

File ID 483929  
Filename Proefschrift

---

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type Dissertation  
Title Het wetgevingsbevel: Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten  
Author G. Boogaard  
Faculty Faculty of Law  
Year 2013  
Pages 281  
ISBN 9789058509994

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:

<http://dare.uva.nl/record/445568>

---

*Copyright*

*It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other then for strictly personal, individual use.*

---

# Het wetgevingsbevel

Over constitutionele verhoudingen  
en manieren om een wetgever tot  
regelgeving aan te zetten

Mag de rechter de wetgever bevelen regels te stellen? Of verheft hij zich dan boven de wetgever op een wijze die niet past in onze Trias Politica? Wie zoveel mogelijk rechtsbescherming wil tegen een wetgever die niet doet wat hij moet doen, zal weinig bezwaren zien. Wie vooral oog heeft voor de institutionele verhoudingen, zal daarentegen fronsen bij de gedachte aan het wetgevingsbevel.

In de praktijk vindt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het geen probleem om een gemeenteraad te bevelen planregels aan te passen. De Hoge Raad weigert echter stellig de wetgever te bevelen, bijvoorbeeld om tegen de SGP op te treden. Het initiatief tot wetgeving is politiek van aard, volgens de Hoge Raad, en moet dat ook blijven als de wetgever zijn verplichtingen niet nakomt. Tegelijkertijd ziet diezelfde Hoge Raad er geen been in om op andere manieren zoveel mogelijk druk op de wetgever te zetten de wet te wijzigen.

Dit onderzoek stelt voor om een deel van die andere manieren om de wetgever tot regelgeving te bewegen te vatten onder het begrip *materieel wetgevingsbevel*, te onderscheiden van de *formele wetgevingsbevelen* die de Afdeling dus wel en de Hoge Raad dus niet geeft. De vraag wordt dan: waarom geeft de Hoge Raad geen formele wetgevingsbevelen als hij wel materiële geeft?



