenis van artikel 94 leverde hier drie gezichtspunten op. De bepaling was bedoeld als signaal aan de rechter dat hij het verdragsrecht te effectueren heeft. Een uitleg van artikel 94 in het licht van zijn functie pleit er dus voor om in elk geval *iets* te doen. De uiteindelijk vastgestelde tekst was dan weer bedoeld als een gebod om niet méér van de wet buiten toepassing te laten dan het verdragsrecht strikt genomen vereiste. Dat pleit tegen algeheel buiten toepassing laten. Er lijkt maar één oplossing mogelijk: alsnog overgaan tot gedeeltelijk buiten toepassing laten, en daarmee rechtsvorming. Als klap op de vuurpijl lijkt het opnemen van de eis van een ieder verbindendheid in 1956 er dan weer op te wijzen dat de rechter uit de rechtspolitieke arena moet worden gehouden. Het is duidelijk: één van deze gezichtspunten dient het onderspit te delven. Welke, dat laat zich niet in abstracto zeggen. De rechter zal per geval moeten bezien of zijn constitutionele rol een bepaalde remedie kan 'dragen'. Dat betekent dus een belangenafweging, en wel een die bepaalt of – en op welke manier – de rechter 'rechtsvormend' te werk gaat. Artikel 94 Gw verzet zich er dus niet tegen dat hij van het buiten toepassing laten van het voorschrift in een dergelijk geval afziet, maar de bepaling kan evenmin zo geconstrueerd worden dat in zulke gevallen steeds van buiten toepassing laten kan worden afgezien. Op de vraag hoe de afweging er uit moet zien ga ik in de volgende paragraaf in.

78 Vgl. Kortmann 2009.

4.2.4 Resumerend

Artikel 94 Grondwet gebiedt rechter en bestuur, zo op het eerste gezicht, dwingend een norm die zich niet verdraagt met het buiten toepassing laten van een ieder verbindende verdragsbepaling. De rechtspraktijk laat een ander beeld zien. Hoewel de Hoge Raad noch de hoogste bestuursrechters expliciet een uitzondering op het gebod aanvaarden, voelen zij zich regelmatig gedwongen ervan af te zien de norm buiten toepassing te laten.

In de eerste plaats is daarvan sprake als dat laatste degene die zich beroept op de onverenigbaarheid van de norm met verdragsrecht, niet zou baten. Het is bijna overbodig om dat op te merken, maar voor de volledigheid doe ik het toch maar: artikel 94 Gw verzet zich er niet tegen dat de rechter in dat geval van buiten toepassing laten afziet. Interessanter zijn de gevallen waarin de rechter weigert een bepaling buiten toepassing te laten terwijl dat technisch mogelijk is en de klager daarbij ook baat zou hebben. Ik identificeerde een aantal van zulke gevallen. Ruw gezegd komt het er op neer dat de rechter in het verleden niet buiten toepassing liet als hij daarmee de legitieme belangen van derden zou schaden, als dat zou leiden tot één van verschillende verdragsconforme uitkomsten en als algeheel buiten toepassing laten van de regeling disproportioneel zou zijn terwijl gedeeltelijk buiten toepassing laten hem zou nopen tot het maken van rechtspolitieke keuzes. In die gevallen is minder duidelijk of het de rechter is toegestaan af te zien van het bieden van een remedie. De vraag is wat hier als positief recht te gelden heeft.

De geldende rechtspraak van de Hoge Raad suggereert dat hij in beginsel niet afziet van het buiten toepassing laten van het voorschrift als dat een mogelijke oplossing van het geschil is. Ik heb betoogd dat de praktijk er ingewikkelder uitziet. Daarom bepleit ik een gedifferentieerde benadering.

Artikel 94 Gw vat ik op als een bepaling die de rechter opdraagt het verdragsrecht bij normcollisies te effectueren. Hoewel uitzonderingen op de plicht tot buiten toepassing laten mogelijk zijn, mag dat er niet toe leiden dat het effectueren van het verdragsrecht als zodanig in gevaar komt. Het uitgangspunt blijft dus dat de toepassing van voorschriften die met verdragsrecht onverenigbaar zijn, achterwege blijft. Waar dat de klager baat, is voor een uitzondering alleen plaats als dit schade toe zou brengen aan de belangen van derden. Buiten die gevallen is in beginsel geen ruimte voor een uitzondering. Alleen wanneer voor het gedeeltelijk buiten toepassing laten van het voorschrift geen duidelijke aanknopingspunten voorhanden zijn, en algeheel buiten toepassing laten een disproportionele uitkomst zou betekenen, is ruimte voor een belangenafweging. De rechter dient dan te bezien of zijn rechtsvormende rol ruimte laat om alsnog in de gevraagde rechtsbescherming te voorzien. Op die rechtsvormende rol ga ik nu in.

4.3 MOET DE RECHTER DAN GAAN 'RECHTSVORMEN'?

We hebben gezien dat de rechter bij strijd tussen een wettelijk voorschrift en een verdragsbepaling niet altijd een remedie kan bieden door het voorschrift buiten toepassing te laten. Volgens de Hoge Raad, in het arrest *Arbeidskostenforfait*, rijst dan de vraag of de rechter 'effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien dan wel of hij zulks vooralsnog aan de wetgever dient over te laten'.⁷⁹ Deze vraag zet de rechter sinds 1984 in de sleutel van zijn 'rechtsvormende taak'.⁸⁰ Als het bieden van rechtsherstel nog binnen de grenzen van die rechtsvormende taak ligt, dan gaat hij daartoe over. Zou hij die grenzen overschrijden, dan heeft de klager pech en schuift hij de kwestie door naar de wetgever.⁸¹

In deze paragraaf ga ik in op die 'rechtsvormende taak' van de rechter. Wat wordt daaronder verstaan? Hééft de Nederlandse rechter eigenlijk wel zo'n taak? Zo ja, wat is daarvoor dan de grondslag? En wat moet precies worden verstaan onder 'op een andere wijze' in het rechtstekort voorzien? Ik ga eerst in op de terminologische discussie, wat onder rechtsvorming moet worden verstaan, en bezie vervolgens of de rechter op dat terrein en rol te spelen heeft. Een voorproefje: ik bepleit dat dit zo is, zij het dat die rol beperkt is en dat beter van een *rol* in plaats van een *taak* kan worden gesproken. Vervolgens schets ik hoe de Nederlandse rechter aan die rol invulling geeft bij de toetsing van wetgeving aan mensenrechten. In het kader van 'verwachtingsmanagement': ik bespreek niet in algemene zin de wijze waarop rechters hun rechtsvormende rol inkleuren, maar beperk mij tot de toetsing aan Europees en internationaal recht.

4.3.1 Terminologie: rechterlijke rechtsvorming, waar hebben we het over?

Als de rechter een wettelijk voorschrift, om welke reden dan ook, niet buiten toepassing kan laten, dan beziet hij of hij op een andere wijze rechtsbescherming kan bieden. Wat houdt die 'andere wijze' in? Volgens sommige handboeken betekent dit dat de rechter 'recht vormt'. De rechterlijke activiteit bij de toetsing van wetgeving aan verdragsrecht wordt dan voorgesteld als een drietrapsraket. De rechter beziet eerst of hij het wettelijk voorschrift verdragsconform kan uitleggen. Lukt dat niet, dan laat hij het voorschrift buiten toepassing. Lukt dat ook niet, of resulteert dit buiten toepassing laten louter in een

79 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*), r.o. 3.14.

80 HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*), r.o. 5.

81 Dat hoeft overigens niet steeds pech te betekenen. Het is niet uitgesloten dat de wetgever hem genereuzer behandelt dan de rechter het zou kunnen doen.

leemte, dan ‘vormt’ de rechter ‘recht’. Meent hij dat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, dan laat hij de kwestie aan de wetgever over.⁸²

Als pedagogisch ingestoken samenvatting lijkt mij een dergelijk overzicht prima. Bewust of onbewust, wordt echter gesuggereerd dat de rechter aan ‘zelfstandige’ rechtsvorming doet, los dus, van het buiten toepassing laten of de (conforme) interpretatie van de wettelijke regeling. Een aantal auteurs maakt daartegen bezwaar. De rechter komt geen rechtsvormende taak toe. Daar heeft hij de bevoegdheid nooit voor gekregen.⁸³ Als de rechter zegt dat iets zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, dan suggereert hij volgens deze auteurs ten onrechte dat hij de bevoegdheid tot zelfstandige rechtsvorming heeft. Deze opvatting is vervolgens weer bekritiseerd door diegenen die er op wijzen dat rechterlijke rechtsvorming noodzaak is, en dat de gedachte van het legisme, namelijk dat de rechter strikt gebonden is aan de wet, reeds lang verlaten is.⁸⁴

Waar gaat dit over?

De discussie lijkt in de eerste plaats een terminologische.⁸⁵ Degenen die zich recent kritisch uitlieten over de rechtspraak waarin de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechtsheren melding maken van hun rechtsvormende taak, lijken niet te plaatsen in de traditie van het legisme. Zo merkt Kortmann op:

‘Ik beweer(de) nergens dat de rechter niet aan (ruime) interpretatie mag doen. Nergens stel(de) ik dat de rechter niet aan ontwikkeling van het recht mag doen’.⁸⁶

Hij sluit ook niet uit dat soms voorbij wordt gegaan aan de bedoelingen van de wetgever. Dat blijkt bijvoorbeeld uit zijn annotatie bij de zaak *Eman & Sevinger* (*‘Arubaans kiesrecht’*), waarin de Afdeling meent dat het bieden van rechtsherstel in geval van een discriminatoire regeling inzake het kiesrecht voor het Europees Parlement, haar rechtsvormende taak te buiten gaat. Kortmann ziet het zo:

‘Ik ben overigens geneigd hier niet van rechtsvorming te spreken, maar van meer of minder ruime toepassing van het gelijkheidsbeginsel. (...) In het onderhavige geval zou [de rechter, JU] naar mijn oordeel zonder veel problemen hebben kunnen besluiten tot gelijkstelling van ‘Antilliaanse en Arubaanse Nederlanders’ met ‘andere buiten Nederland wonende Nederlanders’.⁸⁷

82 Vgl. Besselink 2007a, p. 73. Ook Martens 2000a, nr. 6, en Bellekom e.a. 2007, p. 332 lijken het, zij het impliciet, zo te zien.

83 Kortmann 2005; Schutte 2009. Genuanceerder: Bovend'Eert 2009.

84 Vgl. o.m. Hammerstein 2009, Kop 2011, en Voermans 2011, p. 60. Die opvatting heeft inmiddels stevige wortels: Zie o.a. Wiarda 1972/1999, p. 130-133; Vranken 2005, p. 9-11.

85 Dat merkte eerder ook Hogeraadpresident Corstens op. Zie: C. Lindo, ‘Tussen ideaal en nuchterheid – Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens’, *NJB* 2009, p. 1074. Tevens: Kop 2011, p. 1041.

86 Kortmann 2009, p. 765.

87 Kortmann 2007, p. 459.

Het buiten toepassing laten of verdragsconform interpreteren hoeft volgens Kortmann dus geen rechtsvorming te zijn. Nu zal het hem niet zijn ontgaan dat het buiten toepassing laten of conform uitleggen van de Kieswet (dan wel rechtstreeks toepassen van het gelijkheidsbeginsel), keuzes voor de rechter met zich brengt. Dat de rechter dan een keuze maakt, brengt voor Kortmann kennelijk nog niet met zich dat van rechtsvorming moet worden gesproken, laat staan van rechtsvorming die de rechterlijke functie overstijgt.

Andere auteurs die zich, in het kielzog van Kortmann kritisch uitlieten over de rechtsvormende taak van de rechter zijn evenmin zonder meer te kwalificeren als verstokte legisten of wars van het bieden van rechtsbescherming. Zo merkt Schutte op:

‘(...) dat als ik mij kritisch uitlaat over rechtsvorming door de rechter, ik daaronder niet versta het invullen van open wettelijke normen door de rechter. (...) Wanneer een rechter in een procedure tot de slotsom komt dat een al dan niet wettelijk voorschrift in strijd is met hoger recht respectievelijk volkenrecht en het enkele buiten toepassing laten van dat wettelijke voorschrift niet verenigbaar is met een geldend voorschrift dat de rechtzoekende een effectieve rechtsgang of een effectief rechtsmiddel toekomt, dan is er mijns inziens geen sprake van het uitoefenen van een ‘rechtsvormende taak’ als de rechter concrete maatregelen oplegt die de rechten van de rechtzoekende veilig stellen (mits deze uiteraard correct zijn verzocht of gevorderd). De vaste jurisprudentie van de Hoge Raad waarin wordt aangenomen dat de rechter in dergelijke gevallen met zijn ‘rechtsvormende taak’ van doen heeft, acht ik een dwaalleer. De rechter biedt in die gevallen rechtsbescherming en móet die rechtsbescherming ook bieden, omdat anders de rechtzoekende die het recht aan zijn zijde heeft alsnog met lege handen staat. Rechtsbescherming door rechtstoepassing is per slot de hoogste taak van de rechter, ook en bij uitstek van de Hoge Raad, en dat zou mijns inziens zo moeten blijven’.⁸⁸

Voor auteurs als Kortmann en Schutte is dus het bieden van rechtsbescherming als zodanig geen punt, ook niet als daarvoor het wettelijk stelsel innovatief moet worden uitgelegd. Zij noemen dat alleen geen rechtsvorming, maar toepassing, interpretatie, rechtsvinding of rechtsontwikkeling.⁸⁹

Wat moet dan wél onder ‘rechtsvorming’ worden verstaan?

Het duidelijkste antwoord op die vraag geeft Bovend'Eert wanneer hij zich zet aan een ‘welhaast authentieke interpretatie’ van wat Kortmann bedoelde.⁹⁰ Volgens Bovend'Eert gaat het mis als niet langer sprake is ‘van een verdere ontwikkeling en uitleg van bestaand (geschreven) recht, maar (van) de vorming

⁸⁸ Schutte 2009, p. 677.

⁸⁹ In deze zin ook: Bovend'Eert 2009, p. 146-147.

