

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten

*Ruben de Graaff*¹

I. Inleiding

Bijna een kwart eeuw geleden trad de kern van het nieuwe vermogensrecht in werking. Sindsdien worden privaatrechtelijke rechtsverhoudingen beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, aan de hand waarvan de tussen partijen geldende rechtsregels kunnen worden uitgelegd, aangevuld en gecorrigeerd. Ook al ging het voornamelijk om een codificatie van bestaande rechtspraak over de goede trouw, waarin bovendien al werd geanticipeerd op de komst van het Nieuw BW, toch was het opnemen van de open begrippen redelijkheid en billijkheid op diverse plaatsen in de Boeken 3, 5, 6 en 7 volgens Snijders van belang:

‘De waarde van deze metabepalingen is hierin gelegen dat zij de rechter houvast geven bij moeilijke vragen van rechtsvinding. Dat geldt zonder meer voor een bepaling als artikel 3:12 BW, die de tandem van redelijkheid en billijkheid voorziet van bronnen waaruit te putten valt. Het geldt evenzeer, zij het in andere zin, voor een bepaling als artikel 6:2 lid 2 BW, die de rechter met zoveel woorden legitimeert tot afwijking van dwingende wetgeving in een hem voorgelegd geval en bovendien structuur en context aanbiedt voor de nadere invulling van de tandem redelijkheid en billijkheid. Informatie, legitimatie, positionering en structurering; dat zijn meer in het algemeen de functies van deze tandem in onze wetgeving en in het bijzonder ook in ons huidige Burgerlijk Wetboek.’²

In zijn bijdrage wilde Snijders in slechts enkele bladzijden de verschillen tussen de betekenis van de redelijkheid en billijkheid onder het Oud BW en het Nieuw BW in beeld brengen. Daarbij moest hij natuurlijk keuzes maken. Zo besteedde hij geen aandacht aan de betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming

¹ Mr. R. de Graaff is als PhD-fellow verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden. Een eerdere versie van deze bijdrage werd gepubliceerd in *RMThemis*: R. de Graaff, ‘De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten’, *RMThemis* 2016/4, p. 202-213.

² H.J. Snijders, ‘Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992’, *Ars Aequi* 2012, p. 771-778, 777.

van grondrechten. Deze thematiek staat wel in deze bijdrage centraal – niet bij wijze van uitleg of correctie, maar bij wijze van aanvulling.

Gaat het over de bescherming van grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, dan staan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid vooral bekend als instrument om grondrechten indirecte werking te verlenen. De rechter toetst de rechtsverhouding in dat geval niet direct aan grondrechten, maar houdt bij het invullen van de privaatrechtelijke open norm wel rekening met de door grondrechten erkende belangen. In de Nederlandse rechtspraak speelt met name het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: Hof of EHRM), bij deze beoordeling een rol.³

De rechter kan echter niet altijd terugvallen op duidelijke rechtspraak van het EHRM. Dit is bijvoorbeeld het geval als een bepaald probleem Straatsburg nog niet heeft bereikt, het Hof geen duidelijk antwoord heeft gegeven of de nationale autoriteiten een aanzienlijke beoordelingsvrijheid laat. Ook kan het zo zijn dat partijen zich niet beroepen op het EVRM. In dergelijke gevallen rijst de vraag wat het privaatrecht zélf kan betekenen voor de bescherming van grondrechten. Is er ruimte voor eigen keuzes? En mag de rechter deze keuzes zelf maken of moet hij deze aan de wetgever laten? Deze vragen behoren ook tot het domein van het staatsrecht. Tegelijkertijd besteedt de literatuur volgens Gerards weinig aandacht aan de vraag hoe de Nederlandse rechter moet omgaan met de ruimte die de rechtspraak van het EHRM hem laat.⁴ De literatuur richt zich vooral op de doorwerking van het EVRM in de nationale rechtsorde,⁵ de uitleg van het EVRM door het EHRM en de daarbij gehanteerde methoden,⁶ en de constitutionele grenzen die de rechter in acht moet nemen als hij

3 In toenemende mate is ook het Unierecht van belang. Daarover C.H. Sieburgh, 'Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt', *RMThemis* 2015, p. 3-13. In deze bijdrage richt ik mij op het EVRM.

4 J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TvCR* 2010, afl. 3, p. 224-255, 228.

5 Bijv. J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (onderzoek in opdracht van het WODC), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2013; T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman & J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (Preadviezen 2004, Vereniging voor Bestuursrecht), Den Haag: Bju 2004, p. 7-113. Over de doorwerking via art. 93-94 Grondwet J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Bju 2004.

6 Bijv. A.E.M. Leijten, *Core rights and the protection of socio-economic interests by the European Court of Human Rights* (diss. Leiden), Leiden: Meijers 2015; F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012; H. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the*

consequenties verbindt aan een schending van het EVRM.⁷ Voor zover de opstelling van de Hoge Raad is onderzocht, concludeert de literatuur dat hij de gegeven ruimte maar zeer beperkt benut. De Hoge Raad zou niet op eigen gezag voor een ruimere bescherming kiezen dan volgt uit de rechtspraak van het EHRM.⁸

Er is aanleiding deze conclusie te nuanceren. Dat wil ik in deze bijdrage doen door te laten zien dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen worden ingezet om grondrechtelijke belangen verdergaand te beschermen dan uit het EVRM volgt. Ik richt mij daarbij specifiek op art. 6:2 lid 2 BW. Net als art. 94 Grondwet kan deze bepaling ertoe leiden dat een wettelijk voorschrift buiten toepassing blijft. Anders dan art. 94 Grondwet moet de rechter daarbij niet beoordelen of toepassing ‘niet verenigbaar’ zou zijn met het internationale recht (art. 94 Grondwet), maar of toepassing ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ zou zijn (art. 6:2 lid 2 BW).

Eerst ga ik na welke ruimte het EVRM laat aan het nationale recht (par. 2). Daarna onderzoek ik welke ruimte de rechter onder het Nederlandse staatsrecht heeft om grondrechten te beschermen (par. 3). Vervolgens analyseer ik jurisprudentie van de Hoge Raad over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, waarbij ik mij concentreer op zaken waarin grondrechtelijke belangen een rol spelen. De jurisprudentie laat zien dat de Hoge Raad de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook gebruikt om grondrechten te beschermen als hij geen beroep kan doen op duidelijke rechtspraak van het EHRM (par. 4). De uitoefening van deze privaatrechtelijke bevoegdheid is wel aan de staatsrechtelijke grenzen van art. 120 Grondwet gebonden (par. 5). Binnen deze grenzen kunnen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van grote en toegevoegde waarde zijn voor de bescherming van grondrechten (par. 6).

2. Welke ruimte biedt het EVRM?

Om te kunnen onderzoeken in hoeverre de rechter vrij is om door middel van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een eigen invulling te geven aan de door het EVRM erkende rechten is het noodzakelijk eerst de verhouding tussen het

European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union (diss. Leiden), Antwerpen: Intersentia 2011.

7 Bijv. J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

8 Aldus P.J. Wattel, ‘Het EVRM is te belangrijk in Nederland’, *NJB* 2016/945, p. 945; G. Boogaard & J. Uzman, ‘Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming’, *Ars Aequi* 2015, afl. 1, p. 61-67, 66-67; J. Uzman, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?’, in: A.R. Brewer-Carías (red.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 645-688, 659; Barkhuysen 2004, p. 48.

EVRM en het nationale recht in kaart te brengen.⁹ Welke ruimte laat het EVRM aan de nationale autoriteiten?

Zoals de preambule benadrukt, is het EVRM gericht op de ‘collectieve handhaving’ van mensenrechten. Het EHRM ziet toe op de naleving van het EVRM en beschermt de daaruit voortvloeiende rechten – indien nodig – in laatste instantie. Hoewel het Hof alleen klachten tegen verdragsstaten behandelt en dus geen privaatrechtelijke geschillen beoordeelt, controleert het wel degelijk of het EVRM is nageleefd bij de beoordeling van een privaatrechtelijk geschil door de nationale rechter:

‘Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court’s interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention.’¹⁰

Een arrest van het Hof werkt formeel gezien slechts tussen partijen.¹¹ Constateert het Hof een schending, dan moet de verdragsstaat deze schending – indien mogelijk – beëindigen en de benadeelde zoveel mogelijk in de positie brengen waarin hij zou hebben verkeerd als het EVRM niet was geschonden.¹² Maar de jurisprudentie van het Hof is uiteraard ook in bredere zin van belang, aangezien het Hof als hoogste rechter de interpretatie van het EVRM verduidelijkt en ontwikkelt.¹³ In elke nieuwe zaak beoordeelt het Hof dan ook of de nationale autoriteiten voldoende rekening hebben gehouden met zijn eerdere rechtspraak over vergelijkbare gevallen, ook wanneer deze uitspraken andere verdragsstaten betreffen.¹⁴

Dat betekent niet dat er geen ruimte is om op nationaal niveau te kiezen voor een eigen invulling en toepassing van de door het EVRM erkende rechten. De bescherming van de EVRM-rechten is in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de nationale autoriteiten. Het EVRM speelt een *subsidaire* rol:

‘The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights. (...) The Convention

9 Deze paragraaf geeft de belangrijkste uitgangspunten op hoofdlijnen weer. Voor een meer uitgebreide analyse, zie J.H. Gerards, ‘The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of “shared responsibility”’, in: Gerards & Fleuren 2013, p. 71-124.

