



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

5 | De *terme de grâce* nader beschouwd (gevolgen)

5.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is gezien in welke gevallen de Nederlandse rechter afziet van het bieden van een (constitutionele) remedie omdat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. We zagen dat de rechter het dan voorlopig aan de wetgever overlaat om de kwestie te regelen. Hij gunt de laatste een zogenaamde *terme de grâce*. Dat verschijnsel komt nu wat uitgebreider aan de orde. Ik ga in op drie aspecten. In de eerste plaats zie ik wat de (rechts)gevolgen zijn van het oordeel van de rechter, dat een wettelijke regeling onverenigbaar is met verdragsrecht, maar dat hij daar niets aan kan doen. Men treft mijn bevindingen aan in paragraaf 5.2. Vervolgens ga ik in op de positie van de klager. Welke mogelijkheden heeft deze om alsnog rechtsherstel te krijgen? In het bijzonder gaat het mij daarbij om de mogelijkheid schadevergoeding te krijgen (§ 5.3).

5.2 GEVOLGEN VOOR DE ANDERE STAATSMACHTEN: DE STATUS VAN HET VOORSCHRIFT

Ziet de rechter ervan af om in een remedie te voorzien, dan laat hij het over het algemeen bij de vaststelling dat het wettelijk stelsel mensenrechtelijk niet in de haak is.¹ Er ligt in dat geval materieel een toetsingsuitspraak, zij het

1 Zelfs dat deed hij in het verleden regelmatig niet. Het abstineren vond dan plaats in de toetsingsfase en niet in de fase van de remedie. De rechter overweegt in zo'n geval dat hij ervan afziet te toetsen of een wettelijk voorschrift in strijd is met verdragsrecht omdat de kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Zie o.a. HR 16 november 1990, NJ 1991/475 (*Ontkenning vaderschap staande huwelijk I*); HR 8 juli 1994, NJ 1995/30 m.nt. C (*Horen deskundige*); HR 5 september 1997, NJ 1998/686 (*Duo-moeders*). Na een periode een wisselende koers te hebben gevaren (zie bijv. HR 23 september 1988, NJ 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Beukema & Van Veen*) waarin dan weer wel getoetst werd), lijkt de HR deze praktijk met HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*) te hebben beëindigd. Uitzonderingen zijn wel: HR 14 juni 2000, JB 2000/197 m.nt. HLJ (*Verzuimboete en hoger beroep*); HR 23 januari 2004, JB 2004/75 m.nt. RMPGN-C. Ook de Afdeling laat de mogelijke strijd nog weleens in het midden. Zie o.a. ABRvS 29 oktober 2003, JB 2004/3 m.nt. LV (*Kiesrecht en curatele*) en Vz. ABRvS 29 maart 2007, LJN A2212 (*Doorhaling BIG-register*).

dat de rechter daaraan expliciet weigert gevolgen te verbinden. In deze paragraaf ga ik in op de waarde van zo'n toetsingsuitspraak.

Ik doe dat door eerst te bezien wat de procesrechtelijke gevolgen zijn van een dergelijke uitspraak. Zijn wetgever, bestuur en andere rechters gebonden aan de materiële vaststelling dat het voorschrift onverenigbaar is (5.2.1 en 5.2.2.)? Dat is de theorie. Vervolgens bezie ik hoe de wetgever in de praktijk gevolg geeft aan materiële onverenigbaarverklaringen van de rechter (5.2.3). Tot slot ga ik in op de vraag of de wetswijziging ook betrekking moet hebben op gevallen uit het verleden (5.2.4).

5.2.1 De theorie I: procesrechtelijke gevolgen van rechterlijk absteren

Het uitgangspunt is dat het oordeel van de rechter dat een voorschrift onrechtmatig is, zelfs als de rechter daaraan wél consequenties verbindt, niet het bestaan van dat voorschrift in gevaar brengt. Voorschriften die in strijd zijn met verdragsrecht zijn nietig noch vernietigbaar.² De Hoge Raad bevestigde die lijn in 2003, in het arrest *Waterpakt*:

‘Het buiten toepassing laten van formele wetgeving (...) geldt immers alleen jegens de eiser(s) in de procedure en het heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken’.³

Het toetsingsoordeel van de rechter bewerkstelligt dus alleen dat hijzelf het voorschrift in het hem voorgelegde geschil niet toepast. Doet hij dat niet omdat hij vreest voor een rechtstekort dat hij niet zou kunnen vullen, dan zijn dus de andere staatsmachten aan zet. In de praktijk komt het er op neer dat de wetgever het voorschrift zal moeten wijzigen of intrekken. Het gaat immers ook de rechtsvormende taak van het bestuur te buiten om de kwestie zelfstandig op te lossen. De Afdeling Bestuursrechtspraak wijst daarop in haar uitspraak in *Eman & Sevinger*:

‘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’.⁴

² HR 6 maart 1865, W 2624.

³ HR 21 maart 2003, NJ 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*), r.o. 3.5.

⁴ ABRvS 21 november 2006, AB 2007/80 m.nt. PAS, (*Eman & Sevinger*), r.o. 2.3.3. Soortgelijk, zij het casuïstisch gemotiveerd: ABRvS 27 januari 2011, AB 2011/105 m.nt. PJS (*Geldigverklaring SGP-lijst*).

Het rechtsherstel zal dus van de wetgever moeten komen. We weten van het zojuist aangehaalde arrest *Waterpakt* dat de rechter in elk geval de wetgever daartoe niet een expliciet bevel kan geven:

‘De (...) op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. (...) Ook (...) indien moet worden aangenomen dat de Staat (...) onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog (...) wetgeving vast te stellen. Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen (...) en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden’.⁵

Betekent dit nu dat de wetgever het voorschrift ook niet hoeft aan te passen? Of betekent het alleen dat de rechter de wetgever niet een direct bevel kan geven dit te doen, maar dat de eerste daartoe op basis van het geldende recht niettemin wel verplicht blijft.⁶ Hier moet, denk ik, een verschil worden gemaakt tussen wat rechtens is, en wat een kwestie van hogere politiek. Rechts rust op de wetgever de plicht om een wettelijke regeling vast te stellen of te wijzigen zodra dit uit het hogere recht voldoende eenduidig volgt.⁷ Dit volgt uit de algemene verplichting dat ook de wetgever loyaal uitvoering geeft aan het Unierecht en het EVRM.⁸ Sommige auteurs, zoals Schutgens, leiden zo’n verplichting bovendien af uit overwegingen van rechtszekerheid en constitutionele zuiverheid: de burger zou bij niet-intrekking uit blijven gaan van een onrechtmatig voorschrift.⁹ Maar of de wetgever ook iets met die juridische verplichting doet, is een politieke kwestie:

‘Evenzeer is het een kwestie van politieke beoordeling of de Staat, wanneer niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze formele wetgeving is tot stand gebracht ter

5 HR 21 maart 2003, NJ 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*), r.o. 3.5.

6 Zie over deze kwestie uitgebreider, de dissertatie van Boogaard (2013).

7 Aldus ook Van Houten 2001, p. 13.

8 Voor het EVRM zie o.a. EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2009, no. 32772/02 (*Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland No. 2*), §61; Impliciet: EHRM 9 november 2010, no. 664/06 (*Losonci Rose & Rose t. Zwitserland*), §50. Voor het Unierecht geldt het beginsel van loyale samenwerking ex art. 4 lid 3 VEU.

9 Schutgens 2009a, p. 43. Anders: Sillen 2010, p. 153-154, die het standpunt van Schutgens wenselijk, maar geen geldend recht vindt. Hij leidt dat af uit HR 18 februari 2005, JB 2005/92 m.nt. EvdL (*Ziekte van Aujeszky*), waarin de HR het bestuur, in het kader van bestuurswetgeving, voor de keuze lijkt te stellen om het voorschrift te wijzigen dan wel niet, of gewijzigd, toe te passen.

implementatie van een richtlijn, het wil laten aankomen op een eventuele inbreuk-procedure'.¹⁰

De Hoge Raad lijkt het dus uiteindelijk een kwestie van hogere politiek te vinden, of de wetgever zijn rechtsplicht nakomt of niet. Juist omdat het gaat om een politieke kwestie, laat dat echter onverlet dat de schending van die rechtsplicht wél aanleiding kan zijn tot een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad.¹¹ De onrechtmatigheid is dan het gegeven dat de wetgever een wet met een onrechtmatige inhoud vaststelde en in stand houdt. Dat het voor de eiser in zo'n geval misschien nog niet zo eenvoudig is om schade en causaal verband aan te tonen – ik kom daar in de volgende paragraaf over te spreken – doet aan dat principe niet af. Vanuit dát perspectief is er inderdaad een rechtsplicht voor de wetgever om onrechtmatige (lees: met het EVRM of het Unierecht strijdige) voorschriften te wijzigen of in te trekken.

Er is nog wel een complicatie. Wie de plicht tot wijziging of intrekking stoelt op het hogere recht zelf en de loyaliteitsverplichtingen van de wetgever, veronderstelt dát het voorschrift ook inderdaad in strijd is met het EVRM of het Unierecht.¹² De Nederlandse rechter heeft dit zo wel vastgesteld, maar is de wetgever daaraan ook gebonden?

Men kan die vraag puur procesrechtelijk benaderen. In dat geval is het antwoord, dat binding van de wetgever aan het oordeel van de rechter, afhangt van het type procedure. Voor alle tweepartijengeschillen geldt dat uitsluitend de procespartijen gebonden zijn aan het oordeel van de rechter.¹³ Doorgaans is de wetgever geen partij bij het geschil in kwestie. Alleen wanneer het gaat om een directe onrechtmatigedaadsactie tegen de Staat, is de wetgever als onderdeel van de aangesproken rechtspersoon, partij. De zaken waarin een *terme de grâce* aan de orde is, behoren normaal gesproken echter niet tot deze categorie. Het gaat veelal om geschillen waarbij het verdragsrecht bij wijze

10 HR 21 maart 2003, NJ 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*), r.o. 3.5. Mij persoonlijk lijkt dit standpunt overigens onjuist. Het staat namelijk op gespannen voet met het uitgangspunt van de arresten *Costa/ENEL* en *Simmenthal*, dat het in de EU-rechtsorde nu juist, anders dan in het gemene volkenrecht, *niet* aan de Staat is om te beslissen of men de Unierechtelijke verplichtingen zoals die worden uitgelegd door het Hof van Justitie, nakomt. Zie HvJEG 15 juli 1964, C-6/64 (*Costa t. E.N.E.L.*); HvJEG 9 maart 1978, C-106/77 (*Simmenthal*). Zou men het standpunt van de HR letterlijk nemen, dan kan ook de beslissing om wetgeving in strijd met het Unierecht vast te stellen een politieke daad van verzet zijn die de nationale rechter, in die theorie tenminste, te respecteren heeft. Het is juist die mogelijkheid, die door het HvJEG zo beslist is afgewezen. Bij mijn weten wordt dit standpunt door de Nederlandse juristerij onderschreven.

11 Zo ook: Schutgens 2009a, p. 44.

12 Ten overvloede: in de casus *Waterpakt* bleek het met die onduidelijkheid mee te vallen. Enkele maanden na het arrest van de HR, stelde het Hof van Justitie vast dat Nederland de Nitraatrichtlijn niet correct was nagekomen. Zie HvJEG 2 oktober, C-322/00 (*Commissie t. Nederland*). De Europese Commissie en A-G Léger kwamen al eerder tot die conclusie.

13 Zie Sillen 2010, p. 105-110.

van exceptief beroep wordt ingeroepen. In dat soort zaken is het dus lastig om procesrechtelijke binding van de wetgever aan het oordeel van de rechter te construeren. Het eerste procesrechtelijke antwoord op de vraag luidt dus ontkennend.

Een andere, zij het omstreden, manier van binding, op grond van het bestaan van een eventueel precedentenstelsel – biedt vermoedelijk evenmin uitkomst. Over de vraag of Nederland een *de facto* of *de iure* precedentenstelsel geniet, lopen de meningen uiteen.¹⁴ De standpuntbepaling loopt in dat verband ruwweg langs de lijnen van het debat over het bestaan van een rechtsvormende taak van de rechter. Diegenen die menen dat de rechter een rechtsvormende taak toekomt, hebben over het algemeen minder moeite met het aannemen van een precedentenstelsel, dan diegenen die zo'n taak afwijzen. Het debat gaat daarbij vooral over de vraag of binnen de rechterlijke kolom uit kan worden gegaan van binding aan elkanders, of de eigen oordelen. Over de wetgever gaat het niet. De opgeworpen argumenten voor zo'n precedentenstelsel (ruwweg: rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtspraktijk) laten zich ook slecht toepassen op de verhouding tussen rechter en wetgever. Dat de wetgever een wettelijke regeling op een andere wijze uitlegt dan de rechter moge wellicht niet handig zijn, maar het levert geen rechtstreekse bedreiging op voor de uniforme toepassing van het recht. Daar komt bij dat precedenten, als ze bestaan, worden gevormd door de confrontatie van een rechtsregel met een concreet rechtsfeit. Juist die confrontatie is afwezig in het wetgevingsproces, waarin het concrete rechtsfeit geen rol behoort te spelen. Ook een eventueel precedentenstelsel kan dus niet worden geconstrueerd als binding van de wetgever aan 's rechters oordeel over de verbindendheid van de wet.¹⁵ Het tweede procesrechtelijke antwoord op de vraag luidt dus eveneens ontkennend.

Het debat behoort daar echter niet op te houden. Uit het procesrecht mag dan niet volgen dat de wetgever gebonden is aan het oordeel van de rechter over de rechtmatigheid van wettelijke voorschriften, het is dan ook volstrekt ongeschikt om die vraag te beantwoorden. Tenzij er op een dag constitutioneel procesrecht ontstaat, zijn de procesrechtelijke regels niet geschreven voor de institutionele dialoog tussen rechter en wetgever. Het is het staatsrecht dat

14 Voorstanders zijn o.m.: Drion 1950, p. 26; Polak 1987, p. 178; Brunner 1994, p. 33; Vranken 1995, nr. 185; Snijders 1995, p. 14-19; Wiarda 1972/1999, p. 126-127; Brouwer & Schilder 2000, p. 186; Teuben 2005, p. 279. In het kamp der tegenstanders bevinden zich o.a.: Van Maanen 2000a, p. 100; Adams 2006, p. 111; Bovend'Eert 2008, p. 248-149; Sillen 2010, p. 115. Genuanceerd: Kottenhage 1986, p. 383.

15 Dat precedentenstelsel en binding van de wetgever aan rechterlijke oordelen niets met elkaar te maken hoeven te hebben, bewijst het Britse constitutionele recht. Hoewel men in Engeland een precedentenstelsel kent, is de wetgever volstrekt niet gebonden aan de rechterlijke interpretaties. Voor wat betreft toetsingsoordelen maakt art. 4 HRA dit duidelijk: het oordeel van de rechter dat een wettelijk voorschrift in strijd is met het EVRM is niet bindend voor de wetgever.

deze relatie reguleert, en het zijn dus staatsrechtelijke regels – zo zij er zijn – die bepalen of de ene staatsmacht aan beslissingen van de andere staatsmacht is gebonden, en onder welke voorwaarden.¹⁶

5.2.2 De theorie II: institutionele binding van de wetgever aan toetsingsoordelen?

Hoe moet de kwestie dan vanuit dat institutionele perspectief worden benaderd?

Ik denk dat er twee elementen zijn die van belang zijn voor de vraag of er een rechtsregel te bedenken is die suggereert dat de wetgever toetsingsoordelen na te volgen heeft. In de eerste plaats is dat de feitelijke praktijk. Het heeft weinig zin een theoretische regel te bedenken als de praktijk volstrekt een andere is. Houdt de wetgever zich, normaal gesproken, aan het oordeel van de rechter, of betwist hij die interpretaties weleens? Ik ga in de volgende paragraaf op die kwestie in. Ik concludeer daar dat de wetgever, voor zover ik dat kon nagaan, de oordelen van de rechter de afgelopen jaren, zij het vaak met wat vertraging, zonder meer accepteerde. Als we van dat standpunt uitgaan, dan is het vervolgens de vraag of de wetgever dat deed omdat hij dat fatsoenlijk vond – of omdat het hem niet slecht uitkwam – dan wel omdat hij meende dat hij daartoe verplicht was. Het is uiteraard moeilijk om zo'n veronderstelling van een verplichting aan te nemen, zeker in een zo divers gremium als dat van de wetgever. Een aanwijzing dat zo'n verplichting aangenomen wordt, kan zijn dat er een noodzaak voor zo'n regel zou bestaan, een zogenaamde *constitutional warrant*.¹⁷

Ik meen dat zo'n *constitutional warrant* bestaat. De verhouding tussen rechter en wetgever kenmerkt zich, zo mag men toch aannemen, als één van onderlinge loyaliteit en samenwerking. Men hoeft het niet met Vranken's *partners in the business of law* eens te zijn, om te accepteren dat de democratische rechtsstaat wel vaart bij, in de regel, harmonieuze verhoudingen tussen alle drie de staatsmachten.¹⁸ Verschijnselen als marginale toetsing, *sub judice* en conforme interpretatie kunnen als uitingen van deze regel worden gezien. In dat laatste geval is bij uitstek immers sprake van constitutionele hoffelijkheid. De bestaansgrond van de *terme de grâce* zoals ik die in dit boek beschrijf, het rechterlijk abstineren als gevolg van de grenzen van zijn rechtsvormende taak, is ook zo op te vatten. Martens doet dat bijvoorbeeld, waar hij benadrukt dat rechterlijk abstineren een kwestie is van beleid en niet van bevoegdheid, en vervolgens noteert:

16 Soortgelijk, in de Duitse context: Kischel 2006, p. 244-253.

17 Ik leen de term van Mark Elliott (Elliott 2001, p. 10-11).

18 Vranken 2006, p. 8-9. In de Duitse context is dat respect tussen de staatsinstellingen zelfs verheven tot beginsel. Zie over dat *Interorganrespekt* Lorz 2001.

‘De rechter maakt daarmee duidelijk dat goede verhoudingen binnen de trias hem véél waard zijn. Dat is uit een oogpunt van *raison d’état* ongetwijfeld verstandig beleid’.¹⁹

Martens doet de goede verhoudingen binnen de machtscheiding af als kwestie van *raison d’état*. Ik denk dat het nog wel iets meer is. Maar dat beginsel van constitutionele hoffelijkheid en loyaliteit is wederkerig. Het zou merkwaardig zijn als de rechter, die de formele bevoegdheid heeft om in rechtsherstel te voorzien, daarvan ten faveure van de wetgever zou afwijken terwijl de wetgever het oordeel van de rechter pontificaal naast zich neerlegt als ‘ook maar een mening’. Hij heeft het gezag van de rechter te respecteren. Dat gezag is voor een belangrijk deel gebouwd op twee pijlers: de finaliteit van het rechterlijk oordeel, voor zover dat gezag van gewijsde heeft gekregen en het interpretatieve gezag van de rechter. Dat betekent dat de wetgever toch wel iets moet met het rechterlijk oordeel dat een wettelijke regeling in strijd is met verdragsrechtelijke mensenrechten. Tegelijkertijd gaat het niet om een ‘harde’ plicht. Constitutionele hoffelijkheid is tenslotte iets dat wenselijk is, geen keiharde verplichting. Op het uitgangspunt dat de wetgever het rechterlijk oordeel respecteert en zich zet aan wijzigingswetgeving, zijn dus uitzonderingen te maken. Het kan bijvoorbeeld zijn dat er na de uitspraak van de rechter nieuwe ontwikkelingen zijn opgetreden zoals nieuwe, terughoudender, Straatsburgse of Luxemburgse rechtspraak. In zulke gevallen lijkt er geen noodzaak te zijn voor het volgen van de rechterlijke uitspraak. Wat er dan wel is, is de onuitgesproken plicht voor de wetgever om te motiveren: waarom is het nodig af te wijken van de rechterlijke opvatting. Harde binding is dat, zoals gezegd, echter niet.

5.2.3 Feitelijke binding: Hoe geeft de wetgever gevolg aan signalen van de rechter?

Tot dusver de theorie. Uit het procesrecht volgt niet een formele verplichting voor de wetgever om wetgeving die de rechter in strijd met grondrechten heeft verklaard, aan te passen, hoogstens een motiveringsplicht. Nu komt de praktijk aan de orde. Hoe geeft de wetgever gevolg aan uitspraken waarin de rechter hem een *terme de grâce* gunt? Is hier inderdaad, zoals Boogaard betoogt, sprake van een ‘materieel bevel tot wetgeving’?²⁰ Ik zie in deze paragraaf dus of de wetgever het oordeel van de rechter ook weleens naast zich neerlegt. Daar laat ik het niet bij. Nu we toch bezig zijn, wil ik ook wel weten hoe effectief het wetgevingsproces op dit punt is. Naast de vraag of de wetgever iets met de kwestie doet, zie ik daarom ook hoe hij dat doet. Biedt hij de klagende

¹⁹ Martens 2000a, nr. 9.

²⁰ Boogaard 2008; Boogaard 2013.

burger, en personen in een soortgelijke positie wel rechtsherstel of ontwerpt hij alleen een regeling voor de toekomst? En tot slot: hoe lang duurt het voordat de oplossing van de wetgever realiteit is?