9 789058 509994 >

ISBN

978-90-5850-999-4

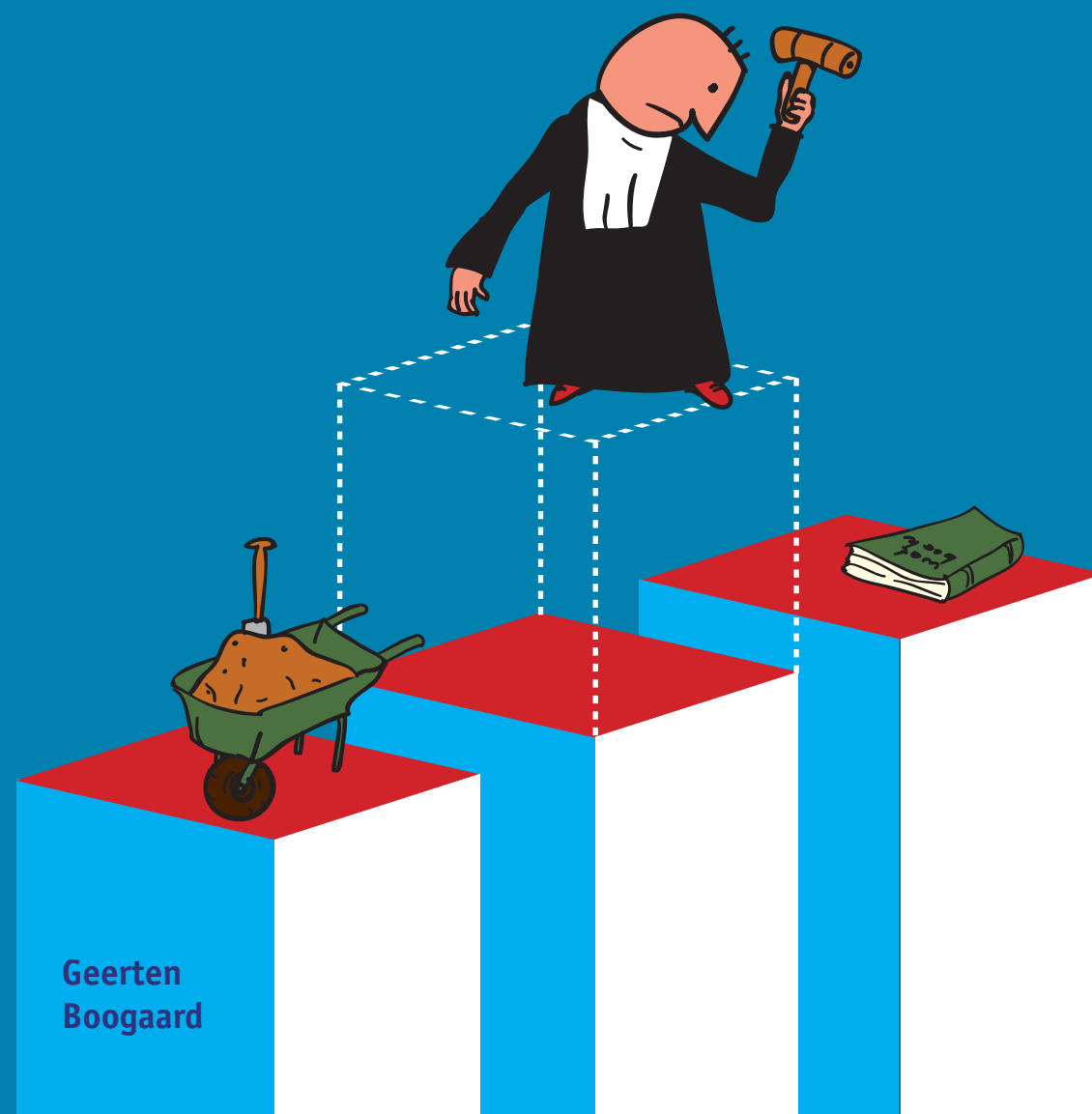
## Het wetgevingsbevel

Geerten Boogaard



# Het wetgevingsbevel

Over constitutionele verhoudingen  
en manieren om een wetgever tot  
regelgeving aan te zetten



Geerten  
Boogaard



# **Het wetgevingsbevel**

Over constitutionele verhoudingen en manieren  
om een wetgever tot regelgeving aan te zetten

Geerten Boogaard



# Het wetgevingsbevel

Over constitutionele verhoudingen en manieren  
om een wetgever tot regelgeving aan te zetten

Geerten Boogaard

colofon

ISBN: 978-90-5850-999-4

Ontwerp en omslag: Arjan Boone

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 313

5060 AH Oisterwijk

[info@wolfpublishers.nl](mailto:info@wolfpublishers.nl)

[www.wolfpublishers.com](http://www.wolfpublishers.com)

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© [Geerten Boogaard / wlp] [2013]

# **Het wetgevingsbevel**

Over constitutionele verhoudingen en manieren om een  
wetgever tot regelgeving aan te zetten

## **ACADEMISCH PROEFSCHRIFT**

ter verkrijging van de graad van doctor

aan de Universiteit van Amsterdam

op gezag van de Rector Magnificus

prof. dr. D.C. van den Boom

ten overstaan van een door het college voor promoties

ingestelde commissie,

in het openbaar te verdedigen in de Agnietenkapel

op woensdag 15 mei 2013, te 12:00 uur

door

Geerten Boogaard

geboren te Waddinxveen

## **Promotiecommissie:**

Promotor: Prof. mr. J.A. Peters

Co-promotor: Dr. F.T. Groenewegen

Overige leden: Prof. dr. L.F.M. Besselink  
Prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin  
Prof. dr. I.C. van der Vlies  
Prof. dr. W.J.M. Voermans

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

# Woord vooraf

Dit boek borduurt op vele manieren voort op het werk van anderen. In wetenschappelijk opzicht legt het notenapparaat daarvan zo nauwkeurig mogelijk verantwoording af. Veel andere opzichten lenen zich niet voor een noot maar gedijen beter in de vertrouwelijkheid van het gesproken of handgeschreven dankwoord. Het officieel gedrukte voorwoord is voor de baas, de collega's en je moeder.

Dit proefschrift steunt op de begeleiding door mijn promotor Jit Peters en co-promotor Taco Groenewegen. In wat door mij beleefd is als de ware geest van academische vrijheid, zijn zij mijn kronkelpaden bijna zeven jaar lang geduldig van hun waardevolle opmerkingen blijven voorzien. Wie dit resultaat vergelijkt met het oorspronkelijke, zelfgeschreven onderzoeksvoorstel zal waarschijnlijk alleen de begeleiders nog herkennen. Alles wat beter kon, is in de loop der tijd vervangen.

Veel dank ben ik verder verschuldigd aan de Amsterdamse collega's, waartussen ik mij jarenlang zeer op mijn gemak heb gevoeld. Zij hebben mij op vele manieren geholpen. Ik dank Aernout, Jan Herman, Adrienne, Ernst, Tom, Aster, Lotte, Jerfi, Wouter, Bastian en Samantha voor hun commentaar op verschillende delen van dit boekje. En ik ben mijn beide paranimfen zeer erkentelijk: Laurens Dragstra heeft mij het handwerk van het staatsrecht geleerd en Tabitha Oost maakte van G3.01c een speciale en belangrijke plek.