10 EHRM 13 juli 2004, 69498/01 (*Pla & Puncernau/Andorra*), r.o. 59; herhaald in EHRM 16 december 2008, 23883/06 (*Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden*), r.o. 33.

11 Art. 46 EVRM.

12 EHRM 31 oktober 1995, 14556/89 (*Papamichalopoulos en anderen/Griekenland*), r.o. 34.

13 EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 197.

14 EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 163.

*leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. (...) By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them.*¹⁵

Dit subsidiariteitsbeginsel komt in de eerste plaats tot uitdrukking in de wijze waarop het EVRM de verhouding tot de nationale rechtsorde bepaalt. Art. 53 EVRM is in dit verband van belang:

'Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party.'

Deze bepaling moet zo worden uitgelegd dat het EVRM een minimumniveau aan grondrechtenbescherming garandeert, dat moet worden nageleefd door de uitvoerende, wetgevende en rechtsprekende macht. Op nationaal niveau mag dus aanvullende bescherming worden geboden. Het is ook wenselijk dat dit gebeurt, aangezien het Hof bij de uitleg van het EVRM rekening houdt met het beschermingsniveau in de verschillende verdragsstaten.¹⁶ Het feit dat over een bepaalde uitleg van een door het EVRM gewaarborgd recht onder de meerderheid van de verdragsstaten consensus bestaat, kan reden zijn voor het Hof om die uitleg over te nemen.¹⁷

Het is niet altijd eenvoudig om het minimumniveau te bepalen. Een bepaalde vraag kan het Hof bijvoorbeeld nog niet hebben bereikt. En zelfs als dat wel het geval is, kan het antwoord van het Hof aan duidelijkheid te wensen overlaten. Daarnaast kan een zaak vragen om een afweging tussen verschillende door grondrechten beschermde belangen. Zo beperkt de verjaring van een rechtsvordering het recht van de eiser op toegang tot de rechter, in het belang van de rechtszekerheid en ter bescherming van de gerechtvaardigde verwachtingen van de gedaagde. Deze belangen worden alle beschermd door art. 6 EVRM en moeten dus tegen elkaar worden afgewogen om te kunnen beoordelen of het handhaven van een verjaringstermijn een gerechtvaardigd doel dient en in de gegeven omstandigheden proportioneel is. Het is dan niet eenvoudig om te bepalen of en in hoeverre aanvullende bescherming van een van deze belangen toegestaan is. Door het

15 EHRM 7 december 1976, 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 48; EHRM 23 juli 1968, 1474/62 (*Belgische taalzaken*), r.o. I.B.10. Het subsidiariteitsbeginsel zal in de preambule van het EVRM worden opgenomen na ratificatie van Protocol nr. 15 bij het EVRM door alle verdragsstaten.

16 EHRM 25 april 1978, 5856/72 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 31.

17 EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, 28957/95 (*Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 74. Zie verder Gerards 2013, p. 88, met voorbeelden.

toekennen van een hoger beschermingsniveau aan de ene partij moet immers geen disproportionele last komen te rusten op de andere partij.¹⁸

Het subsidiariteitsbeginsel komt in de tweede plaats tot uitdrukking in de wijze waarop het Hof de verhouding tussen het EVRM en de nationale rechtsorde bepaalt. Door middel van de *margin of appreciation*-doctrine wordt aangegeven welke beoordelingsvrijheid de nationale autoriteiten hebben.¹⁹ Deze ruimte hangt af van de betreffende rechten en van de omstandigheden van het geval. Bij een ruime marge is het maken van een eigen afweging noodzakelijk en bestaat er dus een aanzienlijke vrijheid om op nationaal niveau een eigen invulling te geven aan de door het EVRM erkende rechten. Het feit dat het Hof een ruime marge laat, betekent overigens niet dat de nationale rechter zich dus ook terughoudend zou moeten opstellen ten opzichte van de uitvoerende of de wetgevende macht:

‘The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level.’²⁰

Het is van groot belang dat de nationale autoriteiten hun verantwoordelijkheid nemen, aangezien het Hof nog steeds met een aanzienlijke zakenlast kampt.²¹ Om deze zakenlast het hoofd te kunnen bieden, zijn diverse hervormingen doorgevoerd²² die het Hof in staat stellen belangrijke verzoeken met voorrang²³ en gezamenlijk te behandelen,²⁴ en minder belangrijke verzoeken niet-ontvankelijk te verklaren omdat de verzoeker ‘geen wezenlijk nadeel heeft geleden’.²⁵ Ook wordt de introductie van een prejudiciële adviesprocedure voorbereid, die de hoogste nationale rechters de

18 R.A. Lawson, ‘Boven het maaiveld – Over de “ruimhartige” toepassing van het EVRM door nationale rechters’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies naar Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 307-323.

19 De *margin of appreciation*-doctrine zal in de preambule van het EVRM worden opgenomen na ratificatie van Protocol nr. 15 bij het EVRM door alle verdragsstaten.

20 EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2009, 3455/05 (*A. en anderen/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 184.

21 Begin 2016 wachtten nog 64.850 klachten op afhandeling, tegen een totaal van 69.900 in januari 2015 (http://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2015_ENG.pdf, laatst geraadpleegd 1 juni 2016).

22 Zie voor de laatste ontwikkelingen het *CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights* (CDDH(2015)R84 Addendum I), Straatsburg: december 2015 ([www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/GT-GDR-F/CDDH\(2015\)R84_Addendum%20I_EN-Final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/GT-GDR-F/CDDH(2015)R84_Addendum%20I_EN-Final.pdf), laatst geraadpleegd 1 juni 2016).

23 Rule 41 van de Rules of Court stelt het Hof in staat bij het bepalen van de volgorde van behandeling rekening te houden met het belang en de urgentie van de betreffende zaken.

24 Rule 61 van de Rules of Court stelt het Hof in staat een of meer verzoeken met voorrang te behandelen, om zo structurele problemen te kunnen identificeren en de regering te kunnen informeren over de wijze waarop deze problemen moeten worden opgelost.

25 Art. 35 lid 3 sub b EVRM.

mogelijkheid zal geven vragen over de uitleg van het EVRM te stellen.²⁶ Het Hof moet daardoor in staat worden gesteld sneller op actuele grondrechtendiscussies in te spelen.²⁷

Het hervormingsproces laat zien dat het Hof zich steeds meer is en zal gaan richten op de meest serieuze en systematische problemen, en op belangrijke vragen van uitleg van het EVRM,²⁸ en minder op het bieden van rechtsbescherming in elk individueel geval.²⁹ Hierdoor wordt het belang van een eigen invulling en toepassing van het EVRM op nationaal niveau vergroot. Daarbij moet de jurisprudentie van het Hof uiteraard zoveel mogelijk worden gevolgd. Maar binnen de hiervoor geschetste grenzen bestaat wel degelijk ruimte. De vraag of, in hoeverre en op welke wijze de Nederlandse *rechter* gebruik mag maken van deze ruimte wordt niet beantwoord door het EVRM, maar is een zaak van nationaal recht.

3. Welke ruimte biedt het staatsrecht?

Om te kunnen onderzoeken in hoeverre de rechter vrij is om door middel van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een eigen invulling te geven aan de door het EVRM erkende rechten moet dus ook worden nagegaan welke ruimte het staatsrecht biedt. Nederland neemt op constitutioneel gebied een unieke plaats in binnen Europa.³⁰ Nederland kent geen constitutioneel hof en de Nederlandse rechter ‘treedt niet in de grondwettigheid van wetten en verdragen’ (art. 120 Grondwet).³¹ De rechter mag lagere regelgeving, beschikkingen en feitelijk han-

²⁶ Protocol nr. 16 bij het EVRM. Dit optionele protocol is al door Nederland ondertekend (Protocol van 2 oktober 2013, *Trb.* 2014, 74 en *Trb.* 2013, 241) en de goedkeuringswet is momenteel aanhangig (*Kamerstukken II* 2014-2015, 34 235-R2053, nr. 3). Het Protocol treedt in werking zodra het is geratificeerd door tien verdragsstaten. Momenteel is het Protocol getekend door zestien en geratificeerd door zes verdragsstaten (www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214, laatst geraadpleegd 1 juni 2016).

²⁷ J.H. Gerards, ‘De Brighton verklaring en de toekomstbestendigheid van het EHRM’, *NTM/NJCM-Bull.* 2013, p. 609-625, 620.