Het zou ondoenlijk zijn om hier van álle zaken waarin een rechter tot nog toe abstineerde weer te geven hoe de reactie van de wetgever is geweest. Een simpele tabel met wat cijfers is, anderzijds, weinig informatief. Zulke cijfers laten niet de context zien waarin de wetgever heeft geopereerd. In plaats van voor één van beide uitersten te kiezen, ga ik daarom een aantal zaken na. Dat betekent dat ik een aantal zaken, waarin de *terme de grâce* speelde, selecteer en behandel. Ik kies ervoor om in elk geval de *leading cases* op het terrein van de rechtsvormende taak, van 1984 (het arrest *Optierecht Nederlanderschap*) tot nu te behandelen. Daarnaast pikte ik er wat markante gevallen uit: in welke gevallen duurde het erg lang, of was de wetgever juist onverwacht snel met het wijzigen van de regeling?

Optierecht Nederlanderschap (oktober 1984)

Op de eerste zaak waarin de Hoge Raad expliciet abstineerde volgde een pijlsnelle reactie van de wetgever. In *Optierecht Nederlanderschap* was de vraag aan de orde of het optierecht voor buitenlandse vrouwen, om middels een verklaring de Nederlandse nationaliteit te verkrijgen, ook toekwam aan buitenlandse mannen.²¹ Artikel 8 WNi kende alleen vrouwen het optierecht toe.²² Volgens de Hoge Raad ging de kwestie de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. Hij verwees haar naar de wetgever. Deze had in 1981 al een wetsvoorstel ter algehele herziening van het nationaliteitsrecht ingediend, onder andere vanwege de totstandkoming van enkele verdragen waar Nederland partij bij was.²³ In dat wetsvoorstel was voor een ander stelsel gekozen om te verzekeren dat buitenlandse partners relatief eenvoudig de Nederlandse nationaliteit konden verwerven. Het nogal ruimhartig toegekende optierecht werd daarbij vervangen door een minder vergaande regeling die bovendien op zowel mannen als vrouwen van toepassing was. Ten tijde van het arrest van de Hoge Raad lag dat wetsvoorstel in de Eerste Kamer. Drie maanden daarna, op 1 januari 1985, trad de wet in werking.²⁴ Bij deze pijlsnelle reactie van de wetgever moet bedacht worden dat de wetgever de wijziging al enige tijd in voorbereiding had en dat de wijziging van het stelsel dat tot de gewraakte ongelijke behandeling leidde, reeds in beraad was ten tijde van het arrest van de Hoge Raad.

21 HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230 m.nt. G (*Optierecht Nederlanderschap*).

22 Wet van 12 december 1892, Stb. 1892, 268.

23 *Kamerstukken II* 1981, 16 974 (R1181), nrs. A en 3.

24 Wet van 19 december 1984, Stb. 1984, 628.

Beukema & Van Veen (september 1988)

Reeds eerder noemde ik het arrest *Beukema en Van Veen* (ook wel bekend als de *Naamrecht*-casus).²⁵ Eind 1988 meende de Hoge Raad dat het verstandiger was ervan af te zien de vordering van Beukema en Van Veen, met betrekking tot de naamkeuze voor hun kinderen, toe te wijzen. Het geldende recht, dat niet voorzag in een keuze, was op dit punt weliswaar niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR, maar toewijzing van de vordering bracht *de facto* een stelselwijziging met zich en dat was een kwestie voor de wetgever. Er lag op dat moment al een voorontwerp voor een wettelijke regeling, maar daarop wilde de Hoge Raad niet anticiperen.²⁶ Het voorontwerp leidde in eerste instantie niet tot een wetsvoorstel. Pas in 1991, drie jaar na het arrest, werd een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gezonden.²⁷ Het arrest van de Hoge Raad wordt door de regering expliciet aangewezen als primaire reden voor wetswijziging. Pas in de tweede plaats noemt de regering de goedkeuring van het Vrouwenverdrag als reden om tot heroverweging van de wettelijke uitgangspunten over te gaan.²⁸ Ook met deze procedure tot wetswijziging ging het de regering niet voor de wind. Pas in 1997 bereikte het wetsvoorstel het Staatsblad. Van voorontwerp tot wetswijziging nam de wetswijziging daarmee 13 jaar in beslag en maakte zij drie kabinetten en vier verantwoordelijke ministers mee.

Hoger beroep in belastingzaken (mei 1989-december 2004)

Niet alleen gevoelige onderwerpen kunnen lang op de plank blijven liggen. Ook bij een op het eerste gezicht technocratische wetswijziging kan dat het geval zijn. De invoering van een tweede feitelijke instantie voor hoger beroep in het belastingrecht is tot een ware *saga* uitgegroeid. Vanaf het moment dat de Hoge Raad zich over de kwestie buigt tot het moment dat het uiteindelijke wetsontwerp het Staatsblad bereikt, zijn er 15 jaar verstreken. Reeds in 1989 is de kwestie voorgelegd aan de Hoge Raad. Deze laat in het midden of de regeling van artikel 18 AWR (rechtspraak in één feitelijke instantie) onverenigbaar is met artikel 14 lid 5 IVBPR.²⁹ Volgens de Raad is het doorbreken van het wettelijk stelsel van de rechterlijke organisatie een kwestie voor de wetgever. In de jaren daarna komt het niet tot een wetsvoorstel. Wel tot verschillende nieuwe klachten omtrent het ontbreken van een tweede feitelijke instantie.³⁰ Bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie (Tweede tranche Awb), spreekt de regering uit dat men voornemens is een tweede feitelijke instantie in te voeren

25 HR 23 september 1988, NJ 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Beukema & Van Veen*).

26 Zie o.m. *Kamerstukken II*, 1984/1985, 15 401, nr. 5, p. 6.

27 *Kamerstukken II* 1991/1992, 22 048, nrs. 1, 2 en 3 (vgl. ook nrs. A en B).

28 *Kamerstukken II* 1991/1992, 22 048, nr. 3, p. 2.

29 HR 3 mei 1989, BNB 1989/256 m.nt. Scheltens (*Hoger beroep belastingzaken*).

30 Vgl. bijv. HR 14 juni 2000, JB 2000/197 m.nt. HLJ (*Fiscale boete varkensmester*), en HR 23 januari 2004, JB 2004/75 m.nt. RMPGN-C (*Hoger beroep in belastingzaken II*).

om het stelsel van belastingrechtspraak conform artikel 14 lid 5 te maken.³¹ Na enkele perikelen rondom de derde fase van de herziening, wordt in 2003 een zelfstandig wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer.³² Dit voorstel zal uiteindelijk ruim een jaar later door beide Kamers geloodsd zijn en eind 2004 in het Staatsblad geplaatst worden.³³

Homohuwelijk (oktober 1990)

Zoals gezegd kunnen gevoelige onderwerpen lang op de parlementaire agenda staan. De openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht vormt daarop geen uitzondering. Geconfronteerd met deze kwestie, overwoog de Hoge Raad in 1990 dat het verdragsrecht niet dwong tot de introductie van een zogenaamd homohuwelijk. Wel wees hij er op dat het verbinden van rechtsgevolgen aan het huwelijk, maar niet aan duurzame relaties tussen personen van gelijk geslacht, onrechtmatig zou kunnen zijn. Die kwestie was, zo benadrukte de Raad, echter niet aan de orde.³⁴ Hier kan men met enig recht spreken van een signaal aan de wetgever. Deze reageerde in eerste instantie traag: pas in 1994 werden twee wetsvoorstellen ingediend om geregistreerd partnerschap en medevoogdij mogelijk te maken.³⁵ Intussen moesten de Rechtbank Haarlem en het Gerechtshof Amsterdam in 1992, respectievelijk 1993 abstineren ten gunste van de wetgever.³⁶ Bij brief van 6 februari 1998 kondigde het kabinet vervolgens een wetsvoorstel aan ter openstelling van het huwelijk.³⁷ Bij wet van 21 december 2000 werd vervolgens Boek 1 BW gewijzigd.³⁸

Duo-moeders (september 1997)

De vraag of personen van gelijk geslacht samen een kind kunnen krijgen, met medewerking van een zaaddonor of draagmoeder, of door middel van adoptie, heeft het parlement nogal wat hoofdbrekens gekost. Reeds in 1996 werd de regering bij motie gevraagd om wetgeving voor te bereiden om adoptie door partners van gelijk geslacht toe te staan.³⁹ De materie was natuurlijk sterk verwant aan de vraag of het huwelijk rechtmatig kon worden voorbehouden aan partners van verschillend geslacht en welke rechtsgevolgen daaraan verbonden waren.⁴⁰ Over die kwestie hadden verschillende rechters zich in

31 *Kamerstukken II* 1992/1993, 22 495, nr. 6, p. 20-21.

32 *Kamerstukken II* 2003/2004, 29251, nr. 1-2.

33 Wet van 15 december 2004, *Stb.* 2004, 672.

34 HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129 m.nt. EAA & EAAL (*Homohuwelijk*).

35 Vgl. daaromtrent De Boer 1995, p. 1032.

36 Rb Haarlem 4 augustus 1992, *NJ* 1994/681, en Hof Amsterdam 6 mei 1993, *NJ* 1994/681 m.nt. EAA & EAAL.

37 *Kamerstukken II* 1997/1998, 22 700, nr. 23.

38 Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 9.

39 *Kamerstukken II* 1995/1996, 22 700, nrs. 14 en 18.

40 Zie hiervoor onder *homohuwelijk*.

1996 al uitgelaten, en inmiddels had de Commissie-Kortmann de problemen en mogelijke oplossingen in kaart gebracht. Op 5 september 1997 wees de Hoge Raad arrest in de zaak *Duo-moeders*.⁴¹ De Raad liet eventuele onverenigbaarheid van het BW met de artikelen 8 en 14 EVRM in het midden omdat het opheffen van de mogelijke strijd de grenzen van zijn rechtsvormende taak te buiten zou gaan. Ondanks de moties was het wetgevingsproces nog niet zichtbaar in gang gezet (de staatssecretaris had nog slechts toegezegd dat het onderwerp in breder verband zou worden bestudeerd) en daar verwees de Hoge Raad dan ook niet naar. In 1998 volgde wederom een motie van de Tweede Kamer om toch zo spoedig mogelijk tot wetgeving over te gaan. Met de hete adem van de Kamer, de commissie-Kortmann en de hoogste rechter in de nek, diende de regering een jaar later een wetsvoorstel in.⁴² Toen ging het relatief snel. De wet werd uiteindelijk begin 2001 van kracht.⁴³

De forfait-zaken van '98-'99 (juli 1998 respectievelijk mei 1999 – januari 2001)

Hoe lang heeft het in het standaardarrest van de Hoge Raad omtrent de grenzen van de rechtsvormende taak, *Arbeidskostenforfait*, eigenlijk geduurd voor de wetgever de geconstateerde ongelijkheid had opgeheven? De Hoge Raad constateerde in juli 1998 eerst een ongelijkheid met betrekking tot het autokostenforfait waarvoor hij geen oplossing kon geven en een jaar later in augustus 1999 de onverenigbaarheid van de regeling inzake het arbeidskostenforfait met artikel 26 IVBPR.⁴⁴ De wetgever was toen al bezig met de voorbereiding van een ingrijpende stelselherziening van de Wet IB. De regeling van beide forfaits ging op de schop en bij de herziening kon rekening gehouden worden met de door de rechter gesignaleerde gebreken. Dat voorstel werd kort na het arrest *Arbeidskostenforfait*, dus ruim een jaar na *Autokostenforfait* ingediend, en wel op 14 september 1999.⁴⁵ Bijzonder is, dat voor het jaar 2000 werd voorzien in reparatiewetgeving om de geconstateerde rechtsongelijkheid voor dat jaar in elk geval niet groter te maken.⁴⁶ Dat wil echter niet zeggen dat zij werd opgeheven. De reden om niet bij reparatiewetgeving onmiddellijk in het rechtstekort te voorzien, was, zo verklaarde de Staatssecretaris van Financiën, dat het naar voren halen van de maatregelen die de regeringscoalitie had voorgenomen door te voeren bij de algehele herziening van 2001, zou leiden tot een onevenwichtig pakket. Bovendien meende de staatssecretaris dat door nu alvast enkele schadebeperkende maatregelen te nemen en later over te gaan tot het daadwerkelijk opheffen van de ongelijkheid, de rechtszekerheid gediend was: belastingplichtigen werden niet geconfronteerd met

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

42 *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 673, nr. 1-2.

43 Wet van 10 december 2000, *Stb.* 2001, 10.

44 HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293 m.nt. Wattel (*Autokostenforfait*), resp. HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271 m.nt. Wattel (*Arbeidskostenforfait*).

45 *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 727, nr. 1-2.

46 Wet van 22 december 1999, *Stb.* 1999, 579 (Belastingplan 2000).

drie wettelijke regimes.⁴⁷ Men kan zich afvragen of dat geen drogreden is. De getroffen belastingplichtigen vroegen de Hoge Raad in 1998 en 1999 juist zélf om een nieuw (desnoods tijdelijk) regime. De Raad van State had dan ook eerder al geadviseerd in het belastingplan 2000 al tot volledige reparatie over te gaan.⁴⁸ Wat daar ook van zij: de stelselwijziging kreeg op 11 mei 2000 zijn beslag en trad op 1 januari 2001 in werking.⁴⁹ Daarmee waren de in de arresten *Autokostenforfait* en *Arbeidskostenforfait* geconstateerde oneffenheden weggewerkt, maar alleen voor gevallen vanaf 1 januari 2001. De Hoge Raad nam daarmee later overigens genoeg.⁵⁰

Aanpassingen van het kiesrecht (oktober 2003 en november 2006)

In 2003 en 2006 deed de Afdeling Bestuursrechtspraak twee belangrijke uitspraken inzake het kiesrecht. In de eerste zaak die het kiesrecht voor onder curatele gestelden betrof, oordeelde de Afdeling dat de Kieswet en de Grondwet als zodanig niet in strijd waren met, in dit geval, artikel 25 IVBPR, ook niet wanneer zij onder curatele gestelden als zodanig uitsloten van het kiesrecht. Het feit echter dat niet bepaald kon worden of individuele curandi wellicht wel in staat waren het kiesrecht uit te oefenen, samenhangend met het feit dat bij andere, vergaander vormen van handelingsonbekwaamheid, wel sprake was van een individuele rechterlijke beoordeling, leidde ertoe dat de Afdeling openlijk erkende dat de toepassing van het kiesrecht op dit punt in conflict kon komen met het IVBPR. Het liet echter in het midden of deze strijd zich daadwerkelijk voordeed omdat het meende toch niet in rechtsherstel te kunnen voorzien. Daarvoor moesten politieke keuzes worden gemaakt.⁵¹

Aangezien de beperking van het kiesrecht voor onder curatele gestelden hier zijn grondslag vond in de Grondwet, was grondwetsherziening de aangewezen weg. Die werd relatief voortvarend opgepakt door regering en parlement. Eind 2006 nam de Tweede Kamer een voorstel tot herziening in eerste lezing aan.⁵² De Eerste Kamer volgde een ruime maand later.⁵³ Deze snelle behandeling in de Eerste Kamer kan iets te maken hebben gehad met het feit dat het kabinet-Balkenende II in de zomer van 2006 was gevallen, hetgeen het vervroegen van de verkiezingen naar 22 november 2006 – een week nadat de Eerste Kamer het wetsvoorstel had aangenomen – met zich bracht. Door de snelle behandeling in beide Kamers kon na de verkiezingen van 2006 een

47 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 820, nr. 3, p. 10.

48 Vgl. nader rapport: *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 245, nr. B, p. 4.

49 Wet van 11 mei 2000 tot vaststelling van de Wet Inkomstenbelasting 2001, *Stb.* 2000, 215.

50 HR 24 januari 2001, *BNB* 2001/291 m.nt. Happé onder nr. 292 (*Vervolg Autokostenforfait*); HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/289 m.nt. Happé (*Vervolg Arbeidskostenforfait*).

51 ABRvS 29 oktober 2003, *JB* 2004/358 m.nt. LV (*Kiesrecht en curatele*).

52 *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 471, nr. 2.

53 Wet van 15 november 2006, *Stb.* 2006, 564.

voorstel in tweede lezing worden aangeboden. Dat gebeurde op 11 december 2007.⁵⁴ Op 27 januari 2008 bereikte de wet het Staatsblad.⁵⁵

Eenzelfde snelheid gold ook ten aanzien van die andere kiesrecht kwestie: het kiesrecht voor het Europees Parlement voor Arubaanse en Antilliaanse Nederlanders. Na prejudiciële vragen te hebben gesteld aan het Hof van Justitie in Luxemburg, oordeelde de Afdeling dat de Kieswet ten onrechte een onderscheid maakte tussen Nederlanders in het buitenland (die kiesrecht genoten) en Nederlanders die zich op Aruba en de Antillen bevonden en niet minstens 10 jaar in Nederland hadden gewoond.⁵⁶ Nu het uitsluitend ging om een ongelijke behandeling, en Nederlanders in den vreemde – waartoe de voormalige koloniën in de West voor wat betreft de Europese Unie behoorden – niet noodzakelijkerwijs het kiesrecht voor het Europees Parlement toekomt, waren er ten aanzien van de vraag of aan Arubanen nu het kiesrecht toekwam, verschillende keuzes mogelijk. *Levelling down* was dus een optie. De Afdeling meende dat die keuze door de wetgever gemaakt moest worden en overwoog dat zij wel verwachtte dat de wetgever dat in elk geval voor de volgende verkiezingen voor het Europees Parlement (in 2009) zou hebben gedaan. De wetgever kwam niet onmiddellijk in actie, maar wel op tijd om de wet op 20 november 2008 in het Staatsblad te krijgen.⁵⁷ Daarbij werd trouwens niet voor *levelling-down* gekozen: aan Arubaanse en Antilliaanse Nederlanders werd eveneens het kiesrecht toegekend.

De nasleep samengevat

Uit dit korte – en onvolledige – overzicht spreekt enige verscheidenheid in de manier waarop regering en parlement gevolg geven aan de rechterlijke uitspraak. Positief te waarderen, valt het feit dat de wetgever zich iets gelegen laat liggen aan rechterlijke vaststellingen dat wetgeving in formele zin een aantasting vormt van één of meer fundamentele rechten. In geen van de beschreven gevallen liet de wetgever uiteindelijk na om de wet aan te passen.

Minder positief is dat er in sommige gevallen meer dan tien jaar verstreek totdat de wetwijziging haar beslag had gekregen. Lang niet altijd was dat het geval omdat daarbij onoplosbare politieke en ethische kwesties aan de orde waren. De herziening van het stelsel van belastingrechtspraak mag voor de beoefenaren van het fiscale en het bestuursprocesrecht een heet hangijzer zijn geweest: tot fundamentele en onoplosbare politieke kwesties gaf zij geen aanleiding. Toch moest het vijftien jaar duren alvorens hoger beroep in belastingzaken een feit was, niettegenstaande het feit dat de Hoge Raad al die jaren in ieder geval expliciet weigerde te ontkennen dat artikel 14, vijfde lid IVBPR

54 *Kamerstukken II* 2006/2007, 31 012, nr. 4.

55 Wet van 27 januari 2008, *Stb.* 2008, 272.

56 ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS (*Eman & Sevinger*).

57 Wet van 3 oktober 2008, *Stb.* 2008, 475.

daartoe verplichtte.⁵⁸ De gevallen waarin het wél ging om een relatief gevoelig thema namen – hetgeen niet opzienbarend is – eveneens lange tijd in beslag. Zo duurden de herziening van het naamrecht en de introductie van het homo-huwelijk beiden een slordige tien jaar.

Recenter lijkt de wetgever zich althans van het probleem bewust en, in elk geval wanneer het niet gaat om politiek zeer beladen kwesties, bereid om vaart te zetten achter wetswijziging. De kiesrechtzaken laten dat zien. Ook in deze zaken gingen er vier, respectievelijk twee jaar over wetswijziging heen, maar de wetswijzigingen kregen in elk geval hun beslag voor de volgende verkiezingen, hetgeen voor de benadeelden hoofdzaak was. Bovendien was in het eerste geval een grondwetswijziging aan de orde. Dat de wijziging daarom vier jaar duurde was dan ook niet verwonderlijk en evenmin erg. Wel is het de vraag hoe parlement en regering zullen reageren wanneer zich wél politiek gevoelige kwesties zullen voordoen. Wanneer zij geconfronteerd worden met een kwestie waaromtrent consensus ver te zoeken is, zoals het stakingsrecht, het familierecht of kwesties van leven en dood, dan is het nog maar de vraag of eenzelfde snelheid zal worden betracht.

5.2.4 Terugwerkende kracht verplicht?

De snelheid van het wetgevingsproces is een relevante factor, al was het maar omdat zowel de Afdeling als de Hoge Raad in het verleden impliciet of expliciet dreigden zelf in actie te komen als de wetgever te lang op zich zou laten wachten.⁵⁹ Dat is hen op kritiek uit de literatuur komen te staan.⁶⁰ Die kritiek lijkt mij niet terecht. Ik sloot me in het vorige hoofdstuk aan bij die auteurs die het effectueren van verdragsrecht, zonodig door rechterlijke rechtsvorming, beschouwen als een kwestie van beleid en niet van bevoegdheid. Als de Hoge Raad, zoals hij dat deed in *Arbeidskostenforfait*, de vraag of hij moet absteren plaatst in de sleutel van een belangenafweging, dan lijkt mij het belang van de klager bij rechtsbescherming zwaarder te wegen naarmate de schending

58 Het lijkt erop dat in deze zaak een ongunstige combinatie van twee factoren een rol speelde: enerzijds de verhoudingsgewijs minder gevoelde urgentie in het parlement (de Hoge Raad had immers evenmin expliciet vastgesteld dat Nederland op dit punt het IVBPR schond) en anderzijds een grote mate aan perfectionisme en een streven naar efficiëntie van regering en parlement, door lang vast te houden aan een koppeling van de invoering van een stelsel van hoger beroep in belastingzaken aan een integrale herziening van het stelsel van bestuursrechtspraak.