⁹⁰ Vgl. Kortmann 2009, p. 766.

van geheel nieuw recht *zonder enige geschreven wettelijke grondslag*.⁹¹ Waar Kortmann, Schutte en Bovend'Eert zich dus tegen keren is niet zozeer rechtsvorming bestaande uit innoverende of creatieve interpretatie, maar rechtsschepping die niets meer met interpretatie te maken heeft. De rechter baseert, anders gezegd, zijn nieuwe rechtsregel in het geheel niet op het geschreven recht.

Ik sluit mij bij hun afwijzing van zulke rechtsvorming aan. In de juristerij zijn er, schat ik zo in, maar weinigen die dat niet zullen doen.⁹² De rechter moge volgens velen dan een rechtsvormende taak hebben, *lui-même sa règle* is hij niet.⁹³ Wordt over rechterlijke rechtsvorming gesproken, dan wordt vaak bedoeld dat de rechter – of hij nu open of betrekkelijk duidelijke normen interpreteert – iets 'nieuws' toevoegt aan het bestaande recht of de betekenis ervan in meer of mindere mate verandert.⁹⁴ Groenewegen meent:

'dat interpretatie tot rechtsvorming leidt, als de beslissing niet volledig bepaald wordt door het geldende recht. Een beslissing is niet door het geldende recht bepaald als de betekenis van een regelformulering, ook na interpretatie, niet eenduidig vast te stellen is'.⁹⁵

91 Bovend'Eert 2009, p. 146 (de cursivering is van mij). Schutte lijkt daarvan eveneens uit te gaan, waar hij zich keert tegen: 'de idee dat aan de rechter een algemene regelgevende bevoegdheid toekomt, ook in die gevallen waarin daarvoor geen wettelijke grondslag is aan te wijzen (...)'. Schutte 2009, p. 677.

92 Mogelijke uitzonderingen zijn Barendrecht 1992, p. 243-266, en Vranken 2005, p. 9-11; 85.

93 Vgl. Wiarda 1972/1999, p. 30, 40-41; 83. Ook de rapporten van, respectievelijk, de Commissie-Hammerstein (Hoge Raad) en de onderzoekers De Poorter en Van Roosmalen (Raad van State) lijken daarvan trouwens niet uit te gaan. Vgl. Commissie 'Normstellende rol Hoge Raad' ('Commissie-Hammerstein'), *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008 (internetpublicatie), p. 9 e.v.; De Poorter & Van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming*, Den Haag: Raad van State 2009, p. 18. President Corstens (Hoge Raad) lijkt er in een rede ter gelegenheid van 25 jaar Grotius Academie in 2010, getiteld 'Rule of law' anders over te denken, waar hij expliciet meent dat de rechter als quasi-wetgever 'los van wetgeving' kan acteren. De voorbeelden die hij vervolgens noemt, het arrest *Spoorwegstaking*, het buiten toepassing laten van wetgeving en de *contra legem* rechtspraak van de Hoge Raad, lijken mij echter geen gevallen waarin de rechter het geschreven recht volstrekt los heeft gelaten. In de eerste twee gevallen opereert de rechter inderdaad los van het wettelijk stelsel, maar baseert hij zijn rechtsvorming op verdragsrecht. Weliswaar is dat verdragsrecht vaag – vandaar ook rechtsvorming – maar ook nu gaat het om de invulling van vage of open geschreven normen. Het laatste geval, de *contra legem* werking van beginselen, moet n.m.m. worden beschouwd als een variant van beginselconforme interpretatie – de rechter leest een ongeschreven uitzonderingsgrond in een wettelijke regeling in en baseert zich daarbij op de vermoedelijke wil van de wetgever. Ik wijk daarin overigens af van de vermoedelijk heersende leer: Van Houten 1997, p. 87-88 Groenewegen 2006, p. 157-159; Schutgens 2009a, p. 165, voetnoot 32. In soortgelijke zin echter: De Lange 1999, p. 9; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 358-359.

94 Zo bijv. De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 18-22; Teuben 2004, p. 35. Vgl. ook o.m. Asser/Scholten 1974, p. 122; Hirsch Ballin 1988, p. 235.

95 Groenewegen 2006, p. 43.

Van rechtsvorming is in potentie dus sprake als de rechter vrijheid heeft bij het vaststellen wat het geldende recht is. Hanteert de rechter de beeldspraak van de rechterlijke rechtsvorming, dan erkent hij dat het geschreven recht meerdere opties openlaat, hem niet tot *one right answer* dwingt.⁹⁶ Zegt hij dat een kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, dan geeft hij ofwel aan dat de voorgestelde interpretatie niet tot die mogelijke opties behoort, ofwel dat hij de keuze tussen die opties, om welke reden dan ook, schuwt. Wanneer de manier waarop hij daar invulling aan geeft ook betekenis heeft voor andere gevallen dan het hem voorgelegde, dan verwezenlijkt zich die rechtsvorming. Door te beslissen in het voorgelegde geschil, en door de betekenis die hijzelf en anderen aan die beslissing toekennen, verandert de rechter het bestaande recht. Die verandering kan hem, aldus De Poorter en Van Roosmalen, in verschillende dingen zitten:

‘(...) een rechtsnorm toepassen waarbij een bepaalde bijzonderheid speelt, een rechtsnorm uitleggen waarbij meerdere interpretaties mogelijk zijn of waarbij een nieuwe rechtsvraag opkomt en het gestalte geven aan de rechtsnorm. (...) dat de rechter bij rechtsvorming niet slechts ontdekt wat reeds bestaat, maar in voorkomende gevallen daadwerkelijk iets nieuws toevoegt; daarin schuilt de betekenis voor andere gevallen. Dit is het sterkst wanneer methoden van interpretatie in verschillende richtingen wijzen en vooral in gevallen waarin de rechter op zoek gaat naar de van toepassing zijnde rechtsnorm’.⁹⁷

Deze definitie wijkt sterk af van de eerder geschetste die gehanteerd wordt door de ‘kritische stroming’. Iets nieuws toevoegen in deze zin hoeft nog niet te betekenen dat de rechter volledig los opereert van het wettelijk stelsel of, in bredere zin, van het geschreven recht. Als de rechter beslist dat gebruikmaking van de roe van Zwarte Piet een vernederende bestraffing in de zin van artikel 3 EVRM is, dan voegt hij iets nieuws toe aan het geldende recht – een norm die zich verzet tegen gebruikmaking van de roe – maar hij baseert zich onmiskenbaar op het geschreven recht.⁹⁸ Zelfs als de rechter voorbij lijkt te gaan aan de tekst van een voorschrift, is daarmee nog niet gezegd dat hij het geschreven recht los heeft gelaten. Het is best mogelijk dat hij het doel of de strekking van het voorschrift, of het wettelijk stelsel als zodanig, laat prevaleren boven de letterlijke betekenis van de tekst van het voorschrift. Wanneer de Hoge Raad bijvoorbeeld een ‘gezamenlijk verzoek’ interpreteert als een ‘eenhoofdig verzoek’ modificeert hij in elk geval het vigerende nationale recht, maar wat gemodificeerd wordt is de betekenis die toegekend wordt aan een wetsartikel.⁹⁹ Er wordt geen geheel nieuw voorschrift in het leven

96 Vgl. Hirsch Ballin 1988, p. 233; De Lange 1991, p. 1988-189.

97 De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 22.

98 Vgl. EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*).

99 HR 27 mei 2005, NJ 2005/485 m.nt. JdB (*Eenhoofdig verzoek gezamenlijk ouderlijk gezag*).

geroepen, ook al kan, toegegeven, een en ander in de praktijk soms op hetzelfde neerkomen.

Er is dus een cruciaal verschil tussen beide vormen van rechtsvorming. In het eerste geval beweegt het verschijnsel rechtsvorming zelfstandig door de straten, in het tweede geval maakt het gebruik van een voertuig: interpretatie.¹⁰⁰ In het eerste geval bedenkt de rechter, geheel los van zijn bestaande bevoegdheden, iets nieuws, in het tweede maakt hij keuzes bij het invullen van bestaande bevoegdheden, en vormt hij zo recht. Of men dat tweede verschijnsel nu rechtsontwikkeling noemt, zoals Kortmann c.s. prefereren te doen, of rechtsvorming, ik denk dat de Hoge Raad – wanneer hij over zijn rechtsvormende taak spreekt – het oog heeft op de tweede betekenis: het toevoegen van iets ‘nieuws’, zonder dat dit noodzakelijkerwijs betekent dat de rechter de binding aan de wet loslaat. Is wel sprake van een situatie waarin de rechter gevraagd zou worden het geschreven recht geheel los te laten, dan verklaart hij in de regel dat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.¹⁰¹ Zijn uitspraak is steeds gebaseerd op de interpretatie van een geschreven norm, hoe ‘creatief’, innoverend of geforceerd die interpretatie soms ook mag uitval-
len.¹⁰²

100 Naast interpretatie, kan m.i. ook het (bloot) buiten toepassing laten of onverbindend verklaren als voertuig dienen. Het gaat mij er niet zozeer om dat de rechter dan ‘negatief’ recht vormt, in de zin dat hij zijn hand over vigerende wetgeving legt. Daarvan zou nog kunnen worden gezegd dat dit reeds besloten lag in het hogere (verdrags)recht. Ik doel vooral op de situatie die in de vorige paragraaf aan de orde kwam, namelijk dat uit het hogere recht niet zonder meer volgt wat precies buiten toepassing moet worden gelaten of onverbindend moet worden verklaard. Maakt de rechter dan een keuze, dan vormt hij recht in de zin dat zijn keuze een nieuw element toevoegt.

101 Vgl. bijv. HR 26 februari 2002, *LJN* AD7011, r.o. 3.3; HR 15 november 2002, *NJ* 2003/590 m.nt. Van Wijmen (*Meijer & Bosman Beheer/Bergh*), r.o. 3.4.3; HR november 2001, *LJN* AB3338, concl. A-G Wortel, ov. 12. Zie ook CRvB 10 februari 1993, *LJN* ZB2798, *V-N* 1993/1560, 32; CRvB 9 juni 1998, *RSV* 1998/240; CRvB 28 januari 2001, *JB* 2003/87. Bovend'Eert wijst er op dat de HR (en trouwens ook de Afdeling, zij het impliciet) soms overweegt dat de kwestie weliswaar zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, maar dat dit anders kan liggen wanneer de wetgever de kwestie bewust negeert. De rechter lijkt dan dus in eerste instantie te menen dat rechtsvorming keuzes met zich brengt die niet zijn op te lossen aan de hand van het wettelijk stelsel, om zich vervolgens – in extremis – toch tot zulke rechtsvorming in staat te verklaren. Vgl. Bovend'Eert 2009, p. 151. Bovend'Eert heeft daar een belangrijk punt, dat moeilijk te weerleggen is. Ik geloof echter dat dan de overwegingen van de rechter aangaande zijn rechtsvormende taak in een bepaalde kwestie ten onrechte verabsoluteerd worden. Of een bepaalde keuze zich ‘uit het wettelijk stelsel laat afleiden’ is uiteindelijk een kwestie van gradatie. Vaak kan het kwartje verschillende kanten op vallen. Denkbaar is dat de rechter die inschatting bij te evidente onwilligheid van de wetgever herziert. Het kwam tot dusver in elk geval nog niet voor dat de rechter daartoe is overgegaan.

102 Dat de rechter zich steeds baseert op de wet is in sommige gevallen een fictie, maar zoals Adams niet zo heel lang geleden nog illustreerde, kunnen ook ficties in het staatsrecht waardevol zijn (Adams 2010).

Een voorbeeld moge dat verduidelijken.

In 1975, een slordige tien jaar voordat de Hoge Raad voor het eerst spreekt van een 'rechtsvormende taak', wordt het college geconfronteerd met de vraag wat te doen met de geboorteakte van een persoon die bij geboorte 'vanwege anatomische geslachtskenmerken' tot man is verklaard, maar van wie gedurende het verdere leven blijkt dat hij – of zij – beter aangemerkt kan worden als vrouw.¹⁰³ Het gerechtshof besloot de kwestie op te lossen door de aanduiding 'man', op de voet van artikel 1:29 lid 1 BW, aan te merken als 'kennelijke misslag'. De Hoge Raad vindt dat te ver gaan. Hij ziet problemen in verband met de rechtszekerheid als de man volgens de geboorteakte nu plotseling vrouw is. De kwestie kan daarom beter aan de wetgever worden overgelaten. Na 1984 zal het college in zulke zaken spreken van een kwestie die 'de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat'.¹⁰⁴ De rechtsvorming waarom het gaat, is of artikel 1:29 lid 1 BW zo kan worden uitgelegd dat het ook van toepassing is op het geval dat weliswaar geen vergissing is gemaakt bij het bekijken van de geslachtsdeeltjes, maar de getrokken conclusie achteraf, op basis van psychologisch onderzoek, toch niet helemaal juist blijkt te zijn. De rechter laat daarmee de wettelijke grondslag niet los. Hij zou deze enkel anders uitleggen dan hij het tot dusver deed. In dit geval vond de Hoge Raad dat om praktische redenen te ver gaan, maar zou hij de uitleg van het Gerechtshof wel passend hebben gevonden, dan was het nog altijd om de *uitleg* van een wettelijke bepaling gegaan. Spreken Hoge Raad, Afdeling of Centrale Raad over hun rechtsvormende taak, dan meen ik dus dat zij daarmee – in afwijking van de terminologie van Kortmann c.s. – slechts doelen op hun bevoegdheid om een keuze te maken uit verschillende interpretaties van het geschreven recht.¹⁰⁵

Gaat het om de toetsing van wetgeving aan verdragsrecht, dan doet zich echter een complicatie voor. De jurisprudentie inzake schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn in het bestuursrecht kan dat illustreren.¹⁰⁶ De rechter legt in die zaken de tekst van de wet, de bedoeling van de wetgever en zelfs – zij het gedeeltelijk – de systematiek van de wet terzijde om vergoeding van immateriële schade mogelijk te maken. Kan hier nog wel van interpretatie gesproken worden? Ik meen van wel, zij het dat de rechtsvorming die hier onmiskenbaar plaatsvindt, niet – of beter: niet *alleen* – voortvloeit

103 HR 3 januari 1975, NJ 1975/187 m.nt. EAAL (*Geboorteakte transseksueel*). Zie ook: HR 13 december 1973, NJ 1975/130 m.nt. EAAL (*Geslachtsverandering*).