²⁸ Zoals verwoord in de *Brighton Declaration*, aangenomen na de *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights* op 20 april 2012, sub 33 (www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf, laatst geraadpleegd 1 juni 2016).

²⁹ Aldus ook S. Greer & L. Wildhaber, ‘Revisiting the Debate about “constitutionalizing” the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review* 2012, p. 655-687, 686.

³⁰ Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 646.

³¹ Er zijn voorstellen gedaan om constitutionele toetsing aan bepaalde bepalingen uit de Grondwet mogelijk te maken: ‘Voorstel van wet van het lid Halsema tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter’, *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 334, nr. 2, p. 1-2. Dit voorstel wordt echter niet gesteund door een twee derde meerderheid in de Tweede Kamer: *Handelingen II* 2014-2015, 60, nr. 11, p. 1-24.

delen van de overheid wel, maar wetten in formele zin niet toetsen aan de bepalingen uit de Grondwet.³²

De Hoge Raad heeft dit toetsingsverbod ruim uitgelegd. In het *Harmonisatiewet*-arrest bepaalde hij dat het verbod ook geldt voor toetsing aan het Statuut en voor toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel.³³ De rechter mag niet beoordelen of het uitvaardigen, handhaven en uitvoeren van een wet in formele zin onrechtmatig is, omdat dit ‘neerkomt op toetsing van die wet aan zulke beginselen’.³⁴ Hij mag zich ook niet uitspreken over de vraag of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen tijdens het wetgevingsproces.³⁵ Het toetsen van wetten in formele zin aan ongeschreven recht is slechts mogelijk als de relevante omstandigheden tijdens de totstandkoming van de betreffende wettelijke regeling niet door de wetgever in de afweging zijn betrokken.³⁶

De rechter mag een wet in formele zin wel toetsen aan het internationale recht. Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die eenieder verbindend zijn en zijn bekendgemaakt, hebben op grond van art. 93 Grondwet rechtstreekse werking.³⁷ Is sprake van een conflict met een nationale regel, dan heeft het internationale recht op grond van art. 94 Grondwet voorrang:

‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.’

De Nederlandse rechter wordt dus geconfronteerd met zowel een verbod als een gebod: hij mag wetten in formele zin niet toetsen aan de Grondwet, maar hij moet deze wetten wel toetsen aan internationaal recht met rechtstreekse werking.³⁸ De

32 Zie voor een overzicht van totstandkoming, literatuur en jurisprudentie: G. Boogaard & J. Uzman, ‘Commentaar op artikel 120 van de Grondwet’, in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet* (webeditie 2016), beschikbaar via www.Nederlandrechtsstaat.nl.

33 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469, m.nt. M.W. Scheltema, r.o. 4.6 resp. 3.6 (*Harmonisatiewet*).

34 HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527, NJ 2000/713, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 3.4.1. (*Kooren-Maritiem/Staat*).

35 HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1056, NJ 2000/160, m.nt. T. Koopmans, r.o. 3.4 (*Gemeente Tegelen/Provincie Limburg*); HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens (*Van de Bergh/Staat*).

36 *Harmonisatiewet*, r.o. 3.9.

37 Over het vaststellen van rechtstreekse werking: HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, AA 2015/4, m.nt. R.J.B. Schutgens (*Staat/Nietrokersvereniging CAN*).

38 De Nederlandse rechter is ook verplicht om het EU-recht te effectueren, maar volgens het Hof van Justitie van de EU is dit geen zaak van nationaal constitutioneel recht, maar een zaak van EU-recht, aangezien de EU een autonome rechtsorde is: HvJ EG 5 februari 1963, 26/62 (*Van Gend & Loos*); HvJ EG 15 juli 1964, 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*). De Hoge Raad heeft zich hierbij aangesloten in HR (strafkamer) 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, NJ 2005/80,

rechter mag wetten in formele zin niet vernietigen, maar een wettelijk voorschrift wel onverbindend verklaren,³⁹ in het concrete geval buiten toepassing laten, of zo interpreteren dat van strijd met het internationale recht geen sprake is. De Nederlandse rechter heeft ruimhartig gebruikgemaakt van deze bevoegdheid om het EVRM te handhaven.⁴⁰ Zo is het in strijd met rechtstreeks werkend verdragsrecht uitvaardigen en handhaven van wetgeving in formele zin wél onrechtmatig⁴¹ en in beginsel toerekenbaar aan de Staat.⁴² In sommige gevallen heeft de Hoge Raad ook een eigen uitleg gegeven aan de rechtspraak van het EHRM, in afwachting van nadere aanwijzingen uit Straatsburg en Den Haag.⁴³ De mogelijkheden om te komen tot een eigen uitleg van de EVRM-bepalingen zijn wel begrensd. Deze grenzen kwamen in beeld toen de Hoge Raad moest beoordelen of het huwelijk openstond voor personen van hetzelfde geslacht. Art. 12 EVRM bepaalt dat ‘het recht te huwen’ is voorbehouden aan ‘mannen en vrouwen van huwbare leeftijd’. Volgens het EHRM wordt met deze zinsnede verwezen naar ‘the traditional marriage between persons of opposite biological sex’.⁴⁴ Volgens de

m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.6, gevolgd door de civiele kamer in HR 18 september 2015,

ECLI:NL:HR:2015:2723, r.o. 3.4.3. Een bespreking van de wisselwerking tussen EU-recht en nationaal constitutioneel recht valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

- 39 Hier wordt overigens terughoudendheid bepleit: de rechter zou een wettelijk voorschrift slechts in algemene zin onverbindend moeten verklaren wanneer hij ervan overtuigd is dat het voorschrift op geen enkele wijze rechtmatig kan worden toegepast. Zie hierover Uzman 2013, p. 70-85, met verdere verwijzingen.
- 40 Klassieke voorbeelden van de invloed van EVRM-rechtspraak zijn HR 10 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2072, NJ 1996/578, m.nt. E.J. Dommering (erkenning bronbescherming journalist), n.a.v. EHRM (Grote Kamer) 27 maart 1996, 17488/90 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*); HR 18 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6789, NJ 1980/463, m.nt. W.H. Heemskerk (onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen), n.a.v. EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*).
- 41 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, AA 2016/5, m.nt. R.J.B. Schutgens, r.o. 3.4.2, een bevestiging van HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:ACo867, NJ 1987/252, r.o. 3.3 (*Staat/Van Gelder*).
- 42 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, AA 2016/5, m.nt. R.J.B. Schutgens, r.o. 3.5.2, een bevestiging van HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:ACo867, NJ 1987/252, m.nt. M.W. Scheltema, r.o. 3.4 (*Staat/Van Gelder*).
- 43 Bijv. ten aanzien van het recht op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor, nadat dit recht door het EHRM was afgeleid uit art. 6 EVRM. Zie EHRM (Grote Kamer) 27 november 2008, 36391/02 (*Salduz*) en latere uitspraken van het EHRM; en HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, NJ 2009/349, m.nt. T.M.C.J. Schalken; HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770, NJ 2014/268, m.nt. T.M.C.J. Schalken; HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, NJ 2016/52, m.nt. A.H. Klip.
- 44 EHRM 17 oktober 1986, 9532/81 (*Rees/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 49. Volgens Waaldijk zijn de woorden ‘men and woman’ in de tekst opgenomen met het oog op rechtsgelijkheid voor vrouwen, niet met het oog op rechtsongelijkheid voor homoseksuelen (C. Waaldijk, ‘Vijftien jaar openstelling homohuwelijk’, *Ars Aequi* 2016, afl. 4, p. 237-246, 238). Het EHRM erkende in 2010

Hoge Raad bestond er dan ook ‘onvoldoende grond’ en was er ‘geen vrijheid’ om art. 12 EVRM ‘dynamischer te interpreteren dan het Europees Hof heeft gedaan’.⁴⁵ In een volgende familierechtelijke zaak moest de Hoge Raad beoordelen of de verplichting om te voorzien in de kosten van verzorging, opvoeding en studie van het kind niet alleen rustte op ‘de man’, zoals art. 1:394 BW stelt, maar ook op de vrouw die ‘als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad’. Art. 8 EVRM, het recht op *family life*, verplichtte de Staat destijds niet tot het erkennen van deze aanspraak.⁴⁶ De Hoge Raad legde uit dat hij niet zelf voor een ruimere betekenis kon kiezen, omdat hij was gebonden aan de interpretatie van het EVRM door het EHRM:

‘Art. 53 EVRM laat de nationale wetgever de vrijheid om een verdergaande bescherming te bieden dan de bepalingen van het EVRM geven. De Nederlandse rechter is evenwel gebonden aan art. 94 Gr.w, ingevolge welke bepaling binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Een zodanige onverenigbaarheid kan niet worden aangenomen uitsluitend op basis van een uitleg door de nationale – Nederlandse – rechter van het begrip “family life” in het licht van recent tot stand gekomen wetgeving, die leidt tot een verdergaande bescherming dan op grond van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot art. 8 EVRM mag worden aangenomen.’⁴⁷