De meeste dank behoort mijn ouders. Het proefschrift wordt dan wel verdedigd op gezag van onze rector; het was er niet geweest als zij mij niet hadden leren praten, denken, lezen en schrijven. Het onderzoek heeft ten slotte geprofiteerd van de wens Lisette trots te maken. Dat inspireerde en relativeerde. Ook daarvoor dank.

Het onderzoek is in principe afgesloten in september 2012.

# Inhoudsopgave

|                                                                                   |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Inhoudsopgave</b>                                                              | <b>4</b>  |
| <b>Lijst van afkortingen</b>                                                      | <b>8</b>  |
| <b>‘Uw wens is mijn bevel’</b>                                                    | <b>9</b>  |
| I.1 Drie arresten                                                                 | 9         |
| I.2 Twee onderzoeksvragen                                                         | 10        |
| I.3 Een onderzoeksoptet                                                           | 11        |
| <b>Formeel en materieel</b>                                                       | <b>13</b> |
| II.1 Inleiding                                                                    | 13        |
| II.2 Wetgevingsplichten en conformeringsplichten                                  | 13        |
| II.2.1 Typische wetgevingsplichten                                                | 13        |
| II.2.2 Complicatie I: andere situaties waarin een ambt tot wetgeving verplicht is | 15        |
| II.2.3 Een algemene nationale conformeringsplicht?                                | 17        |
| II.2.4 Complicatie II: wetgevingsplichten en verdragsrecht                        | 21        |
| II.2.5 Complicatie III: wetgevingsplichten van gelijke hoogte?                    | 24        |
| II.2.6 Concluderende samenvatting                                                 | 24        |
| II.3 Rol van de rechter bij wetgevingsplichten                                    | 26        |
| II.3.1 Het formele wetgevingsbevel                                                | 26        |
| II.3.2 Juridische gevolgen van een formeel wetgevingsbevel                        | 28        |
| II.3.3 Van formeel naar materieel                                                 | 29        |
| II.3.4 Behrendts ‘injonction’: het constitutief creëren van een wetgevingsplicht  | 30        |
| II.3.5 Kleukers ‘Auftrag’: keuzebeperkende rechterlijke rechtsvorming             | 32        |
| II.3.6 Uitwerking naar Nederland                                                  | 35        |
| II.3.7 Materieel wetgevingsbevel                                                  | 39        |
| II.3.8 Juridische gevolgen van het materiële wetgevingsbevel                      | 42        |
| II.3.9 Concluderende samenvatting                                                 | 43        |
| II.4 Conclusie                                                                    | 44        |
| <b>‘Mijn stoel, als u begrijpt wat ik bedoel’</b>                                 | <b>46</b> |
| III.1 Inleiding                                                                   | 46        |
| III.1.1 Benaderingen van ‘de rol van de rechter’                                  | 47        |
| III.1.2 Opzet van dit hoofdstuk                                                   | 50        |
| III.2 De rechtsstatelijke rol van de rechter en het wetgevingsbevel               | 51        |
| III.2.1 Legaliteitsbeginsel                                                       | 53        |
| III.2.2 Beginsel van machtenscheiding                                             | 54        |
| III.2.3 Beginsel van machtsevenwicht                                              | 57        |
| III.2.4 Onafhankelijkheid van de rechterlijke macht                               | 58        |
| III.2.5 Grondrechten                                                              | 59        |
| III.2.6 Democratie                                                                | 61        |
| III.2.7 Samenvatting                                                              | 62        |