59 Vgl. ABRvS 21 november 2006, AB 2007/80 m.nt. PAS (*Eman & Sevinger*) waarin de Afdeling 'ervan uitgaat dat de wetgever de kwestie voor de volgende verkiezingen van het EP heeft opgelost'. En voorts: HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*), waarin de Hoge Raad meent dat rechtsvorming alsnog een optie kan zijn als de wetgever het bewust laat afweten.

60 Zo bijv. Bovend'Eert 2009, p. 152-153.

langer voortduurt.⁶¹ Dat roept twee vragen op: hoe snel moet de wetgever zijn? En mag hij zich ertoe beperken de kwestie uitsluitend voor de toekomst op te lossen?

Beide aspecten komen aan de orde in de vervolgzaken op de arresten *Arbeidskostenforfait* en *Autokostenforfait*.⁶² We zagen zojuist dat het wetgevingsproces geruime tijd in beslag nam en dat de wetgever zich alleen op de toekomstige gevallen richtte. De onrust onder de groep gedupeerden bleef dan ook bestaan. Er volgden procedures over de vraag of de wetgever voldoende spoed had betracht en of hij niet toch verplicht was om een regeling vast te stellen ten aanzien van de reeds geraakte gevallen. De Hoge Raad kreeg daarom wederom de gelegenheid om zich uit te laten over de minimaal vereiste snelheid van de wetgever en diens weigering om maatregelen met terugwerkende kracht te verlenen.

In *Autokostenforfait II*, overwoog hij dat de tweeëneenhalf jaar die de wetswijziging had gekost weliswaar langer dan wenselijk was, maar hij meende dat dit niet *onaanvaardbaar* lang was. Hij neemt daarbij in aanmerking: de duur van het uitstel en het detail dat reparatiewetgeving had kunnen leiden tot verzwaarde belastingdruk voor sommige groepen belastingplichtigen. Bovendien herhaalt de Hoge Raad het argument van de staatssecretaris die de regeling niet meerdere malen kort achter elkaar gewijzigd wilde zien.⁶³ Aan deze opsomming van gezichtspunten voegt de Hoge Raad er nog één toe, al is de status ervan niet helemaal helder. Voor de Raad speelt ook een rol dat de wetgever ‘aanvankelijk kennelijk aan een geheel andere regeling’ dacht.⁶⁴ Daarmee wordt, zo lijkt het althans, verwezen naar plannen in een eerder regeerakkoord die later – kennelijk – zijn gewijzigd. Wat wordt met die toevoeging bedoeld? Heeft de Hoge Raad hier het oog op een quasi-schuld kwestie? Het uitstel is de wetgever niet aan te rekenen, nu deze de kwestie eerst op de ene manier wilde oplossen en nu op de andere? Begrijpelijk, kan iedereen overkomen? Dat roept de vraag op of de schuldvraag is essentie relevant is. Waar het om gaat is de vraag of op iemand die belasting verschuldigd is over een periode dat regering en parlement al enige tijd bezig waren met het bediscussiëren van een nieuwe regeling, de oude – eerder onverenigbaar verklaarde – regeling moet worden toegepast, dan wel dat ten aanzien van deze persoon op de nieuwe regeling kan worden geanticipeerd of dat de rechter ten aanzien van dat beperkte tijdvak zelf een regeling formuleert. Hoe dat ook zij, de Hoge Raad lijkt met het noemen van de gewijzigde denkrichting van de wetgever, een element van toerekenbaarheid en schuld mee te laten

61 Ik meen overigens dat daarvoor aanknopingspunten zijn in de Straatsburgse rechtspraak en ik zie in het volgende hoofdstuk of dat zo is.

62 HR 24 januari 2001, BNB 2001/291 m.nt. Happé onder nr. 292 (*Vervolg Autokostenforfait*); HR 14 juni 2002, BNB 2002/289 m.nt. Happé (*Vervolg Arbeidskostenforfait*).

63 *Ibid.*, r.o. 3.2.2.

64 *Ibid.*

wegen, zij het dat daarbij nog een aantal andere – wellicht doorslaggevender – gezichtspunten worden genoemd.

In dat licht is het niet verwonderlijk dat de Hoge Raad even later ook de wijzigingstermijn voor de regeling inzake het arbeidskostenforfait goedkeurt. Die termijn is immers wezenlijk korter dan de termijn die voor het autokostenforfait gegolden had. Net als in de eerste twee arresten inzake het autokosten- en het arbeidskostenforfait, is de Hoge Raad in het tweede arrest (arbeidskostenforfait) principiëler en, ogenschijnlijk, meer gericht op het doen van een *pilot-judgment* om een reeks vervolgzaken te voorkomen.⁶⁵ Hij stelt duidelijk vast dat de opheffing met de nodige spoed heeft plaatsgehad en accepteert nadrukkelijk de argumentatie van de regering om de ongelijkheid pas bij de algehele herziening op te heffen.

Bovendien begint hij met de scherpe regel dat van de wetgever niet verwacht hoeft te worden dat hij de ongelijkheid ook met terugwerkende kracht tot vóór het arrest *Arbeidskostenforfait* op zou heffen. Hij beperkt daarmee dus in zekere zin in tijd de rechtsgevolgen van zijn eerdere vaststelling dat het arbeidskostenforfait onverenigbaar is met de artikelen 14 EVRM en 26 IVBPR. De klager in *Arbeidskostenforfait II* had immers bezwaar en beroep ingesteld tegen de aanslag over 1995, terwijl *Arbeidskostenforfait* in 1999 werd gewezen.

Deze redenering roept de vraag op waarom de Hoge Raad de datum van zijn uitspraak als peildatum neemt en niet het belastingjaar van de mevrouw met de welluidende naam X die in *Arbeidskostenforfait* over haar aanslag over 1994 klaagde? Dat de rechter meent dat belastingplichtigen die voor 1994 niet zijn opgekomen tegen de aanslag geen beroep kunnen doen op de geconstateerde onverenigbaarheid – en daarmee op een eventuele regeling met terugwerkende kracht – is volstrekt gebruikelijk en wordt in beginsel gedekt door het beginsel van formele rechtskracht.⁶⁶ Eventueel (tenzij de Hoge Raad zelf een uitzondering zou aannemen) geldt dat ook voor degenen die tussen 1994 en 1999 niet zijn opgekomen tegen aanslagen in de tussenliggende periode. Maar waarom zouden degenen die in 1994 en 1995 zich de moeite en de kosten niet gespaard hebben om tegen de aanslag op te komen, voor wat die aanslagen betreft niet kunnen profiteren van de wetswijziging? Dat de belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard door de wetgever dienen te worden gemaakt heeft toch niets van doen met deze kwestie? Nu lijkt het er op dat wetgever en rechter zich ofwel de moeite van het formuleren en beoordelen van overgangrecht niet hebben willen getroosten, ofwel dat sprake is van een ordinaire maatregel om de kosten te beperken. Zoals gezegd lijkt dat laatste, gelet op de relatief geringe groep getroffen, niet waarschijnlijk.⁶⁷

65 Zie m.n. r.o. 3.6 (*Ten overvloede...*).

66 HR 16 mei 1986, NJ 1986/723 m.nt. MS (*Heesch/Van de Akker*).

67 De groep benadeelden bestond uit degenen die niet gebruik maakten van het arbeidskostenforfait omdat hun werkelijke kosten hoger waren dan het forfait. Dat betrof slechts 2% van de belastingplichtigen.

Samengevat acht de Hoge Raad de maatregelen die de wetgever in de periode 1999-2000 nam om de schade van de ongelijke behandeling te beperken en voor de toekomst op te heffen, als samengesteld geheel voldoende. De arresten *Autokostenforfait II* en *Arbeidskostenforfait II* leren dat reparatie voor de toekomst in beginsel voldoende is: terugwerkende kracht is niet nodig.⁶⁸

5.2.5 Resumerend

Ik vroeg mij in deze paragraaf af of de wetgever juridisch verplicht is om een wettelijk voorschrift dat door de rechter in strijd met een rechtstreeks werkend mensenrecht is verklaard, aan te passen. Ik meen dat zo'n verplichting bestaat, zij het dat ze uitzonderingen toelaat. Procesrechtelijk is het antwoord op de vraag in elk geval diffuus. In procedures waarin de onverenigbaarheid van het voorschrift met verdragsrecht exceptief wordt ingeroepen, zoals in het bestuursrecht, bestaat er geen binding aan het rechterlijk oordeel, geen *procesrechtelijke* binding in elk geval. Wil de teleurgestelde klager in zo'n procedure écht formele binding zien, dan zal hij een civiele actie tegen de Staat moeten beginnen. Verklaart de civiele rechter in zo'n zaak voor recht dat de Staat, door het vastgesteld hebben en handhaven van de betrokken regeling, onrechtmatig jegens de klager handelt, dan is de wetgever procesrechtelijk gehouden tot wijziging van het bestreden voorschrift.

Ik betoogde echter dat het procesrecht eigenlijk niet geschikt is om de binding van de wetgever in dit soort kwesties te reguleren. Ik meende dat dit een staatsrechtelijke kwestie is, en ging op zoek naar een staatsrechtelijke regel die tot zo'n plicht aanleiding zou geven. Een geschreven regel is er niet. Wel constateerde ik dat de wetgever, voor zover ik kon nagaan, steeds gevolg geeft aan het rechterlijk toetsingsoordeel. Het duurt soms langer dan tien jaar, maar in geen enkel geval betwistte de wetgever het oordeel van de rechter inhoudelijk. Ik bezag vervolgens of er voor die volgzzaamheid van de wetgever een constitutionele grond was en ik vond die in een beginsel, of eigenlijk meer een conventie, van constitutionele hoffelijkheid. Rechter en wetgever zijn in beginsel gehouden elkanders gezag te respecteren. Voor de wetgever betekent dit dat hij het gezag van de rechterlijke interpretatie respecteert, of motiveert waarom bepaalde omstandigheden hem nopen tot afwijken.⁶⁹

De conclusie hier kan zijn dat er een relatief zwakke binding is aan het rechterlijk oordeel, maar dat de wetgever rechterlijke oordelen feitelijk volgt. Voorwerp van zorg is wel dat de wetgever daar, behoudens uitzonderingen, vaak lang over doet en dat hij niet gewoon is een regeling met terugwerkende kracht vast te stellen. In elk geval heeft de Hoge Raad dit in het verleden

⁶⁸ Zie r.o. 3.5 van *Arbeidskostenforfait II*.

⁶⁹ Wellicht anders: Van Houten 2001, p. 13, die binding afleidt uit het feit dat de rechter het laatste woord heeft.

gesauveerd. Dat maakt het voor de teleurgestelde justitiabele aantrekkelijk om naar alternatieven op zoek te gaan. In de volgende paragraaf bespreek ik zo'n alternatief: het vorderen van schadevergoeding.

5.3 SCHADEVERGOEDING

Kan een klager die door de rechter de grenzen van diens rechtsvormende taak tegengeworpen krijgt, dan een schadevergoeding krijgen? In het verleden is de mogelijkheid daartoe door diverse auteurs geopperd of bepleit.⁷⁰ Daar is ook wel iets voor te zeggen. Rechterlijk abstineren is alleen te verdedigen als ervan wordt uitgegaan dat daarmee een zwaarwegend maatschappelijk belang wordt gediend. Zoals we zagen kan het dan gaan om de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter om zich in allerlei beleidsmatige kwesties te begeven, om de zorg voor fundamentele belangen zoals de rechtszekerheid en om meer praktische belangen zoals de financiële positie van de overheid. Nu kent in elk geval het burgerlijk recht een beginsel dat inhoudt dat gedupeerden soms een onrechtmatige gedraging hebben te dulden vanwege de zwaarwegende maatschappelijke belangen die eraan ten grondslag liggen. Dit uitgangspunt is vastgelegd in artikel 6.168 lid 1 BW:

‘De rechter kan een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt zijn recht op vergoeding van de schade overeenkomstig de onderhavige titel’.

Gaat men ervan uit dat een wettelijke regeling die door de rechter in strijd met verdragsrecht wordt bevonden, onrechtmatig is, dan is het afwijzen van de vordering wegens de beperkte rechterlijke taakopvatting dus toegestaan. Een belangrijke *mits* is echter dat causale schade van de benadeelde dan wel moet worden vergoed.⁷¹ Hoe krijgt deze benadeelde dat voor elkaar? Ik ga eerst in op de processuele mogelijkheden (5.3.1). Vervolgens zie ik welke voetangels en klemmen het materiële aansprakelijkheidsrecht in petto heeft (5.3.2).

70 Zo bijv. Bloembergen in zijn annotatie onder NJ 2000/170. Tevens: Van den Berge 2000, p. 900-901; Concl. A–G Wattel in HR 28 februari 2001, BNB 2001/295; Gribnau 2001, p. 130; Zwemmer 2002, p. 215; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 63-64. Zie ook reeds De Boer 1986, p. 87 (die overigens meent dat schadevergoeding niet in geld hoeft te zijn).

71 De vraag is nog, of *onverenigbaarheid* en *onrechtmatigheid* gelijk kunnen worden gesteld. Ik meen dat dit zo is. Verdragsrecht geldt alhier op eigen titel als positief recht en heeft, o.b.v. art. 94 Gw, voorrang. Het uitvaardigen, laten voortbestaan en uitvoeren van voorschriften in strijd met verdragsrecht is in beginsel dan ook onrechtmatig. De scheiding tussen *incompatible* en *unlawful* die, zoals we nog zullen zien, in het Britse recht gemaakt wordt, hangt samen met de dualistische opvatting die daar leidend is en zou hier in Nederland op zijn zachtst gezegd geforceerd zijn.

5.3.1 Processuele mogelijkheden tot schadevergoeding

Een teleurgestelde burger die zojuist te horen heeft gekregen dat zijn beroep op een grondrecht, hoe terecht ook voorgesteld, nergens toe kan leiden, heeft diverse mogelijkheden om op compensatie van zijn schade aan te sturen. In de eerste plaats kan hij de Staat rechtstreeks aanspreken met een vordering uit onrechtmatige wetgeving. Hij komt dan bij de civiele rechter terecht.⁷² In de tweede plaats is het mogelijk dat de burger, die al ziet aankomen dat hij met de begrenzings van de rechterlijke taak wordt geconfronteerd, schadevergoeding vordert in het kader van een beroep tegen een bestuurs- of belastingrechtelijke beschikking. Zowel de bestuursrechter, als de belastingrechter heeft in een dergelijk geval normaal gesproken de bevoegdheid om het bestuursorgaan in kwestie te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding. Ik zie in beide gevallen of deze weg ook in het bijzondere geval van de 'rechtsvormende taak'-jurisprudentie begaanbaar is.⁷³ Daarbij beperk ik mij tot het anno 2012 geldende recht.⁷⁴ De gevolgen van de op Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten bespreek ik kort in paragraaf 5.3.1.3.

5.3.1.1 Onrechtmatige daadsactie bij de civiele rechter

Constateert de rechter, om het even welke, dat een wettelijk voorschrift onverenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling, dan heeft de wetgever in strijd met het recht, en dus in beginsel onrechtmatig, gebruik gemaakt van zijn bevoegdheden.⁷⁵ Dat de rechter zich niet de aangewezen instantie voelt om daar, in het hem voorgelegde geschil, iets aan te doen, doet daar niets aan af. Dat ook de wetgevende bevoegdheid zo kan worden gebruikt dat sprake is van een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW maakte de Hoge

72 Een rechtstreeks beroep op de bestuursrechter voor schadevergoeding wegens onrechtmatige wetgeving bij wijze van zelfstandig schadebesluit stuit af op de eis van processuele connexiteit. Nu algemeen verbindende voorschriften niet vatbaar zijn voor beroep bij de bestuursrechter, is een schadebesluit dat betrekking heeft op schade veroorzaakt door een a.v.v. dat evenmin. Zie in dat verband artikel 8:2 Awb. Voor formele wetgeving geldt bovendien dat geen sprake is van een besluit, nu de wetgever niet aangemerkt wordt als bestuursorgaan (vgl. artikel 1:1 lid 2 sub a, jo. 1:3 lid 1 Awb). Aan de formele connexiteitseis wordt relatief strikt de hand gehouden. Zie in dat verband: ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229 m.nt. Van Buuren (*Van Vlodrop*); ABRvS 23 juli 2003, AB 2004/275 m.nt. N. Verheij (*Doorsteken dijk*) (m.b.t. feitelijk handelen).

73 Een opmerking terzijde. Volgens de taaladviezen van Onze Taal en de Taalunie is de correcte schrijfwijze: 'rechtsvormendetaakjurisprudentie'. Dat moge een mooi woord zijn voor diegenen die in de ban zijn van *scrabble* of *wordfeud*, maar mij lijkt het ronduit lelijk. Dan maar liever incorrect gebruik van spatie en koppelteken.

74 Dat overigens na 1 januari 2013 voorlopig het geldende regime in het belastingrecht blijft.

75 Ik beperk mij hier tot een ieder verbindende bepalingen. Op goede gronden verdedigt Fleuren, dat ook de strijd tussen wetgeving en niet een ieder verbindende bepalingen een onrechtmatige daad oplevert (Fleuren 2004, p. 382-383).

Raad reeds in *Pocketbooks II* uit.⁷⁶ Dat geldt ook voor de formele wetgever.⁷⁷ Daarmee kan zowel het uitvaardigen als het toepassen van een wet in formele zin naar burgerlijk recht worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, waarvoor de Staat aansprakelijk kan worden gesteld.

Zoals in paragraaf 3.3 al aan de orde kwam, acht de civiele rechter zich bevoegd om een geschil over de gestelde onrechtmatigheid van wetgeving te beoordelen. Niet elke vordering bij de civiele rechter is echter ontvankelijk. In twee gevallen loopt de eiser tegen niet-ontvankelijkheid aan. Hij kan onvoldoende procesbelang hebben, en hij kan verstrikt raken in de taakverdeling tussen de burgerlijke en de bijzondere rechters.⁷⁸ Het eerste geval levert geen bijzondere problemen op voor de specifieke groep klagers die ik hier op het oog heb. Het zal doorgaans gaan om een individuele burger die zich beroept op een subjectief recht, namelijk het mensenrecht in kwestie. Met zijn vordering beoogt hij eveneens iets concreets: hij ziet zijn schade graag gecompenseerd. Daarmee lijkt ook sprake van processueel belang, zeker wanneer men bedenkt dat de civiele rechter dit vereiste terughoudend toepast.⁷⁹ Meer problemen zou het tweede aspect kunnen opleveren: de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en zijn bijzondere evenknie. Ik ga daar nu op in.

Ontvankelijkheid en rechterlijke taakverdeling

Een burger die geconfronteerd wordt met een wettelijk voorschrift dat hem in zijn grondrecht raakt, kan deze kwestie in veel gevallen aan de orde stellen bij de straf- of de bestuursrechter. Kan hij dat niet, dan zal hij in de regel bij de civiele rechter ontvangen worden.⁸⁰ Ligt er wel een straf- of bestuursrechtelijk pad open, dan is het uitgangspunt dat de burger dat ook bewandelt. Het door de wetgever gekozen stelsel van gespecialiseerde rechtspraak moet niet te gemakkelijk doorbroken worden. Alleen waar effectieve rechtsbescherming ontbreekt, is de civiele rechter bereikbaar.⁸¹

Toch zijn er uitzonderingen mogelijk. Schutgens verdedigt in dat verband dat de poorten tot een actie uit onrechtmatige wetgeving alleen gesloten worden voor de burger die het voorschrift in kwestie op *eenvoudige, dus niet*

76 HR 24 januari 1969, NJ 1969/316 m.nt. HD. Zie ook: HR 9 mei 1986, NJ 1987/252 m.nt. MS (*Van Gelder*), r.o. 3.3.

77 Dat lijkt althans te volgen uit: HR 14 april 2000, NJ 2000/713 m.nt. ARB (*Kooren-Maritiem/Staat*), en HR 16 november 2001, NJ 2002/469 m.nt. TK & EAA (*Varkenshouderij*). Zie o.m. Polak 2009, p. 427-429; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011, nr. 381. Ik ga in §5.3.2.1 (materiële leerstukken: onrechtmatigheid) nader op de kwestie in.

78 Vgl. voor de eerste grond: art. 3:303 BW. Op de kwestie van de rechterlijke taakverdeling ga ik hierna in.

79 Vgl. HR 17 september 1993, NJ 1994/118 m.nt. HER (*Severin/Detam*). In het algemeen wordt voldoende belang verondersteld. Zie nader: Stolker 2011, aant. 1.; Groene Serie Vermogensrecht (Jongbloed), aant. 6 en 9.