Ook als een beroep op een verdragsrecht wél gegrond is, is de rechter beperkt in zijn mogelijkheden een oplossing te bieden. Verdragsconforme interpretatie van nationaal recht kent zijn ‘natuurlijke grenzen’,⁴⁸ terwijl het onderliggende probleem soms ook niet kan worden opgelost door het bewuste wettelijke voorschrift buiten toepassing te laten. Volgens de Hoge Raad moet het belang van effectieve rechtsbescherming dan worden afgewogen tegen het belang van een ‘terughoudende opstelling’ van de rechter, gezien zijn staatsrechtelijke verhouding tot de wetgever en zijn beperkte mogelijkheden om door middel van een rechterlijke

wel dat op dit gebied sprake was van grote sociale veranderingen en dat het recht om te huwen niet beperkt hoeft te zijn tot heteroseksuele stellen, maar gaf ook aan dat het art. 12 EVRM bij gebrek aan Europese consensus niet zo kon interpreteren dat op verdragsstaten een verplichting rustte om het huwelijk open te stellen voor homoseksuele stellen. Zie EHRM 24 juni 2010, 30141/04 (*Schalk & Köpf/Oostenrijk*), r.o. 54-64 en r.o. 87-95.

45 HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, NJ 1992/129, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.4. Sinds 1 april 2001 luidt art. 1:30 lid 1 BW: ‘Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht.’

46 Waarschijnlijk ligt dat inmiddels anders, aangezien het Hof in *Schalk & Köpf/Oostenrijk*, r.o. 91-95, oordeelde dat het recht op *family life* uit art. 8 EVRM ook geldt voor homoseksuele stellen.

47 HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, NJ 2002/278, m.nt. J.E. de Boer, r.o. 3.9.

48 S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *NJB* 2000/49, p. 747-758, 750.

uitspraak een oplossing te bieden. De rechter mag in het rechtstekort voorzien ‘indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden’. Als er echter verschillende oplossingen mogelijk zijn en als ‘de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt’, dan moet de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laten.⁴⁹ Uzman onderzocht deze praktijk van ‘rechterlijk abtineren’ en concludeerde dat deze laatste overweging een grote rol speelt:

‘In de praktijk besluit de rechter óók tot zo’n houding wanneer het bieden van rechtsbescherming, in welke vorm dan ook, de rechtszekerheid van derden raakt, anderszins in strijd komt met een fundamenteel rechtsbeginsel, of als zijn beslissing de beleidsvrijheid van de wetgever zou doorkruisen.’⁵⁰

Deze mogelijkheden en grenzen waren binnen het privaatrecht al grotendeels bekend. In 1959 besliste de Hoge Raad dat verbintenissen niet alleen ontstaan wanneer de wet dit expliciet bepaalt, maar ook wanneer deze uitkomst aansluit bij het stelsel van de wet en de daarin geregelde gevallen.⁵¹ De civiele kamer houdt ook al langer uitdrukkelijk rekening met de eisen van de rechtszekerheid en de gevolgen van een bepaalde uitkomst voor derden.⁵² De overweging dat beleidsmatige en rechtspolitieke keuzes aan de wetgever zijn, vinden we aanvankelijk alleen in uitspraken waarin internationaal verdragsrecht aan de orde is,⁵³ vergezeld van de opmerking dat een bepaalde keuze de ‘rechtsvormende taak van de rechter’ te buiten gaat.⁵⁴ Meer recente rechtspraak leert dat dezelfde grenzen net zo goed in

49 HR (belastingkamer) 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 3.14-3.15 (*Arbeidskostenforfait*).

50 Uzman 2013, p. 603.

51 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:Al1600, NJ 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).

52 Bijv. in HR 27 november 1964, ECLI:NL:HR:1964:AC4517, NJ 1965/51 (aanvangstijdstip verjaringstermijn); HR 4 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB3707, NJ 1966/215 (aanvangstijdstip verjaringstermijn); HR 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7328, NJ 1982/452, m.nt. W.H. Heemskerk (ingangsdatum beroepstermijn); HR 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271, NJ 1982/503, m.nt. W.H. Heemskerk en E.A.A. Luijten (geen terugwerkende kracht uitspraak vanwege ‘het belang van rechtszekerheid’); HR 12 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4335, NJ 1983/779, m.nt. W.H. Heemskerk (eindtermijn waarbinnen scheidsmannen moeten hebben beslist); HR 15 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC4267, NJ 1987/933, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 3.2 (bepalen van tijdstip waarop echtscheiding tot stand komt).

53 Voor het eerst in HR 4 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4807, NJ 1985/510, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.3, een zaak over de gezamenlijke voogdij van gescheiden ouders.

54 Voor het eerst in HR 12 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4874, NJ 1985/230, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Optierecht Nederlanderschap*), een zaak over gelijke behandeling.

beeld kunnen komen als de Hoge Raad zich bezighoudt met privaatrechtelijke kwesties die niet bepaald worden door internationaal verdragsrecht.⁵⁵

De grenzen lijken dus niet noemenswaardig te verschillen, of de rechter nu privaatrechtelijke geschillen beoordeelt of wetgeving toetst aan internationaal verdragsrecht.⁵⁶ Toch is de Hoge Raad volgens staatsrechtjuristen ‘institutioneel en politiek gezien, stoerder’ als hij ‘rugdekking’ krijgt van het EHRM:

‘Bij zijn uitleg van het Nederlandse recht gaat hij verder wanneer hij een beroep kan doen op een duidelijke interpretatie van het EVRM door het EHRM. Moet hij zelf het EVRM uitleggen, dan lijkt hij zich te beperken tot de vaststelling dat de wettelijke regeling weliswaar in strijd is met het EVRM-recht, maar dat de kwestie er één voor de wetgever is.’⁵⁷

Dit is een logische gevolgtrekking, op basis van de hiervoor besproken jurisprudentie, waarin de Hoge Raad de uitleg van het EVRM door het EHRM volgde en niet op eigen gezag voor een ruimere bescherming koos. Toch moet deze conclusie

55 De volgende privaatrechtelijke kwesties gingen ‘de rechtsvormende taak van de rechter te buiten’: HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC3059, *NJ* 2000/87, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 3.5.3 (aanpassing van de regeling inzake afbakening van de bevoegdheden van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter); HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 4.2 (toekennen van vergoeding voor affectieschade; de Hoge Raad constateerde geen schending van art. 8 EVRM); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, *NJ* 2011/597, m.nt. T. Hartlief (bieden van verdergaande, algemene bescherming van werknemers tegen het risico van ongevallen i.v.m. hun werkzaamheden); HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4937, *NJ* 2012/127, m.nt. S.F.M. Wortmann, r.o. 3.5.3 (bewerkstelligen feitelijke voorrangspositie van de kinderalimentatievordering t.o.v. de andere in de schuldsanering betrokken vorderingen); HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167, m.nt. H.J. Sniijders, r.o. 3.3.2 (het kiezen voor een van ‘de alternatieven die, zoals rechtsvergelijking leert, kunnen worden overwogen met betrekking tot de regeling van niet-overdraagbaarheidsclausules’); HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma, r.o. 3.7 (het aanvaarden van ‘generieke uitzonderingen’ op de wettelijke regelingen m.b.t. telefoonabonnementen); HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3461, *NJ* 2015/194, m.nt. M.M. Mendel, r.o. 3.8 (het is ‘aan de wetgever’ om te voorzien in uitbreiding van het subrogatieverbod naar personeel zonder arbeidsovereenkomst).

56 Jansen en Loonstra komen tot dezelfde conclusie: C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, ‘Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012, afl. 1, p. 3-21, 8-10. Anders: Boogaard & Uzman 2015, p. 61-67, 65. Zij bouwen voort op het onderscheid dat Martens 2000, p. 748, maakt tussen ‘juridisch-technische problemen’, die de rechter kan oplossen door middel van wetsuitleg, en ‘maatschappelijke kwesties’, die de rechter alleen kan oplossen door nieuw recht te vormen. Een uitzondering is overigens het EU-recht, dat sterk de nadruk legt op effectieve rechtsbescherming. Zie daarover uitgebreid Uzman 2013, p. 303-361.

57 Boogaard & Uzman 2015, p. 66-67. In dezelfde zin Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 659; Barkhuysen 2004, p. 48. Ook Wattel trekt deze conclusie: Wattel 2016, p. 945.

worden genuanceerd. Nader onderzoek leert dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen worden gebruikt om grondrechten te beschermen, ook wanneer er geen ‘rugdekking’ is van het EHRM of partijen geen beroep hebben gedaan op internationaal verdragsrecht.