|                                    |                                                                |           |
|------------------------------------|----------------------------------------------------------------|-----------|
| III.3                              | De negatieve wetgever & wetgevingsbevelen                      | 63        |
| III.3.1                            | Kelsens negative Gesetzgeber                                   | 64        |
| III.3.2                            | Behrendts injonctions en de negatieve wetgever                 | 66        |
| III.3.3                            | Conclusie                                                      | 66        |
| III.4                              | Public law litigation & wetgevingsbevelen                      | 67        |
| III.4.1                            | Brown                                                          | 67        |
| III.4.2                            | Public law litigation & Fullers kritiek op polycentric tasks   | 70        |
| III.4.3                            | Public law litigation & de remedies                            | 72        |
| III.4.4                            | Public law litigation & wetgevingsbevelen                      | 73        |
| III.4.5                            | Conclusie                                                      | 74        |
| III.5                              | Constitutionele dialoog & wetgevingsbevelen                    | 75        |
| III.5.1                            | Dialogisch perspectief                                         | 76        |
| III.5.2                            | De Canadese Charter en de Britse Human Rights Act              | 78        |
| III.5.3                            | Een politieke praktijk van zelfbinding                         | 79        |
| III.5.4                            | Conclusie                                                      | 81        |
| III.6                              | Institutionele politiek & wetgevingsbevelen                    | 82        |
| III.6.1                            | Institutionele politiek                                        | 82        |
| III.6.2                            | Institutionele politiek & wetgevingsbevelen                    | 84        |
| III.7                              | Conclusie                                                      | 85        |
| <b>Dreigend schuivende grenzen</b> |                                                                | <b>89</b> |
| IV.1                               | Inleiding                                                      | 89        |
|                                    | Opzet van dit hoofdstuk                                        | 90        |
| IV.2                               | Casus                                                          | 90        |
| VI.2.1                             | Grijze kentekens                                               | 91        |
| IV.2.2                             | Autokostenforfait                                              | 93        |
| IV.2.3                             | Arbeidskostenforfait                                           | 94        |
| IV.2.4                             | Vergelijking en vervolg                                        | 97        |
| IV.2.5                             | Conclusie                                                      | 102       |
| IV.3                               | Kwesties                                                       | 102       |
| IV.3.1                             | De rechtsvormende taak en de negatieve Gesetzgeber             | 103       |
| IV.3.1.1                           | De afweging tussen negatieve Gesetzgeber en wirksame Garantie  | 104       |
| IV.3.1.2                           | Grondslag van de rechtsvormende bevoegdheid                    | 106       |
| IV.3.1.3                           | Conclusie                                                      | 107       |
| IV.3.2                             | De flexibele grenzen van de rechtsvormende taak                | 108       |
| IV.3.2.1                           | Flexibele grenzen                                              | 109       |
| IV.3.2.2                           | Institutionele politiek                                        | 111       |
| IV.3.2.3                           | Conclusie                                                      | 113       |
| IV.3.3                             | Van signalen aan de wetgever tot een materieel wetgevingsbevel | 114       |
| IV.3.3.1                           | Onderscheidingen                                               | 114       |
| IV.3.3.2                           | Materieel wetgevingsbevel of niet?                             | 119       |
| IV.3.3.3                           | Signalen en bevelen                                            | 120       |
| IV.3.3.4                           | Conclusie                                                      | 121       |
| IV.4                               | Conclusie                                                      | 122       |

|                                                     |            |
|-----------------------------------------------------|------------|
| <b>Wetgeving bevelen</b>                            | <b>124</b> |
| V.1 Inleiding                                       | 124        |
| Opzet van dit hoofdstuk                             | 125        |
| V.2 Casus                                           | 126        |
| V.2.1 De rechtbank                                  | 126        |
| V.2.2 Het gerechtshof                               | 127        |
| V.2.3 De Hoge Raad                                  | 129        |
| V.2.4 Afloop                                        | 132        |
| V.2.5 Conclusie                                     | 133        |
| V.3 Kwesties                                        | 134        |
| V.3.1 De bevelende civiele rechter                  | 134        |
| V.3.1.1 Rechterlijk bevel aan bestuursorganen       | 135        |
| V.3.1.2 Rechterlijk bevel aan de (formele) wetgever | 136        |
| V.3.1.3 Conclusie                                   | 139        |
| V.3.2 Lagere jurisprudentie en literatuur           | 139        |
| V.3.2.1 De broedende kip                            | 139        |
| V.3.2.2 Wijnholt en de huisartsentarieven           | 141        |
| V.3.2.3 Wijnholt en het kostwinnersbeginsel         | 143        |
| V.3.2.4 Overige bevelen                             | 145        |
| V.3.2.5 Doctrine                                    | 146        |
| V.3.2.6 Conclusie                                   | 148        |
| V.3.3 De redenering uit Waterpakt nadien            | 149        |
| V.3.3.1 Latere arresten                             | 149        |
| V.3.3.2 Lagere rechtspraak                          | 151        |
| V.3.3.3 Doctrine                                    | 152        |
| V.3.3.4 Conclusie                                   | 154        |
| V.3.4 De Unierechtelijke dimensie                   | 155        |
| V.3.4.1 De Europese rol van de Hoge Raad            | 155        |
| V.3.4.2 De breekijzer-redenering                    | 157        |
| V.3.4.3 De procedurele autonomie                    | 158        |
| V.3.4.4 De procedurele rule of reason               | 159        |
| V.3.4.5 Vanwaar de leemte?                          | 160        |
| V.3.4.6 De Europese inbreukprocedure                | 161        |
| V.3.4.7 Executie van inbreukarresten                | 165        |
| V.4 Conclusie                                       | 170        |
| <b>Verklarend verplichten</b>                       | <b>174</b> |
| VI.1 Inleiding                                      | 174        |
| Opzet van dit hoofdstuk                             | 175        |
| VI.2 Casus                                          | 176        |
| VI.2.1 Aanloop                                      | 176        |
| VI.2.2 De rechtbank                                 | 179        |
| VI.2.3 De Afdeling                                  | 181        |
| VI.2.4 Het gerechtshof                              | 182        |
| VI.2.5 De Hoge Raad                                 | 185        |
| VI.2.6 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens | 189        |
| VI.2.7 Conclusie                                    | 190        |