104 Vgl. HR 30 maart 2007, NJ 2007/609 m.nt. JdB (*Geslachtsloos*), waarin de Hoge Raad, anders dan A-G en annotator, de rechtsvormende taak deze keer niet noemt, maar met een verwijzing naar de *margin of appreciation* beslist dat artikel 8 EVRM niet geschonden wordt. Terecht n.m.m. wijst annotator De Boer er evenwel op dat dit soort kwesties normaal gesproken over de band van de rechtsvormende taak worden afgedaan.

105 Niet iedereen zal daarvan overtuigd zijn. Verhey 2009, punt 50, lijkt het niet zo te zien.

106 Zie ABRvS 4 juni 2008, AB 2008/229 m.nt. Widdershoven; CRvB 11 juli 2008, AB 2008/241 m.nt. Widdershoven; HR 10 juni 2011, AB 2011/184 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

uit de interpretatie van, in dit geval, artikel 8:73 Awb, maar óók uit de interpretatie van artikel 13 EVRM. De gekozen uitleg van het wettelijk regime is dus gebaseerd op een interpretatie van ander geschreven recht, namelijk het EVRM. Ook die interpretatie is 'rechtsvormend', want uit de letterlijke tekst van artikel 13 EVRM vloeit niet zonder meer voort dat de rechter voorbij moet gaan aan het normale toepassingsbereik van artikel 8:73 Awb. De, aanvankelijk door de Afdeling, later ook door de Centrale Raad en de Hoge Raad, gekozen oplossing bevat dus in hoge mate een innoverend element, en dat element kan men aanduiden als rechtsvorming. Ook hier geldt echter dat de gekozen oplossing gebaseerd is op geschreven recht, zij het deels op nationaal en deels op internationaal geschreven recht.

Daarmee is niet iedereen het eens. Martens bijvoorbeeld maakt een onderscheid tussen zogenaamde 'juridisch-technische kwesties', die hij rekent tot de categorie van de wetsuitleg, en 'maatschappelijke kwesties', waar de rechter als ware hij *social engineer* het voortouw neemt bij het oplossen van maatschappelijke kwesties en dus een meer 'politieke' rol vervult.¹⁰⁷ Martens bakent dus de categorie interpretatie, die volgens hem 'natuurlijke grenzen' heeft – hij legt niet uit welke, vermoedelijk tekst en wetshistorie – scherp af van de categorie 'rechtsvorming'. Dat levert echter het probleem op dat veel 'politiek-maatschappelijke' kwesties juist door de interpretatie van open of vage normen, of het inkleuren van leemtes plaatsheeft. Bovend'Eert onderkent dat, waar hij schrijft:

'Bedacht moet worden dat de mogelijkheid van rechtsvorming door wetsuitleg en wetstoepassing – voornoemde eerste categorie – in de rechtspraak op zichzelf al de rechter de gelegenheid verschaft om in voorkomende gevallen *de facto* in meer of mindere mate nieuw recht te vormen. Talrijk zijn de voorbeelden in de moderne jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij de rechter niet louter technisch-juridische problemen oplost, maar ook maatschappelijke kwesties van al of niet aanzienlijk belang aanpakt en tot een oplossing brengt'.¹⁰⁸

Waar Bovend'Eert echter meent dat maatschappelijke kwesties óók via interpretatie worden opgelost, en hij dus nog wel uitgaat van een aparte categorie van rechtsvorming waarin geen sprake meer is van interpretatie of toepassing van de verdragsnorm, zou ik verder willen gaan. Elke rechtsvorming is uiteindelijk een kwestie van interpretatie – hetzij van de wettelijke norm, hetzij van het verdragsrecht. De gedachte van sommige auteurs, dat rechtsvorming een zelfstandige methode is, die naast de methoden van conforme interpretatie en buiten toepassing laten staat, deel ik dus niet. Wat mij betreft zijn alleen de twee laatste te beschouwen als constitutionele remedies: rechtsvorming is enkel de wijze waarop aan de beide andere invulling wordt gegeven. De

¹⁰⁷ Martens 2000a, nr. 5 (m.n. ook voetnoot 26).

¹⁰⁸ Bovend'Eert 2009, p. 147.

rechter die een met verdragsrecht strijdig voorschrift niet buiten toepassing kan laten of, *prima facie* niet verdragsconform kan uitleggen, zal nog eens goed bezien of hij door beide remedies te combineren, of door een vergaande 'remediërende' interpretatie te kiezen, alsnog rechtsbescherming kan bieden. Nu hij in dat geval de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis of mogelijk zelfs deels het systeem van de wet moet negeren, zal een dergelijke beslissing 'rechtsvormend' zijn.

4.3.2 Grondslag voor rechterlijke rechtsvorming

Als rechtsvorming moet worden opgevat als het creatieve, innoverende element in de rechterlijke beslissing, het toevoegen van 'iets nieuws', waar haalt de rechter dan de bevoegdheid en de legitimatie vandaan om recht te vormen? Diverse auteurs zoeken de grondslag voor rechterlijke rechtsvorming in artikel 81 RO.¹⁰⁹ Wie verwacht daarin een dwepende stellingname op het stuk van de rechterlijke taak te vinden, komt bedrogen uit. De bepaling is karakteristiek voor het pragmatische Nederlandse recht:

'Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel'.

Dat in elk geval de Hoge Raad tot rechtsvorming bevoegd is, zou dus moeten worden afgeleid uit het feit dat de wetgever veronderstelt dat de Hoge Raad rechtsvragen in het belang van de rechtsontwikkeling beantwoordt. Die stelling is eigenlijk niet echt bestreden. Er doen zich, zoals uit de vorige paragraaf bleek, wat schermutselingen voor met betrekking tot de afbakening tussen rechtsontwikkeling en rechtsvorming, maar dat artikel 81 RO de Hoge Raad machtigt tot het invullen van open normen en leemten in het recht, daarover doet niemand moeilijk. Drie vragen liggen echter nog open. In de eerste plaats of artikel 81 RO alle gevallen van rechterlijke rechtsvorming bestrijkt. Hoe zit het voorts met de rechtsvorming door andere rechters dan de Hoge Raad? En – daarmee samenhangend – tot slot: hoe is het te verklaren dat, zoals Martens zegt, de rechter altijd al recht heeft gevormd, ook ver voordat artikel 81 RO hem daartoe machtigde?¹¹⁰

Deze drie vragen hebben als gemeenschappelijke basis, dat artikel 81 RO eigenlijk te beperkt is om als grondslag te worden beschouwd voor het verschijnsel van rechterlijke rechtsvorming. Zowel de Hoge Raad als de hoogste

109 Vranken 1995, p. 38 (nr. 64); Koopmans, in: Wiarda 1972/1999, p. 130-131; Martens 2000, nr. 3. Zie ook: Bovend'Eert 2009, p. 146.

110 Martens 2000a, nr. 4.

bestuursrechters spreken van een rechtsvormende taak ‘van de rechter’, niet van één specifieke rechter. Nu kan aan dat bezwaar tegemoet gekomen worden door een welwillende lezing van artikel 81 RO. Als de Hoge Raad *rechtsvragen in het belang van de rechtsontwikkeling* beantwoordt, dan zou dit kunnen betekenen dat ook lagere rechters aan die rechtsontwikkeling bijdragen. Het is in het Nederlandse stelsel, dat geen formeel precedentenstelsel kent, uitdrukkelijk toegestaan en zelfs de bedoeling, dat lagere rechters het voortouw nemen bij de rechtsontwikkeling. Zij geven de hoogste rechter een voorzet. De Advocaat-Generaal becommentarieert, de Hoge Raad schiet in, verandert van positie of houdt af. Binnen het kader van de reguliere rechterlijke macht is dus, aan het beperkte toepassingsbereik van artikel 81 RO wel een mouw te passen. Lastiger ligt het wanneer het gaat om de bestuursrechtelijke kolom. De gedachte die ten grondslag ligt aan artikel 81 RO vinden we ook terug in artikel 91 lid 2 van de Vreemdelingenwet. Daar valt echter de term ‘rechtsontwikkeling’ niet expliciet.¹¹¹ Bovendien geldt de bepaling alleen voor de Afdeling en dan alleen in vreemdelingenzaken. Analoge toepassing van de artikelen 81 RO of 91 lid 2 Vw moet dan uitkomst bieden. Zulke analoge toepassing is als zodanig een kwestie van rechtsvorming. Rechtsvorming dus, op het stuk van de rechtsvorming zoals Martens het treffend zegt.¹¹² Maar als de bestuursrechter, al rechtsvormend, bevoegd zou zijn te bepalen dat een, aan artikel 81 RO of artikel 91 lid 2 Vw verwant, beginsel de basis is voor zijn bevoegdheid tot rechtsvorming, waarvoor heeft hij die bepaling dan nog nodig? Lastiger ligt het ook met de vraag of de rechter voor de totstandkoming van artikel 81 RO in 1988 dan niet aan rechtsvorming mocht doen. De Hoge Raad begint per slot van rekening al in 1984 expliciet over zijn rechtsvormende taak, en hij heeft dan al ver daarvoor duidelijk gemaakt dat hij zich bevoegd acht om leemten in het recht te vullen zolang hij kan aansluiten bij het wettelijk stelsel.¹¹³

Dat de wetgever veronderstelt dat in elk geval de Hoge Raad aan rechtsontwikkeling doet, roept bovendien de vraag op of dan ook, om een aanduiding van De Werd te lenen, ‘*anything goes*’.¹¹⁴ Voor auteurs die, zoals Kortmann, een waterscheiding aannemen tussen de begrippen rechtsontwikkeling en rechtsvorming doet zich dat probleem niet voor.¹¹⁵ Artikel 81 RO machtigt tot rechtsontwikkeling, niet tot rechtsvorming. Zoals gezegd vatten deze auteurs het begrip rechtsvorming beperkter op dan gebruikelijk is in rechtspraak en literatuur. Wanneer men aanneemt dat ook interpretatiekwesties rechtsvorming kunnen zijn, omdat daarbij soms rechtspolitieke keuzes (moeten) worden gemaakt, dan wordt het aannemelijker om onder rechtsontwikkeling

111 Dat lijkt mij overigens niet problematisch. Dat criterium kan worden verondersteld.

112 Martens 2000a, nr. 7.

113 HR 30 januari 1959, NJ 1959/548 (*Quint/Te Poel*).

114 De Werd 2004, p. 107.

115 Zie de vorige paragraaf.

ook rechtsvorming te verstaan.¹¹⁶ In dat geval 'dekt' artikel 81 RO rechtsvorming in elk geval gedeeltelijk. Vraag is dan of er ook rechtsvorming is die niet door deze bepaling wordt bestreken.

Nu lijkt artikel 81 RO vooral te zijn geschreven voor, wat Martens noemt, 'juridisch-technische kwesties': het inkleuren van open of vage normen en het opvullen van leemten.¹¹⁷ Martens onderscheidt die technische kwesties van zogenaamde 'maatschappelijke kwesties' zoals de debatten over abortus en euthanasie. Zulke kwesties, waarin het volgens Martens niet meer om wetsuitleg gaat, bestrijkt artikel 81 RO niet. Ik ga hier niet weer op het terminologische punt in: wets- (of verdrags)uitleg is, meen ik, ook in zulke gevallen het voertuig voor rechtsvorming. Dat neemt niet weg dat het institutionele punt van Martens – de rechter is bevoegd tot het maken van keuzes bij de interpretatie van de wet, maar het primaat bij het maken van omstreden keuzes ligt bij de wetgever – blijft opgaan. Artikel 81 RO geeft de rechter misschien de bevoegdheid tot rechtsvorming, maar dat wil nog niet zeggen dat de bepaling machtigt om vergaand van de tekst van de wet of de bedoeling van de wetgever af te wijken. Daarvoor is een vergaander legitimatiebron vereist.

Betekent dit dan dat de rechtsvormende taak van de rechter zeer beperkt is, nu artikel 81 RO slechts 'juridisch-technische' kwesties legitimeert? Ik denk het niet. Artikel 81 is, vanuit welke invalshoek men het ook bekijkt, in wezen een weinig overtuigende, want vreselijk formele, legitimatiebron voor rechterlijke rechtsvorming. 'De' rechter ontleent weinig houvast aan een bepaling waarin de wetgever – overigens pas in 1988 – min of meer impliciet veronderstelt dat de *Hoge Raad* bevoegd is tot het *ontwikkelen* van recht. Zou de rechter niet bevoegd zijn tot het maken van interpretatieve keuzes – al ging het alleen maar om de 'juridisch-technische' kwesties – als de wetgever artikel 81 RO niet had ingevoerd? Ik denk dat er maar weinig auteurs zijn die dat voor hun rekening zouden willen nemen. Ik doe het in elk geval niet.¹¹⁸

116 Kortmann (2005, p. 33) bestrijdt vermenging van 'rechtsvorming' en 'rechtsontwikkeling' overigens ook op grammaticale gronden: ontwikkeling zou iets anders zijn dan vorming. Bij ontwikkeling gaat het om iets dat er al was, bij vorming om iets nieuws. Daarover kan men twisten. De betekenis die Kortmann aan beide termen toekent, lijkt mij in elk geval op gespannen voet te staan met de wijze waarop zij in sectoren als het bedrijfsleven of het onderwijs worden gebruikt. In de IT wordt doorgaans gesproken van het 'ontwikkelen' van software. Dat ontwikkelen lijkt mij geen kwestie van het 'vinden' van wat er al was, maar van het scheppen van nieuwe programmatuur (toegegeven, de IT is niet een branche die bekend staat om zuiver taalgebruik). Omgekeerd heeft men het in het onderwijs regelmatig over de 'vorming' van kinderen. Mij dunkt dat hier niet bedoeld wordt op het 'maken' van volstrekt nieuwe kinderen. Dat is een taak van de ouders. Met zijn rijke ervaring als docent weet Kortmann dat ongetwijfeld.