4. Welke ruimte bieden de maatstaven van redelijkheid en billijkheid?

Om te kunnen onderzoeken in hoeverre de rechter vrij is om door middel van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een eigen invulling te geven aan de door het EVRM erkende rechten, is uiteraard ook art. 6:2 lid 2 BW zelf van belang.⁵⁸ Evenals art. 94 Grondwet maakt deze bepaling het mogelijk een wettelijk voorschrift buiten toepassing te laten:

‘Een tussen [schuldeiser en schuldenaar, RdG] krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’⁵⁹

De bepalingen zijn vergelijkbaar, maar het accent verschilt. Bij de vaststelling van wat art. 94 Grondwet eist, moet de rechter bepalen of toepassing ‘niet verenigbaar’ is met internationaal verdragsrecht met rechtstreekse werking. Bij de vaststelling van wat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid eisen, moet de rechter bepalen of toepassing ‘onaanvaardbaar’ is, waarbij hij rekening kan houden ‘met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken’.⁶⁰ Grondrechten kunnen daarbij worden meegewogen, maar zijn niet de enige inspiratiebron.⁶¹ De rechter kan dus beslissen dat toepassing van een wettelijke regeling in het concrete geval in strijd is met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, ook al is van strijdigheid met internationaal verdragsrecht geen sprake.

⁵⁸ Voor partijen bij een overeenkomst geldt de vergelijkbare regel van art. 6:248 lid 2 BW.

⁵⁹ Art. 1374 lid 3 (oud) BW bepaalde dat overeenkomsten te goeder trouw moesten worden uitgevoerd. Op basis van deze bepaling oordeelde de Hoge Raad al eerder dat partijen zich onder omstandigheden niet op een wettelijke regel mochten beroepen, bijv. in: HR 29 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4579, NJ 1983/627, m.nt. P.A. Stein (*Spruijt/Sperry Rand Holland*); HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7666, NJ 1984/149, m.nt. P.A. Stein (*Herzfeld/Groen*); HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3287, NJ 1988/254, m.nt. P.A. Stein (*X/Y*); HR 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0580, NJ 1989/322 (*Wesselingh/Weisz*).

⁶⁰ Art. 3:12 BW.

⁶¹ De lijst van art. 3:12 BW is niet uitputtend: M.v.A. II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1035.

Een eerste voorbeeld is afkomstig uit het huurrecht. Een ongehuwde vrouw woonde met haar kinderen in een door de vader gehuurde woning. Pas toen de verhouding met de vader verslechterde, verzocht zij de verhuurder om als medehuurder te worden toegelaten. De verhuurder verklaarde zich akkoord, waarop de vrouw de kantonrechter verzocht te bepalen dat de man de huurovereenkomst niet langer zou voortzetten. Zowel de kantonrechter als de rechtbank verklaarde dit verzoek niet-ontvankelijk. Om als medehuurder te kunnen gelden, vereiste de dwingend-rechtelijke regeling van art. 1623h (oud) BW, de voorganger van art. 7:267 BW, immers een gezamenlijk verzoek van hoofdhuurder én samenwoner.

In cassatie voerde de vrouw aan dat zij vanwege het recht op eerbiediging van de woning (art. 8 EVRM), mede in verband met het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM) en het verbod van discriminatie (art. 14 EVRM), op soortgelijke wijze toegang tot de rechter behoorde te krijgen als personen die zich wél konden beroepen op een gezamenlijk verzoek.⁶² De Hoge Raad achtte de regeling echter niet in strijd met deze verdragsbepalingen.⁶³ Het recht op eerbiediging van de woning speelde op dat moment geen rol van betekenis in de jurisprudentie van het EHRM en zou pas later echt tot ontwikkeling komen.⁶⁴ Niettemin oordeelde de Hoge Raad dat 'de eisen van de goede trouw' eraan in de weg kunnen staan 'dat de huurder wiens huisgenote zonder zijn medewerking een erkenning als medehuurster van de verhuurder heeft verkregen, zich jegens die huisgenote op het ontbreken van die medewerking kan beroepen'.⁶⁵ Van indirecte werking van het EVRM was geen sprake. De Hoge Raad beschermde de belangen van samenwoners uiteindelijk op basis van een eigen invulling van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.⁶⁶

Een ander, krachtig voorbeeld van de betekenis van art. 6:2 lid 2 BW voor de bescherming van grondrechten is de mogelijkheid de objectieve verjaringstermijn op die grond buiten toepassing te laten. Sommige schuldeisers raken pas op de hoogte van hun schade nadat deze verjaringstermijn is verstreken. Dat is met name het geval bij slachtoffers van mesothelioom, een vorm van longkanker die vrijwel uitsluitend wordt veroorzaakt door blootstelling aan asbest.⁶⁷ Deze blootstelling leidt

⁶² De vrouw beriep zich tevens op art. 17 IVBPR. Zie onderdeel a van het cassatiemiddel, gepubliceerd in *NJ* 1988/254.

⁶³ HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3287, *NJ* 1988/254, m.nt. P.A. Stein (X/Y), r.o. 3.2.

⁶⁴ Op dat moment had het Hof nog maar één principiële uitspraak gewezen over het recht op eerbiediging van de woning: EHRM 24 november 1986, 9063/80 (*Gillow/Verenigd Koninkrijk*). Zie voor analyse van de ontwikkelingen in de jurisprudentie: A.C. Buyse, 'Strings Attached: The Concept of "Home" in the Case Law of the European Court of Human Rights', *European Human Rights Law Review* 2006, p. 294-307.

⁶⁵ HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3287, *NJ* 1988/254, m.nt. P.A. Stein (X/Y), r.o. 3.3.

⁶⁶ Zij het dat het oude recht op deze zaak van toepassing was en de Hoge Raad dus sprak van 'de eisen van de goede trouw'.

⁶⁷ Er spelen dus geen causaliteitsproblemen, zoals het geval kan zijn bij andere typen longkanker, die zowel veroorzaakt kunnen zijn door de blootstelling aan asbeststof als door aan het

pas dertig tot veertig jaar na het eerste contact tot klachten⁶⁸ en doorgaans binnen een of twee jaar na de diagnose tot de dood.⁶⁹ De vorderingen van veel slachtoffers en erfgenamen zijn op het moment van diagnose doorgaans al verjaard, aangezien de objectieve verjaringstermijn van dertig jaar op grond van art. 3:310 lid 2 BW al begint te lopen vanaf 'de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt'.⁷⁰

Voor deze gevallen – volgens de Gezondheidsraad gaat het om 12.400 werknemers in de periode 2000-2028⁷¹ – maakte de Hoge Raad op grond van art. 6:2 lid 2 BW een uitzondering. Nadat hij eerder strak de hand had gehouden aan de lange verjaringstermijn, in zaken over medische aansprakelijkheid⁷² en kindermishandeling,⁷³ besliste hij in de zaak *Van Hese/De Schelde* dat een beroep op de objectieve verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. De rechter moet de vraag of de verjaringstermijn op grond van art. 6:2 lid 2 BW buiten toepassing moet blijven met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval en in ieder geval aan de hand van een zevental gezichtspunten beantwoorden.⁷⁴

Voor deze bijdrage is van belang dat een van de onderdelen van het cassatiemiddel van de zijde van de gezamenlijke erfgenamen van Van Hese een beroep deed op

slachtoffers zelf toe te rekenen oorzaken, zoals rookgedrag. Voor die situaties heeft de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid aanvaard in HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, AA 2006/10, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Nefalit/Karamus*).

68 Gezondheidsraad, *Asbest: Risico's van milieu- en beroepsmatige blootstelling* (Advies nr. 2010/10), Den Haag: Gezondheidsraad 2010, p. 41.

69 Gezondheidsraad 2010, p. 33.

70 Art. 3:310 lid 5 BW bepaalt dat bij schade door letsel of overlijden alleen nog een relatieve verjaringstermijn van vijf jaren na bekendheid met zowel de schade als de aansprakelijke persoon geldt, maar deze bepaling geldt alleen voor nieuwe gevallen, veroorzaakt vanaf 1 februari 2004.

71 Gezondheidsraad 2010, p. 23, onder verwijzing naar O. Segura, A. Burdorf & C. Looman, 'Update of predictions of mortality from pleural mesothelioma in the Netherlands', *Occupational and Environmental Medicine* 2003, p. 50-55.

72 HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1867, NJ 1998/380, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van B./Vereniging voor Diaconessenarbeid*), r.o. 3.4. Het ging in deze zaak om de objectieve verjaringstermijn van dertig jaar uit art. 2004 (oud) BW.

73 HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2934, NJ 2000/16, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 5.1. Het ging in deze zaak m.n. om de objectieve verjaringstermijn van twintig jaar uit art. 3:310 lid 1 BW.