|          |                                                                |            |
|----------|----------------------------------------------------------------|------------|
| VI.3     | Kwesties                                                       | 190        |
| VI.3.1   | De inroepbaarheid van wetgevingsplichten                       | 191        |
| VI.3.1.1 | Afpellen en meeliften                                          | 193        |
| VI.3.1.2 | Dichotome benadering                                           | 194        |
| VI.3.1.3 | De toepasbaarheid van wetgevingsplichten                       | 194        |
| VI.3.1.4 | Inroepbaar living instrument                                   | 195        |
| VI.3.1.5 | Institutionele politiek                                        | 196        |
| VI.3.1.6 | Conclusie                                                      | 198        |
| VI.3.2   | Het SGP-arrest als de Nederlandse Brown v. Board of Education? | 199        |
| VI.3.2.1 | De ontvankelijkheid van Clara Wichmann                         | 199        |
| VI.3.2.2 | Public law litigation                                          | 201        |
| VI.3.2.3 | Conclusie                                                      | 203        |
| VI.3.3   | Materieel wetgevingsbevel of een dialoog?                      | 203        |
| VI.3.3.1 | Materieel wetgevingsbevel en de verklaring voor recht          | 205        |
| VI.3.3.2 | Dialoog                                                        | 206        |
| VI.3.3.3 | Conclusie                                                      | 209        |
| VI.3.4   | Kan het EHRM wetgevingsbevelen geven?                          | 210        |
| VI.3.4.1 | Geen formeel wetgevingsbevel, wel verplichtingen               | 210        |
| VI.3.4.2 | Het Hof en de wetgever                                         | 211        |
| VI.3.4.3 | John Hirst en de Britse blanket ban                            | 214        |
| VI.3.4.4 | Conclusie                                                      | 217        |
| VI.4     | Conclusie                                                      | 217        |
|          | <b>‘De juiste gevolgtrekking’</b>                              | <b>221</b> |
| VII.1    | Inleiding                                                      | 221        |
| VII.1.1  | Materieel en institutioneel                                    | 224        |
| VII.1.2  | Tactisch terugtrekken en dwingend redeneren                    | 225        |
| VII.1.3  | Opzet van dit hoofdstuk                                        | 227        |
| VII.2    | Samenvatting                                                   | 227        |
| VII.3    | Eigen standpunt                                                | 238        |
|          | <b>Summary</b>                                                 | <b>242</b> |
|          | <b>Lijst van verkort aangehaalde literatuur</b>                | <b>244</b> |
|          | <b>Lijst van aangehaalde jurisprudentie</b>                    | <b>254</b> |
|          | <b>Trefwoordenregister</b>                                     | <b>259</b> |

# Lijst van afkortingen

|            |                                                                     |
|------------|---------------------------------------------------------------------|
| AA         | Ars Aequi (tijdschrift)                                             |
| AB         | AB Rechtspraak Bestuursrecht (tijdschrift)                          |
| ABRvS      | Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State                         |
| AMvB       | Algemene Maatregel van Bestuur                                      |
| APV        | Algemene Plaatselijke Verordening                                   |
| Awgb       | Algemene wet gelijke behandeling                                    |
| Awb        | Algemene wet bestuursrecht                                          |
| BVerfG     | Bundesverfassungsgericht                                            |
| BW         | Burgerlijk Wetboek                                                  |
| CEDAW      | Committee on the Elimination of Discrimination<br>Against Women     |
| CGB        | Commissie Gelijke Behandeling                                       |
| CRvB       | Centrale Raad van Beroep                                            |
| EG-verdrag |                                                                     |
| EU-verdrag |                                                                     |
| EVRM       | Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens                        |
| gem.       | Gemeente                                                            |
| Gst.       | Gemeentestem (tijdschrift)                                          |
| GvEA       | Gerecht van eerste aanleg van de Europese<br>Gemeenschappen         |
| HR         | Hoge Raad                                                           |
| HvJ EG     | Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen                     |
| IVBPR      | Internationaal verdrag inzake burgerrechten en<br>politieke rechten |
| JM         | Jurisprudentie Milieurecht (tijdschrift)                            |
| Jur.       | Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese<br>Gemeenschappen   |
| LJN        | Landelijk Jurisprudentienummer                                      |
| NJ         | Nederlandse Jurisprudentie (tijdschrift)                            |
| NJB        | Nederlands Juristenblad (tijdschrift)                               |
| Rb.        | Rechtbank                                                           |
| Rv         | Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering                              |
| Strct.     | Staatscourant                                                       |
| Stb.       | Staatsblad                                                          |
| Trb.       | Tractatenblad                                                       |
| VEU        | Verdrag betreffende de Europese Unie                                |
| VN         | Verenigde Naties                                                    |
| VWEU       | Verdrag betreffende de werking van de<br>Europese Unie              |
| WRO        | Wet ruimtelijke ordening                                            |
| WSP        | Wet subsidiëring politieke partijen                                 |
| WTW        | Winkeltijdenwet                                                     |
| WVV        | Weens Verdragenverdrag                                              |