117 Martens 2000a, nr. 5. Zo ook: Bovend'Eert 2009, p. 146-147.

118 Uiteraard kan men ook, zoals Kortmann, eenvoudigweg weigeren in juridisch-technische kwesties van rechtsvorming te spreken. Ik heb daar geen probleem mee, maar zoals gezegd, sluit dat niet aan bij wat in de rechtspraak en het grootste deel van de literatuur onder 'rechtsvorming' wordt verstaan.

Maar wat legitimeert rechterlijke rechtsvorming dan wel?

Zie ik het goed, dan zijn op deze vraag twee verschillende antwoorden mogelijk: één voor wat betreft rechtsvorming in het kader van de toetsing aan verdragsrecht, en een voor rechtsvorming in overige kwesties. In dat laatste geval is het antwoord sterk verweven met de juridische filosofie die men aanhangt. Zij die recht in de positivistische leer zijn, zullen benadrukken dat de rechtspraak, net als elk overheidsorgaan, gebonden is aan wet en Grondwet.¹¹⁹ Waar het recht verouderd is of in het concrete geval onbillijk uitwerkt, is het in beginsel aan de wetgever om de keuzen te maken die nodig zijn om het bij de tijd te brengen. Anderen zijn eerder bereid te aanvaarden dat rechtsvorming nodig is voor een soepele werking van het recht en om 'maatwerk' te kunnen leveren. Willen wij dat de rechter op een rechtvaardige uitkomst aanstuurt, dan zal hij het recht toch af en toe een duwtje moeten kunnen geven.¹²⁰ Het hangt er dus vanaf hoeveel waarde men hecht aan de gedachte dat het recht steeds rechtvaardig moet uitwerken, en hoeveel waarde men hecht aan de taakafbakening tussen wetgever en rechter. Ik ga op deze kwestie niet verder in omdat het mij hier gaat om de eerste categorie, waarin sprake is van rechtsvorming in het kader van de toetsing aan verdragsrecht. Ik meen dat de standpunten hier gemakkelijker te verzoenen zijn. Gaat het om rechtsvorming in het kader van de toetsing aan verdragsrecht, dan gaat het niet zozeer om het toewerken naar wat de rechter *billijk* vindt, maar dan gaat het om de keuzes die de rechter maakt bij het handhaven van hoger recht waaraan de rechter óók gebonden is. De rechter doet wat nodig is om dat hogere recht te effectueren. De legitimatie voor zulke rechtsvorming is dus gelegen in de normenhiërarchie of het bestaan van een voorrangsregel. In het Nederlandse recht zou men in artikel 94 Gw een uiting kunnen lezen van een dergelijke voorrangsregel. Wanneer bijvoorbeeld Martens spreekt van een *rechtsstatelijke* legitimatie van rechterlijke rechtsvorming, dan denk ik dat hij hierop doelt.¹²¹

Daarmee zijn we er echter nog niet. Wie zegt dat het aan *de rechter* is om hoger recht te effectueren? Zeker wanneer dat creatieve uitleg van het wettelijk stelsel vereist, is dat een relevante vraag.

Het antwoord moet, denk ik, genuanceerd zijn. Het uitgangspunt is, dát de rechter recht vormt. Het bestaan van een voorrangsregel is in elk geval *een* bron van legitimatie. Tegelijkertijd is rechterlijke rechtsvorming niet steeds onomstreden. Rechters hebben nu eenmaal, daarover lijkt wel consensus te bestaan, in de huidige constellatie beperkte capaciteiten tot rechtsvorming en hun rechtsstatelijke legitimatie dekt in beginsel geen politieke keuzes. De democratische legitimatie van de wetgever is, om kort te gaan, dus een betere

119 In deze zin bijv. Bovend'Eert 2009, p. 151.

120 Vgl. in deze zin Kavanagh 2004.

121 Martens 2000a, p. 751. In soortgelijke zin: Brenninkmeijer 1987, p. 65, en 2001, p. 1191; Koopmans 1999, p. 134; De Werd 2004, p. 122-123; Gribnau 2012, p. 24.

legitimaties dan de rechtsstatelijke van de rechter. De Hoge Raad lijkt dit ook zo te zien, wanneer hij overweegt dat:

‘In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied’.¹²²

Dat de democratische legitimatie van de wetgever een betere legitimatie is dan de rechtsstatelijke van de rechter wil evenwel niet zeggen dat er geen rechterlijke legitimatie is. De rechtsstatelijke legitimatie groeit wanneer de democratisch gelegitimeerde wetgever dat mandaat niet gebruikt. Om het simpel te zeggen: de rechter mag niet (altijd) het meest geschikte ambt zijn om de kwestie op te lossen, maar als niemand in het water springt om de drenkeling te redden, zal hij het toch moeten proberen. De vraag is wel hoe sterk deze rechterlijke legitimatie is. Dat hangt af van de vraag hoeveel waarde moet toegekend aan het adagium dat verdragsrecht wordt geëffectueerd. Ik ga daarop in het volgende deel, bij de bespreking van het beginsel van effectieve rechtsbescherming in.

Hier moet aan worden toegevoegd dat rechterlijke rechtsvorming, zoals A.M. Donner het ooit formuleerde, vaak een vangnet heeft. Dat vangnet wordt gevormd door de gedachte dat de wetgever, als hij de rechterlijke rechtsvorming onaanvaardbaar acht, deze kan corrigeren.¹²³ Gaat het om, wat Martens noemt, ‘juridisch-technische’ gevallen van rechtsvorming, dan kan de wetgever deze rechtsvorming relatief eenvoudig bijsturen. Tenminste: in juridisch opzicht, want het is uiteraard best denkbaar dat de wetgever door allerlei politieke factoren maar beperkte mogelijkheden heeft om aan de rechterlijke rechtsvorming iets te doen. De ontwikkelingen rondom het stakingsrecht laten dat zien. Hoe zit het dan in de bijzondere categorie van gevallen die door Martens wordt aangemerkt als ‘maatschappelijke kwesties’ en door Bovend’Eert wordt geïdentificeerd als zaken waarin de wet wordt getoetst aan mensenrechtenverdragen zoals het EVRM?¹²⁴ Dan kan zich het probleem voordoen dat het ook in juridisch opzicht moeilijk voor de wetgever is om de rechterlijke

122 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*), r.o. 3.15. Cursivering is van mijn hand.

123 Donner 1982, p. 42.

124 Martens 2000a, nr. 5; Bovend’Eert 2009, p. 146. Er lijkt overigens enig licht te zitten tussen de categorieën van beide auteurs. Bovend’Eert meent dat Martens met ‘maatschappelijke kwesties’ doelt op de zaken waarin de rechter toetst aan, kortgezegd, het EVRM. Dat zou kunnen, maar het kan ook best zijn dat het invullen van de leemte die Martens ziet na het buiten toepassing laten van wetgeving wegens strijd met het EVRM, een juridisch-technische kwestie is.

rechtsvorming bij te sturen. Baseert de rechter zijn rechtsvorming op verdragsrecht, dan is de wetgever niet bevoegd om daaraan iets te doen.¹²⁵ De ‘tweesporigheid’ waarmee Donner in 1982 rechterlijke rechtsvorming verdedigde, doet zich – aldus diezelfde Donner – bij verdragsrecht niet voor.¹²⁶ Dat argument, dat rechterlijke rechtsvorming, wanneer zij zich voordoet bij de toetsing aan het EVRM, ‘in steen gebeiteld’ is, acht ik niet erg overtuigend. Het is zeker waar dat de wetgever gebonden is aan verdragsrecht en dat niet naar believen kan aanpassen. Maar in de meeste gevallen waarin rechterlijke rechtsvorming vereist is, gaat het er nu juist om dat het verdragsrecht zelf onvoldoende nauwkeurig bepaalt wat in een concreet geval rechtens is. Als de rechter, bij wijze van noodverband, in zulke zaken een knoop doorhakt, dan staat het de wetgever vrij op een later tijdstip voor een andere, eveneens verdragsconforme, oplossing te kiezen. Waar de rechter dus keuzes moet maken uit verschillende verdragsconforme opties, is die keuze – in elk geval in juridisch opzicht – nog altijd bij te sturen, óók als het om grondrechten gaat. Het argument dat verdragsrechtelijke rechtsvorming steeds in steen gebeiteld is, is dus in hoge mate overdreven.¹²⁷

Is het feit dat de rechter die de wet of het verdrag toepast, deze nu eenmaal moet interpreteren, ook genoeg legitimatie voor zulke rechtsvorming? In sommige gevallen wel. Waar een conforme interpretatie zich zonder meer verdraagt met de tekst van de wet, bijvoorbeeld omdat deze vaag of open geformuleerd is, lijkt mij dat geen probleem. Maar wat rechtvaardigt dat de rechter zich soms ‘activistisch’ opstelt, dat hij de wet met voorbijgaan aan de tekst ervan en de, uit de totstandkomingsgeschiedenis bovendien bedoeling van de wetgever, toepast? Men denke in dat verband aan de rechtspraak van de bestuursrechters over schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn en over de rechtspraak van de Hoge Raad in het familierecht. De rechtvaardiging voor zulke rechtsvorming moet worden gezocht in iets anders. Mij beperkend tot de rechtsvorming bij zaken waarin toetsing aan de mensenrechtenverdragen en het Unierecht aan de orde is, denk ik dat die legitimatie gezocht moet worden in de plicht voor de rechter om de voorrang van het verdrags- respectievelijk het Unierecht te effectueren. In paragraaf 4.1 betoogde ik reeds dat artikel 94 Gw institutioneel, dus in het licht van zijn functie, moet

125 Dat zegt bijvoorbeeld Koopmans in: Wiarda 1972/1999, p. 132.

126 Donner 1982, p. 45-46.

127 Wel doet zich hier iets merkwaardigs voor. Ik betoogde hiervoor dat rechtsvorming door de rechter steeds gebaseerd moet worden op interpretatie van het geschreven recht. Het kan in dat verband gaan om de interpretatie van het wettelijk voorschrift of, als het voorschrift te beperkt is geformuleerd, het verdragsrecht. Baseert de rechter zijn rechtsvorming op de interpretatie van het verdragsrecht, dan doet zich het probleem voor dat de wetgever daaraan in beginsel is gebonden. De oplossing van de rechter lijkt dan wel in steen gebeiteld. Een en ander betekent dat de rechter voldoende duidelijk moet maken dat hij, in het kader van het aanleggen van een noodverband, een keuze heeft gemaakt uit diverse verdragsconforme opties, en dat het de wetgever dus vrijstaat een andere optie te verkiezen.

worden opgevat. Zo beschouwd drukt artikel 94 Gw niet alleen de voorrang van het internationale recht, maar vooral ook de rol die de rechter bij het effectueren van die voorrang te spelen heeft, uit. Die rol wordt door het internationale recht, maar meer en scherper nog door het Unierecht, benadrukt.¹²⁸ De grondslag voor zulke rechtsvorming is dus de plicht om rechtsbescherming te bieden wanneer het voorschrift conflicteert met een mensenrechtelijke bepaling.¹²⁹ De vraag is intussen wel hoe ver zulk 'activisme', zulke vergaande interpretatie mag gaan. Die plicht om verdragsrecht te effectueren is niet oneindig. Er zijn grenzen en dat zijn grenzen die het nationale recht, respectievelijk de nationale rechter, zelf trekt. Vervolgens kan bezien worden of het internationale, respectievelijk het Unierecht tot ruimere grenzen dwingt. Op die laatste kwestie ga ik in het volgende deel in. De grenzen van de rechtsvormende taak zoals ons eigen staatsrecht die trekt, behandel ik in de volgende paragraaf.

Ik vat kort samen.

Onder rechtsvorming versta ik al die gevallen waarin de rechterlijke uitspraak een nieuw, creatief of innoverend element bevat dat van belang is voor volgende geschillen. Zulke rechtsvorming valt onder te verdelen in juridisch-technische kwesties en meer politiek beladen, in de woorden van Martens, 'maatschappelijke' kwesties. Zaken waarin aan mensenrechtenverdragen getoetst wordt vallen geregeld, maar niet altijd, in de laatste categorie. Waar de rechter bij het bieden van rechtsbescherming nieuw recht vormt, bijvoorbeeld omdat hij voor een tweesprong staat, dan is zijn interpretatieve mandaat daarvoor normaal gesproken de grondslag. Wijkt hij af van wat de interpretatieregels normaal gesproken voorschrijven, begeeft hij zich dus op het terrein van *remedial interpretation*, dan is echter extra legitimatie nodig. Die haalt hij uit de plicht om, voor zover zijn rechtsvormende taak dat nog kan dragen, het internationale of Europese recht te effectueren.¹³⁰ Over de vraag

¹²⁸ Zie deel II.

¹²⁹ Anders: Schutte 2009, p. 677, die rechtsbescherming in zulke gevallen van rechtsvorming onderscheidt. Hij gaat er daarbij vanuit dat het bieden van rechtsbescherming een zuiver individuele aangelegenheid is. In veel gevallen is het dat ook. Toch is er volgens mij meer aan de hand. Effectieve bescherming van een mensenrecht kan ook vereisen dat de rechter duidelijkheid schept over de reikwijdte van het recht en de corresponderende plicht voor de overheid. In zoverre kan de rechter zich, wat mij betreft terecht, geroepen voelen om zijn overwegingen zodanig vorm te geven dat deze ook betekenis heeft voor anderen dan de klager. Mij is niet duidelijk hoe Schutte dergelijke kwesties beoordeelt.

¹³⁰ Enigszins vergelijkbaar: Martens 2000a, nr. 9; Koopmans: in Wiarda 1972/1999, p. 134; Brenninkmeijer 2001, die de legitimatie voor rechterlijke rechtsvorming in de *rule of law* zoeken (zij het dat Koopmans minder ver gaat dan Martens). Waar het effectueren van de normenhiërarchie een kwestie van legaliteit en daarmee van de rechtsstaat is, betoog ik dat ook. Vergaande rechterlijke rechtsvorming – dus meer dan enkel het invullen van open en vage normen – buiten de sfeer van de toetsing lijkt mij minder makkelijk op het beginsel van de rechtsstaat te baseren. Zie Bovend'Eert 2009, p. 150-151.

in welke gevallen zijn rechtsvormende taak zulke rechtsvorming *niet* meer kan dragen, gaat het nu.