80 Zie Schutgens 2009a, p. 24-25, en 97-103.

81 *Ibid*, p. 23-24.

gekunstelde of riskante wijze door een gespecialiseerde rechter kan laten toetsen.⁸² Onomstreden is in dat verband dat een burger geen strafvervolgning of een bestuurlijke sanctie hoeft te riskeren om bij de civiele rechter ontvankelijk te zijn.⁸³ De route via de strafrechter hoeft in elk geval dus niet te worden gevolgd. Voor de bestuursrechtelijke weg geldt hetzelfde wanneer sprake is van een punitieve sanctie of zelfs van bestuursdwang.⁸⁴ Anders kan dat liggen als het gaat om regelingen in de sfeer van het belastingrecht, het subsidierecht en het kiesrecht, waarbij geen sprake is van een sanctie. In die gevallen gaat het vaak om voorschriften die geconcretiseerd worden door een appellabel uitvoeringsbesluit.⁸⁵ Moet de burger dan (eerst) tegen dat uitvoeringsbesluit procederen alvorens hij terecht kan bij de civiele rechter?

Drie situaties kunnen worden onderscheiden.

Ten eerste de situatie dat de burger (nog) rechtsmiddelen kan aanwenden tegen een (eventueel nog te nemen) uitvoeringsbesluit. In zulke gevallen verklaart de civiele rechter de vordering doorgaans niet-ontvankelijk.⁸⁶ Ten tweede de situatie dat de burger de termijn voor het instellen van bezwaar of beroep ongebruikt heeft laten verstrijken. Deze burger wordt doorgaans ontvangen in zijn vordering bij de civiele rechter, maar zal dan wel de formele rechtskracht tegengeworpen krijgen.⁸⁷ En ten derde de situatie dat de burger wél in beroep is gegaan, maar dit beroep, om redenen van staatsrechtelijke prudentie, ongegrond is verklaard. Op deze kwestie kom ik hierna terug. Eerst ga ik wat dieper in op de eerste twee gevallen.

⁸² *Ibid.*, p. 24.

⁸³ HR 11 oktober 1996, AB 1997/1 m.nt. ThGD (*Leenders/Ubbbergen*). Unierechtelijk is dit ook een verplichting: HvJEU 13 maart 2007, AB 2007/301 m.nt. De Waele & Schutgens (*Unibet*).

⁸⁴ Vgl. r.o. 3.4.3 van het genoemde arrest *Leenders/Ubbbergen* (vorige voetnoot).

⁸⁵ Vaak wordt ook van indirect werkende regelgeving gesproken. Vgl. Schutgens 2009a, p. 119; Mok & Tjittes 1995, p. 402.

⁸⁶ Dit is in elk geval zo wanneer de civiele vordering gericht is tegen een appellabel besluit. Zie HR 25 november 1977, NJ 1978/255 m.nt. MS (*Plassenschap Loosdrecht*), en HR 17 december 1999, NJ 2000/87 m.nt. ARB (*Groningen/Raatgever*). Schutgens 2009a, p. 29-33 verdedigt dat deze leer ook relevant is voor het wetgevingsgeding. HR 9 juli 2010, JB 2010/174 m.nt. Schutgens (*Staat/Inspraakorgaan Turken*) lijkt hem daarin gelijk te geven. Deze benadering gaat ervan uit dat een vordering uit onrechtmatige wetgeving materieel om dezelfde rechtsvraag gaat als het beroep tegen een uitvoeringsbesluit bij de bestuursrechter. Een alternatieve benadering is, zoals Schutgens schetst, ook mogelijk: formeel is het *petitum* van de civiele vordering een andere dan dat van het beroep tegen een uitvoeringsbesluit. Zulke vorderingen zijn daarom steeds ontvankelijk. Zo bijv. C.N.J. Kortmann 2006, p. 191. Hoewel ik meen dat voor deze benadering wel iets te zeggen valt – zij dient de rechtszekerheid en vereenvoudigt de afbakening tussen civiele en bestuursrechter – is zij geen geldend recht.

⁸⁷ Vgl. (voor appellabele besluiten): HR 16 mei 1986, NJ 1986/723 m.nt. MS (*Heesch/Van de Akker*). Voor (materiële) wetgeving: HR 16 oktober 1992, AB 1993/40 m.nt. FHvdB (*Vulhop/Amsterdam*). Zowel in de rechtspraak, als in de literatuur, wordt er overigens ook weleens vanuit gegaan dat ook zulke vorderingen niet ontvankelijk worden verklaard.

Situatie A: er is (nog) geen bestuursrechtelijk oordeel

Zoals gezegd is het bij appellabele besluiten gebruikelijk dat de civiele rechter vorderingen afwijst als daartegen een bestuursrechtelijke weg open ligt, dan wel open heeft gelegen. In het eerste geval ontvangt hij de vordering niet. In het tweede geval doet hij dat vaak wel, maar gaat hij, op grond van de leer van de formele rechtskracht, uit van de rechtmatigheid van het besluit. Deze leer gaat ook op voor het wetgevingsgeding. De civiele rechter gaat er, kortgezegd, vanuit dat in het concrete geval voorzien is in effectieve rechtsbescherming bij de bestuursrechter.

In de bijzondere casus die hier centraal staat, waarin materieel sprake is van een gegrond beroep dat evenwel niet tot gegrondverklaring en vernietiging leidt, gaat deze veronderstelling niet zonder meer op. Zoals ik hierna nog bespreek, zijn de mogelijkheden van de bestuurs- en de belastingrechter om in schadevergoeding te voorzien beperkt.⁸⁸ Het is de vraag of de klager, bij de huidige stand van zaken – waarin met name de belastingrechter het beroep bij constitutionele perikelen ongegrond verklaart – iets te zoeken heeft bij de bestuursrechter als het hem alleen om compensatie van zijn schade gaat.⁸⁹ De nieuwe Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten brengt daar wel verandering in, maar belastinggeschillen zijn de komende drie jaar van deze wet uitgezonderd en getalsmatig werd in het verleden juist op dat rechtsgebied het vaakst geabstineerd. Bovendien geldt ook onder deze wet dat de bestuursrechter een verzoek tot schadevergoeding pas kan honoreren nadat is vastgesteld dat het voorschrift onrechtmatig is.⁹⁰ Tot slot doet zich in de bijzondere context van de *terme de grâce* een probleem voor: de verzoekschriftprocedure zou gericht zijn tegen het bestuursorgaan dat de uitvoeringsbeschikking zou vaststellen. Dat bestuursorgaan zou echter alleen de formele wet uitvoeren. De rechter kan het bestuursorgaan dat, in de sfeer van de toerekenbaarheid, moeilijk verwijten. Hij past het voorschrift zélf immers ook toe. Het is in dat verband lastig om de aansprakelijkheid op de uitvoeringshandeling toe te snijden.

Het lijkt mij bij die stand van zaken niet redelijk om van burgers steeds te vergen dat zij eerst de bestuursrechtelijke rechtsgang doorlopen voordat zij bij de burgerlijke rechter vergoeding van hun schade kunnen vorderen. De bestuursrechtelijke rechtsgang biedt in zulke gevallen vooralsnog onvoldoende waarborgen. Let wel: zoals in de volgende paragraaf nog besproken wordt, zijn er wel mogelijkheden voor de bestuursrechter om zijn bevoegdheid op dit punt wat op te rekken. Het zal dus neerkomen op een inschatting van de civiele rechter, of de burger wat van de bestuursrechter te verwachten heeft.

⁸⁸ Daarop wijst, in algemene zin, ook C.N.J. Kortmann 2006, p. 184.

⁸⁹ Art. 8:73 Awb vereist immers voor toekenning van compensatie dat het beroep gegrond is. Zie nader: § 5.3.1.2.

⁹⁰ Vgl. Van Suilen 2011, onder 3.

Mijn inschatting anno 2013 is dat dit niet zo is, maar meer daarover in de volgende paragraaf.

Situatie B: er is een bestuursrechtelijk oordeel

Stel dat de burger wél bij de bestuurs- of de belastingrechter heeft geprocedeerd. Hij heeft daar te horen gekregen dat hij gelijk heeft, maar dat het besluit in stand blijft omdat de kwestie de rechterlijke en de bestuurlijke taak te buiten gaat. Voorlopig blijft alles bij het oude. Met name in belastinggeschillen luidt het dictum in zulke gevallen ‘ongegrond’.⁹¹ In zulke gevallen is het de vraag wat de burgerlijke rechter te doen staat. Normaal gesproken ‘volgt’ hij het oordeel van de bestuursrechter. Vernietigt de bestuursrechter het bestreden besluit niet, dan verzet de kracht van gewijsde van diens uitspraak zich ertegen dat de civiele rechter dat besluit alsnog voor onrechtmatig houdt. Dat geldt ook voor het oordeel van de bestuursrechter over de achterliggende regeling.⁹²

Het bijzondere van de hier besproken casus is dat de bestuursrechter de regeling materieel onrechtmatig verklaart, maar weigert daaraan gevolgen te verbinden. Waaraan is de burgerlijke rechter dan gebonden: alleen het ‘materiële’ oordeel, dat de regeling onverenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling? Of (ook) het formele oordeel, dat dit geen consequenties heeft voor het bestreden bestuursbesluit? Daarover bestaat verschil van mening. Van den Berge meent dat geen sprake is van onrechtmatigheid als de (bestuurs- of) belastingrechter niet heeft vernietigd.⁹³ Bloembergen en Wattel zien dat anders. In de woorden van de eerste:

‘In mijn ogen zou dat een forse overtrekking van de leer van de formele rechtskracht zijn, die niet met het oog op dit soort gevallen is ontwikkeld. Want de Hoge Raad (lees: de belastingrechter, JU) laat niet alleen de aanslag in stand, maar oordeelt ook met bindende kracht tussen partijen dat de wetgeving waarop de aanslag berust, strijdig is met de Verdragen. Waarom zou de belastingplichtige, die de aanslag op de voet van art. 168 moet dulden, niet op basis van dit bindende oordeel schadevergoeding kunnen vorderen?’⁹⁴

Men zou kunnen zeggen dat Van den Berge een nogal formele, op het dictum geënte, benadering van de taakafbakening van de civiele rechter hanteert, terwijl Bloembergen en Wattel een materiële benadering voorstaan: de bestuursrechter heeft *materieel* geoordeeld dat er iets mis is met de onderliggende regeling.

Ik meen dat in elk geval de benadering van Van den Berge niet alleen formalistisch maar ook te kort door de bocht is. Want wat gebeurt er eigenlijk

91 Vgl. o.m. HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*). Zie nader: § 5.3.1.2.

92 HR 17 december 2004, NJ 2005/152 m.nt. TK (*OZB/Staat*).

93 Van den Berge 2000, p. 900.

94 Noot bij HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*), onder 4. Zie voorts: concl. A-G Wattel in HR 28 februari 2001, BNB 2001/295 m.nt. Van Weeghel (*Vestigingsplaatsfictie*).

precies in het proces van rechtsvinding als de bestuursrechter tot het oordeel komt dat het beroep ongegrond is omdat de kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat? Hij overweegt dan dat sprake is van onverenigbaarheid tussen wet en verdrag, maar dat dit niet kan leiden tot waar het de appellant om te doen is: vernietiging van de bestreden beschikking.⁹⁵ Het proces voor de bestuursrechter heeft, met andere woorden, als inzet de beschikking van tafel te krijgen. Het beroep van de appellant op verdragsrecht kan dát niet bereiken. Dat argument heeft, in het licht van de constitutionele complicaties die ermee gepaard gaan, onvoldoende gewicht. Het beroep is daarom ongegrond. Maar dat wil niet zeggen dat de bestuursrechter de onderliggende regeling voor verbindend of rechtmatig houdt. Dat oordeel is in wezen irrelevant voor de bestuursrechter: of de regeling nu rechtmatig is of niet, hij past haar toe *als ware* zij rechtmatig. De inzet van het geding voor de burgerlijke rechter is echter een andere. Hoewel het aanvechten van het onderliggende wettelijk voorschrift in de meeste gevallen materieel op hetzelfde neerkomt als een beroep tegen een uitvoeringsbesluit, gaat het formeel om de klacht dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door wetgeving in strijd met verdragsrecht uit te vaardigen en te handhaven. Deze enkele vaststelling hoeft de rechterlijke taak niet te buiten gaan. De oordelen van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter hoeven, in elk geval in theoretisch opzicht, dan ook niet met elkaar op gespannen voet te staan. Dan is het, Bloembergen en Wattel hebben wat dat betreft een punt, nogal overtrokken de leer van de formele rechtskracht in stelling te brengen.

Een andere vraag is wel, of ook omgekeerd kan worden volgehouden dat de civiele rechter *gehouden* is om wetgeving voor onrechtmatig te houden wanneer de bestuursrechter tot onverenigbaarheid heeft geconcludeerd.⁹⁶ Op die kwestie, de leer van de omgekeerde formele rechtskracht, kom ik terug in paragraaf 5.3.2, bij de bespreking van de materiële aansprakelijkheidskwesties.

Ik vat mijn bevindingen hier als volgt samen.

Burgers die aanlopen tegen de constitutionele grenzen van de rechterlijke taak bij een vordering in het hoofdgeding, kunnen in beginsel terecht bij de civiele rechter. Het vaststellen en handhaven van wetgeving in strijd met verdragsrecht levert een onrechtmatige daad op. De burgerlijke rechter is steeds bevoegd te onderzoeken of daarvan sprake is. Of de burger ook steeds ontvankelijk is in zijn vordering, is minder duidelijk. Deels hangt dat af van de taakverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, en daarmee van de bevoegdheden van de laatste. Gaat het om wetgeving die strafrechtelijk,

95 'Doorgaans', want het gebeurt een enkele keer dat het toetsingsoordeel in het midden wordt gelaten. In § 2.3.2.3 (onder 'contextuele benadering'). Ik besprak daar dat deze praktijk, uitzonderingen daargelaten, n.m.m. achterhaald is.

96 A-G Wattel gaat daarvan wel uit: zie zijn concl. in HR 28 februari 2001, *BNB* 2001/295.

of door middel van een bestuurlijke sanctie gehandhaafd wordt, dan doen zich geen problemen voor. De burger kan dan bij de civiele rechter ontvangen worden. Dat ligt anders als het gaat om wetgeving die door uitvoeringsbesluiten geconcretiseerd moet worden.

Op het eerste gezicht lijkt het voor de hand te liggen dat een vordering bij de civiele rechter spaak loopt wanneer tegen zo'n uitvoeringsbesluit nog een bestuursrechtelijke weg open ligt. Ik heb hier verdedigd dat deze bestuursrechtelijke weg, mogelijk, problemen oplevert als het gaat om de specifieke casus die in deze studie centraal staat. Ik pleit er daarom voor dat de civiele rechter de burger in dit soort kwesties ontvangt zo lang nog niet ondubbelzinnig duidelijk is dat de bestuursrechter voldoende mogelijkheden heeft om een schadevergoeding toe te kennen. Op die mogelijkheden ga ik in de volgende subparagraaf in. Heeft de burger wel beroep ingesteld tegen een uitvoeringsbesluit, en wordt hij met de grenzen van de rechterlijke taak geconfronteerd, dan luidt het dictum dat het beroep ongegrond is. Moet de civiele rechter dan uitgaan van de rechtmatigheid van het besluit en de onderliggende wetgeving? Daarover bestaat geen duidelijkheid. Ik meen dat de civiele rechter dit niet zonder meer mag doen, nu het proces voor de bestuursrechter een andere insteek heeft dan de civiele procedure. Ook in dit geval zou de kwestie mogelijk voorkomen kunnen worden wanneer de bestuursrechter de erkenning van de grenzen van zijn rechtsvormende taak zou kunnen doen vergezellen van een schadevergoeding voor de gedupeerde burger. Ik onderzoek nu in hoeverre artikel 8:73 Awb hem die mogelijkheid geeft.

5.3.1.2 Schadevergoeding bij de bestuurs- en de belastingrechter

De vraag of de benadeelde zijn schade ook direct vergoed kan krijgen bij de bestuurs- of de belastingrechter is wat ingewikkelder. Artikel 8:73 Awb geeft beide rechters, in elk geval voor wat betreft de rechtbank, in beginsel de bevoegdheid om op verzoek schadevergoeding toe te kennen.⁹⁷ Voor de bestuursrechter is deze bevoegdheid per 1 juli 2013 vervangen door een nieuwe verzoekschriftprocedure op basis van artikel 8:88 Awb. Voor de belastingrechter blijft, op grond van het overgangsrecht, artikel 8:73 Awb voorlopig nog van kracht. Aangezien de *terme de grâce* vooral in het belastingrecht prominent is, bespreek ik de regeling van 8:73 Awb eerst. Ik zie vervolgens of de zaken anders komen te liggen onder de nieuwe verzoekschriftprocedure in het bestuursrecht.

⁹⁷ Inmiddels is, per 1 juli 2013, de *Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten* (deels) in werking getreden (*Stb.* 2013, 162). De regeling van 8:73 is vervangen door een verzoekschriftprocedure in de artikelen 8:88-8:95 Awb. Niettemin blijft 8:73 nog even van belang voor aansprakelijkheidskwesties in het kader van de *terme de grâce*. Het belastingrecht, waarin de *terme de grâce* relatief vaak voor komt, blijft de eerste drie jaren gebruik maken van 8:73 Awb. Zie art. V van de wet (*Stb.* 2013, 50).

Gaat het om artikel 8:73 Awb, dan kan vooral de voorwaarde dat sprake moet zijn van een gegrond verklaard beroep problematisch zijn.⁹⁸ In de meeste gevallen waarin wordt geabstineerd, luidt het dictum namelijk dat het beroep ongegrond is.⁹⁹ De vraag is hoe dit ‘gegrond verklaren’ moet worden uitgelegd. Twee opvattingen zijn denkbaar: een formele en een materiële. De formele variant houdt in dat het beroep conform artikel 8:70 sub d Awb in het dictum van de uitspraak gegrond wordt verklaard. Een materiële opvatting komt erop neer dat de rechtbank in de overwegingen van de uitspraak aanvaardt dat sprake is van een, op zichzelf bezien, gegrond (in de zin van terecht) beroep op het verdragsrecht. De onrechtmatigheid staat daarmee vast en dat is waarom het bij de eis van gegrondheid primair gaat. Ik bespreek de voors en tegens van beide opvattingen en sluit mij bij de formele opvatting aan.

De formele opvatting

Zowel in de rechtspraak als in de literatuur is de formele opvatting courant. Van den Berge bijvoorbeeld, acht toepassing van artikel 8:73 Awb als alternatief voor het afzien van een remedie niet bruikbaar als de beschikking in stand wordt gelaten.¹⁰⁰ Daarmee koppelt hij de gegrondverklaring van het beroep aan de vernietiging van de beschikking. Dat is een logisch verband nu het eerste lid van artikel 8:72 Awb de rechter opdraagt om het bestreden besluit, als zij het beroep gegrond verklaart, geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Ook Gerechtshof Amsterdam gaat in 2003 van de formele zienswijze uit:

‘Het onder 5.14 overwogene brengt met zich dat het inroepen door belanghebbende van artikel 14 van het EVRM en artikel 26 van het IVBPR weliswaar gegrond is, doch niet tot een vermindering van de voorlopige aanslag kan leiden. Het beroep is derhalve ongegrond. (...) Voor het geval het Hof tot [dit] oordeel zou komen, heeft belanghebbende verzocht om toekenning van een schadevergoeding op de voet van artikel 8:73 van de Awb. Op grond van deze bepaling kan het Hof bij gegrond-

98 Is die horde genomen, dan doet zich nog het probleem voor dat de schadevergoeding in zulke gevallen voor rekening komt van het zich verwerende bestuursorgaan terwijl de schade veroorzaakt is door de wetgever. Ik ga op die kwestie hier niet verder in. Dat is wat mij betreft voornamelijk een kwestie van onderlinge overheidsaansprakelijkheid. Voor een uitgebreide bespreking zij in dat verband verwezen naar de dissertatie van De Kruif (2012).

99 In het belastingrecht wordt vrij consequent ongegrond verklaard. Leidend is nog altijd HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*). Anders echter: Rb Den Haag 23 juli 2012, LJN BX 7876 (*Kansspelbelasting*), waarin gegrond werd verklaard en de rechtsgevolgen in stand werden gelaten. De opstelling van de bestuursrechter is minder eenduidig. In ABRvS 19 oktober 2003, AB 2003/463 m.nt. PJS (*Kiesrecht Martijn*) verklaarde de Afdeling het beroep ongegrond, hoewel zij mogelijke strijd met het IVBPR erkende. In ABRvS 21 november 2006, AB 2007/80 m.nt. PAS (*Eman & Sevinger*) verklaarde zij het beroep juist wel gegrond. De aangevochten beschikking werd vernietigd. Mogelijk speelde een rol dat hier Unierecht aan de orde was.

100 Van den Berge 2000, p. 900. Tevens: concl. A-G Ballegooien HR 8 juli 2005, BNB 2005/310 m.nt. Happé (*Beroepskosten*).

verklaring van het beroep overgaan tot het toekennen van een schadevergoeding aan de partij die daarom heeft verzocht. Zoals onder 5.15 is overwogen dient het beroep van belanghebbende echter ongegrond te worden verklaard, zodat toepassing van artikel 8:73 van de Awb niet mogelijk is'.¹⁰¹

Advocaat-Generaal Van Ballegooijen kan dit oordeel billijken. In een vloeiend logisch syllogisme:

'Artikel 8:73 van de Awb is helder: alleen bij gegrondverklaring van het beroep kan er een schadevergoeding door de bestuursrechter worden toegekend. *In casu* is het beroep ongegrond; daarom is er geen ruimte voor toekenning van een schadevergoeding'.¹⁰²

Voor de formele leer pleit een aantal argumenten.