# ‘Uw wens is mijn bevel’

## Inleiding en verantwoording

### I.1 Drie arresten

Dit proefschrift is het resultaat van verwondering over drie redelijk recente arresten van de Hoge Raad: het *Arbeidskostenforfait*-arrest, het *Waterpakt*-arrest en het *SGP*-arrest.<sup>1</sup> Alle drie hebben ze betrekking op het wetgevingsinitiatief van de formele wetgever – de vraag of een wet tot stand moet worden gebracht – maar ze lijken elkaar tegen te spreken.

In het *Arbeidskostenforfait*-arrest uit 1999 constateert de Hoge Raad discriminatie in een fiscale regeling, maar acht hij het omwille van de grenzen van zijn rechtsvormende taak ongepast om meteen zelf in de zaak te voorzien. Deze figuur is het op termijn stellen van de wetgever gaan heten. De wetgever wordt geconfronteerd met een gebrek in een regeling, aangespoord daar iets aan te doen en gewaarschuwd dit niet te lang te laten duren. De gediscrimineerde, ondertussen, heeft wel gelijk maar wordt verder ledig heengezonden. In het *Waterpakt*-arrest uit 2003 gaat het weer om nalatigheid van wetgevende aard. Natuurorganisaties eisen dat de Staat wordt bevolen formele wetgeving tot stand te brengen die de Nitraatrichtlijn implementeert. De Hoge Raad wijst de vordering met een fundamentele redenering af. Het wetgevingsinitiatief, zo stelt het arrest, is voorwerp van politieke besluitvorming en moet dat blijven, zelfs wanneer vaststaat dat de wetgever een wet tot stand moet brengen. Dat is geen technische kwestie van burgerlijk procesrecht, maar heeft in de ogen van de Hoge Raad alles te maken met de constitutionele rol van de rechter: ruimte voor politieke besluitvorming respecteren. In het licht hiervan verbaast het dat de Hoge Raad een paar jaar later, in 2010, toch een heel eind meegaat met Clara Wichmann, het proefprocessenfonds dat procedeerde over de SGP. Inzet van die procedure was de vraag of de Staat, ter uitvoering van het Vrouwenverdrag, moet optreden tegen een politieke partij die om principiële redenen geen vrouwen kandidaat stelt. Bij de Hoge Raad is duidelijk dat optreden tegen de handelwijze van de SGP het vaststellen van formele wetgeving vereist. Een bevel wordt immers niet gegeven, *omdat* dat een wetgevingsbevel zou zijn.<sup>2</sup> Maar van de in *Waterpakt* principieel geponeerde afzijdigheid ten opzichte van het wetgevingsinitiatief is veel minder te merken. De Hoge Raad constateert dat niets hem belet met een verklaring voor recht uit te spreken dat de handelwijze van de SGP niet kan worden aanvaard, dat de Staat er niet van had mogen afzien maatregelen te treffen en dat de Staat dus gehouden is alsnog op te treden.

Het op termijn stellen van de wetgever mag kennelijk, dezelfde wetgever bevelen een wet tot stand te brengen is principieel onbestaanbaar maar voor recht verklaren dat er werk aan de winkel is voor de formele wetgever behoort dan weer wel tot de mogelijkheden. Dat verwonderde mij.

<sup>1</sup> De vindplaatsen van deze arresten, en van wat hierna beweerd wordt, staan in de hoofdttekst van het proefschrift.

<sup>2</sup> De term ‘wetgevingsbevel’ is, als ik het goed zie, afkomstig van Schugtens. Zie Schutens 2009.