4.3.3 Grenzen aan rechterlijke rechtsvorming

Ziet de rechter ervan af het problematische voorschrift buiten toepassing te laten, dan onderzoekt hij of hij op andere wijze rechtsbescherming kan bieden. Hij heeft dan in beginsel twee mogelijkheden.

Eén optie is om het verdrag rechtstreeks op het geschil toe te passen.¹³¹ Voorwaarde is dan dat het verdrag nauwkeurig de rechtsgevolgen met betrekking tot de voorliggende casus regelt. Is dat het geval, dan hoeft niet van rechtsvorming te worden gesproken. Het toepassen van het verdragsrecht behoeft in zo'n geval geen rechterlijke creativiteit. De mensenrechtenverdragen zijn meestal echter te vaag om er rechtstreeks een oplossing voor het voorliggende geschil uit af te leiden.¹³² Dan is de tweede optie aan de orde: het aanvaarden van een gemodificeerde, verdragsconforme, uitleg van het problematische voorschrift of van andere nationale voorschriften.¹³³ In welke gevallen kan de rechter daartoe besluiten, en in welke gevallen moet hij de kwestie overlaten aan de wetgever?

4.3.3.1 *Het arrest Arbeidskostenforfait*

De vraag of de rechter een bepaalde interpretatie moet omarmen om het recht bij de tijd te houden is één van de *hot topics* in het recht. Er is op dat punt

131 Vgl. bijv. GHvJNAA 11 september 2001, NJ 2002/40, waarin het hof de vaststelling van vaderschap, in het belang van het kind, rechtstreeks baseerde op artikel 8 jo. 14 EVRM.

132 Vaak leveren mensenrechtelijke bepalingen genoeg aanknopingspunten op om vast stellen hoe het *niet* moet, maar bieden zij geen kader voor hoe het dan wel moet. Een voorbeeld betreft de toepassing van non-discriminatiebepalingen. Iets soortgelijks geldt voor het geval dat verschillende regelingen samen leiden tot een onevenredige maatregel. Zie HR 29 oktober 2010, BNB 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*). Het kan bovendien zo zijn dat een verdragsrecht leidt tot een positieve verplichting, zonder dat die verplichting op internationaal niveau tot in detail nauwkeurig is omschreven. Het EHRM overweegt bijvoorbeeld geregeld dat het recht op financiële bijstand niet besloten ligt in artikel 8 EVRM, maar benadrukt vervolgens wel dat de Staat in bijzondere gevallen de plicht heeft om voor kwetsbare personen een voorziening te bieden. Vgl. bijv. EHRM 27 maart 1998, nr. 20458/92 (*Petrovic t. Oostenrijk*), resp. EHRM 8 juli 2003, EHRC 2003/75 m.nt. Brems (*Sentges t. Nederland*), en EHRM 2 november 2010, EHRC 2011/43 m.nt. I.W.M. Olthof (*Van de Berg en Sarri t. Nederland*). De Nederlandse rechter ziet zich dan geconfronteerd met de vraag hoe die voorziening er concreet uit moet komen te zien. Zie in dat verband bijv.: ABRvS 22 december 2010, AB 2011/169 m.nt. Leijten & Uzman.

133 Een combinatie is denkbaar: deels toepassing van het verdrag, deels conforme uitleg van nationaal recht.

geen gebrek aan literatuur.¹³⁴ In 1993 formuleerde Stolker een reeks gezichtspunten die relevant zijn bij de beslissing om al dan niet af te zien van een rechtsvormende uitspraak.¹³⁵ Daarbij ging het hoofdzakelijk om een reeks praktische factoren: zou de rechter zich bijvoorbeeld genoodzaakt zien om in overgangsrecht te gaan voorzien als hij zich ertoe zou laten verleiden het recht een duwtje te geven? Zou hij een *floodgate* ontketenen? Stolker constateerde ook vuistregels die werden ingegeven door overwegingen van machtscheiding en democratie. Hij registreerde dat de rechter een broedende wetgever liever niet voor de voeten liep, weg wilde blijven van rechtspolitieke keuzes, en dat hij het stelsel en de duidelijke bewoordingen van de wet over het algemeen als grens zag.

Stolker schreef echter over de rol van de rechter in het algemeen. In het kader van de toetsing van wetgeving aan verdragsrecht liggen de kaarten anders. Er is dan een duidelijk mandaat van de rechter om iets te gaan doen. Dat mandaat is evenwel niet onbeperkt. Waar ligt de grens? De Hoge Raad plaatst deze vraag in het arrest *Arbeidskostenforfait* in de sleutel van een belangenafweging:

‘In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.’¹³⁶

Op de ene schaal plaatst de Hoge Raad het belang van de klager bij effectieve rechtsbescherming. Aan de andere zijde wordt de uit ‘de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen’ voortvloeiende terughoudende opstelling geplaatst, aangevuld met de beperkte mogelijkheden die de rechter op het terrein van de rechtsvorming heeft.¹³⁷ De vraag is hoe die staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid ingevuld moet worden. In welke gevallen ligt terughoudendheid voor de hand? Ook daarover leert het arrest *Arbeidskostenforfait* iets:

134 Zie o.a. Scholten 1974; Koopmans 1979; De Raio-congresbundel 1987 (Snijders 1987); De bijdragen in Baardman e.a. 1988 (‘Hoge Raad-bundel’); de diverse bijdragen in de Roodbundel (1993); Wiarda/Koopmans 1999; Martens 2000b; Vranken 2000; Rijpkema 2001; De Werd 2004 Vranken 2005; Kortmann 2005; Groenewegen 2006; Uzman & Stolker 2009; Bovend’Eert 2009; De Poorter & Van Roosmalen 2009; De Poorter 2011. Ik doe geen poging een selecte greep uit de internationale literatuur te doen. Zij is daarvoor te omvangrijk. Voor mij persoonlijk zijn leidend: Capelleti 1981, Bell 1983, Koopmans 2003 en Kavanagh 2009.

135 Stolker 1993. Zie voor een geactualiseerde versie: Uzman & Stolker 2009.

136 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*), r.o. 3.14.

137 Vgl. r.o. 3.15.

‘Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied’.¹³⁸

Een oplossing die past in het wettelijk stelsel, de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of die aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen is, aldus de Hoge Raad, nog toelaatbaar. Een oplossing die rechtspolitieke of beleidsmatige keuzes vergt is dat niet.

Opvallend is dat de Hoge Raad weliswaar spreekt van een belangenafweging, maar dat de uitkomst van die afweging nauwelijks afhangt van, meer of minder zwaarwegende, belangen. De aard en de zwaarte van het belang van de klager in termen van financiële, emotionele of maatschappelijke schade lijkt geen rol te spelen. Het lijkt toch voor de hand te liggen dat een klager die procedeert over een belastingkorting van vijftig Euro een minder aanzienlijk belang heeft bij effectieve rechtsbescherming dan iemand die per direct zijn woning moet verlaten.¹³⁹ Voor de Hoge Raad lijkt dat, zo op het eerste gezicht, niet uit te maken. Evenmin kwantificeert de Hoge Raad het belang bij een terughoudende opstelling zijnerzijds bij het uitleggen van het wettelijk stelsel. De financiële belangen van de overheid, de gerechtvaardigde verwachtingen van derden, de soepele handhaving van de wet, het zijn geen belangen die voor de Hoge Raad het verschil lijken te maken. In plaats daarvan ligt de uitkomst van de afweging feitelijk al vast als sprake is van één van de genoemde factoren: de aansluiting bij het wettelijk stelsel en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, de noodzaak tot het doorhakken van rechtspolitieke of beleidsmatige knopen. Daar komt bij dat, vanuit fiscale hoek is daarop al eens gewezen, het in de praktijk nogal snel gebeurt dat ‘politieke’ karakter van een keuze wordt benadrukt.¹⁴⁰ Het lijkt bovendien om harde grenzen te gaan. Sluit een oplossing niet goed aan bij het wettelijk stelsel, dan aanvaardt de rechter haar niet.¹⁴¹ Dat laat overigens onverlet dat de vraag óf de ene

138 *Ibid.*

139 Wattel heeft daarvoor wel oog, zij het in de toetsingsfase, waar hij de introductie van een kniesoorbeginsel bepleit. Vgl. Wattel 1995, p. 209; concl. bij HR 8 juni 2007, *BNB* 2007/232 m.nt. Lubbers; HR 18 december 2009, *BNB* 2010/79 m.nt. Lubbers.

140 Happé & Gribnau 2007, p. 456.

141 Dat leert reeds HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548 (*Quint/Te Poel*). Zie tevens: Rb Haarlem 4 augustus 1992, *NJ* 1994/681; Hof Amsterdam 6 mei 1993, *NJ* 1994/681; Hof Den Bosch 2 september 1993, *NJ* 1994/283; HR 30 januari 1996, *NJ* 1996/288; HR 1 december 2000, *NJ* 2001/390 m.nt. JdB (*Duo-curatoren*), concl. A-G; HR 5 september 2003, *BNB* 2003/383

oplossing beter aansluit bij het wettelijk stelsel dan andere oplossingen, aanzienlijke ruimte tot manoeuvreren laat. Eén van de lentedeschikkingen uit 1986 illustreert dit.¹⁴² De Hoge Raad casseerde een uitspraak van de kantonrechter te Amsterdam omdat de daarin gevonden oplossing 'niet past in het wettelijk stelsel'. Vervolgens bereikte de Hoge Raad hetzelfde resultaat op een andere wijze.

Zowel de lentedeschikkingen, als het arrest *Arbeidskostenforfait* illustreren wat mij betreft, dat de rechtsvorming die de Hoge Raad op het oog heeft, steeds een zogenaamd *noodverband* betreft. Het gaat de Hoge Raad er niet in de eerste plaats om, wat wel wordt genoemd, 'rechterlijk beleid' te voeren, maar om normconflicten zo adequaat mogelijk op te lossen.¹⁴³ De afgelopen jaren speelde het begrip 'noodverband' een bijzondere rol in de literatuur. De Boer riep de rechter op om dan toch in elk geval voor een 'noodverband' zorg te dragen als hij een kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten vond gaan.¹⁴⁴ Andere auteurs meenden dat de rechter zich bij de toetsing aan het EVRM of het IVBPR niet teveel op het pad der rechtsvorming moest begeven. Hij moest zich *bepersen* tot een noodverband.¹⁴⁵ Dat suggereert een verschil tussen noodverbanden en andere gevallen van rechtsbescherming. Het noodverband is een tijdelijke oplossing, waarvoor gekozen kan worden '*if everything else fails*'.¹⁴⁶ Daar is wel iets bij voor te stellen als de Hoge Raad bijvoorbeeld meent dat de griffierechten voor cassatie te hoog zijn en hij, in plaats van het relevante voorschrift buiten toepassing te laten, besluit om de klager min of meer uit eigen zak terug te betalen.¹⁴⁷ Dat soort oplossingen is echter maar zeer beperkt beschikbaar. Wat moet verder nog onder 'noodverbanden' moeten worden verstaan? Volgens Fleuren differentieert de rechter dan. Hij biedt dan:

'een oplossing voor de gevallen waarin deze zonder noemenswaardige problemen mogelijk is en laat voor gevallen waarin zich ernstige complicaties voordoen, de oplossing aan de wetgever'.¹⁴⁸

Een relatief recent voorbeeld, dat in deze definitie zou passen, is het *Salduz*-jurisprudentie van de Hoge Raad. Naar aanleiding van rechtspraak van het

m.nt. Vijfeijken (*Melquotum*); HR 11 augustus 2006, BNB 2006/322 m.nt. Happé (*Premie Ziekenfondswet*). Zie echter ook (buiten de sfeer van toetsing aan mensenrechten): HR 5 september 1997, NJ 1998/437 (*Ontvanger/Hamm*), en HR 8 juni 2007, NJ 2007/419 m.nt. PvS (*Van der Werff/BLG*), waarin de Hoge Raad, ondanks kritiek vanuit de literatuur dat daarmee het wettelijk stelsel zou worden doorbroken, wel tot rechtsvorming overging.

142 HR 21 maart 1986, NJ 1986/588 m.nt. EAA & EAAL.

143 In deze zin ook: De Werd 2004, p. 120.

144 De Boer 1995, p. 1029.

145 Zo bijv. Alkema 2005, p. 13; Bovend'Eert 2009, p. 152.

146 In deze zin bijv.: Boogaard 2013, p. 127.

147 HR 30 september 1992, NJ 1994/495 m.nt. EAA (*Griffierecht*).

148 Fleuren 2004, p. 256.

EHRM, met de strekking dat verdachten voorafgaand aan een politieverhoor recht hadden op de toegang tot een advocaat en de mededeling dat zit mogelijk was, werd de Hoge Raad in 2009 geconfronteerd met de vraag hoe dit recht in het Nederlandse strafprocesrecht kon worden ingemetseld. De Hoge Raad zag zich niet als de aangewezen instantie om eens goed na te denken over de beste manier om de Straatsburgse rechtspraak volledig te implementeren. Justitie en de wetgever moesten dat maar doen, maar hij moest en kon wel duidelijkheid scheppen over de vraag hoe de strafrechter met bewijs, verkregen in strijd met dat recht, moest omgaan:

‘Het opstellen van een algemene regeling van de rechtsbijstand met betrekking tot het politieverhoor gaat – mede gelet op de beleidsmatige, organisatorische en financiële aspecten – de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten. Niettemin roept de rechtspraak van het EHRM vragen op die de strafrechter in voorkomende gevallen dient te beantwoorden. Daartoe dient het navolgende. (...)’

Het vorenoverwogene brengt mee dat de aangehouden verdachte vóór de aanvang van het eerste verhoor dient te worden gewezen op zijn recht op raadpleging van een advocaat. Behoudens in het geval dat hij uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend doch in elk geval ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van dat recht, dan wel bij het bestaan van dwingende redenen als door het EHRM bedoeld, zal hem binnen de grenzen van het redelijke de gelegenheid moeten worden geboden dat recht te verwezenlijken. Het voorgaande ziet zowel op aangehouden strafrechtelijk volwassenen als op aangehouden strafrechtelijk jeugdigen. Opmerking verdient dat voor aangehouden jeugdige verdachten geldt dat zij tevens recht hebben op bijstand door een raadsman of een andere vertrouwenspersoon tijdens het verhoor door de politie’.¹⁴⁹

Vervolgens komt de vraag aan de orde wat de strafrechter te doen staat als het recht wordt miskend. De Hoge Raad ‘metselt’ de EHRM-jurisprudentie in het nationale recht in:

‘Indien een aangehouden verdachte niet dan wel niet binnen redelijke grenzen de gelegenheid is geboden om voorafgaand aan het eerste verhoor door de politie een advocaat te raadplegen, levert dat in beginsel een vormverzuim op als bedoeld in art. 359a Sv.