In de eerste plaats is dat de samenhang tussen de artikelen 8:70, 8:72 en 8:73 Awb en de geslotenheid van het stelsel van dicta. Artikel 8:70 maakt de rechter bevoegd het beroep gegrond te verklaren. Artikel 8:72 verbindt de gegrondverklaring met een gehele of gedeeltelijke vernietiging, en artikel 8:73 stelt hem vervolgens voor de keuze om daar ook een financiële vergoeding aan te verbinden. Zou de bestuursrechter 'gegrond verklaren' materieel opvatten, dan wordt dat stelsel doorbroken. Het is dan mogelijk dat de rechter niet vernietigt, maar wel schadevergoeding toekent.

Ook de parlementaire geschiedenis van de Awb lijkt te wijzen op een formele benadering.¹⁰³ Na vragen van de Tweede Kamerfractie van D66 sprak de regering in de Memorie van Antwoord van 'de bevoegdheid om bij gegrondverklaring van het beroep – dat wil zeggen bij gehele of gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beslissing – (...) een schadevergoeding toe te kennen'.¹⁰⁴ Daarmee knoopt de regering de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen ondubbelzinnig aan het rechtsgevolg van de vernietiging. De hiervoor genoemde samenhang blijft in stand.

Tot slot een rechtspolitek argument. Zou gegrondverklaring niet (meer) letterlijk worden genomen dan betekent dat strikt genomen een uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter. Gaat het om zelfstandige schadebesluiten, dan geldt dat de bestuursrechter gebonden is aan de, door hemzelf geformuleerde, eisen van connexiteit. De bestuursrechter kan zich over zo'n schadebesluit alleen uitlaten wanneer hij ook bevoegd was geweest over het

101 Hof Amsterdam 2 juni 2003, nr. P02/7448 (niet gepubl., weergegeven in: HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé). Zie ook: Hof Den Bosch 25 augustus 2004, *LJN* AR6666, dat eenzelfde koers vaart.

102 Concl. A-G Ballegooijen, ov. 8.2, bij: HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé (*Beroepskosten*). De Hoge Raad zelf komt niet toe aan een oordeel over art. 8:73 Awb, nu hij schending van de artikelen 14 EVRM en 26 IVBPR ontkent.

103 Aldus Pechler 2009, p. 246.

104 *Kamerstukken II* 1992-1993, 22 495, nr. 6, p. 56.

onderliggende schadeveroorzakende besluit te oordelen.¹⁰⁵ Voor artikel 8:73 geldt die connexiteitseis strikt genomen niet, maar de eis dat het beroep tegen het bestreden besluit gegrond moet zijn veronderstelt wel een band tussen de bevoegdheid van de bestuursrechter om het onderliggende besluit te beoordelen en de bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding. Zo heeft de bestuursrechter niet de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften te vernietigen omdat men met een direct beroep daartegen niet bij de bestuursrechter terecht kan.¹⁰⁶ Deze kan dus ook niet beslissen over de schadevergoeding ter zake van onrechtmatige wetgeving. Daarvoor gaat men naar de civiele rechter. Zou ‘gegrondverklaring’ materieel worden opgevat, dan zou dat stelsel worden doorbroken. De bestuursrechter heeft nog altijd niet de bevoegdheid om wetgeving te vernietigen, maar hij zou een exceptief beroep op de onrechtmatigheid van die wetgeving kunnen aangrijpen om zich wel over de aansprakelijkheidsvraag uit te laten. Men kan zich afvragen of een dergelijke verschuiving in het evenwicht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter niet van de wetgever moet komen.

De materiële opvatting

Een materiële opvatting blijkt ook mogelijk. Advocaat-Generaal Wattel huldigt haar:

‘Indien de belastingrechter uitspreekt dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door toekenning van een fiscaal privilege op ontoereikende gronden, staat daarmee de onrechtmatigheid ook voor de burgerlijke rechter vast en staat mijns inziens ook vast dat het beroep ‘gegrond’ was in de zin van art. 8:73 Awb, ook al wordt de aanslag gehandhaafd’.¹⁰⁷

Wie het ‘gegrond verklaren’ materieel opvat, gaat er in wezen vanuit dat het in het bestuursproces draait om de rechtmatigheid van het aangevallen besluit. Berust dat besluit op een regeling die in strijd is met een ieder verbindende verdragsbepaling, dan is de regeling in beginsel onrechtmatig en daarmee ook

¹⁰⁵ Vgl. bijv. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1379; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 673-676; Schueler 2005, p. 43-48; Van Maanen & De Lange 2005, p. 36-38.

¹⁰⁶ Vgl. artikel 8:2 Awb.

¹⁰⁷ HR 28 februari 2001, BNB 2001/295 m.nt. Van Weeghel (*Vestigingsplaatsfictie*), concl. A-G Wattel, ov. 8.25. Het is overigens mogelijk dat Wattel vooral doelt op de mogelijkheid dat de rechter het beroep *gegrond* verklaart, de beschikking vernietigt en de rechtsgevolgen ervan, op de voet van art. 8:72 lid 3 Awb, in stand laat. Hij wees als annotator al eens op die mogelijkheid: HR 12 mei 1999, BNB 1999/271 m.nt. Wattel (*Arbeidskostenforfait*), punt 6. Ik lees zijn overweging als A-G toch anders. Wattel kiest zijn woorden doorgaans zorgvuldig. Hij spreekt hier van het in stand laten van de aanslag, niet enkel van de rechtsgevolgen ervan. Hij reageert bovendien op de bezwaren van Van den Berge, die juist vanwege de ongegrondheid meende dat toepassing van art. 8:73 Awb onmogelijk was. Tot slot is het ook Wattel gevoeglijk bekend dat de belastingrechter het beroep in de regel *ongegrond* verklaart.

het besluit. Dat de rechter er uit constitutionele overwegingen vanaf ziet om daaraan gevolgen te verbinden, wil nog niet zeggen dat daarmee het beroep op het verdragsrecht ook in materieel opzicht ongegrond is. Formeel moge de rechter het beroep dan afwijzen, materieel wijst hij slechts één aspect ervan af, namelijk het beoogde rechtsgevolg: buiten toepassing laten of gemodificeerde interpretatie van het voorschrift en vernietiging van het bestreden besluit. Dat laat dan zijn mogelijkheden onverlet om in een schadevergoeding te voorzien.

Voor de materiële opvatting pleit dat de beslissing over de rechtmatigheid van het bestreden besluit en de beslissing over de schadevergoeding dan in dezelfde hand liggen. De beslissing om af te zien van het buiten toepassing laten of conform interpreteren van het wettelijk voorschrift, en de beslissing om een schadevergoeding toe te kennen zijn in wezen complementair. De rechter besluit tot schadevergoeding *omdat* voorzien in een andere remedie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat en hij toch op de één of andere manier voor rechtsherstel zorg wil dragen. Een bijkomend argument is dat de materiële opvatting tegemoet komt aan de ratio van het gegrondheidscriterium. Dat lijkt mij vooral bedoeld om schadevergoeding uitsluitend mogelijk te maken wanneer sprake is van een onrechtmatig besluit. Rust een besluit op een wettelijk voorschrift dat in strijd is met hoger recht, dan is daarvan in beginsel sprake.

Een mogelijk bijkomend argument voor de materiële opvatting is de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters en de Hoge Raad inzake schadevergoeding bij rechterlijke overschrijding van de redelijke termijn.¹⁰⁸ Acht de rechter de redelijke termijn in de rechterlijke fase overschreden, dan roept hij de minister van Justitie als partij in het geding om deze vervolgens te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding wegens de termijnoverschrijding. De basis daarvoor is artikel 8:73 Awb. Nu kan de redelijke termijn heel goed zijn overschreden in gevallen waarin het beroep zelf ongegrond is. In zulke gevallen staat het gegrondheidscriterium in beginsel in de weg aan toepassing van artikel 8:73 Awb. Toch meent de Afdeling, met in haar kielzog de andere hoogste bestuursrechters en, sinds kort, ook de belastingrechter, dat artikel 8:73 Awb conform artikel 13 EVRM moet worden uitgelegd. In dit geval betekent dat: *de facto* schrappen van de gegrondheidseis.

Een materiële opvatting van de gegrondheidseis van artikel 8:73 Awb gaat aanzienlijk minder ver, dan het geheel achterwege laten van die eis. Nog steeds moet sprake zijn van een (zij het materieel) gegrond beroep tegen een besluit. Dat ligt anders bij de rechtspraak inzake de redelijke termijn. De innovatieve interpretatie van artikel 8:73 Awb die daarin werd aangenomen, zou dus aanleiding kunnen zijn tot relativering van de gegrondheidseis.

¹⁰⁸ ABRvS 4 juni 2008, AB 2008/229 m.nt. Widdershoven; CRvB 11 juli 2008, AB 2008/241 m.nt. Widdershoven, en HR 10 juni 2011, AB 2011/184 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

Toch verwacht ik niet dat de bestuurs- en de belastingrechters in deze rechtspraak aanleiding zien om de gegrondheidseis te relativeren. Zie ik het goed, dan werd de creatieve rechtspraak inzake de redelijke termijn met name ingegeven door de gedachte dat in het Nederlandse recht geen effectief rechtsmiddel voorhanden was om een termijnoverschrijding door de bestuursrechter aan de kaak te stellen. De burger moest daarvoor – na zijn langdurige bestuursrechtelijke procedure – naar de civiele rechter, hetgeen zijn procedure kostbaar en, belangrijker, nóg langduriger maakte. Bovendien was twijfelachtig of de burger van de civiele rechter veel kon verwachten, gelet op diens terughoudende opstelling met betrekking tot vorderingen uit onrechtmatige rechtspraak.¹⁰⁹ Er was, met andere woorden, een urgente noodzaak tot verdragsconforme uitleg van artikel 8:73 Awb. Dat ligt anders in het hiervoor geschetste geval, waarin de burger de grenzen van de rechtsvormende taak tegengeworpen krijgt. De burgerlijke rechter is weliswaar terughoudend met vorderingen ten aanzien van onrechtmatige wetgeving, maar onmogelijk maakt hij het eisers in zulke procedures niet. Het argument dat de procedure dan langer gaat duren gaat wel op, maar is van een minder bijzonder gewicht dan in het geval van een klager die nu juist klaagt over het feit dat hij al zo lang heeft moeten wachten. Een ijzersterke verdragsrechtelijke rechtvaardiging voor het verder loslaten van het gegrondheidscriterium is er dan ook niet.¹¹⁰

Eigen opvatting: nog geen tijd voor de materiële benadering

Welke benadering moet beschouwd worden als het geldende recht? Uit de rechtspraktijk laat zich, om te beginnen, nog niet zo veel afleiden. De Hoge Raad noch de hoogste bestuursrechters hebben zich nog over de kwestie uitgelaten. Duidelijk is wel dat de materiële opvatting tot dusver in de schaars voorhanden uitspraken van lagere rechters niet werd omarmd.¹¹¹ Evenmin geeft de wetsgeschiedenis veel houvast. Het eerder genoemde argument, dat de regering de band tussen vernietiging en schadevergoeding onderstreepte, is wat mij betreft weinig overtuigend. Het is onwaarschijnlijk dat de wetgever zich destijds bewust was van het soort van gevallen waarover het hier gaat. In de meeste gevallen zit er immers geen licht tussen formele en materiële gegrondheid. Begin negentiger jaren, de periode waarin de totstandkoming van artikel 8:73 Awb onderwerp was van debat, lieten belasting- en bestuursrechters in de strijd tussen wet en verdrag bovendien in het midden wanneer zij de grenzen van hun rechtsvormende taak zagen opdoemen.¹¹² Het is daarom onwaarschijnlijk dat in dit verband veel gewicht moet worden toegekend aan de parlementaire geschiedenis.

109 Zie over deze redenen: Barkhuysen & Van Emmerik 2008, p. 1580.

110 In soortgelijke zin: A-G Ballegooijen en Hof Amsterdam. Zie: HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé.

111 Hof Amsterdam 2 juni 2003, nr. P02/7448; Hof Den Bosch 25 augustus 2004, *LJN* AR6666.

112 Zie § 2.3.2.3 (onder 'contextuele benadering').

Het komt dus aan op een weging van de meer praktisch getinte overwegingen. Het argument van een soepele rechtsbescherming staat dan tegenover instandhouding van het gesloten stelsel van dicta en een terughoudende opstelling van de bestuursrechter ten aanzien van zijn bevoegdheden. Dat laatste argument acht ik overigens ook niet van doorslaggevend belang. Dat de bestuursrechter zich via een omweg de bevoegdheid zou toe-eigenen om schadevergoeding voor onrechtmatige wetgeving toe te kennen lijkt mij wat overtrokken gesteld. De bestuursrechter kan zich immers reeds over de rechtmatigheid van wetgeving uitlaten en daaruit voortvloeiende bestuursbesluiten vernietigen. Wat hij alleen niet kan is ongegrond verklaren en tóch tot schadevergoeding besluiten. Dat lijkt mij geen grote uitbreiding van zijn bevoegdheden. Het aantal gevallen waarin de hier besproken kwestie zou spelen, is relatief gering. Het zal, zoals gezegd, niet vaak gebeuren dat de materiële en de formele gegrondheid van het beroep uit elkaar lopen. Van een ernstige doorkruising van de bevoegdheden op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht is dus geen sprake.

Belangrijker is een ander argument. Een materiële benadering van artikel 8:73 Awb is niet per definitie nodig. Bestuurs- en belastingrechter hebben de mogelijkheid om de kwestie te ontlopen door een geslaagd beroep op verdragsrecht gegrond te verklaren. Aan het probleem dat dan het besluit vernietigd moet worden en dat rechter en bestuur dan toch zullen moeten gaan bedenken hoe het dan wél moet, kan de rechter tegemoet komen door de rechtsgevolgen van het besluit zo nodig in stand te laten.¹¹³ Weliswaar zal veelal nog altijd een nieuw besluit op bezwaar moeten worden genomen, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs een probleem te zijn. Het nemen van dat besluit kan in sommige gevallen tijdelijk worden opgeschort om af te wachten wat de wetgever met de kwestie gaat doen. In andere gevallen kan het bestuursorgaan in onderhandeling treden met de appellante over verdere mogelijkheden van redres. Hoe dan ook, de rechter heeft in zulke gevallen de mogelijkheid om reeds schadevergoeding toe te kennen. Hij hoeft de samenhang tussen de artikelen 8:70, 8:72 en 8:73 Awb niet te doorbreken.

Ik meen daarom dat de formele opvatting nog altijd de meest voor de hand liggende is. Toepassing van 8:73 Awb is in de huidige constellatie, waarin belasting- en bestuursrechter een beroep wegens de beperkte rechtsvormende taak ongegrond verklaren, dus geen optie.

113 Zie art. 8:72 lid 3 Awb. Aanvaarding van deze mogelijkheid in dit bijzondere geval zou wel een trendbreuk in de jurisprudentie betekenen, nu van art. 8:72 lid 3 Awb doorgaans alleen gebruik wordt gemaakt als het besluit inhoudelijk rechtmatig is. De tekst van art. 8:72 lid 3 dwingt daartoe m.i. echter niet. Daar komt bij dat het merkwaardig zou zijn aan te nemen dat het *wel* mogelijk is om een beroep ongegrond te verklaren als het besluit steunt op een onrechtmatig voorschrift, terwijl het *niet* mogelijk zou zijn om gegrond te verklaren en de rechtsgevolgen in stand te laten.

5.3.1.3 Nieuwe wetgeving

Zoals gezegd trad in juli 2013 de Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in werking.¹¹⁴ Daarmee werd deels afscheid genomen van artikel 8:73 en het zelfstandig schadebesluit. Gedupeerden kunnen dan, op basis van een nieuw artikel 8:88 Awb een verzoekschrift indienen bij de bestuursrechter die bevoegd zou zijn het onderliggende besluit te beoordelen. Zoals gezegd zijn, op basis van artikel V van de wet (overgangsrecht), claims tegen de belastingdienst vooralsnog uitgezonderd van de regeling. Voor de belastingrechter geldt de nieuwe regeling de komende jaren dus nog niet, maar voor de overige bestuursrechters zal het één en ander gaan veranderen. Zo wijzigt de taakverdeling met de civiele rechter. Deze wordt exclusief bevoegd voor vorderingen die uitkomen boven 25.000 Euro, tenzij het dan weer gaat om kwesties waarover de Centrale Raad en de belastingkamer van de Hoge Raad in hoogste instantie oordelen. Vorderingen onder de 25.000 Euro behoren tot de gedeelde competentie van de civiele en de bestuursrechter. De justitiabele heeft dan een keuze. Ook onder de nieuwe wet is dan wel vereist dat de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit vaststaat. Anders dan onder de huidige regeling is het echter niet per se nodig dat de burger een besluit bij de bestuursrechter aanvecht, of een zelfstandig schadebesluit uitlokt. De onrechtmatigheid kan zowel door de bestuursrechter als door het bestuursorgaan zijn vastgesteld.¹¹⁵

Het komt mij voor dat de nieuwe wet slechts van beperkte betekenis is voor de situatie die ik hier op het oog heb: de gedupeerde van (materieel) onrechtmatige formele wetgeving die zijn schade vergoed wil krijgen. Ik heb daarvoor twee aanknopingspunten.

Hoewel de gegrondheidseis van artikel 8:73 Awb komt te vervallen, treedt een soortgelijk probleem op bij de verzoekschriftprocedure. Ook hier is het de vraag wanneer de rechter precies heeft vastgesteld dat het schadeveroorzakende besluit onrechtmatig is. Nu al lijken sommige auteurs aan te nemen dat ook dan als criterium geldt of de bestuursrechter, dan wel het bestuursorgaan, de beschikking heeft vernietigd – lees: het bezwaar of beroep gegrond heeft verklaard.¹¹⁶

Rechtstreeks kan hij, ook onder de nieuwe wet, de wetgever niet aanspreken. De bestuursrechter is immers alleen bevoegd voor zover hij ook over een schadeveroorzakend besluit kon oordelen. Hoewel de wetgever in Unierechtelijk verband soms aangemerkt wordt als *quasi* bestuursorgaan, is hij het in de ogen van de Awb-wetgever voorlopig nog niet. De aansprakelijkheid zou dus gericht moeten worden tegen het bestuursorgaan dat de wet uitvoert. Dan

114 Tenminste, voor het deel dat op schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten ziet. *Stb.* 2013, 50 resp. *Stb.* 2013, 162.

115 Van Suilen 2011, onder 3.

116 *Ibid.*

doet zich een eerste complicatie voor dat dit bestuursorgaan niet noodzakelijkerwijs behoort tot de Staat. Daarbij komt dat het bestuursorgaan bij het vaststellen van de toerekenbaarheid kan aanvoeren dat men eenvoudigweg niet anders kon dan de regeling uitvoeren. Zeker wanneer de rechter de regeling zelf ook toepast omdat buiten toepassing laten of conforme interpretatie zijn rechtsvormende taak te buiten zou gaan, is dat een heel redelijk standpunt. Ook met de nieuwe verzoekschriftprocedure, lijkt mij aansprakelijkheid via de bestuursrechter dus moeilijk te realiseren. Het blijft echter aanbeveling verdienen, dat de bestuurs- en de belastingrechter een materieel geslaagd beroep op verdragsrecht ook tot uitdrukking brengen in het dictum, door het beroep gegrond te verklaren.

5.3.1.4 Resumerend

Welke mogelijkheden heeft een burger, die geconfronteerd wordt met de grenzen van de rechterlijke rol, om zijn schade gecompenseerd te krijgen? In theorie kan een dergelijke burger bij zowel de bestuursrechter als de civiele rechter terecht. Procedeert hij bij de bestuursrechter over een, op de bestreden regeling gebaseerd, besluit, dan kan om toepassing van artikel 8:73 Awb worden gevraagd. De rechter veroordeelt het bestuursorgaan dan tot het betalen van een schadevergoeding. Aan deze mogelijkheid staat echter in de weg dat bestuurs- en belastingrechters, wanneer zij menen dat een *terme de grâce* aangewezen is, het beroep ongegrond verklaren. Artikel 8:73 eist dat het beroep gegrond wordt verklaard. Het is mogelijk deze eis 'materieel' te lezen, in de zin dat ook de vaststelling in de overwegingen van de uitspraak, dat het voorschrift onverenigbaar is met verdragsrecht, de conclusie rechtvaardigt dat sprake is van een gegrond beroep. Hoewel daar goede redenen voor zijn, acht ik een dergelijke lezing niet aangewezen. De bestuursrechter zou het gesloten systeem van dicta ermee doorbreken. Dat zou wellicht kunnen als daarvoor een dringende noodzaak was, maar die is er niet. De bestuursrechter heeft andere mogelijkheden om toepassing van artikel 8:73 Awb mogelijk te maken. Bovendien kan de burger in dit geval ook bij de civiele rechter terecht.