74 HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*), r.o. 3.3.3. In het op dezelfde datum gewezen arrest HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5634, NJ 2000/431, m.nt. A.R. Bloembergen (*Rouwhof/Eternit*) maakte de Hoge Raad juist geen uitzondering, omdat de lopende verjaringstermijn nog niet was verstreken op het moment van diagnose. Zie over gezichtspunten in het algemeen, en *Van Hese/De Schelde* in het bijzonder, J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2014, p. 319-405.

art. 6 EVRM.⁷⁵ Het probleem van de verjaring van vorderingen van asbestslachtoffers en hun nabestaanden had Straatsburg destijds nog niet bereikt. Wel was het EHRM al eens geconfronteerd met een zaak over kindermisbruik. De *House of Lords* had in de nationale aansprakelijkheidsprocedure van een dochter tegen haar adoptievader en broer vastgehouden aan de algemene verjaringstermijn van zes jaar,⁷⁶ die begon te lopen na het misbruik of vanaf de achttiende verjaardag.⁷⁷ Het EHRM zette eerst het algemene beoordelingskader van art. 6 EVRM uiteen:

‘The Court recalls that Article 6 para. 1 (art. 6-1) embodies the “right to a court”, of which the right of access, that is, the right to institute proceedings before a court in civil matters, constitutes one aspect. However, this right is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention’s requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 para. 1 (art. 6-1) if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.’⁷⁸

Het Hof was terughoudend bij het toepassen van dit kader op de verjaring van vorderingen tot schadevergoeding wegens kindermisbruik. Het Hof benadrukte het belang van verjaringstermijnen voor de rechtszekerheid, de bescherming van schuldenaars en het voorkomen van bewijsproblemen.⁷⁹ In het specifieke geval van kindermisbruik bleef strafrechtelijke vervolging naar Engels recht bovendien mogelijk. In een dergelijke strafprocedure kon schadevergoeding aan het slachtoffer worden toegekend, zelfs als de civielrechtelijke verjaringstermijn al was verstreken. De kern van het recht op toegang tot de rechter was daarom volgens het Hof niet aangetast.⁸⁰ De verjaringstermijn van zes jaar was ook in internationaal opzicht ‘not unduly short’.⁸¹ Over de lengte en het aanvangsmoment van de verjaring bestond verder geen consensus onder de

75 Onderdeel 5, gepubliceerd in *NJ* 2000/430. De erven beriepen zich ook op art. 1, 5 en 13 EVRM, op art. 3 en 11 Europees Sociaal Handvest en op art. 7 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Op deze bepalingen wordt hier niet nader ingegaan.

76 Art. 2 Limitation Act 1980; zie *House of Lords* (Verenigd Koninkrijk) 10 februari 1993, [1993] AC 498 (*Stubbings/Webb*).

77 Deze laatste uitzondering volgt uit art. 28 lid 1 jo. art. 38 lid 2 Limitation Act 1980.

78 EHRM 22 oktober 1996, 22083/93 en 22095/93 (*Stubbings/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 50.

79 *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 51.

80 *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 52.

81 *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 53.

verdragsstaten,⁸² die op dit gebied een *margin of appreciation* hebben.⁸³ Het Hof achtte het heel goed mogelijk dat de verjaringsregelingen in de verdragsstaten in de toekomst zouden moeten worden aangepast vanwege de ernstige gevolgen van kindermisbruik, maar gaf aan dat dit de verantwoordelijkheid van de nationale autoriteiten was.⁸⁴

Anders dan slachtoffers van kindermisbruik werden mesothelioomslachtoffers volgens Advocaat-Generaal Spier wél in de kern van hun recht op toegang tot de rechter aangetast. Volgens hem zou art. 6 EVRM worden geschonden als de objectieve verjaringstermijn in deze gevallen strikt zou worden toegepast.⁸⁵ De Hoge Raad volgde de Advocaat-Generaal op dit punt niet en gebruikte art. 6 EVRM slechts ter ondersteuning van de op grond van art. 6:2 lid 2 BW aanvaarde oplossing:

‘Gelet op de – naar huidige inzichten zeer lange – duur van de termijn van art. 3:310 lid 2 en het met de verjaring beoogde belangrijke doel van de rechtszekerheid, kan niet worden gezegd dat de onderhavige beperking van de toegang tot de rechter buiten de “margin of appreciation” van de verdragsluitende Staten valt. Dit neemt evenwel niet weg dat de in 3.3.1 voorziene mogelijkheid van het buiten toepassing blijven van de verjaringstermijn van dertig jaar wel in lijn is met het in art. 6 § 1 EVRM belichaamde recht op toegang tot de rechter.’⁸⁶

Sinds kort weten we meer. Het EHRM heeft inmiddels bepaald dat benadeelden hun recht op schadevergoeding voor persoonlijk letsel moeten kunnen uitoefenen op het moment dat zij zich daadwerkelijk bewust zijn van hun schade.⁸⁷ Bovendien heeft het Hof in een eerste asbestzaak Zwitserland veroordeeld wegens schending van art. 6 EVRM, omdat het Zwitserse *Bundesgericht* in een zaak over asbestschade had vastgehouden aan de objectieve verjaringstermijn van tien jaar.⁸⁸ De door de

82 *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 54.

83 *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 55.

84 *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 56. Na kritiek op *Stubbings/Webb*, van onder meer de *Law Commission*, bracht de *House of Lords* seksueel misbruik onder de reikwijdte van art. 11 lid 1 *Limitation Act 1980*, in *House of Lords (Verenigd Koninkrijk)* 30 januari 2008, [2008] *UKHL 6 (A/Hoare)*. Deze speciale verjaringstermijn voor vorderingen gebaseerd op ‘negligence, nuisance or breach of duty’ kan de rechter buiten toepassing laten als hij dat ‘equitable’ acht (art. 33 lid 1 *Limitation Act 1980*).

85 Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2000:AA5635, sub 9.6.2.

86 *Van Hese/De Schelde*, r.o. 3.3.2.

87 EHRM 17 september 2013, 59601/09 (*Eşim/Turkije*), r.o. 25.

88 EHRM 11 maart 2014, 52067/10 en 41072/11 (*Moor/Suisse*), alleen beschikbaar in het Frans. Centraal stonden art. 20 lid 1 *Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten* (duur verjaringstermijn), art. 127 (duur verjaringstermijn) en 130 *Obligationenrecht* (aanvang verjaringstermijn).

Hoge Raad in *Van Hese/De Schelde* geformuleerde oplossing lijkt te stroken met deze EVRM-rechtspraak.⁸⁹

In het kader van deze bijdrage is vooral interessant dat de Hoge Raad de kwestie destijds niet overliet aan de wetgever, maar zelf een oplossing bood, ook al zou art. 6 EVRM volgens hem niet zijn geschonden als hij had vastgehouden aan de objectieve verjaringstermijn. De Hoge Raad benadrukte dat uit de parlementaire geschiedenis van de geldende verjaringsregeling (art. 3:310 lid 2 BW) ‘niet blijkt dat de wetgever zich ook het geval voor ogen heeft gesteld waarin de schade pas na het verstrijken van de verjaringstermijn is ontstaan’.⁹⁰ Het feit dat de wetgever zich nog maar enkele jaren voor *Van Hese/De Schelde* wél had gebogen over een nieuwe wettelijke regeling (art. 3:310 lid 5 BW) en er toen voor had gekozen deze alleen voor nieuwe gevallen te laten gelden, stond ook ‘niet in de weg aan het (...) gegeven oordeel dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn toepassing te geven aan de thans geldende verjaringsregel’.⁹¹ De Hoge Raad ging hier dus vrij ver in zijn uitleg van art. 6:2 lid 2 BW, terwijl er op dat moment volgens hem geen ‘rugdekking’ was uit Straatsburg en de wetgever het probleem recentelijk onder ogen had gezien, maar bewust niet had ingegrepen.

De uitzondering is overigens niet beperkt tot zaken over asbestschade, maar bijvoorbeeld ook aanvaard ten aanzien van de vervaltermijn van het beroep op de vernietigbaarheid van een opzegging zonder voorafgaande toestemming van het UWV,⁹² het beroep op de verjaring van een vordering op grond van gevoerd

89 Aldus M.R. Hebly, ‘Werpt Straatsburg een nieuw licht op de verjaring van asbestclaims?’, *Letsel & Schade* 2014, afl. 2, p. 40-42; P.T.J. Wolters, ‘Het vaste gewicht van de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde’, *AV&S* 2015, afl. 1, p. 24-25; J. Emaus, annotatie onder *Moor/Suisse*, *EHRC* 2014/164, sub 8; de Minister van Justitie: *Aanhangsel Handelingen II* 2013-2014, 1864; en verschillende lagere rechters: Rb. Midden-Nederland 10 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5507, r.o. 4.7; Rb. Den Haag 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593, r.o. 4.4-4.5; Hof Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3152, r.o. 4.5; Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9064, r.o. 4.3. Ook ik kom tot die conclusie in R. de Graaff, ‘Prescription. A private-law concept at the forefront of fundamental rights protection’, in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 141-165. Kritisch zijn: B. Ruers in *Trouw*: ‘Uitspraak Hof vergroot kans op schadevergoeding asbest’, *Trouw* 3 April 2014, p. 7; Kamerlid De Wit, *Aanhangsel Handelingen II* 2013-2014, nr. 1758; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Deel I: Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, Den Haag: Bju 2015, p. 49.