Gelet op de uitleg die (...) aan deze bepaling is gegeven, moet de rechter, (...), beoordelen of aan een verzuim enig rechtsgevolg dient te worden verbonden en, zo ja, welk rechtsgevolg dan in aanmerking komt. Daarbij dient hij rekening te houden met de in het tweede lid van art. 359a Sv genoemde factoren. (...) Een van die factoren is ‘de ernst van het verzuim’. Op grond van de rechtspraak van het EHRM moet worden aangenomen dat in gevallen waarvan hier sprake is, een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Daarom zal, mede gelet op de overwegingen van het EHRM (...) dienen

149 HR 30 juni 2009, NJ 2009/349 m.nt. Schalken (*Post-Salduz*), r.o. 2.4-2.6.

te leiden tot uitsluiting van het bewijs van de verklaringen van de verdachte die zijn afgelegd voordat hij een advocaat kon raadplegen.¹⁵⁰

Wat de Hoge Raad hier doet kan enerzijds gekarakteriseerd worden als vergaande rechtsvorming. Het wettelijk stelsel en de interpretatie ervan, worden 'gevormd' naar de eisen van de Straatsburgse rechtspraak. Tegelijkertijd doet de Hoge Raad dat op basis van de meest minimalistische lezing van de Straatsburgse rechtspraak.¹⁵¹ Hij 'vertaalt' deze minimum-eisen vervolgens naar het Nederlandse recht. In zoverre kan van een noodverband worden gesproken.¹⁵²

In sommige zaken gaat de rechter, onder het mom van een noodverband, echter aanzienlijk verder. Dan is geen sprake meer van het inpassen van een EVRM-regel in het nationale recht, maar van het bedenken van een geheel nieuwe regel.¹⁵³ Zie bijvoorbeeld een recent arrest van Gerechtshof Leeuwarden, waarin het ouderschap van een zogenaamde 'transvrouw' centraal stond.¹⁵⁴ 'Vrouw A' was eerst 'man A' en had als zodanig sperma laten invriezen. Na de geslachtsverandering treedt vrouw A in het huwelijk met 'vrouw B'. Dan wordt het sperma uit de vriezer gehaald en gebruikt om vrouw B te bevruchten. 'Dochter C' wordt geboren. Vrouw B is ontegenzeggelijk de moeder, maar kan vrouw A ook als moeder of ouder worden aangemerkt? A zou haar dochter natuurlijk kunnen adopteren, maar dat miskent volgens haar dat er tussen haar en haar dochter ook een biologische band is die in de registers tot uitdrukking behoort te komen. Daarop hebben moeder en kind ook recht, aldus Hof Leeuwarden onder verwijzing naar Straatsburgse rechtspraak en artikel 8 EVRM. Het BW biedt echter niet echt een aanknopingspunt voor zo'n geval. Artikel 1:207 BW dicteert dat:

'het vaderschap van een man op verzoek van de in die bepaling genoemde personen kan worden vastgesteld op de grond dat de man als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad'.

Aangezien mevrouw A ten tijde van de geboorte van het kind geen man meer was, is deze bepaling niet op haar van toepassing, aldus het Hof. Voor een verdragsconforme uitleg ziet men kennelijk geen ruimte. Maar dan komt het:

150 *Ibid.*, r.o 2.7.1.

151 Zie in dat verband de concl. van A-G Knigge bij het arrest.

152 Zie buitengewoon recent: HR 12 juli 2013, nr. 12/01880 (*Nemo tenetur en gedwongen meewerkplicht belastingrecht*). Ook hier was n.m.m. sprake van een noodverband, hoewel het arrest ontegenzeggelijk de sfeer van de rechtsvorming ademt.

153 Ik ben bij ervan bewust dat dit op gespannen voet staat met wat ik in par. 4.3.1 betoogde, namelijk dat de rechter steeds een ankerpunt zoekt in het geschreven of ongeschreven recht. Ik meen, en hoop, dat de rechtspraak die ik hierna beschrijf, de uitzondering is die de regel bevestigt.

154 Hof Leeuwarden 23 december 2010, *LJN* BO8039.

‘Uit het bovenstaande volgt dat het volgens de thans geldende Nederlandse wetgeving niet mogelijk is om op zodanige wijze een juridische ouderband (...) vast te stellen dat daarmee tevens de biologische band tussen hen wordt erkend. (...)

Niet valt te verwachten dat de wetgever op afzienbare termijn in deze lacune zal voorzien. Het (...) genoemde concept-wetsvoorstel zal, indien het wet zou worden, volgens de thans voorliggende tekst geen terugwerkende kracht hebben en zal [vrouw A] (...) reeds daarom dus niet baten. Het hof ziet zich dan ook genoodzaakt een juridisch noodverband aan te leggen teneinde de bestaande strijd met artikel 8 en 14 EVRM op te heffen.’

Het Hof kiest uiteindelijk voor de pragmatische oplossing dat niet het ‘vaderschap’, maar het ‘ouderschap’ wordt vastgesteld. Daarover zegt artikel 1:207 BW niets, dus dat kan wel. Dat is weliswaar een zeer pragmatische, en vermoedelijk niet eens zo’n politiek gevoelige, oplossing, maar zij steunt volledig op de artikelen 8 en 14 EVRM. Er is in het nationale recht zelfs bij benadering geen grondslag voor aan te wijzen. Dat lijkt mij geen tijdelijke oplossing meer, dat is precies waarover wij het hebben als we spreken over rechtsvorming. Ik zie ook eerlijk gezegd niet zo goed waarom dit een ‘noodverband’ zou zijn, terwijl een verdragsconforme uitleg van de term ‘man’ in artikel 1:207 BW de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan. Ik meen daarom dat dit soort ‘noodverbanden’ ook moet voldoen aan de criteria die de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* stelt. De vraag is dan of de wetgever inderdaad zo lang heeft gewacht dat de klagers een urgent belang bij de remedie hebben.¹⁵⁵

Tot slot nog iets anders. Het arrest *Arbeidskostenforfait* staat niet op zichzelf. Het moet worden gelezen in samenhang met een arrest dat de Hoge Raad een jaar eerder wees, *Grijs kenteken*.¹⁵⁶ In die zaak verleenden Gerechtshof en Hoge Raad wél rechtsbescherming. Zij kenden een belastingvoordeel dat voor grote wagenparken gold, ook toe aan kleinere wagenparken. Ook hier was sprake van een begunstigende belastingregeling die discriminatoir uitpakte, en ook hier was sprake van verschillende potentiële verdragsconforme uitkomsten. Toch koos de rechter er één. Waarom?

Zie ik het goed, dan ligt de belangrijkste reden in de wetsgeschiedenis besloten. De regeling had betrekking op het verscherpen van de eisen voor auto’s met grijze kentekens waarvoor een aantrekkelijk belastingtarief gold. Het doel van de maatregel was het vergroten van de belastinginkomsten. Om de geschrokken eigenaren van bestelbusjes tegemoet te komen, stelde de Staatssecretaris van Financiën een overgangsregeling voor. De Kamer aanvaardde dit voorstel zodat het alleen van toepassing werd op de beheerders

¹⁵⁵ Dat lijkt mij hier overigens niet het geval. Klagers hebben immers de mogelijkheid van adoptie om in elk geval het juridische ouderschap veilig te stellen. Mits de wetgever in actie komt, is even wachten op de erkenning van het biologisch ouderschap n.m.m. niet bezwaarlijk.

¹⁵⁶ HR 17 augustus 1998, NJ 1999/169 (*Grijs kenteken*).

van grote autoparken 'zoals de ANWB'. De Staatssecretaris waarschuwde dat dit onderscheid tussen groot en klein, hem juridisch niet verdedigbaar leek. De Kamer ging daar niet op in en aanvaardde het amendement.

De Staatssecretaris kreeg gelijk. Gerechtshof en Hoge Raad oordeelden de regeling inderdaad in strijd met artikel 26 IVBPR. Het Gerechtshof lost daarop de strijd op door de overgangsregeling ook van toepassing te achten op de situatie van de klager, de trotse bezitter van één enkele bestelbus. De Hoge Raad gaat akkoord:

'Teneinde de ten aanzien van belanghebbende geconstateerde ongelijkheid op te heffen, heeft het Hof terecht gekozen voor gelijkstelling van het bedrag van de verschuldigde belasting met die, verschuldigd voor de auto's, ten behoeve waarvan de uitzondering in de wettelijke regeling is opgenomen.

Hierbij dient mede in aanmerking te worden genomen dat tegen een voor de overige gevallen van grijskentekenhouders geldende even gunstige overgangsregeling kennelijk in beginsel geen bezwaar bestond, nu in het oorspronkelijke regeringsvoorstel een zodanige algemeen geldende, en overigens, gelet op de hiervóór in 3.4 vermelde voorgeschiedenis, alleszins gerechtvaardigde overgangsregeling was vervat (zie hiervóór in 3.5), welke door de aanvaarding van het amendement eigenlijk alleen voor de houders van een omvangrijk wagenpark als een overgangsregeling zou gaan gelden (...).

Van deze oplossing tot herstel van de ongelijkheid kan niet worden gezegd dat deze de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat'.¹⁵⁷

Op deze koers heeft de Hoge Raad de kritiek gekregen dat hij zijn plaats ten opzichte van de wetgever heeft miskend.¹⁵⁸ Met zijn oplossing maakte de belastingrechter immers een keuze die inging tegen de uitdrukkelijke wens van de Tweede Kamer. Ik zie dat anders. En wel om drie redenen.

In de eerste plaats kon de Hoge Raad aansluiten bij de beraadslagingen in de Tweede Kamer. Er lag al een duidelijk alternatief in de vorm van het voorstel van de Staatssecretaris. Van belang is dat dit voorstel zélf niet problematisch is, in de zin dat het een nieuwe ongelijke behandeling in het leven zou roepen met anderen. Daarnaast zou heel wel een rol kunnen hebben gespeeld dat de wetgever op de hoogte was van het feit dat het amendement mogelijk in strijd was met artikel 26 IVBPR. Ik zeg bewust 'mogelijk': het was een oordeel van de Staatssecretaris, dat uiteraard kan worden betwist. Een uitvoerige afweging daaromtrent treft men in de Handelingen echter niet aan. Ten derde is het de vraag hoeveel het alternatief precies waard was. Als men Hoge Raad en Hof verwijt dat zij tegen de uitdrukkelijke wens van de Kamermeerderheid in gingen, dan dient men te bedenken dat wat die Kamermeerder-

¹⁵⁷ *Ibid.*, r.o. 3.7.

¹⁵⁸ Vgl. De Wit 2012, p. 276-277.

heid exact wilde, verdragsrechtelijk niet mogelijk was. Het doel van die meerderheid, het maximaliseren van de belastinginkomsten, was dan alleen significant bereikt door het afschaffen van de gehele overgangsregeling of het bedenken van een nieuw, maar vermoedelijk soortgelijk criterium. Gelet op het feit dat het om een overgangsregeling ging, zou het eerste vermoedelijk problematisch zijn geweest in het licht van de rechtszekerheid en artikel 1 EP. Het tweede had heel wel kunnen leiden tot een nieuwe ongelijke behandeling. In die zin is met de oplossing van Hof en Hoge Raad een relatief spoedige, en verdedigbare oplossing bereikt.

Wat leert het arrest *Grijze kentekens* in dit verband? In de eerste plaats is het een illustratie dat het de rechter ernst is met de waarschuwing dat hij mogelijk wél in het rechtstekort voorziet wanneer de wetgever zich van de mensenrechtelijke kwestie bewust is. Dat is goed om te weten, want zo vaak komt het niet voor dat de rechter 'doorbijt'. Ten tweede, dat de zinsnede uit het arrest *Arbeidskostenforfait* dat de rechter tot rechtsvorming overgaat wanneer zich de oplossing voldoende duidelijk uit 'het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis' laat afleiden, ruim kan worden uitgelegd. En tot slot, dat – afgezien van het toetsingskader – het ook nu weer uitmaakt of met de nieuwe regel derden in een nadeliger positie komen.

4.3.3.2 *Ontvangst in de literatuur*

Het arrest *Arbeidskostenforfait* heeft het debat over de grenzen van de rechtsvormende taak bij de toetsing aan mensenrechten niet beëindigd, wel bestendigd. Het arrest werd in de literatuur al snel een ankerpunt. Diverse auteurs verwijzen tegenwoordig kortweg naar *Arbeidskostenforfait* ter verduidelijking dat de rechter geen politieke keuzes wil maken, zelfs niet als het er om gaat rechtsbescherming te bieden.¹⁵⁹ Hoewel het arrest over het algemeen draagvlak geniet, zijn met name de 'randen' van het arrest nog altijd voorwerp van discussie.

Twee kritische stromingen kunnen in dat verband worden onderscheiden. In de eerste plaats zijn er auteurs die zich blijven afvragen of de in het arrest gevolgde gedachtegang wel voldoende recht doet aan de individuele rechtsbescherming.¹⁶⁰ Zo noteren Barkhuysen en Van Emmerik, kort na het arrest:

¹⁵⁹ Zie bijv. Martens 2000a; Kortmann 2008, p. 187; Verhey 2009, punt 63; Bovend'Eert 2009, p. 146; Sillen 2010, p. 183; Van der Schyff 2010, nr. 315; Voermans 2011, p. 65; Boogaard 2013, hoofdstuk IV.

¹⁶⁰ Zo bijv. Hartkamp 2000, p. 33; Barkhuysen & Van Emmerik 2001, p. 79-80; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, pp 63-64; Happé & Gribnau 2007, p. 456-457. Martens 2000a is gematigd positief, maar zet wel vraagtekens.