Daarmee is niet gezegd dat deze laatste optie vrij van voetangels en klemmen is. Een vordering uit onrechtmatige wetgeving kan afstuiten op de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en zijn bestuursrechtelijke evenknie. Gaat het om wetgeving die uitvoering behoeft, dan is het mogelijk dat van de burger verwacht wordt dat hij bestuursrechtelijk opkomt tegen het uitvoeringsbesluit. Gaat men er echter vanuit dat de bestuursrechtelijke bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen in dit soort gevallen ontoereikend is, dan ligt het voor de hand dat een vordering bij de civiele rechter ontvangen wordt. Heeft de burger wel reeds beroep ingesteld tegen een uitvoeringsbesluit, en heeft dat in verband met de grenzen van de rechterlijke taak geresulteerd in een ongegrondverklaring, dan zou de civiele rechter, volgens de gangbare

rechtspraak, uit moeten gaan van de rechtmatigheid van het besluit en de onderliggende wetgeving. Ik heb verdedigd dat hij dat echter niet zonder meer mag doen. Het proces voor de bestuursrechter heeft een andere insteek dan de civiele procedure en de burgerlijke rechter heeft zich daar rekenschap van te geven.

Kort en kernachtig is de conclusie hier dus, dat de burger die met een *terme de grâce* wordt geconfronteerd, zijn schade niet bij de bestuursrechter, maar mogelijkerwijs wel bij de civiele rechter gecompenseerd kan krijgen. Of dat een reële mogelijkheid is, hangt af van het materiële aansprakelijkheidsrecht. Ik ga daar nu op in.

5.3.2 Materiële mogelijkheden tot schadevergoeding

Ik bespreek hier niet het volledige materiële aansprakelijkheidsrecht met betrekking tot het leerstuk van de onrechtmatige wetgeving. Dat gaat het bestek van dit boek ver te buiten. Bovendien is er een vrij recente studie waarin een en ander al op heldere wijze uiteen werd gezet.¹¹⁷ Ik zie hier alleen welke aansprakelijkheidscriteria specifiek een knelpunt kunnen zijn in het geval van een *terme de grâce* bij de toetsing van wetgeving aan grondrechten. Ik ga dan ook niet in op de toerekening van onrechtmatig handelen aan de Staat. Ik ga ervan uit dat deze toerekening een gegeven is.¹¹⁸ Evenmin bespreek ik het leerstuk van de relativiteit. Dat levert in het geval van grondrechten doorgaans geen problemen op.¹¹⁹ Wel ga ik in op de onrechtmatigheid (5.3.2.1), en op het bestaan van causale schade (5.3.2.2).

5.3.2.1 Onrechtmatigheid

Gaat het om wetgeving in materiële zin, dan wordt algemeen aangenomen dat een onverbindend voorschrift, automatisch ook een onrechtmatig voorschrift is.¹²⁰ Het onverbindende voorschrift had niet mogen worden uitgevaardigd, of het had nadat het onverbindend werd, alsnog moeten worden aange-

¹¹⁷ Schutgens 2009a, p. 35-74.

¹¹⁸ Op basis van HR 9 mei 1986, NJ 1987/252 m.nt. MS (*Staat/Van Gelder*), wordt de onrechtmatigheid van wetgeving toegerekend aan het overheidslichaam dat de regelgeving vaststelde. De HR spreekt in r.o. 3.4 van een 'strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift' (curs. JU). In het geval van een *terme de grâce* stelt de rechter wel de strijdigheid, maar niet de onverbindendheid van het voorschrift vast. Maakt dit uit? Ik meen van niet. Een onverbindend voorschrift is steeds ook onrechtmatig, maar dit wil niet zeggen dat een verbindend voorschrift steeds rechtmatig is. De onrechtmatigheid zit hem m.i. in de strijd tussen wettelijk voorschrift en verdrag.

¹¹⁹ Aldus bijv. Schutgens 2009a, p. 54-55.

¹²⁰ Schutgens 2009a, p. 36.

past of ingetrokken.¹²¹ Een burger die claimt dat een formeelwettelijke regeling zijn mensenrechten schendt en die om constitutionele redenen zijn gelijk niet krijgt, loopt evenwel tegen twee – mogelijke – complicaties aan. Ten eerste heeft de bestuurs- of de belastingrechter formeel niet vastgesteld dat het wettelijk voorschrift onverbindend is. Dat ging immers de rechterlijke taak te buiten. Ten tweede is het de vraag of ‘zuiver’ gebruikmaking van de wetgevende bevoegdheid door de formele wetgever überhaupt als onrechtmatig bestempeld kan worden.

Die tweede vraag – kan de enkele vaststelling van een wet in formele zin onrechtmatig zijn? – lijkt in de rechtspraak bevestigend te worden beantwoord.¹²² Ook in de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat reeds het uitvaardigen van formele wetgeving in strijd met een verdragsverplichting een onrechtmatige daad kan inhouden.¹²³ Als basis hiervoor wordt artikel 94 Grondwet, respectievelijk – voor het Unierecht – de rechtspraak inzake *Francovich* en *Brasserie du Pêcheur* aangewezen.¹²⁴ Men kan zich afvragen of artikel 94 Grondwet de juiste basis is. Ook zonder dat de toepassing van verdragsrecht in de nationale rechtsorde geëffectueerd wordt ten koste van

121 Het kan zijn dat het voorschrift pas ná het uitvaardigen ervan onverbindend wordt omdat het hogere recht (of de uitleg ervan) wijzigt. Schutgens beschouwt in dat geval het niet-intrekken van de regeling als onrechtmatig (Schutgens 2009a, p. 43-44). Sillen bestrijdt dat met een verwijzing naar HR 18 februari 2005, JB 2005/92 m.nt. EvdL (*Ziekte van Aujeszky*). Zie Sillen 2010, p. 153-154. Ik ga op deze discussie niet in omdat zij het hier aangeroepte thema slechts zijdelings raakt. Bij wijze van kanttekening merk ik wel op dat Sillen wat mij betreft wat kort door de bocht gaat, waar hij opmerkt dat de HR met de zinsnede ‘...van een bestuursorgaan verwacht mag worden’, niet meer dan een fatsoensregel formuleert. Datzelfde geldt voor zijn opmerking dat de HR de mogelijkheid van intrekking niet noemt. De HR gaat ervan uit dat ‘alsnog een verbindende regeling tot stand wordt gebracht’. Dat is weliswaar niet hetzelfde als de regeling intrekken, maar betekent hetzelfde: gebruikmaking van de wetgevende bevoegdheid. Het gaat de rechter er alleen maar om dat de onrechtmatigheid verdwijnt. Waar het beleidsdoel mogelijk ook door wijziging bereikt kan worden ligt dat eerste voor de hand. Een rechter die slechts deze mogelijkheid noemt, ontkent daarmee niet *a contrario* dat er een verplichting tot intrekking bestaat.

122 Vgl. HR 14 april 2000, NJ 2000/713 m.nt. ARB (*Kooren-Maritiem/Staat*). Zie tevens: HR 16 november 2001, NJ 2002/469 m.nt. TK & EAA (*WHV*), en HR 20 maart 2009, NJ 2009/229 m.nt. Mok (*Van den Boomen Blijham/Staat*).

123 Zie bijv.: Van Emmerik 1997, p. 20; Barkhuysen 2004, p. 48; Polak 2009, p. 427, en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011, nr. 381. Zo ook (uitvoeriger): Schutgens 2009a, p. 38-39. Anders: Reestman 2008, p. 82, die onderscheid maakt tussen de voorrang van art. 94 Gw en de vraag of verdragsrecht van hogere orde is. Reestman doelt m.i. op het Duitse begrippenpaar *Geltungsvorrang* en *Anwendungsvorrang*. Ook het Unierecht komt uitsluitend *Anwendungsvorrang* toe, en geen *Geltungsvorrang*. Of het nationale recht hiërarchisch ondergeschikt is aan het Unierecht, daarover valt te steggelen (en dat wordt dan ook in ruime mate gedaan). De *Francovich*-rechtspraak maakt het echter onbetwistbaar mogelijk dat de Staat, niet slechts voor het toepassen, maar ook voor het vaststellen van wetgeving in strijd met Unierecht aansprakelijk is. Dat alleen sprake is van *Anwendungsvorrang* wil dus niet zeggen dat het vaststellen van een met verdragsrecht strijdige wet geen onrechtmatige daad kan inhouden.

124 HvJEG 19 november 1991, C-6/90, 9/90, Jur. 1991, p. I-5357 (*Francovich & Bonifaci*), en HvJEG 5 maart 1996, C-46 en 48/93, Jur. 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur*).

daarmee strijdige wetgeving, kan het onrechtmatig zijn voor de wetgever om wetgeving uit te vaardigen waarmee de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat geweld wordt aangedaan. Het internationaalrechtelijke beginsel van de goede verdragstrouw veronderstelt dat de wetgever dit niet doet. Het lijkt mij zelfs voorstelbaar dat het uitvaardigen van een wettelijk voorschrift in strijd met een verdragsverplichting onrechtmatig is en aansprakelijkheid in het leven roept, terwijl de geldigheid en de toepasbaarheid van dat voorschrift in concrete geschillen niet ter discussie staat.¹²⁵ Ook waar het gaat om bepalingen die niet een ieder verbindend zijn in de zin van artikel 94 Grondwet, lijkt mij aansprakelijkheid dan ook niet uitgesloten. Op zijn minst valt te verdedigen dat het uitvaardigen van een dergelijke wet in strijd is met wat 'maatschappelijk betamelijk' in de zin van artikel 6:162 BW is, tenminste voor zover burgers hebben mogen vertrouwen op het verdragsrecht.¹²⁶

5.3.2.2 Schade en causaliteit

Is het vaststellen of toepassen van het desbetreffende voorschrift te beschouwen als onrechtmatige daad, dan is daarmee nog niet de weg vrij om de burger een schadevergoeding toe te kennen. Daarvoor is onder andere vereist dat de burger aannemelijk maakt dat hij schade lijdt die voor vergoeding in aanmerking komt, en dat deze schade in causaal verband staat tot de onrechtmatige daad. Deze vereisten van schade en causaliteit kunnen in sommige gevallen een probleem opleveren voor de rechtszoekende die wordt geconfronteerd met een *terme de grâce*. Ik ga eerst in op de mogelijkheden om vergoeding van materiële schade te vorderen, en vervolgens op de mogelijkheden om immateriële schade gecompenseerd te krijgen.

Vergoeding van materiële schade

Wij zagen eerder dat de rechter om verschillende redenen kan besluiten te abtineren. De reden van abtineren bepaalt in belangrijke mate of sprake is van schade die in een causaal verband staat tot de aangevallen wetgeving. In het vorige hoofdstuk onderscheidde ik twee hoofdcategorieën van gevallen waarin van een remedie werd afgezien. Zo kan het zijn dat een beginsel, zoals het legaliteits- of het rechtszekerheidsbeginsel, zich tegen toewijzing van de vordering of het beroep verzet. Het andere geval is dat de rechter afziet van het bieden van rechtsherstel als er verschillende verdragsconforme uitkomsten

125 Hoewel, toegegeven, een dergelijke redenering ook op zou gaan voor toetsing aan de Grondwet of rechtsbeginselen, terwijl de rechter dit in de arresten HR 14 april 2000, NJ 2000/713 m.nt. ARB (*Kooren-Maritiem/Staat*); HR 16 november 2001, NJ 2002/469 m.nt. TK & EAA (*WHV*), en HR 20 maart 2009, NJ 2009/229 m.nt. Mok (*Van den Boomen Blijham/Staat*) juist weer afwijst.

126 Iets anders is, of de rechter zich ook in staat acht om de inhoud van het wettelijk voorschrift te toetsen aan dergelijke bepalingen, die zich immers zelden voor rechterlijke toepassing lenen.

mogelijk zijn en hij dus voor een beleidskeuze staat. Een bijzondere variant van deze categorie is de situatie dat de rechter geconfronteerd wordt met een samenloop van verschillende regelingen die elk op zichzelf gezien rechtmatig zijn, maar in combinatie tot een schending van een mensenrecht leiden. Ik loop alle drie de gevallen kort na.

1) *De rechter abstineert omwille van een rechtsbeginsel*

Gaat het om de situatie dat een rechtsbeginsel zich verzet tegen het bieden van een remedie in het voorliggende geschil, dan hoeft het bestaan van schade geen probleem te zijn. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat een natuurlijk kind een erfenis ontzegd wordt omdat het familie- en erfrecht in strijd met artikel 8 EVRM uitsluitend wettige kinderen erkent.¹²⁷ Minder voor de hand liggend, maar wel mogelijk, is de situatie dat iemand inkomsten misloopt omdat zijn geboorteakte zijn ware geslacht niet vermeldt en hij dus niet in staat is een kloppende geboorteakte te overleggen.¹²⁸ In zulke gevallen paste de rechter de relevante bepalingen uit het BW in het verleden ongewijzigd toe omdat hij anders problemen voorzag met betrekking tot de rechtszekerheid. De schadekwestie verschilt dan niet van reguliere geschillen over schade. Bezien moet worden of sprake is van gedeerde inkomsten, of het wettelijk regime daarvoor een *conditio sine qua non* oplevert en of de schade in redelijkheid kan worden toegerekend aan de wetgevende autoriteit.¹²⁹ In beide gevallen levert de casus van de begrensde rechtsvormende taak geen bijzondere problemen op.

2) *De rechter ontloopt rechtspolitieke of beleidsmatige keuzes*

Anders ligt dat als er verschillende verdragsconforme regelingen denkbaar zijn en toewijzing van de vordering de rechter confronteert met een rechtspolitieke keuze.¹³⁰ Abstineerde de bijzondere rechter in zo'n geval, dan ligt het niet zonder meer voor de hand om schade aan te nemen. Een voorbeeld moge dat verduidelijken.

Markens, vader van een pasgeboren dochter, wil een poosje een dag in de week voor haar zorgen. Van overheidswege bestaat een bijdrage in de kosten voor moeders die inkomsten mislopen omdat zij een dag minder werken. Markens betoogt dat deze regeling discriminatoir is en dat ook hij

127 Dat was bijvoorbeeld het geval in HR 27 oktober 1994, NJ 1995/467 en HR 24 februari 1995, NJ 1995/468 m.nt. JdB.

128 Vgl. o.m. HR 13 december 1973, NJ 1975/130 m.nt. EAAL.

129 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-II*) 2011, nr. 50.

130 Men denke aan klassiekers als: HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230 (*Optierecht Nederlander-schap*); HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*); ABRvS 21 november 2006, AB 2007/80 m.nt. PAS (*Arubaans kiesrecht*).

aanspraak maakt op deze overheidsbijdrage.¹³¹ De bestuursrechter erkent het discriminerende karakter van de regeling, maar wijst er op dat deze discriminatie op verschillende manieren ongedaan kan worden gemaakt. Vaders kunnen toegang tot de overheidsbijdrage krijgen, maar de regeling kan ook anders worden vormgegeven of, rechtmatig, in haar geheel worden afgeschaft. Het beroep van Markens wordt ongegrond verklaard. Markens adieert nu de burgerlijke rechter met de stelling dat hij materiële schade heeft geleden ter hoogte van het bedrag van de misgelopen overheidsbijdrage.¹³²

De Staat zal zich in een dergelijk geval vermoedelijk verweren door op te werpen dat geen sprake is van schade, of dat de eventueel aangenomen schade niet is toe te rekenen aan de desbetreffende wetgeving. Het argument voor beide verweren is hetzelfde.¹³³ In beide gevallen gaat het er om dat Markens het geldbedrag ook mis had kunnen lopen als de wetgever een rechtmatige wet had vastgesteld.¹³⁴ Wat daarvan te denken?

131 De casus is ontleend aan twee buitenlandse zaken: SCC 9 juli 1992 [1992] 2 SCR 679 (*Schachter v. Canada*) en EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, EHRC 2012/117 m.nt. Gerards (*Konstantin Markin t. Rusland*). Een soortgelijke kwestie was, in elk geval de afgelopen decennia, echter ook in Nederland denkbaar.

132 Op de mogelijke stelling van Markens dat hij ook immateriële schade heeft geleden vanwege de frustratie die met de ongelijke behandeling gepaard ging, ga ik hierna in.

133 Men kan twisten over de vraag of dit nu een kwestie van schadeberekening of van causaliteit is. De meeste auteurs gaan uit van het eerste geval (zie o.a. annotatie Bloembergen onder NJ 2000/170 en concl. A-G Van Ballegooijen in HR 8 juli 2005, BNB 2005/310, § 8.3). Schutgens lijkt, in een andere context overigens, de kwestie te beschouwen als een causaliteitskwestie (vgl. Schutgens 2009a, p. 64). Voor de eerste lijn pleit in elk geval dat de vraag of schade is geleden, in het proces van rechtsvinding normaal gesproken vooraf gaat aan de vraag of tussen de schade en het schadeveroorzakend handelen sprake is van causaliteit. Ik meen evenwel dat beide voor kunnen komen. Gaat het om aansprakelijkheid voor onrechtmatig vastgestelde begunstigende regelgeving (zoals in het geval van Markens), dan ligt het voor de hand aan te nemen dat geen sprake is van schade. Er is nog geen vermogensnadeel geleden en het zou onnodig gekunsteld zijn om deze te construeren. Gaat het daarentegen om een onrechtmatige heffing, of om een discriminatoir opgelegde verplichting (het doden van een deel van de veestapel bijvoorbeeld), dan is wel sprake van schade, en komt de vraag op of de schade wel rechtstreeks verband houdt met het aangevallen wettelijk voorschrift. Stel bijvoorbeeld dat de wetgever een regeling ontwerpt waarbij vreemdelingen zonder proces huisarrest krijgen als zij de nationale veiligheid bedreigen. De rechter meent dat dit geen proportionele maatregel is, nu zij uitsluitend voor staatsgevaarlijke vreemdelingen geldt. Wel staat vast dat de wetgever zo'n regeling ook voor staatsburgers had kunnen vaststellen. Een vreemdeling vordert vergoeding van gederfde inkomsten omdat hij ten onrechte thuis vast is gehouden. In een dergelijk geval lijkt mij wel sprake van schade, maar niet noodzakelijkerwijs van schade die voor vergoeding in aanmerking komt. De casus is losjes gebaseerd op de Britse *Belmarsh*-problematiek. Zie HL 16 december 2004, [2004] UKHL 56 (*A and Others v. Home Secretary*).

134 De Staat zou ook kunnen betogen dat geen sprake is van causaliteit omdat de wetgeving in dit geval nog geen direct rechtsgevolg in het leven roept (vgl. Schutgens 2009a, p. 126-127). Markens moet dus de uitvoerder van de beslissing aanspreken. Ik ga er hier gemakshalve maar even vanuit dat dit eveneens een orgaan van de Staat is, maar zelfs als dit niet zo is, dan lijkt mij dat – in zaken waarin de burger de rechtsvormende taak tegengeworpen krijgt – een onterecht verweer. Het argument dat de schade voortvloeit uit het uitvoerings-

In de schaars beschikbare literatuur en rechtspraak zijn twee benaderingen te onderscheiden. Een mogelijke derde benadering – Markens heeft gelijk en de schade moet per definitie worden vastgesteld op het misgelopen bedrag – wordt bij mijn weten door niemand verdedigd.¹³⁵ Het tegengestelde standpunt vinden we bij Van den Berge die meent dat in zulke gevallen nooit sprake is van te vergoeden schade:

‘Gaaf het om een zuiver fiscaal privilege – een door de wetgever op ontoereikende gronden aan een bepaalde groep van personen verleende vrijstelling van belasting of aftrekpost – dan kan men slechts spreken van door de overheid aan anderen toegebrachte schade, voor zover de ‘kosten’ van die vrijstelling in de vorm van de door dat privilege gederfde opbrengst aan belasting op andere wijze – door anderen – moet worden opgebracht. (...) Komen die voor vergoeding in aanmerking? Nee. De financiële en fiscale consequenties van dat soort domheden, door de wetgever begaan, “must be borne by all citizens” – en wel, zou ik zeggen: – “equally according to their means”’.¹³⁶

Van den Berge onderscheidt in dit citaat twee soorten van schade, die hij beide niet voor vergoeding in aanmerking vindt komen. Dat de niet-geprivilegieerde belastingplichtige een belastingkorting misloopt, ziet hij kennelijk niet als een serieus te nemen mogelijkheid. Anders ligt het met schade die er in bestaat dat alle niet-geprivilegieerden hebben moeten meebetalen aan de belastingkorting van de wel-geprivilegieerden. Met andere woorden: Markens betaalt extra belasting ter financiering van de onrechtmatige overheidsbijdrage van zijn echtgenote. Dat zou wel schade kunnen zijn, maar ook vergoeding daarvan wijst Van den Berge af. Zulke kosten dienen voor rekening van de gemeenschap te blijven. Zou de rechter schadevergoeding toekennen, dan zou dit bedrag – in de ogen van Van den Berge – moeten worden opgebracht door weer andere burgers zwaarder te belasten. Hij acht dat ongewenst.¹³⁷

Aan de andere kant van het spectrum treffen we Bloembergen.¹³⁸ Deze ziet wel ruimte voor een schadevergoeding die bestaat uit misgelopen voordeel. Hij hanteert daarvoor het volgende criterium:

‘Relevant is wat de wetgever zou hebben gedaan als hij de strijd met de verdragen zou hebben onderkend. Gaaf het om de begunstiging (een privilege) van een kleine

besluit en niet uit de wetgeving, gaat ervan uit dat het bestuur het besluit, met voorbijgaan aan de wettelijke regeling, niet had moeten nemen. Het probleem is echter dat dit nu juist de rechtsvormende rol van bestuur en wetgever te buiten gaat. Dat pleit ervoor om de schade toch toe te rekenen aan de Staat.