Daar komt nog bij dat regering en Tweede Kamer het *SGP*-arrest vrij dwingend bleken op te vatten, ondanks de afwijzing van het eigenlijke wetgevingsbevel. Kamerleden vroegen bezorgd wanneer er dwangsommen verbeurd zouden worden en de minister verdedigde zijn keuze om het oordeel van het EHRM af te wachten als een vorm van uitvoeren van het *SGP*-arrest. 'Uitvoeren' van een arrest en dwangsommen verbeuren behoren bij een bevel zoals dat nu juist *niet* gegeven was. De wetgever beschouwt – in dit geval, in ieder geval – de wens van de rechter als een bevel. Waarom kiest de wetgever in deze uitgelezen kans niet voor het in constitutionele kringen zo populaire idee van een dialoog tussen rechter en wetgever? En waarom doet de Hoge Raad zo moeilijk over het complete wetgevingsbevel, inclusief termijnen en dwangsommen, als de wetgever een verklaring voor recht ook al als een bevel oppakt?

## I.2 Twee onderzoeksvragen

Tussen deze verwondering en dit proefschrift liggen twee vragen die het onderzoek structureren. De eerste vraag is gericht op de combinatie van de drie arresten. Hoe is de motivering van *Waterpakt* te begrijpen naast die van *Arbeidskostenforfait* en *SGP*? De natuurorganisaties zochten een bevel, maar kregen met een lesje fundamenteel staatsrecht te horen dat het wetgevingsinitiatief verboden politiek terrein was. De vrouwenorganisaties kregen evenmin hun gevraagde bevel. Toch deed de Hoge Raad met een verklaring voor recht zijn best het wetgevingsinitiatief zo beslissend mogelijk bij te sturen. En de belastingplichtige die procedeerde tegen fiscale discriminatie vroeg niet eens om een wetgevingsbevel. De eerste onderzoeksvraag luidt: spreken de arresten elkaar eenvoudig tegen en corrigeren ze elkaar misschien wel, of is er iets anders aan de hand? Deze vraag is hoofdzakelijk van analytische aard, gericht op verschillen en overeenkomsten. Welke verschillen zouden kunnen verklaren waarom het in *Waterpakt* gevraagde bevel te ver gaat, tegenover de in *Arbeidskostenforfait* en in *SGP* wel gebruikte manieren om de wetgever tot regelgeving te bewegen? En anderzijds: in hoeverre komt wat in *Arbeidskostenforfait* en *SGP* gebeurt overeen met wat in *Waterpakt* werd afgewezen? Kan in de eerste twee gevallen toch niet ook van (een soort) wetgevingsbevel worden gesproken?

De tweede onderzoeksvraag is normatief van aard en neemt enige afstand tot de jurisprudentie als rechtsbron: dwingt de door de Hoge Raad opgevoerde constitutionele rol van de rechter wel tot de stelligheid waarmee hij het wetgevingsbevel afwijst? De zeer kritische ontvangst van *Waterpakt* in de doctrine suggereert minst genomen dat daar wat op valt af te dingen. Deze tweede onderzoeksvraag veronderstelt een zelfstandige invulling van de constitutionele rol van de rechter, die normatief is en geschikt om de door de Hoge Raad gegeven motivering en de in de literatuur geleverde kritiek te beoordelen. Dat de rechter bijvoorbeeld niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten, is weliswaar normatief maar weinig bruikbaar om op het vraagstuk van het wetgevingsbevel toe te passen. Althans, niet op een verhelderende wijze. De tweede onderzoeksvraag heeft dus een voorvraag in zich: wat is, in dit verband, de juiste constitutionele rol van de rechter?

### I.3 Een onderzoeksopzet

De academische hoofdstructuur van dit proefschrift is het onderscheid tussen de ontwikkeling van een theoretisch kader in de hoofdstukken II en III en de toepassing van dit kader in de hoofdstukken IV, V en VI met *casestudy's* naar de drie genoemde arresten. Binnen het theoretisch kader is hoofdstuk II meer toegesneden op de eerste, analytische vraag. Het hoofdstuk definieert wetgevingsplichten en zoekt in het onderscheid tussen een *formeel* en een *materieel* wetgevingsbevel een bruikbare benadering voor het verschil tussen de praktijk waarin de wens van de rechter het bevel is voor de wetgever en de stellige weigering van de Hoge Raad om in een executoriale verhouding met de formele wetgever te geraken. Hoofdstuk III bereidt het beantwoorden van de tweede, normatieve vraag voor door vanuit de rechtsstaat inhoud te geven aan de constitutionele rol van de rechter en argumenten voor of tegen het wetgevingsbevel te ontwikkelen. Daarbij zal aanvullend op de rechtsstaat ook gebruik worden gemaakt van andere concepten: de *negative Gesetzgeber* van Kelsen, het in de Amerikaanse literatuur ontwikkelde concept van *public law litigation* en de kritiek van Fuller daarop, vormen van dialoog tussen rechter en wetgever en de institutionele politiek van het bevelen.