‘De rechter moet, ondanks het bestaan van meerdere opties om de verdragsschending ongedaan te maken, toch trachten rechtsherstel in het voorliggende individuele geval te bieden, door het treffen van een gepaste voorziening of – als dit niet mogelijk is – het toekennen van schadevergoeding. Dit sluit – anders dan weleens wordt beweerd – niet uit dat de wetgever daarna voorziet in een andersluidende (...) regeling. Door het treffen van een voorziening kan er aldus een soort van dialoog ontstaan tussen rechter en wetgever, over de wijze waarop een verdragsconforme regeling zou moeten worden weergegeven’.¹⁶¹

Soortgelijke kritiek klinkt vanuit fiscale hoek. Happé en Gribnau, bijvoorbeeld, delen het uitgangspunt dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* formuleert, maar wijzen er op dat de Raad doorgaans wel érg gemakkelijk aanneemt dat een kwestie politieke keuzes met zich brengt.¹⁶² Meussen gaat nog een stapje verder. Wat hem betreft is in kwesties à la *Arbeidskostenforfait* sprake van ‘een evidente onrechtvaardigheid in het Nederlandse rechtssysteem omdat een rechter op deze wijze aan een belastingplichtige geen effectieve rechtsbescherming biedt’.¹⁶³ Een enigszins vergelijkbaar standpunt lijkt intussen te worden ingenomen door diverse beoefenaren van het personen- en familierecht, dat andere rechtsgebied waarin rechterlijk abstineren niet ongewoon is.¹⁶⁴

De kritiek van civilisten, fiscalisten en mensenrechtenjuristen lijkt wat minder te leven in de wereld van het staatsrecht. Vanuit die hoek klinkt meer instemming met de rechterlijke terughoudendheid. Waar daar sprake is van kritiek, ligt die eerder in een tevél dan een te weinig aan rechterlijk activisme dat uit *Arbeidskostenforfait* zou blijken. Die instemming kent intussen wel gradaties. Ik bespreek er drie.

Zo op het eerste gezicht lijkt met name Verhey relatief ver te gaan in zijn bijval voor de, door de Hoge Raad gekozen lijn in *Arbeidskostenforfait*. Het arrest is volgens hem een voorbeeld van hoe het wél moet: ‘een effectief samenspel waarbij zowel het domein van de rechter als dat van de wetgever wordt gerespecteerd’.¹⁶⁵ Wellicht geïnspireerd door het Britse voorbeeld van de *declaration of incompatibility*, lijkt hij zelfs even te suggereren dat dit samenspel stéeds voor de hand ligt, niet alleen in het geval waarin de rechter zich voor politieke keuzes gesteld ziet.¹⁶⁶ Stelt de rechter vast dat de wet in strijd is met een verdragsnorm, dan is het, aldus Verhey, ‘in beginsel de wetgever die

¹⁶¹ Barkhuysen & Van Emmerik 2001, p. 80.

¹⁶² Happé & Gribnau 2007, p. 456. Zie eerder: Happé 1999, die de HR oproept tot wat meer activisme.

¹⁶³ Meussen 2006, p. 81.

¹⁶⁴ Vgl. C. Forder, ‘Kroniek van het personen- en familierecht’, *NJB* 2011/1758, onder verwijzing naar een annotatie van De Boer bij HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/609 (*Doorhaling geslachtsaanduiding*), punt 17.

¹⁶⁵ Verhey 2009, punt 63

¹⁶⁶ Vgl. ook Verhey 2008, waarin de auteur een vergelijking maakt tussen de Britse en de Nederlandse stelsels.

bepaalt hoe die strijd moet worden weggenomen'.¹⁶⁷ Verstaat men dat letterlijk, dan is niet rechtsbescherming het uitgangspunt, maar *judicial* restraint. De vraag is echter of Verhey het zó bedoeld heeft. Hoewel hij eerder opmerkte dat 'ruime bevoegdheden (...) lang niet altijd tot ruim gebruik ervan [leiden]', lijkt zijn betoog, op deze manier opgevat, voorbij te gaan aan artikel 94 Grondwet, dat de rechter immers vrij expliciet aanspreekt op het beëindigen van een schending.¹⁶⁸ Dat zal vermoedelijk niet zijn insteek zijn geweest. De kritiek dat de Hoge Raad zich te weinig rekenschap van de individuele rechtsbescherming geeft, lijkt Verhey echter niet te onderschrijven.

Bijval vinden we ook bij Boogaard, zij het dat deze bijval vooral gestoeld is op de constatering dat het in *Arbeidskostenforfait* in wezen 'ook om niets ging'. Boogaard beschouwt de terughoudendheid die in *Arbeidskostenforfait* besloten ligt als een kwestie van institutionele politiek.¹⁶⁹

Gedraagt de rechter zich daarmee laf, partijdig of afhankelijk? Nee, aldus Boogaard. Hij acht het verdedigbaar dat de Hoge Raad zich rekenschap geeft van goede verhoudingen met de andere staatsmachten. De rechter zou zijn gezag op het spel zetten als hij bij elke geconstateerde onrechtmatigheid 'op de tenen van zijn (...) collega-staatsmachten' staat.¹⁷⁰ Tegenover het rechtsstatelijke beginsel dat de rechter rechtsbescherming biedt, zet Boogaard het rechtsstatelijke beginsel van machtsevenwicht. Dat zou gediend zijn met het besef van de rechter dat er grenzen zijn aan wat hij kan doen. Hoe meer sprake is van een kwestie 'van geringe ernst', hoe eerder de rechter zich ertoe kan beperken de onrechtmatigheid slechts te signaleren.

Meer kritiek, zij het van een geheel andere orde dan hiervoor besproken, komt van Bovend'Eert. Die kritiek geldt niet de overweging van de Hoge Raad dat er keuzes kunnen zijn die – omdat niet kan worden aangesloten bij het stelsel van de wet en zij rechtspolitiek van aard zijn – buiten de rechtsvormende taak van de rechter vallen. Daarmee is Bovend'Eert het eens.¹⁷¹ Steen des aanstoots is voor hem dat de Hoge Raad zichzelf bevoegd verklaart om zulke keuzes alsnog te maken als de wetgever de kwestie op haar beloop laat. Dat, aldus Bovend'Eert, is:

'niet goed te rijmen met het uitgangspunt dat het wezen van de rechterlijke functie is dat de rechter slechts op grond van rechtmatigheidscriteria tot een bindende beslissing kan komen. Wanneer de rechter geen wettelijk houvast heeft om een rechtmatigheidsoordeel te vellen, dan ontbreekt voor hem de grondslag om te oordelen.'¹⁷²

167 Verhey 2009, punt 59.

168 Verhey 2008, p. 215.

169 Boogaard 2013, p. 120.

170 *Ibid.*

171 Bovend'Eert 2009, p. 151.

172 *Ibid.* Zo ook: Kortmann 2008b.

Bovend'Eert levert daarmee belangrijke kritiek: de rechter zou de *bevoegdheid* niet hebben om in rechtsbescherming te voorzien, ook niet als de wetgever in gebreke blijft. Hij neemt daarmee diametraal stelling tegenover diegenen die menen het belang van rechtsbescherming onderstrepen, maar hij verschilt ook van auteurs als Boogaard die de kwestie niet in termen van bevoegdheid, maar in termen van institutionele politiek zien.

4.3.3.3 *Eigen observaties*

Wat te denken van deze kritiek en bijval? Ik bespreek hier nog niet de vraag of het beginsel van effectieve rechtsbescherming de rechter inderdaad dwingt om verder te gaan dan het piketpaaltje dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* slaat. Ik analyseer die kwestie in deel II. Wel plaats ik hier alvast enige kanttekeningen.

Wat in de eerste plaats opvalt, is dat de vraag óf uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan worden afgeleid dat de rechter verder had moeten gaan, voor lang niet iedereen van belang is. Enkele critici, niet allemaal overigens, zijn vrij uitgesproken in de opvatting dat het niet bieden van rechtsherstel zich niet verdraagt met de rechterlijke functie. De voorstanders van rechterlijke terughoudendheid zijn, omgekeerd, nauwelijks overtuigd door een beroep op dat beginsel. Voor Bovend'Eert kan het beginsel geen substituut zijn voor een ordentelijke bevoegdheidstoedeling – wat in strijd is met de rechterlijke functie, wordt het ook niet doordat effectieve rechtsbescherming moet worden verleend – en voor Boogaard is rechtsbescherming ondergeschikt aan institutionele politiek. Als de rechter zijn gezag in een relatief onbelangrijke zaak verliest, dan heeft hij straks helemaal geen rechtsbescherming meer te bieden als het er écht om gaat. Beide standpunten komen mij problematisch voor.

Het betoog van Bovend'Eert is principieel, maar het gaat van de enigszins dichotome veronderstelling uit dat de opvatting van de rechter over 'wat in het wettelijk stelsel past' alleen bevestigend of ontkennend kan worden beantwoord. In de praktijk lijkt het mij eerder een kwestie van meer of minder. De rechter kan in een bepaald geval tot het oordeel komen dat het, gelet op zijn beperkte capaciteiten en democratische legitimatie, beter is de wetgever voorrang te verlenen. Daarmee is niet gezegd dat hij helemaal geen oplossing zou kunnen bedenken die ook maar enigszins bij het stelsel zou aansluiten. Het feitencomplex in de arresten *Arbeidskostenforfait* en *Grijze kentekens* illustreert dat. Zó verschillend waren die zaken, in termen van wettelijk stelsel en mensenrechtelijk defect, nu ook weer niet. Toch komt de rechter in het ene geschil met een remedie, in het andere niet.

Boogaard signaleert dit verschil wel, en hij verklaart dat door institutionele politiek die in zijn ogen gerechtvaardigd wordt door de machtscheiding en het gezag van de rechter. Het probleem van zijn koers is evenwel dat deze staatsrechtelijk goed in de oren klinkt, maar enigszins lijdt aan een bewijspro-

bleem. Als de rechter afwijkt van de regel dat een onrechtmatigheid door hem verholpen wordt, maakt hij althans inbreuk op het recht van de klager op een remedie. Het grondrechtendiscours eist van de overheidsorganen, zoals de rechter, dat zij dan *concreet* uitleggen waarin het belang van die inbreuk schuilt en dat zij feiten aandragen waaruit blijkt dat abstinereen inderdaad de enige geschikte en minst vergaande optie is om aan dat belang tegemoet te komen. Voor de wetgever en bestuursorganen is dat niet anders. Wij accepteren (gelukkig wat mij betreft) niet meer van Defensie dat men vrouwen en homoseksuelen uit het leger weert omdat 'dat tot praktische problemen zou leiden' of 'slecht zou zijn voor het aanzien' van het leger. Evenmin accepteren wij van burgemeesters dat zij onwelgevallige demonstraties verbieden 'omdat het weleens uit de hand zou kunnen lopen'. De rechter accepteert zulke algemeenheden doorgaans niet zonder concrete bewijzen. Levert de overheid die bewijzen niet, dan krijgt het belang van het individu voorrang. Waarom zou iets soortgelijks niet voor de rechter gelden? Ik ben er vooralsnog niet van overtuigd dat het staatsrecht zulke bewijzen snel kan leveren, al was het maar omdat de Nederlandse rechter in het kader van het Unierecht wél in een remedie moet voorzien. Dat lijkt tot dusver zijn gezag niet onherstelbaar te hebben aangetast.

4.3.3.4 *De weg na Arbeidskostenforfait: stille dood van de terme de grâce?*

Het is intussen meer dan tien jaar geleden dat het arrest *Arbeidskostenforfait* werd gewezen.¹⁷³ Voor klassiekers in het recht is dat gegeven niet relevant. Standaardoverwegingen overleven de jaren. Een digitaal tijdperk is daarvoor niet eens nodig. Zoals gezegd heeft de literatuur *Arbeidskostenforfait* omarmd als zo'n klassieker. De vraag is intussen wel hoe het de uitspraak is vergaan in de rechtspraktijk. In paragraaf 4.2.3.2 constateerde ik reeds dat het arrest minder vaak wordt geciteerd dan men, op basis van de literatuur, zou aannemen. De reden daarvoor is in belangrijke mate gelegen in het feit dat de hoogste rechters de wetgever zelden nog een *terme de grâce* gunnen. De uitspraken van de Afdeling waarin de Kieswet in strijd met IVBPR en het Unierecht werden verklaard, zijn er de laatste voorbeelden van.¹⁷⁴

Komt dat omdat de rechter zich de (in 4.3.3.2 weergegeven) kritiek uit de literatuur ter harte heeft genomen en nu rechtsbescherming biedt? Deels misschien wel. Het kwam de afgelopen twaalf jaar in elk geval wel voor dat de rechter bij strijd tussen een wettelijk voorschrift en een mensenrecht in een remedie voorzag. Hij verwees dan zelden naar het afwegingsmechanisme uit *Arbeidskostenforfait*.¹⁷⁵ Dat past bij de met enige regelmaat gehoorde verzuch-

173 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. Bloembergen.

174 ABRvS 19 oktober 2003, AB 2003/463 m.nt. PJS (*Kiesrecht Martijn*); ABRvS 21 november 2006, AB 2007/80 m.nt. PAS, NJCM-Bulletin 2007, p. 635-645 m.nt. Uzman (*Eman & Sevinger*).