135 Hoewel dit, zoals in deel II nog aan de orde komt, wel de lijn van het HvJ EU is. Zie §7.8.4.

136 Van den Berge 2000, p. 900. Instemmend geciteerd door A-G Wattel in zijn concl. bij HR 28 februari 2001, *BNB* 2001/295 m.nt. Van Weeghel (*Vestigingsplaatsfictie*).

137 Van den Berge 2000, p. 900, voetnoot 30.

138 Annotatie bij HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170. Instemmend: A-G Van Ballegooijen in HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310.

groep belastingplichtigen – zoals in de zaak van de grijze kentekens –, dan lijkt mij het meest aannemelijk dat de wetgever dat privilege niet zou hebben toegekend (...). De niet-geprivilegieerden lijden dan geen schade: zij missen een voordeel dan hun hoe dan ook niet toegevallen zou zijn (...). Maar goed verdedigbaar is dat de belastingplichtige in de zaak van het arbeidskostenforfait wel schade lijdt. Is niet aannemelijk dat de wetgever, als hij de discriminatie zou hebben onderkend, op een of andere manier de werkenden tegemoet zou zijn gekomen en dat ook deze belastingplichtige daarvan zou hebben geprofiteerd? En zou de schade niet kunnen worden geschat op de belasting die hij over het door het Hof in aftrek gebrachte bedrag van f 1050 heeft moeten betalen? Kortom, er zal lang niet altijd schade zijn. Maar als die er is, moet zij worden vergoed’.

Bloembergen roept de rechter op, een inschatting te maken van wat de wetgever zou hebben gedaan als hij van de discriminatie geweten had. Schutgens kiest, op basis van de bestuursrechtelijke leer van het hypothetisch rechtmatige besluit, een soortgelijke benadering:

‘Aansprakelijkheid voor de gevolgen van een onverbindende regeling ontbreekt, als aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid valt te zeggen dat de burger dezelfde schade zou hebben geleden, als bij tijdige onderkenning van het gebrek in de onverbindende regeling een verbindende regeling tot stand zou zijn gekomen die hetzelfde nadeel had veroorzaakt’.¹³⁹

In de werkwijze van Bloembergen en Schutgens wordt relevant waar het ‘breekpunt’ ligt, aan de hand waarvan de rechter bepaalt wat de wetgever zou hebben gedaan als hij de verdragsschending had onderkend. Schutgens legt de bewijslast bij de overheid en spreekt van ‘aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid’ dat ook een rechtmatige wet het nadeel had veroorzaakt. Bloembergen heeft het over ‘aannemelijkheid’. Duidelijk is in elk geval dat de enkele *mogelijkheid* dat de wetgever een wet had uitgevaardigd die hetzelfde nadeel, of het gebrek aan voordeel, zou hebben veroorzaakt, voor beiden onvoldoende is om ervan af te zien van te vergoeden schade te spreken.

Welk van beide benaderingen verdient de voorkeur?

De benadering van Van den Berge lijkt mij om twee redenen af te wijzen. In de eerste plaats zou het merkwaardig zijn aan te nemen dat benadeelden geen schade hebben geleden als de wetgever, na door de rechter een *terme de grâce* te zijn gegund, de wettelijke regeling zó aanpast dat ook de benadeelde groep – in de toekomst – recht krijgt op het belastingvoordeel. In de tweede plaats gaat er iets mis bij het uitgangspunt van Van den Berge, dat de kosten van ‘domheden’ door de gehele gemeenschap moeten worden gedragen. Dat is een mooi ideaal, maar helemaal mogelijk is het niet. De onterecht bevoordeelde groep betaalt nu eenmaal niet op gelijke voet mee aan die kosten. Het

139 Schutgens 2009a, p. 64.

procesrecht en de beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen verzetten zich daartegen. Zou men daartoe wel gedwongen kunnen worden, dan zouden er trouwens geen te dragen kosten meer zijn. De vraag is alleen of de benadeelde groep ook meebetaalt aan de rekening, dan wel dat de rest van de samenleving ook de kosten voor die benadeelde groep voor haar rekening krijgt. Van den Berge meent dat dit onwenselijk is omdat het toekennen van het belastingvoordeel aan de benadeelde groep, een nieuwe 'oneerlijkheid' teweeg brengt voor de rest van de bevolking omdat het geld ergens vandaan moet komen. Dat argument overtuigt mij niet. Tussen de bevoordeelde en de benadeelde groep is, zo heeft de rechter geoordeeld, geen relevant onderscheid te maken. Maar tussen beide groepen enerzijds en de rest van de bevolking anderzijds ligt dat anders. Neem bijvoorbeeld de fictieve Markens die aanspraak meent te maken op een overheidsbijdrage om voor zijn kind te zorgen. Het staat buiten kijf dat de wetgever belasting mag heffen en zo een bijdrage aan jonge ouders mag financieren van geld dat door de gemeenschap is opgebracht. Wat de wetgever níet mag doen is, op stereotype gronden, het voordeel enkel aan vrouwen doen toekomen. Dat uitbreiding van de regeling naar mannen een hogere heffing voor de gemeenschap betekent, wil – als het al zo is – nog niet zeggen dat deze hogere heffing onrechtmatig is.

De benadering van Bloembergen is wat mij betreft overtuigender, maar zij lijdt aan een praktisch defect. Hoe moet de rechter onomstreden vaststellen wat de wetgever 'zou hebben gedaan als...'? Vaststellen dat de wetgever de *mogelijkheid* had om een rechtmatige wet vast te stellen die hetzelfde nadeel veroorzaakte is relatief eenvoudig. De aannemelijkheid of waarschijnlijkheid bepalen van een bepaalde koers van de wetgever is dat niet.

Bloembergen probeert deze kwestie te objectiveren door een vermoeden te introduceren, dat – wij zullen dat in een volgend hoofdstuk nog zien – in de Canadese rechtspraktijk een periode gangbaar was: een bescheiden uitbreiding van een regeling met een ruime reikwijdte naar een relatief kleine groep ligt voor de hand, een grote uitbreiding van een regeling met een bescheiden reikwijdte is onwaarschijnlijk.¹⁴⁰ De Hoge Raad lijkt zo'n uitgangspunt te hanteren als het gaat om discriminatoir beleid. Hij meent dat het gelijkheidsbeginsel de overheid niet verplicht tot het uitbreiden van begunstigend beleid zolang de discriminerende regeling een zeer kleine groep begunstigt, de benadeelde groep aanzienlijk groter is, de discriminatie het gevolg is van een onjuiste rechtsopvatting en aannemelijk is dat de discriminatie achterwege was gebleven als de overheid van de onjuistheid daarvan op de hoogte was geweest.¹⁴¹

Zo'n vermoeden zal soms behulpzaam zijn, maar niet altijd. Het is bovendien nogal één dimensionaal: wie zegt dat de wetgever de belangen die ge-

140 Bloembergen onder NJ 2000/170. Zie ook: SCC 9 juli 1992 [1992] 2 SCR 679 (*Schachter v. Canada*).

141 HR 5 februari 1997, BNB 1997/160 m.nt. Happé (*Dienstauto bewindslieden*).

moeid zijn met de regeling niet toch zó belangrijk vindt, dat budgettaire overwegingen op de tweede plaats komen, of – omgekeerd – dat ook een kleine vergroting van de reikwijdte van de regeling in een tijd van economische tegenspoed al een brug te ver is? Dat het vermoeden de kou niet uit de lucht neemt, illustreert het voorbeeld dat Bloembergen noemt, ter illustratie van een zaak waarin compensatie niet voor de hand had gelegen: het arrest *Grijze kentekens*.¹⁴² De belastingrechter kende het belastingvoordeel in die zaak nu juist wel aan de benadeelden toe. Dit arrest is om die reden hevig bekritiseerd.¹⁴³ In het vorige hoofdstuk bleek al dat ik dit anders zie. De Hoge Raad kon in *Grijze kentekens* sturen op het feit dat het kabinet de Kamer reeds had gewaarschuwd dat de optie die de Kamer wilde, grondrechtelijk problematisch was.¹⁴⁴ Bovendien was er een voor de hand liggend alternatief dat door de regering al was uitgewerkt. Wat daar ook van zij: dit verschil van inzicht laat zien hoe moeilijk het is om relatief onomstreden vast te stellen welke koers de wetgever zou hebben gevaren als hij van de stand van het recht op de hoogte was geweest. Niet voor niets wil de bijzondere rechter daar in de meeste gevallen dan ook niet aan.

Dat brengt mij bij een rechtspolitiek bezwaar tegen de benadering van Bloembergen. De (civiele) schadevergoedingsrechter zou in een dergelijk geval alsnog doen, wat de bijzondere rechter weigerde, namelijk speculeren op de door de wetgever gewenste uitkomst. Het heeft weinig zin voor de belastingrechter om in een zaak als *Arbeidskostenforfait* te abtineren omdat rechterlijke rechtsvorming beleidsmatige keuzes inhoudt, als de civiele rechter zulke keuzes – op basis van *second-guessing* – alsnog maakt. De gedachte dat de civiele rechter dan niet een *contra legem* interpretatie aan een wettelijke regeling geeft, maar enkel de schade vaststelt, is wat mij betreft weinig overtuigend. Zij getuigt van dezelfde juristenlogica als de leer van de formele rechtskracht en heeft met de realiteit weinig van doen.

Kunnen de scherpe kantjes van de benadering-Bloembergen worden afgevlind? Misschien wel.

Het uitgangspunt van Bloembergen is dat schade mogelijk is, en dat de grootte van de schade afhangt van de onzekere factor, wat de wetgever zou hebben gedaan als hij de onrechtmatigheid had onderkend. Dat is een alles-of-niets-benadering. Stel nu eens dat we het uitgangspunt van Bloembergen aanvaarden, maar dat de schade niet zou bestaan uit het geldbedrag dat de klager wel of niet is misgelopen, maar uit het verlies van de kans dat destijds

142 Hof Arnhem 5 februari 1997, *V-N* 1997/2438; HR 17 augustus 1998, *NJ* 1999/169 (*Grijze kentekens*). A-G Van den Berge concludeerde in deze zaak overigens anders. Zie § 8.4, 8.11 en 9.2 van zijn conclusie.

143 Zie De Wit 2012, p. 276, die het redres 'arbitrair' noemt en de HR verwijt de eigen positie te hebben miskend.

144 *Handelingen II*, 1993-1994, p. 23-1709.

reeds een rechtmatige wet tot stand was gekomen die ook hem een aanspraak op een bepaalde overheidsbijdrage had toegekend? Deze alternatieve benadering is bij mijn weten nog niet geopperd. Zij sluit aan bij het civielrechtelijke leerstuk van de *loss of opportunities*.¹⁴⁵ Dit leerstuk is in Nederland nog niet zonder meer aanvaard, maar het wint stellig terrein.¹⁴⁶ Het ziet op situaties waarin sprake is van onzekere causaliteit omdat met het onrechtmatig handelen een kans voorbij is gegaan en lastig vast te stellen is wat er zou zijn gebeurd zonder dit handelen. Normaal gesproken wordt dan een 'alles of niets'-benadering gevolgd. Is sprake van causaal verband, dan komt in beginsel alle schade voor vergoeding in aanmerking. Is geen sprake van causaal verband, dan is schadevergoeding niet aan de orde. In de 'verlies van een kans'-benadering bestaat de schade echter niet zozeer uit het misgelopen voordeel, maar uit de misgelopen kans zelf. Men kan in dat verband denken aan beroepsfouten in de advocatuur en de medische zorg. Laat een advocaat na hoger beroep in te stellen, of stelt een arts een foute diagnose, dan gaat de kans voorbij om het hoger beroep te winnen, respectievelijk de ziekte tijdig te bestrijden. De kansen pro en contra succes worden dan gewogen en uitgedrukt in een percentage van de totale schade. Met andere woorden: de absolute aansprakelijkheid bij zeker causaal verband wordt ingeruild voor een proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband.

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband lijkt door de Hoge Raad inmiddels te zijn aanvaard, hoewel niet ondubbelzinnig. In 1997 overweegt hij, in een zaak over de aansprakelijkheid van een advocaat die verzuimd had hoger beroep in te stellen, dat het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet 'worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad'.¹⁴⁷ Daaruit is wel afgeleid dat de Hoge Raad in elk geval niet onwelwillend staat tegenover compensatie berekend op basis van een percentage, dat overeenkomt met het verlies aan kansen.¹⁴⁸

Valt deze benadering toe te passen op het geval dat de wetgever een wettelijke regeling in strijd met fundamentele verdragsrechten heeft vastgesteld, en sprake was van verschillende verdragsconforme uitkomsten? Duidelijk is in elk geval dat de Hoge Raad de alles-of-niets-benadering langzaam lijkt los te laten, in elk geval voor zaken waarin beroepsaansprakelijkheid aan de orde is. Schadevergoeding bij onzekere causaliteit wordt zo mogelijk. De situatie dat ingeschat moet worden wat de wetgever zou hebben gedaan als hij de

145 Zie daarover uitgebreid: Akkermans 1997, p. 107-254.

146 Lindenbergh 2008a, p. 53.

147 HR 24 oktober 1997, NJ 1999/257 m.nt. PAS (*Baijings/Mr. H.*). Bevestigd in: HR 19 januari 2007, NJ 2007/63 (*Kranendonk/De Vries & Van der Wiel*), en HR 16 februari 2007, NJ 2007/256 m.nt. Maeijer (*Gebr. Tuin Beheer*). Zie buiten de sfeer van de beroepsaansprakelijkheid van advocaten tevens: HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

148 Zie de annotatie van Stein bij het arrest. Voorts: Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-II) 2009, nr. 79.

onrechtmatigheid had onderkend, doet in dat verband wel wat denken aan de situatie dat moet worden ingeschat wat de *rechter* zou hebben gedaan als de advocaat hoger beroep had ingesteld.¹⁴⁹ Levert die inschatting weinig zekerheid op, dan is het aantrekkelijk in elk geval uit te komen op een ruw percentage, hoewel ook dat in veel gevallen uiteraard geen sinecure zal zijn. De schade van de benadeelde burger zit hem dan niet zozeer in het feit dat hij inkomsten is misgelopen of zich een heffing moet laten welgevalen, maar in het feit dat de wetgever, door de onrechtmatige wet vast te stellen, hem de *gelijke kans* op de overheidsbijdrage heeft ontnomen. Voordat de wetgever het voorschrift uitvaardigde, was er de kans dat de wetgever zich het maatschappelijke probleem zou aantrekken en een rechtmatige regeling zou treffen. Na het uitvaardigen van het onrechtmatige voorschrift is die kans, in elk geval voor de periode waarover wordt geklaagd, verkeken. Dát nadeel wil de burger gecompenseerd zien. Het aantrekkelijke van deze gedachte is bovendien dat het vestzak-broekzak-scenario, waarbij de schadevergoedingsrechter op de stoel van de bijzondere rechter gaat zitten, zich niet voordoet. De schadevergoeding zal, uitzonderlijke gevallen daargelaten, niet op dezelfde hoogte uitkomen als het bedrag waarop de benadeelde burger recht zou hebben gehad als de onrechtmatige regeling ook op hem van toepassing zou zijn verklaard. Een bijkomend rechtspolitiek argument is tot slot ook dat de aansprakelijkheid van de wetgever voor onrechtmatige wetgeving in dit geval enigszins beperkt blijft. De klager krijgt compensatie, maar niet het gehele bedrag van het misgelopen voordeel.

Dat klinkt mooi, maar het betekent niet dat de problemen de wereld uit zijn. In de eerste plaats wordt het werk van de rechter er niet makkelijker op. Kan hij zich in het alles-of-niets-scenario beperken tot de vraag of er wel of niet schade – dan wel causaal verband – is, nu zou hij zelfs met een percentage op de proppen moeten komen. Waar zou hij dat percentage vandaan moeten halen? In het geval van medische aansprakelijkheid kan hij in dat verband enig houvast zoeken bij de statistici.¹⁵⁰ Gaat het om juridische beroepsaansprakelijkheid, dan kan hij zich bij zijn eigen vak houden en inschatten wat hij zelf als rechter zou hebben besloten. Bezien wat politieke partijen van de kwestie zouden hebben gevonden is voor de beroepsjurist vele malen lastiger. Een tweede nadeel ligt in dat verband voor de hand, namelijk dat het principiële bezwaar, dat de rechter speculeert, nog steeds de wereld niet uit is. Een derde nadeel, tot slot, is dat het misschien ook wat krom aanvoelt, dat de aansprakelijkheid niet gelegen is in het – op onrechtmatige gronden – mislopen van belasting- of subsidievoordeel, maar in het gemis van een eerlijke kans in de politieke arena. Gaat het daar om in de politiek, kan men zich afvragen. Met andere woorden: het politieke proces is lang niet altijd een eerlijk spel

149 Hoewel dat laatste geval mij voor de schadevergoedingsrechter gemakkelijker te beoordelen lijkt. Dat behoort immers tot zijn eigen terrein.

150 Vgl. o.a. HR 31 maart 2006, NJ 2011/250 (*Nefalit/Karamus*).

en dat leidt normaal gesproken niet tot aansprakelijkheid. Het aanvaarden dat de schade het gemis aan een kans is, zou heel wel op principiële gronden aangevochten kunnen worden. Hoewel de *loss of opportunities*-insteek wat van de scherpe kantjes van de benadering van Bloembergen afvielt, blijft deze benadering dus problematisch.

De conclusie kan hier luiden dat de benadering van Van den Berge op principiële gronden moet worden afgewezen. Hoewel ik het eens ben met het uitgangspunt van Bloembergen dat er schade *kan zijn*, die voor vergoeding in aanmerking komt, levert het criterium praktische problemen op. Ik zie drie mogelijkheden om dat probleem op te lossen. In de eerste plaats kan worden gekozen voor het heldere criterium dat steeds sprake is van schade die voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁵¹ In de tweede plaats kan, spiegelbeeldig, worden gekozen voor het – eveneens heldere – criterium dat in beginsel reeds de enkele mogelijkheid van de wetgever om een rechtmatige regeling in het leven te roepen die de klager kon benadelen, ervoor zorgt dat geen sprake is van te vergoeden schade. Dat houdt in wezen een omkering van de bewijslast in voor zaken waarin een *terme de grâce* aan de orde is. Degene die stelt schade te hebben geleden dient dan te bewijzen dat de wetgever met, aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, de wet zó zou hebben vastgesteld dat ook hij daarvan had geprofiteerd. Tot slot kan worden vastgehouden aan het criterium van Bloembergen als er een methode zou zijn om de waarschijnlijke wil van de wetgever enigszins realistisch vast te stellen. De leer van proportionele aansprakelijkheid lijkt mij slechts beperkt geschikt.

3) *Er is sprake van een samenloop van rechtmatige regelingen*

Het is mogelijk dat de rechter geconfronteerd wordt met een samenloop van regelingen die, individueel bezien, allemaal rechtmatig zijn, maar in combinatie leiden tot een verdragsschending. Eerder kwam de rioolrechtenkwestie reeds ter sprake.¹⁵² Daarin ging het er om dat verhuurders van woningen enerzijds geconfronteerd werden met een gemeentelijke rioolheffing die zij niet mochten doorschuiven naar de huurder, en anderzijds met een maximum-huurbedrag waardoor zij de kosten ook niet impliciet konden afwentelen. Zowel de huurprijswetgeving als de rioolrechtenheffing was als zodanig rechtmatig. Toch, zo klaagden tenminste de verhuurders, zorgde dit stelsel ervoor dat de huizen – in strijd met artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM niet rendabel verhuurd konden worden. Een verhuurder die zich op deze strijd beriep bij de belastingrechter kreeg evenwel nul op rekest. In de eerste plaats omdat de Hoge Raad geen strijd met artikel 1 EP zag, maar – en dat is hier belangrijker – óók omdat de belastingrechter zich niet de eerst aangewezen instantie vond om iets aan de kwestie te doen, als er wel sprake was geweest van een verdragsschending.

¹⁵¹ De rechtspraak van de Europese rechters geeft daar mogelijk aanleiding toe. Zie deel II.

¹⁵² HR 29 oktober 2010, BNB 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*). Zie tevens: Hof Amsterdam 24 april 2012, LJN BW3682 (*Huurprij*s).

Wat nu, als de klager gelijk had gehad en naar de civiele rechter was gegaan voor compensatie?