90 *Van Hese/De Schelde*, r.o. 3.3.1.

91 *Van Hese/De Schelde*, r.o. 3.3.2.

92 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695, *NJ* 2012/396, r.o. 4.2.3. Aan de orde was de vervaltermijn van art. 9 lid 3 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945.

voogdijbewind⁹³ en het beroep op de verjaring van een gezeekerde vordering.⁹⁴ In de lagere rechtspraak zijn met name de zaken over het handelen van Nederlandse militairen in Indonesië in de periode 1945-1949 opvallend. De nabestaanden konden geen beroep doen op het EVRM, dat in 1950 door Nederland werd ondertekend en in 1954 in werking trad.⁹⁵ Uiteindelijk besliste de rechter in verschillende procedures dat het beroep van de Staat op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.⁹⁶ De maatstaven van redelijkheid en billijkheid fungeren zo als vangnet wanneer het internationale recht geen soelaas biedt.

5. De verhouding tot het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet

De hiervoor besproken jurisprudentie roept wel vragen op over de grenzen van de bevoegdheid om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten vanwege strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Wordt het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet zo niet omzeild? Voor zover ik kon nagaan, was het Bloembergen die deze vraag in 2000 voor het eerst stelde. Hij meende dat de toepassing van art. 6:2 lid 2 BW ook kon worden gezien als een vorm van door de wetgever gelegitimeerde toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen, al ging deze mogelijkheid minder ver dan de door art. 120 Grondwet verboden constitutionele toetsing:

‘De toetsing van art. 6:2 is terughoudend: de toepassing van de omstreden wettelijke bepaling moet echt onaanvaardbaar zijn. Bovendien zal de rechter hier, hoewel het theoretisch niet uitgesloten is, over het algemeen niet tot een niet-toepasselijkheid komen in een situatie die door de wetgever – en zeker door een recente wetgever – onder ogen is gezien. Ik moet het laten bij deze korte opmerking. Nadere vergelijkende studie zou wellicht de moeite lonen.’⁹⁷

93 HR 20 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1492, NJ 2014/335, r.o. 3.6.2. Aan de orde was de verjaringstermijn van art. 1:377 (oud) BW.

94 HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3463, NJ 2016/208, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.8.1-3.8.3. Aan de orde was het tenietgaan van een pandrecht als gevolg van de verjaring van een gezeekerde vordering (art. 3:323 lid 1 BW).

95 Het EVRM werd op 4 november 1950 te Rome ondertekend en de tekst is bekendgemaakt in *Trb.* 1951, 154. De goedkeuring voor Nederland vond plaats bij Wet van 28 juli 1954, *Stb.* 1954, 335.

96 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793, r.o. 4.13-4.14; Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2442, r.o. 4.4-4.18; Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:701, r.o. 4.4-4.24; Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:702, r.o. 4.5-4.22.

97 Bloembergen in sub 6 van zijn annotatie onder HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527, NJ 2000/713.

De civielrechtelijke literatuur heeft wel oog voor de verhouding van art. 6:2 lid 2 BW tot de Wet Algemeene Bepalingen,⁹⁸ maar heeft het verband met art. 120 Grondwet niet nader bestudeerd. Tegelijkertijd is de potentie van art. 6:2 lid 2 BW nog niet echt doorgedrongen tot de staatsrechtelijke literatuur. Terwijl inmiddels vrij algemeen wordt aanvaard dat de rechter wetgeving wegens strijd met verdragsrecht in algemene zin onverbindend mag verklaren,⁹⁹ voelt men enige schroom bij de mogelijkheid wetgeving in het concrete geval buiten toepassing te laten wegens strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Nadat Halsema ter ondersteuning van haar initiatiefwetsvoorstel, dat constitutionele toetsing mogelijk moest maken, had aangevoerd dat het belang van de rechter toch al was toegenomen, onder meer door de invulling van ‘wettelijke termen als “redelijkheid” en “billijkheid”’,¹⁰⁰ adviseerde de Raad van State dat dit ‘vooral civielrechtelijke begrippen zijn, die worden gehanteerd in de rechtspraak van de burgerlijke rechter’.¹⁰¹ En toen de Commissie Gelijke Behandeling in enkele

98 Bijv. A.G. Castermans, *Ik en mijn recht in Europa* (diesoratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2012, p. 5-6; C.J.H. Jansen, ‘Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829)’, *Ars Aequi* 2008, afl. 1, p. 22-29, 28-29; J.H. Nieuwenhuis, ‘Wie bepaalt wat recht is in Nederland?’, in: S. van der Schenk (red.), *Menage à trois, de rol van de rechterlijke macht binnen de trias*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 1999, p. 118-129, 121. Art. 11-12 Wet AB bepalen dat de rechter ‘volgens de wet’ recht moet spreken, ‘in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet’ mag beoordelen en ook geen uitspraak mag doen ‘bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement’. Over de verhouding tussen de Wet AB en de rechtsvormende taak van de civiele kamer van de Hoge Raad uitgebreid M.E. Bruning, ‘Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlandse privaatrecht. Mogelijkheden en grenzen in de rechtsvormende rechtspraak op grond van de billijkheid’, in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 75-108.

99 Het volgende overzicht ontleen ik aan Uzman 2013, p. 75, voetnoot 100: F.H. van der Burg, ‘Splitsing van wettelijke bepalingen en abstracte toetsing’, in: F.H. van der Burg & M.A. van der Ham (red.), *Gemeentelijke vrijheden*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom Uitgeverij 1983, p. 19-32, 24-27; P.J.J. van Buuren, ‘Onrechtmatige wetgeving’, in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1987-1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 60; J.E.M. Polak, ‘Onrechtmatige wetgeving’, in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1987-1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 109; J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 282; M.L.H. van Houten, *Meer zicht op wetgeving* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1997, p. 230; R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 10-13; en J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 85.

100 ‘Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter’, *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 331, nr. 3, p. 13 (MvT).

101 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 331, A (Advies Wo1.02.0179/1).

gevallen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid toepaste,¹⁰² leidde dit tot kritiek van De Lange, die meende dat art. 3:12, art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW ‘geen vrijbrief geven om van de wet af te wijken’, maar slechts zijn bedoeld als ‘billijkheidscorrectie op contractuele verplichtingen’.¹⁰³

De Hoge Raad legt het verband met art. 120 Grondwet sinds kort wel. Hij werd geconfronteerd met de vraag of een zorgverzekeraar kan worden verplicht tot het verstrekken of vergoeden van zorg die geen deel uitmaakt van het verzekerd pakket, indien de verzekerde patiënt aan die zorg behoefte heeft. Dat zou kunnen worden gezien als een mensenrechtenkwestie, waarbij art. 2 (recht op leven), 3 (onmenselijke behandeling) en 8 (recht op privéleven) EVRM een rol zouden kunnen spelen, ook al hebben patiënten zich tot nu toe zonder veel succes tot het EHRM gewend.¹⁰⁴ Het internationale recht was echter ‘in deze zaak niet aan de orde (gesteld)’, aldus de Hoge Raad.¹⁰⁵ Hij hield dus de mogelijkheid open dat het internationale recht wel een rol speelde, maar ging niet nader op de kwestie in. Dat kon hij ook niet doen, omdat ambtshalve cassatie in civiele zaken niet is toegestaan,¹⁰⁶ ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in cassatie slechts mogelijk is als partijen de gelegenheid krijgen zich over die gronden uit te laten¹⁰⁷ en het EVRM niet tot ambtshalve toetsing verplicht.¹⁰⁸ Dat hoefde hij ook niet te doen, omdat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wél nadrukkelijk in het debat was betrokken. In cassatie stond de vraag centraal of de rechter op die grond mocht afwijken van de dwingendrechtelijk bij en krachtens de Zorgverzekeringswet geregelde dekking. De Hoge Raad zette deze vraag in de sleutel van art. 120 Grondwet en verwees daarbij naar het *Harmonisatiewet*-arrest:

102 Bijv. in Oordeel 2006-20, gepubliceerd in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 311-320.

103 R. de Lange, ‘Knelpunten in het gesloten stelsel’, in: *Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW*, Utrecht: CGB 2009, p. 168.

104 Klachten over de toegang tot experimentele medische behandelingen werden niet-ontvankelijk verklaard (EHRM 6 mei 2014, 62804/13 (*Durissimo/Italië*)) of leidden niet tot een schending van art. 2, 3 en 8 EVRM (EHRM 13 november 2012, 47039/11 en 358/12 (*Hristozov e.a./Bulgarije*)). Klachten over het niet-vergoeden van medische kosten werden niet-ontvankelijk verklaard (EHRM 21 maart 2002, 65653/01 (*Nitecki/Polen*)) of leidden alleen op procedurele gronden tot een schending van art. 2 EVRM, omdat de nationale autoriteiten verschillende rechterlijke uitspraken niet hadden opgevolgd (EHRM 10 april 2012, 30909/06 (*Panaitescu/Roemenië*)).