175 Dat past bij de verzuchting van Stolker.

ting dat de rechter de rechtsvormende taak vrijwel uitsluitend noemt wanneer hij meent dat een interpretatie die taak te buiten gaat.¹⁷⁶ Een voorbeeld waarin de Hoge Raad nog wel subtiel verwijst naar *Arbeidskostenforfait*, betreft een zaak uit 2001 over de strijd tussen een bepaling uit de Successiewet en artikel 26 IVBPR:

‘In dit geval kan door de rechter effectieve rechtsbescherming worden geboden door de discriminatoire regeling buiten toepassing te laten. Daartoe zal de Hoge Raad overgaan, waarbij in aanmerking wordt genomen dat (...) uitgesloten moet worden geacht dat de wetgever, zich bewust van de in het voorgaande geconstateerde discriminatie, ertoe zou besluiten de werking van de fictiebepaling uit te breiden tot willekeurige derden (...) zulks te meer nu de Werkgroep modernisering successiewetgeving (...) in haar rapport van 13 maart 2000 heeft voorgesteld de fictiebepaling geheel te laten vervallen’¹⁷⁷

Het weergegeven citaat doet eigenlijk niet goed recht aan het gegeven dat de Hoge Raad er hier ‘vol in lijkt te gaan’ om rechtsbescherming te verlenen. Beslissend lijkt, dat de wetgever eigenlijk geen andere keuze heeft dan de bepaling zó aan te passen dat de problematische fictiebepaling aangepast of ingetrokken wordt. Het is in dat verband wel opmerkelijk dat de Hoge Raad daarvoor het rapport van een werkgroep als bewijsmiddel aandraagt. Te meer daar, annotator Zwemmer merkt dat op, dat rapport de conclusie die de Hoge Raad daaraan verbindt, niet lijkt te dragen.¹⁷⁸ De Hoge Raad lijkt hier niet zozeer op de wetgever af te willen gaan, als wel deze met zachte hand te willen sturen.

In andere zaken verwezen de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters in het geheel niet naar het afwegingskader. Toen de Afdeling artikel 8:73 zó uitgelegde dat de bepaling ook een grondslag bood voor een bestuursrechtelijke schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn in de rechterlijke procedure, legde zij niet uit in hoeverre die keuze in het stelsel van de wet paste, in hoeverre zij een rechtspolitiek karakter droeg en waarom dat

176 De Werd 2004, p. 104; Kortmann 2005, p. 250-251; Uzman & Stolker 2009, p. 478. De rechtsvormende taak lijkt er dan ook vooral te zijn voor de negatieve boodschap. Als de rechter goed nieuws voor de klager heeft, spreekt hij van effectieve rechtsbescherming. Het is dus of *niet* mogelijk om een bepaalde rechtsvormende interpretatie te kiezen, of *wél* mogelijk om een interpretatie te kiezen waarmee effectieve rechtsbescherming kan worden geboden. Zoals men in de wereld van de marketing zou zeggen: een kwestie van *framing*.

177 HR 10 augustus 2001, BNB 2001/400 m.nt. Zwemmer (*Recht van overgang*).

178 Zie punt 1 van zijn noot. Daar moeten wij niet-fiscalisten – die daarnaar geen onderzoek deden – dan maar op afgaan. Nog één terzijde. De Wit 2012, p. 281 merkt op dat het oordeel van de Hoge Raad dat de rechtspraak de kwestie zelf kan oplossen, niet wordt gedeeld door de Advocaat-Generaal. Dat lijkt mij onjuist. Ook de A-G bepleit een rechterlijke remedie. Anders dan de HR kiest hij alleen voor conforme interpretatie in plaats van buiten toepassing laten.

niet problematisch was.¹⁷⁹ Evenmin legt de Hoge Raad uit waarom conforme interpretatie wél mogelijk is in het geval van de ouder die, in strijd met de bewoordingen – en naar het mij voorkomt, ook het stelsel van de wet – een eenhoofdig verzoek tot gezamenlijke ouderlijke macht indient.¹⁸⁰ Evenmin ziet de Hoge Raad constitutionele bezwaren tegen het buiten toepassing laten van artikel 7 Kostenwet invordering rijksbelastingen als de klager forse kosten van het betekenen van een dwangbevel in rekening worden gebracht en zij geen mogelijkheid heeft om aan te voeren dat zij nooit een schriftelijke aanmaning heeft gehad.¹⁸¹

Toch lijkt de Hoge Raad eerder terughoudender dan activistischer geworden, zeker waar het de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel betreft. Die terughoudendheid zit hem echter niet zozeer in de fase van de remedie, maar in de fase daarvoor, van de toetsing. De *terme de grâce* faciliteerde in zekere zin dat de rechter zich wat soepeler kritiek op wetgeving kon veroorloven omdat het aan de wetgever was om over de oplossing na te denken.¹⁸² De Hoge Raad lijkt die ruimte in belastingzaken niet meer te zoeken. Diverse auteurs constateren dat men op Huis Huguetan beducht is geworden de belastingwetgever op de vingers te tikken.¹⁸³ Dat gebeurt onder de vlag van een subtiële koerswijziging in de rechtspraak van het EHRM. Vrijwel gelijktijdig met *Arbeidskostenforfait* neemt men in Straatsburg een ontvankelijkheidsbeslissing waarin het gewag wordt gemaakt van ‘*a wide*’ in plaats van de tot dan toe gebruikelijke ‘*certain margin of appreciation*’ die lidstaten op fiscaal terrein zou toekomen.¹⁸⁴ De Hoge Raad ziet daarin een signaal dat hij de wetgever minder prominent achter de broek te zitten heeft. Hij geeft de, door het EHRM aan de lidstaten gelaten, *margin of appreciation* door aan de wetgever.¹⁸⁵ Zo overweegt hij in 2002:

‘Hierbij verdient opmerking dat op fiscaal gebied aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij het beantwoorden van de vraag of gevallen voor

179 ABRvS 4 juni 2008, AB 2008/229 m.nt. Widdershoven (*Schadevergoeding redelijke termijn*). Zoals in par. 3.2.1.2 uiteengezet, had de Afdeling n.m.m. overigens best een verhaal gehad. Zie voorts: CRvB 18 juni 2004, AB 2004/296 m.nt. Pennings (WSG); ABRvS 30 november 2011, AB 2012/142 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Verklaring van geen bezwaar*); ABRvS 17 mei 2013, JB 2013/92 m.nt. Sanderink (*Kentekenregister*).

180 HR 27 mei 2005, NJ 2005/485 m.nt. JdB.

181 HR 10 juli 2009, BNB 2009/246 m.nt. Zwemmer (*Kosten betekening dwangbevel*).

182 En volgens sommigen zelfs: na te denken of men het überhaupt met de rechter eens is. Zie Boogaard 2013.

183 Happé & Gribnau 2007, p. 446-447, 455; De Wit 2012, p. 287; Boogaard 2013, p. 111.

184 EHRM (ontv.) 22 juni 1999, no. 46757/99, BNB 2002/398 m.nt. Happé (*Della Ciaja t. Italië*). De ‘*certain margin*’ treft men aan in: EHRM (plenair) 8 juli 1986, no. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 176.

185 Vraag is intussen wel of de nationale rechter de *margin* één op één te vertalen heeft in discretionaire vrijheid van de nationale autoriteiten. Ik ga daarop echter niet in. Zie nader: Jak & Vermont 2007, p. 133.

de toepassing van de bedoelde verdragsbepalingen als gelijk moeten worden beschouwd, en of, in het bevestigende geval, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om die gevallen niettemin in verschillende zin te regelen'.¹⁸⁶

Deze rechtspraak blijkt bestendig.¹⁸⁷ De Hoge Raad gaat echter verder. Ook als een voorschrift mogelijk wél in de gevarenzone zou komen, bijvoorbeeld omdat een gemaakt onderscheid arbitrair wordt, dan nóg verklaart de Hoge Raad zo'n voorschrift niet snel in strijd met de artikelen 14 EVRM of 26 IVBPR. In dat geval krijgt de appellant te horen dat het belastingrecht nu eenmaal een veelheid aan subtiele en technische ongelijkheden kent, en dat de wetgever de ruimte moet krijgen om af en toe met de heggenschaar aan de slag te gaan. Niet elke discriminatie is daarom per definitie onrechtmatig.¹⁸⁸ Deze houding van de Hoge Raad doet enigszins denken aan zogenaamde *Appellentscheidungen* in het Duitse recht, waarin het Federale Constitutionele Hof de Duitse wetgever in het verleden weleens wees op defecten in financiële regelgeving, maar ervan af zag de regeling ook in het dictum daadwerkelijk ongrondwettig te verklaren. De wetgever kreeg dan wel het vriendelijke verzoek nog eens naar het defect te kijken. Een dergelijk verzoek doet de Hoge Raad niet, maar het onderliggende idee lijkt mij hetzelfde.

Om tot de kern te komen: is de *terme de grâce* een stille dood gestorven? Het is in elk geval zo dat de Hoge Raad, vooral in het belastingrecht, sinds 2001 geen wetgeving meer in strijd met de non-discriminatiebepalingen heeft verklaard.¹⁸⁹ Dat is hem op kritiek komen te staan. Vanuit de fiscale wetenschap wordt geregeld gebromd dat het 'heilige ontzag' dat de Hoge Raad voor de wetgever aan de dag legt, ervoor zorgt dat de rechter de drogredenen voor zoete koek slikt, die de grillige politiek hem voorhoudt.¹⁹⁰ Of de rechtspraak aan de terughoudende koers vast blijft houden of niet, het valt zeker niet uit te sluiten dat het EHRM, of een net iets té weinig subtiele wetgever, hem op een dag dwingen tot ingrijpen. Wat dan? Ik zie twee opties.

Het ligt, in de eerste plaats, voor de hand dat de rechter in zo'n geval weer terugvalt op het bekende toetsingsmodel van *Arbeidskostenforfait*, inclusief de relatief terughoudende wijze waarop hij dat model invult. In beginsel zal hij dan de keuzevrijheid van de wetgever respecteren.

Aan de andere kant kwam dat model tot ontwikkeling in een context waarbij de Hoge Raad zich wat meer vrijheid op het punt van de toetsing veroorloofde. In de ogen van Boogaard bijvoorbeeld, is het abstineren van

186 HR 12 juli 2002, *BNB* 2002/399 m.nt. Happé onder nr. 400 (*Kosten van kinderopvang*), r.o. 3.10.

187 Zie o.a. HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé (*Beroepskosten*); HR 9 oktober 2009, *BNB* 2010/77 m.nt. Essers.

188 Vgl. o.a.: HR 10 juni 2005, *BNB* 2005/319 m.nt. Happé (68%-regeling).

189 De Wit 2012, p. 287.

190 Meussen 2006, p. 83 en 88. Zie voorts: Niessen 2009, p. 11. Genuanceerder: Happé & Gribnau 2007, p. 459.

de Hoge Raad onlosmakelijk verbonden met het feit dat het in de belasting-zaken tot dusver ook nooit om ernstige kwesties ging. Een rechter, aldus Boogaard, die:

‘ter gelegenheid van alles wat onrechtmatig genoemd kan worden *rücksichtslos* en voortdurend op de tenen van (...) collega-staatsmachten staat, [zou] snel het gezag verliezen dat hij in andere belangrijke zaken graag gehad zou hebben’.¹⁹¹

Dat roept de vraag op of de ratio die Boogaard aan de *terme de grâce* geeft, nog wel opgaat als de rechter bijzonder terughoudend toetst. Wanneer de Hoge Raad onbelangrijke kwesties in de toetsingsfase met de mantel der liefde bedekt, kan hij de kwestie – wanneer hij dan wél gedwongen wordt kleur te bekennen – alsnóg abtineren omdat hij zijn gezag ‘alleen bij belangrijke zaken’ inzet. De vraag is dan wel in hoeverre een fiscale kwestie, mits niet evident op verdachte gronden van onderscheid wordt gediscrimineerd, ooit zo’n belangrijke kwestie wordt. Voorlopig meen ik dus dat de *terme de grâce* nog niet dood is. Zij slaapt.

4.4 UITGELEIDE

In welke gevallen abtineert de Hoge Raad? De standaardoverweging uit *Arbeidskostenforfait* suggereert dat hij dat alleen doet als er politieke keuzes te maken zijn, maar dat antwoord zou te beperkt zijn. In de eerste plaats beziet de rechter of hij het bestreden voorschrift buiten toepassing kan laten, en of de klager daarbij baat heeft. Is dat niet het geval, dan zal de rechter moeten onderzoeken of hij ‘op een andere wijze in het rechtstekort kan voorzien’. Lees: of hij het voorschrift verdragsconform kan interpreteren. Is dat wel het geval, dan rijst de vraag of artikel 94 Gw de rechter ook verplicht om de bepaling buiten toepassing te laten. Ik meen dat dit zo is, maar dat op die plicht uitzonderingen moeten worden aangenomen voor de gevallen waarin dat zou leiden tot een nieuwe verdragsschending of tot strijd met een rechtsbeginsel. In de praktijk ziet de rechter overigens wel in meer situaties van het buiten toepassing laten van het voorschrift af, zoals in het geval het buiten toepassing laten zou leiden tot één van verschillende verdragsconforme beleidsuitkomsten, of het geval waarin de onrechtmatigheid het gevolg is van meerdere, op zichzelf gezien rechtmatige, regelingen. Is buiten toepassing laten geen optie, dan schiet de rechter door naar de vraag of hij, door gebruikmaking van zijn interpretatieve mandaat, in een oplossing kan voorzien. Hij plaatst die kwestie dan in het kader van de begrenzingen van de rechtsvormende taak. Deze terminologie is door sommigen bekritiseerd. Zie ik het goed, dan gaat het de meeste auteurs er niet om te ontkennen dat de rechter rechtsbescherming te

¹⁹¹ Boogaard 2013, p. 120.

bieden heeft, desnoods door interpretatie van het wettelijk voorschrift of de rechtstreekse toepassing van, ook weer geïnterpreteerd, verdragsrecht. In zoverre gaat het om een terminologische discussie. De vraag hoe ver de rechter kan gaan bij de gebruikmaking van zijn interpretatieve mandaat is een institutionele. Volgens de Hoge Raad kan tot het bieden van rechtsbescherming worden overgegaan wanneer aangesloten kan worden bij het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de wetsgeschiedenis. Van 'rechtsvorming' moet worden afgezien zodra de rechter het politieke domein van de wetgever nadert en er beleidskeuzes in het verschiet liggen. De Hoge Raad waarschuwt echter dat het abstineren in beginsel van tijdelijke aard is: laat de wetgever de kwestie op zijn beloop, dan acht hij zich bevoegd alsnog zijn interpretatieve mandaat in te zetten. Deze praktijk is, tot slot, bekritiseerd. Inmiddels zet de rechter de *terme de grâce* nauwelijks nog in. In non-discriminatiekwesties komt hij in verreweg de meeste gevallen niet tot het vaststellen van een schending. Buiten die gevallen, waar het bijvoorbeeld om toetsing aan artikel 6 EVRM gaat, leent de zaak zich doorgaans voor een remedie.