Het probleem voor de schadevergoedingsrechter ligt nu anders dan in het hiervoor besproken geval. Dat er als zodanig sprake is van schade valt niet te ontkennen. Die schade kan worden vastgesteld op het punt dat de verhuur van de woning, volgens de rechter, redelijkerwijs niet meer rendabel is. Er zijn dus niet verschillende verdragsconforme uitkomsten mogelijk. Problematischer is de vraag aan wie de schade, op basis van artikel 6:98 BW, moet worden toegerekend. Is de huurprijswetgeving het schadeveroorzakend handelen, of de rioolrechtenheffing? Zeker als die beide regelingen afkomstig zijn van verschillende organen of rechtspersonen, dan levert dat voor de rechter een probleem op. Het was precies het probleem dat de bijzondere rechter noopte om alvast duidelijk af te bakenen dat hij niet de instantie voor het bieden van rechtsherstel was.¹⁵³ Ik heb geen rechtspraak gevonden waarin deze problematiek centraal staat. Voorlopig kan de rechter zich er nog uit redden door eenvoudigweg geen schending aan te nemen. Voorstelbaar is echter dat de schade aan beide regelgevers wordt toegerekend, waarna beiden onderling een recht van regres hebben.¹⁵⁴

4) Slotsom

Resumerend ligt het bestaan van materiële schade die voor vergoeding in aanmerking komt, vooral gevoelig wanneer de rechter abstineert omdat er verschillende verdragsconforme beleidsuitkomsten zijn waartussen hij niet wil kiezen. Abstineert hij omdat het bieden van een remedie een rechtsbeginsel zou bedreigen, dan kan doorgaans schade worden aangenomen. Dat is eveneens het geval als sprake is van een samenloop van meerdere, op zichzelf bezien rechtmatige regelingen die in combinatie neerkomen op een verdragschending. Waar de rechter abstineert omdat hij beleidsmatige keuzes tussen diverse verdragsconforme uitkomsten probeert te vermijden, ligt dat anders. Te betogen valt dan vaak, dat de benadeelde ook vermogensnadeel had kunnen lijden (of het voordeel ook mis had kunnen lopen) als de wetgever de wet rechtmatig had vastgesteld. Verschillende benaderingen zijn dan denkbaar. Het meest voor de hand ligt de benadering waarin wordt gezien wat de wetgever zou hebben gedaan als hij de strijd met de verdragsbepaling tijdig had onderkend. Aan deze benadering kleefte evenwel het praktische probleem dat de rechter dan aan *second-guessing* moet gaan doen, en het rechtspolitieke probleem dat de civiele rechter dan alsnog doet, waartoe de bijzondere rechter zich niet bevoegd of geschikt achtte. Ik zie in de slotbeschouwing of daaraan een mouw te passen is.

¹⁵³ Zie de vorige voetnoot.

¹⁵⁴ Zie daarover de dissertatie van De Kruif (2012).

Vergoeding van immateriële schade

De schending van een grondrecht heeft soms niet alleen materiële schade tot gevolg, maar kan – afhankelijk van de aard van die schending – voor het slachtoffer ook een bron zijn van frustratie en stress. Niemand wordt graag ongelijk behandeld, ten onrechte vastgezet of de mogelijkheid onthouden om een kind te adopteren.¹⁵⁵ Zo overwoog het Amerikaanse Hooggerechtshof in 1984 met betrekking tot ongelijke behandeling in het socialezekerheidsrecht bijvoorbeeld:

‘Rather, discrimination itself, by perpetuating “archaic and stereotypic notions” or by stigmatizing members of the disfavored group as “innately inferior” and therefore less worthy participants in the political community, can cause serious noneconomic injuries to those persons who are denied equal treatment solely because of their membership in a disfavored group’.¹⁵⁶

Komt zulke schade in het Nederlandse recht voor vergoeding in aanmerking? Schade kan op basis van artikel 6:95 BW bestaan uit vermogensschade en ‘ander nadeel’. Met dat laatste wordt bedoeld op immateriële schade. Deze komt slechts voor vergoeding in aanmerking voor zover de wet daarvoor een grondslag biedt. Zo’n grondslag is artikel 6:106 BW, dat de benadeelde in een aantal limitatief opgesomde gevallen recht geeft op een ‘naar billijkheid vast te stellen’ schadevergoeding.¹⁵⁷ Lid 1 sub b van deze bepaling noemt in dat verband het geval dat

‘(...) de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast’.

Een burger die meent dat hij immateriële schade heeft geleden omdat een wettelijke regeling zijn mensenrechten heeft geschonden zal het meeste hebben aan de laatste categorie: ‘...op andere wijze in zijn persoon aangetast’. Dat geldt zeker voor de burger die geconfronteerd wordt met de grenzen van de rechterlijke taak, die – zo leerde het vorige hoofdstuk – zelden of nooit worden ingeroepen in zaken waarin het om lichamelijk letsel of iets dergelijks gaat.¹⁵⁸

155 Een voorbeeld van dat laatste betreft EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, *EHRC* 2008/44 (*E.B. t. Frankrijk*).

156 USSC 5 maart 1984, 465 U.S. 728 (*Heckler v. Mathews*), per Brennan J. Ook het EHRM erkent dergelijke claims geregeld. Zie o.m. EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, *EHRC* 2012/117 m.nt. Gerards (*Konstantin Markin t. Rusland*). In §6.4.2 ga ik op deze jurisprudentie in.

157 Behalve art. 6:106 BW zijn er nog enkele bijzondere wettelijke bepalingen op basis waarvan compensatie van immateriële schade kan worden gevorderd. Men denke o.a. aan art. 49 lid 2 Wbp, art. 74b Sr en art. 106 lid 1 Vw. Voor het onderwerp van dit boek zijn die doorgaans niet van belang. Ik beperk mij hier daarom tot art. 6:106 BW.

158 Wetgeving die dwingt tot wrede fysieke behandeling is mij in Nederland niet bekend, en het lijkt mij vooralsnog sterk dat de Nederlandse rechter, geconfronteerd met zulke wetgeving, de wetgever een *terme de grâce* zou gunnen.

Wat moet worden verstaan onder een ‘aantasting in de persoon’? Men kan in dat verband denken aan twee categorieën.¹⁵⁹ In de eerste plaats gaat het om gevallen waarin sprake is van ernstig geestelijk letsel. Daaraan worden normaal gesproken strenge eisen gesteld. Enkel psychisch onbehagen is onvoldoende om te kwalificeren als ‘geestelijk letsel’.¹⁶⁰ Daarvoor moet in het algemeen sprake zijn van een ‘in de psychiatrie erkend ziektebeeld’.¹⁶¹ Het is uiteraard mogelijk dat onrechtmatige wetgeving zo diep ingrijpt in het persoonlijk leven van de betrokkene, dat hij of zij daar geestelijk ernstig onder lijdt. Wat bijvoorbeeld te denken van de vader die zijn kind niet kan erkennen omdat de moeder zich daartegen op onredelijke gronden verzet?¹⁶² In de meeste gevallen zal de frustratie als gevolg van de (voortgezette toepassing van de) onrechtmatige wetgeving echter niet het kookpunt bereiken zodat ‘alle stoppen doorslaan’. In die gevallen is wel sprake van spanning, frustratie en stress, maar niet van een psychiatrisch ziektebeeld. Een man die vanwege zijn geslacht geen aanspraak maakt op het optierecht Nederlanderschap, ouderschapsverlof of een weduwnaarsuitkering, zal daardoor vermoedelijk niet in een psychiatrische inrichting eindigen. Betekent dit nu dat vergoeding van immateriële schade dan uitgesloten is? Nee.

De schending van een fundamenteel recht kan ook zelfstandig worden beschouwd als een ‘aantasting van de persoon’.¹⁶³ Er hoeft dan geen sprake te zijn van lichamelijk of geestelijk letsel.¹⁶⁴ In dat kader wordt wel gesproken van de inbreuk op zogenaamde ‘persoonlijkheidsrechten’.¹⁶⁵ Gedacht kan worden aan discriminatie en de inbreuk op de privacy.¹⁶⁶ Deze rechtspraak werd in het verleden terughoudend toegepast. Zo concludeert Van Emmerik in 1997 nog dat de Hoge Raad relatief weinig gebruik maakt van de open bewoordingen van artikel 6:106 BW, en zich beperkt tot ernstige schendingen

159 Het onderscheid is afkomstig van Lindenberg. Zie Lindenberg 1998, hst 5, en 2008b p. 34.

160 HR 13 januari 1995, NJ 1997/366 m.nt. CJHB (*Ontvanger/Bos*).

161 Vgl. o.m. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240 m.nt. JBMV (*Taxibus*). In HR 9 mei 2003, NJ 2005/168 m.nt. WDHA (*Beliën/Noord Brabant*) en HR 19 december 2003, NJ 2004/348 (S./*Staat*) wordt gesproken van ‘psychische beschadiging’ die ‘naar objectieve maatstaven’ kan worden vastgesteld.

162 Casus ontleend aan HR 8 april 1988, NJ 1988/1989/170 m.nt. EAAL (*Misbruik vetorecht erkenning*). De wetenschap van zo’n vader dat hij geen juridische mogelijkheden heeft om banden met het kind te onderhouden, kan heel wel leiden tot een hevig trauma. Vraag is nog wel of die schade in zijn geheel toegerekend moet worden aan de Staat. De moeder draagt daarvoor, in elk geval materieel, ook gedeeltelijk de verantwoordelijkheid. Ik ga op die kwestie niet nader in.

163 Verheij 2002, p. 34; Lindenberg 2005, p. 317; Lindenberg 2011, p. 91.

164 Vgl. HR 30 oktober 1987, NJ 1988/277 (*Naturistengids*), en HR 1 november 1991, NJ 1992/58 (*K./Staat*).

165 Zie over persoonlijkheidsrechten in het algemeen en het algemeen persoonlijkheidsrecht in het bijzonder: Lindenberg 1998; Verheij 2002, p. 35-39; Lindenberg 2008b, en Nehmelman 2002.

166 Verheij 2002, p. 34.

van de privacy.¹⁶⁷ Intussen lijkt de rechtspraak aan het schuiven. De Hoge Raad overweegt in dat verband in het bekende arrest over baby Kelly:

‘In onze rechtsorde is het recht van de moeder tot afbreking van haar zwangerschap immers binnen zekere grenzen erkend (...). Die erkenning berust op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden (...) wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht (...). Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld’.¹⁶⁸

De Hoge Raad erkent het recht de zwangerschap af te breken in *Baby Kelly* als fundamenteel recht en overweegt dat de enkele aantasting van dat recht leidt tot schadeplichtigheid. De moeder hoeft niet aan te tonen dat zij als gevolg van de geboorte van haar kind lijdt aan een ernstig ziektebeeld. Lindenberg registreert dat de Hoge Raad zich daarmee oriënteert op de rechtspraak van het EHRM over het toekennen van *just satisfaction*.¹⁶⁹

Een soortgelijke oriëntatie op de rechtspraak van het EHRM, zij het rechtstreeks gebaseerd op 's Hof's interpretatie van artikel 6 EVRM en niet op artikel 6:106 BW, zien we bij de rechtspraak over de overschrijding van de redelijke termijn. Zowel de Afdeling, als de Centrale Raad en de Hoge Raad vergen geen rapporten van erkende psychiaters alvorens zij overgaan tot het toekennen van schadevergoeding. Integendeel. Deze rechtspraak lijkt zich te ontwikkelen tot lopendebandwerk. Weliswaar wordt uitgegaan van de veronderstelling dat sprake is van spanning en frustratie als gevolg van de termijnoverschrijding, maar reeds de enkele termijnoverschrijding – mits voldoende ernstig – is al voldoende om die frustratie aan te nemen.¹⁷⁰ Het feit dat ook rechtspersonen aanspraak maken op vergoeding van immateriële schade, illustreert dat.¹⁷¹

Dat er in de rechtspraak aanknopingspunten te vinden zijn voor de vergoeding van immateriële schade bij schending van grondrechten, wil intussen niet zeggen dat dit ook steeds gebeurt. Zoals gezegd is de Nederlandse rechter traditioneel terughoudend zulke claims te honoreren, en het enkele feit dat zijn jurisprudentie in beweging is geraakt, wil nog niet zeggen dat

167 Van Emmerik 1997, p. 40 en 366. Zie ook: Lindenberg 2008b, p. 37.

168 HR 18 maart 2005, NJ 2006/606 m.nt. JBMV (*Baby Kelly*). Zie eerder: HR 9 juli 2004, NJ 2005/391 (*Oosterparkrellen*).

169 Lindenberg 2008a, p. 35. Instemmend: Emaus 2013, p. 92.

170 Zo bijv. HR 10 juni 2011, AB 2011/184 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Redelijke termijn in belastingrecht*).

171 Vgl. o.m.: ABRvS 4 maart 2009, AB 2009/236 m.nt. Barkhuysen & Den Ouden (*Hogeschool Rotterdam/SZW*).

hij er ruim baan voor maakt. Illustratief is in dat verband een recente uitspraak inzake de Sanctieregeling Iran.¹⁷²

De Sanctieregeling Iran is een ministeriële regeling, vastgesteld door de ministers van Buitenlandse Zaken en Onderwijs, waarin is vastgelegd dat het verboden is Iraanse studenten toegang te verlenen tot bepaalde locaties – kernreactoren en dergelijke – en hen, zonder bijzondere vergunning, onderwijs te geven die kan bijdragen aan proliferatie van kernwapens.¹⁷³ De regeling is vastgesteld naar aanleiding van een resolutie van de VN-Veiligheidsraad uit 2006, waarin landen werden opgeroepen te voorkomen dat hun onderwijs zou bijdragen aan de ontwikkeling van Iraanse nucleaire wapenprogramma's. Een aantal Nederlands-Iraanse studenten en wetenschappers meent daarvan de dupe te worden en begint een civiele actie tegen de Staat met als inzet de onverbindendverklaring van de sanctieregeling.

In 2010 oordeelt de Rechtbank Den Haag dat de sanctieregeling inderdaad in strijd is met artikel 26 IVBPR. De regeling wordt 'onverbindend' verklaard.¹⁷⁴ Dit oordeel blijft in hoger beroep, en later in cassatie in stand.¹⁷⁵ De ministers wijzigen de regeling daarop gedeeltelijk, maar dat is volgens de klagers onvoldoende. In de daarop volgende procedure eisen zij niet alleen een nieuwe onverbindendverklaring, maar ook – onder meer – een schadevergoeding. De klagers ervaren de categorische uitsluiting die de sanctieregeling in het leven roept als stigmatiserend. Een enkeling voert bovendien aan dat hij last heeft van motivatieproblemen, stress en frustratie door de gedachte dat het op deze manier met zijn studie weleens verkeerd kan aflopen. De rechtbank gaat niet op deze eis in. Het is waar, aldus de rechtbank, dat de schending van een fundamenteel recht een 'aantasting in de persoon' kan zijn, in de zin van artikel 6.106 lid 1 BW. De Sanctieregeling is bovendien zo'n schending. Dat is allemaal juist:

'Maar de enkele schending van dat fundamentele recht is nog niet voldoende om aanspraak te geven op smartengeld. De terughoudendheid die de wetgever in het algemeen verlangt bij de toekenning van immateriële schadevergoeding (Parlementaire geschiedenis boek 6 NBW, blz. 332-333, 371-389), welke terughoudendheid in de rechtspraak sinds de invoering van deze regeling nog steeds te ontwaren valt, dwingt ertoe in een geval als dit uitsluitend dan een dergelijke vordering te honoreren indien sprake is van een gekwalificeerde schending. Slechts wanneer zich een ernstige inbreuk op een fundamenteel recht voordoet, die bovendien rechtstreekse gevolgen heeft voor de benadeelde die aanspraak maakt op smartengeld, kan voor toekenning ruimte bestaan'.¹⁷⁶

172 Rb Den Haag 28 maart 2012, L/JN BW3098 (*Iraanse studenten II*).

173 Sanctieregeling Iran 2007, van 23 juni 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 124, p. 9.

174 Rb Den Haag 3 februari 2010, L/JN BL18662 (*Iraanse studenten I*).

175 Hof Den Haag 26 april 2011, L/JN BQ4781 (*Iraanse studenten*); HR 14 december 2012, L/JNBX8351 (*Iraanse studenten*).

176 Rb Den Haag 28 maart 2012, L/JN BW3098 (*Iraanse studenten II*), r.o. 5.6.

Er moet volgens de rechtbank dus niet alleen sprake zijn van een schending van een fundamenteel recht, maar van een *gekwalficeerde* schending. Dat criterium is nieuw voor mij. Het lijkt, zo op het eerste gezicht, wat merkwaardig te rijmen met de rechtspraak omtrent de redelijke termijn. De vraag is bovendien wat dan te gelden heeft als voldoende 'ernstige' inbreuk. Déze inbreuk was dat, volgens de rechtbank, in elk geval niet. De Staat heeft weliswaar ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt, maar men deed dat om proliferatie te voorkomen, en het was ook weer niet zo dat de Staat Iraniërs systematisch van het maatschappelijk leven heeft willen uitzonderen. Sterker nog:

'In dat verband wijst de rechtbank er nog op dat eisers zelf toch met name het stigmatiserende effect van de Sanctieregeling 2010 voor alle Iraniërs in Nederland benadrukken.'

Het moge duidelijk zijn dat de Nederlandse rechtspraak vooralsnog erg terughoudend is met het erkennen van immateriële schade bij de schending van fundamentele rechten door wetgeving. De ratio daarvoor is enerzijds begrijpelijk. Met name bij wetgeving, die uit de aard der zaak van toepassing is op grote groepen, is de kans op aanzienlijke aansprakelijkheid groot. Anderzijds roept het criterium van de gekwalficeerde schending wel vragen op. Want was, in elk geval in het verleden, niet juist de aard van fundamentele rechten er naar, dat de schending ervan per definitie als een ingrijpende zaak werd gezien? Uiteraard, de proliferatie van mensenrechten noopt op dit punt tot herbezinning, maar dat rechtvaardigt nog niet de eis dat een 'gewone' schending per definitie onvoldoende is. Het lijkt mij logischer de beperking van aansprakelijkheid dan te zoeken in de aard van de schending. Voor wat betreft de discriminatie zou men daarvoor bijvoorbeeld aan kunnen knopen bij het onderscheid tussen de zogenaamde verdachte gronden van onderscheid. Ik kom op de kwestie nog terug in het volgende deel, wanneer ik bezie in welke gevallen het EHRM immateriële schade aanneemt.

5.3.2.3 Resumerend

In deze paragraaf heb ik afgetast in hoeverre schadevergoeding voor onrechtmatige wetgeving na een *terme de grâce*, naar materieel recht mogelijk is. Ik heb in dat verband een onderscheid gemaakt tussen materiële en immateriële schade. In beide gevallen zijn er hobbels te nemen. In de sfeer van de materiële schade, is het probleem vooral gelegen in de keuzevrijheid van de wetgever. De civiele rechter kan dan moeilijk vaststellen waarop de burger recht had gehad indien de wetgever rechtmatig had gehandeld. Een oplossing van dit probleem, biedt wellicht het leerstuk van *loss of opportunities*, hoewel de toepassing van dit leerstuk op de aansprakelijkheid na rechterlijk abstineren evenmin zonder problemen is. Dat laatste geldt ook voor de vergoeding van immateriële schade. Het Nederlandse recht is traditioneel zeer terughoudend met het

toekennen van dit soort compensatie. Hoewel het in elk geval theoretisch mogelijk is dat dit soort vorderingen wordt toegekend, is het in de praktijk moeilijk om zo'n vordering toegekend te krijgen. De teleurgestelde klager die te maken heeft met een *terme de grâce* hoeft, kortom, niet snel op een zakje geld te rekenen.

5.4 UITGELEIDE

Het ging in dit hoofdstuk om de gevolgen van de *terme de grâce* voor de burger en de overheid. Ik ben in de eerste plaats ingegaan op de positie van de wetgever. Vanuit het perspectief van de rechtszoekende is het uiteraard weinig aangenaam als hij te horen krijgt dat het wettelijk voorschrift waarover hij klaagt inderdaad in strijd is met verdragsrecht, maar dat de rechter daaraan voorlopig niets kan doen. Het wordt echter aantrekkelijker wanneer het toetsingsoordeel van de rechter dan in elk geval bindend is, en de wetgever juridisch verplicht is het voorschrift te wijzigen. Het procesrecht kent zo'n verplichting echter niet. De burger zal voor zo'n verplichting de Staat moeten dagen met een actie uit onrechtmatige wetgeving. Dat lijkt mij echter niet zinvol. Het lijkt er niet op dat het voor de wetgever *de facto* veel verschil maakt of hij te maken heeft met een, in het dictum opgenomen, verklaring voor recht dat de desbetreffende regeling onrechtmatig is, dan wel dat hij te maken heeft met een toetsingsuitspraak van de bestuurs- of de belastingrechter. In de praktijk volgt de wetgever zulke oordelen stevast op, zij het dat hij daar in het verleden nogal de tijd voor nam en dat hij de kwestie vervolgens enkel voor de toekomst regelde. Ik heb betoogd dat dit meer is dan enkel een vrijwillig volgen van de rechterlijke uitspraak. Op grond van overwegingen van constitutionele hoffelijkheid, is de wetgever daartoe verplicht.

Ik heb vervolgens gezien of de burger, na geconfronteerd te zijn geweest met een *terme de grâce*, zijn schade dan op de één of andere manier vergoed kan krijgen. Ook hier levert het procesrecht enige obstakels op. Processueel heeft uitsluitend een vordering bij de civiele rechter kans van slagen. Dat is een gemis, want het zou de effectieve rechtsbescherming ten goede komen wanneer bestuurs- en belastingrechters een eventuele vordering tot schadevergoeding integraal met de primaire vordering zouden kunnen behandelen. Dat scheelt zowel tijd als geld. De kans dat de civiele rechter het oordeel van de bijzondere rechter dan doorkruist – door, materieel, alsnog te doen wat de bijzondere rechter te vergaand vond – of dat hij juist te terughoudend is omdat hij doorkruising vréést, doet zich dan wat minder vaak voor.

Heeft de rechtszoekende de weg naar de civiele rechter gevonden, dan werpt ook het materiële aansprakelijkheidsrecht een aantal barrières op. Heeft de (bijzondere) rechter immers vastgesteld dat er meerdere mogelijkheden zijn om de mensenrechtelijke bezwaren weg te nemen, dan is het lastig om de schade vast te stellen. Tot dusver waren Nederlandse rechters niet geneigd

om materiële of immateriële schade aan te nemen in dit soort kwesties. In het volgende deel zie ik of de Europese dimensie tot een andere houding noopt.