105 HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, *JB* 2015/48, m.nt. R.J.B. Schutgens & F.S. Bakker (*Bosentan*), r.o. 3.6.1.

106 E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/273.

107 *Asser/Korthals Altes & Groen* 2015/276.

108 EHRM 15 november 1996, 18877/91 (*Ahmet Sadik/Griekenland*); A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vermogensrecht algemeen. 3-1**. *Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/202.

‘In verband met het grondwettelijke verbod wetten in formele zin te toetsen aan ander recht dan internationaal recht (art. 120 Grondwet), kan de rechter de afweging van de wetgever niet toetsen aan algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht (vgl. HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (Harmonisatiewet)). Dat geldt ook indien die toetsing plaatsvindt in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen bij onder meer een overeenkomst beheersen (art. 6:2 en 6:248 BW).’¹⁰⁹

Toch maakte de Hoge Raad van de gelegenheid gebruik om een uitzondering te maken. Daarvoor biedt het *Harmonisatiewet*-arrest ook ruimte als sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever.¹¹⁰ De Hoge Raad benutte deze mogelijkheid hier voor het eerst expliciet.¹¹¹ Er kan ‘bij hoge uitzondering’ een aanspraak op vergoeding van zorg of verstrekking van een geneesmiddel bestaan, met name voor gevallen ‘waarin de betrokken zorg of het betrokken geneesmiddel niet (...) in het verzekerd pakket is opgenomen om redenen die niet of niet geheel overeenstemmen met hetgeen de wetgever voor ogen heeft gestaan met betrekking tot de samenstelling van dat pakket’. Daarbij moet rekening worden gehouden met een viertal gezichtspunten.¹¹² Anders dan het cassatiemiddel aanvoerde, bestaat ook ruimte voor deze uitzondering in het kader van de zorgverzekeringsovereenkomst.¹¹³ In die privaatrechtelijke context kan de aanspraak van de verzekeringnemer jegens de verzekeraar namelijk worden ‘gegrond op de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:2 en 6:248 BW’.¹¹⁴

Zonder ‘rugdekking’ uit Straatsburg ging de Hoge Raad ook in deze zaak vrij ver in zijn uitleg van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Met een beroep op ‘regels van ongeschreven recht’ had de Centrale Raad van Beroep eerder al een vergelijkbare uitzondering op de voormalige Ziekenfondswet aanvaard.¹¹⁵ Tegelijkertijd erkende de Hoge Raad dat de rechter bij de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid de constitutionele grenzen van art. 120 Grondwet zal moeten

¹⁰⁹ *Bosentan*, r.o. 3.6.1.

¹¹⁰ *Bosentan*, r.o. 3.6.2.

¹¹¹ Aldus ook Schutgens en Bakker in hun annotatie in *JB* 2015/48, sub 6-7.

¹¹² *Bosentan*, r.o. 3.6.3.

¹¹³ De invoering van de Zorgverzekeringwet in 2006 creëerde één wettelijk verzekeringsregime, dat overwegend publiekrechtelijk is geregeld, maar tegelijkertijd een privaatrechtelijke component kent, omdat tussen partijen een verzekeringsovereenkomst in de zin van titel 7.17 BW tot stand komt.

¹¹⁴ *Bosentan*, r.o. 3.6.4. De aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid liggen hier dicht tegen elkaar aan. De aanspraak van de verzekerde kan worden gegrond op de aanvullende werking, terwijl het beroep van de verzekeraar op de dwingendrechtelijke regeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.

¹¹⁵ CRvB 28 september 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AA7653 en CRvB 17 augustus 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BF0927, waarnaar de Hoge Raad ook verwijst in *Bosentan*, r.o. 3.6.2.

respecteren, terwijl hij niet uitsloot dat het internationale recht een rol had kunnen spelen, als partijen zich daarop hadden beroepen.

Het is verleidelijk te denken dat dit alles een kwestie is van definitie. Maakt het daadwerkelijk verschil of de uitkomst het resultaat is van toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen, aan het EVRM, aan 'regels van ongeschreven recht' of aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid? Zou de rechter zonder algemene wettelijke redelijkheids- en billijkheidsbepalingen niet tot dezelfde resultaten zijn gekomen?¹¹⁶ Is elke bescherming van grondrechtelijke belangen via het privaatrecht niet in wezen een verkapte toepassing van constitutioneel recht, slechts gerechtvaardigd voor zover de uitkomst door de constitutionele beugel kan?¹¹⁷ En verdient in dat geval directe toepassing van grondrechten niet de voorkeur, omdat grondrechten, anders dan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, duidelijk articuleren welke belangen om bescherming vragen?¹¹⁸

Hoe verleidelijk deze perspectieven ook zijn, de hiervoor besproken jurisprudentie laat tegelijkertijd zien dat de uitkomst wel degelijk kan verschillen, afhankelijk van de grondslag voor het buiten toepassing laten van een wettelijke bepaling. De bescherming van grondrechtelijke belangen is daarom juist gebaat bij de erkenning dat elk rechtsgebied daaraan een aanzienlijke bijdrage kan leveren. Soms kan het privaatrecht verdergaan dan het EVRM vereist, soms kan het daardoor juist worden geïnspireerd of gecorrigeerd. Om de ruimte te bepalen is het noodzakelijk inzicht te hebben in het samenspel tussen internationaal en Europees recht, staatsrecht én privaatrecht. Partijen beroepen zich immers niet altijd op het EVRM, de rechtspraak van het EHRM is niet steeds even duidelijk en de rechter moet hoe dan ook opereren binnen het wettelijk en grondwettelijk stelsel. Juist in deze context kunnen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van grote en toegevoegde waarde zijn voor de bescherming van grondrechten.

¹¹⁶ Volgens Hesselink is 'de redelijkheid en billijkheid in het wetboek overbodig': M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 419-420.

¹¹⁷ Aldus M. Kumm, 'Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law', *German Law Journal* 2006, p. 341-369, 359. Micklitz spreekt van 'hidden constitutionalization', zie H.-W. Micklitz, 'Unfair Contract Terms – Public Interest Litigation before European Courts', in: E. Terry e.a. (red.), *Landmark Cases of EU Consumer Law. In Honour of Jules Stuyck*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2013, p. 633-652.

¹¹⁸ Zoals Emaus betoogt in J. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2013, p. 38.

6. Conclusie

Het EVRM biedt de nationale autoriteiten de ruimte voor een eigen invulling en toepassing van de door het EVRM erkende rechten, met name als een bepaald probleem Straatsburg nog niet heeft bereikt, het EHRM geen duidelijk antwoord heeft gegeven of de nationale autoriteiten een aanzienlijke beoordelingsvrijheid laat. Bij het invullen van die ruimte mag de rechter vanwege het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet maar beperkt gebruikmaken van de bepalingen uit de Grondwet. Deze constitutionele leemte wordt grotendeels gevuld doordat de rechter op grond van art. 94 Grondwet wel bevoegd is wetgeving te toetsen aan internationaal recht met rechtstreekse werking. Maar ook deze bevoegdheid kent grenzen. De rechter is gebonden aan de uitleg van het EVRM door het EHRM en is ook bij het remediëren van een schending van het EVRM afhankelijk van de mogelijkheden die het wettelijk stelsel hem biedt. Volgens staatsrechtjuristen is de Hoge Raad in de praktijk dan ook terughoudend als hij zich niet kan beroepen op een duidelijke interpretatie van het EVRM door het EHRM.

In deze bijdrage heb ik deze conclusie willen nuanceren door te laten zien dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen worden ingezet om grondrechtelijke belangen verdergaand te beschermen dan uit het EVRM volgt. Ik richtte mij specifiek op art. 6:2 lid 2 BW, de privaatrechtelijke pendant van art. 94 Grondwet. De rechter kan op die grond een wettelijk voorschrift in het concrete geval buiten toepassing laten wegens strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Daarbij is hij niet met handen en voeten gebonden aan de rechtstreekse werking en uitleg van het internationale recht, maar wel aan de grenzen van art. 120 Grondwet: een uitzondering mag alleen worden gemaakt als sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever.

Binnen deze grenzen kan de rechter door middel van toetsing aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een eigen invulling geven aan de door het EVRM erkende rechten. De rechtspraak laat zien dat de Hoge Raad dit ook doet als er geen 'rugdekking' is van het EHRM, of als partijen geen beroep hebben gedaan op internationaal verdragsrecht. Algemene bepalingen als art. 6:2 lid 2 BW zorgen dus ook in deze context voor de noodzakelijke informatie, legitimatie, positionering en structurering. Zij kunnen niet alleen dienen als hulpmiddel om grondrechten indirecte werking te verlenen, maar ook als instrument om grondrechten verdergaand te beschermen dan uit het EVRM volgt.