De hoofdstukken IV, V en VI zijn vervolgens *casestudy's* naar de drie arresten. Het doel van deze *casestudy's* is in de eerste plaats het inkaderen van de arresten in hun juridische en politieke context. In de tweede plaats zijn de *casestudy's* toepassingen en verfijningen van het theoretisch kader: het beproeven van het onderscheid tussen een formeel en een materieel wetgevingsbevel en het nader uitwerken en inpassen van de argumenten voor en tegen het wetgevingsbevel. Daarbinnen heeft elke *casestudy* zijn eigen focus. Hoofdstuk IV, over *Arbeidskostenforfait*, gaat over de kern van het op termijn stellen van de wetgever: dreigen met rechterlijke rechtsvorming. Hoofdstuk V, over *Waterpakt*, vertelt het verhaal van het formele wetgevingsbevel. Hoofdstuk VI, over *SGP*, behandelt het 'verklarend verplichten' van de wetgever tegen de achtergrond van het soort procedures waarin dat ook de inzet van de eisers is.

Hoofdstuk VII is een slotbeschouwing waarin de belangrijkste bevindingen van het onderzoek zijn verwerkt en een eigen standpunt wordt ingenomen.

De focus van het onderzoek is gericht op de Hoge Raad. De hoofdlijn van het betoog verloopt via drie arresten van dit college: twee arresten van de civiele kamer en een arrest van de Belastingkamer. Van hieruit zal bij gelegenheden worden uitgeweken. In de eerste plaats naar jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en van andere bestuursrechtelijke colleges. Het strafrecht komt slechts incidenteel aan bod, hoewel de strafkamer de wetgever ook wel eens op termijn stelt. Maar dat is in zijn aard niet anders dan wat de belastingkamer doet, en wordt dus al besproken. Naast aanvullingen vanuit de jurisprudentie van andere colleges dan de Hoge Raad wordt ook gebruik gemaakt van Duits en Frans promotieonderzoek naar wetgevingsbevelen in Duitse, Franse en Belgische constitutionele rechtspraak, van Kelsens *negative*

*Gesetzgeber*, van het in de Amerikaanse literatuur ontwikkelde concept van *public law litigation* en van Britse en Canadese ervaringen met het idee van een constitutionele dialoog. Het gaat hier telkens om meer of minder intensieve uitstapjes, bedoeld om de hoofdlijn van het verhaal te verfijnen of te verhelderen en niet om volwaardige rechtsvergelijking.

De Europese dimensie van het staatsrecht vereist uiteraard meer dan een uitstapje. In lijn met het op de rechter gerichte, institutionele perspectief waarin de onderzoeksvragen staan, is de Europese dimensie uitgewerkt rondom de mogelijkheden van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens om een nationale regelgever te bevelen wetgeving tot stand te brengen. De meest natuurlijke plek om hun posities te bespreken is in de hoofdstukken V en VI. De casus van Waterpakt ging om de Europese Nitraatrichtlijn en is ook naar Luxemburg vertakt en de SGP heeft na het *SGP*-arrest haar heil nog in Straatsburg gezocht.

Het is mogelijk, dat in deze inleiding een zekere mate van associatief redeneren opvalt, of een misschien ongebruikelijk persoonlijke benadering van rechtspraak in het algemeen. Auteur en tekst delen deze eigenschappen. Ze zijn bewust in stand gelaten.





# Formeel en materieel

## Over wetgevingsplichten en wetgevingsbevelen

### II.1 Inleiding

Een wetgevingsbevel van de civiele rechter vereist, zoals elk condemnatoir vonnis, het bestaan van een onderliggende wetgevingsplicht.<sup>3</sup> Immers, alleen hij 'die jegens een ander verplicht is iets te doen' kan daartoe door de rechter worden veroordeeld.<sup>4</sup> Andersom blijven uit het recht voortvloeiende verplichtingen die niet kunnen worden gehandhaafd met een rechterlijk bevel, of zelfs helemaal niet afdwingbaar zijn in rechte, wel *juridische* verplichtingen.<sup>5</sup> Dit hoofdstuk zal daarom eerst stil staan bij wetgevingsplichten (paragraaf II.2) en daarna bij wetgevingsbevelen (paragraaf II.3). Het hoofdstuk sluit af met een samenvattende conclusie (paragraaf II.4).

### II.2 Wetgevingsplichten en conformeringsplichten

Deze paragraaf analyseert wetgevingsplichten. Na een definitie van een 'typische' wetgevingsplicht (II.2.1) volgt een bespreking van drie complicaties (II.2.2, II.2.4 en II.2.5). De complicaties ontstaan door situaties waarin een ambt verplicht is tot regelstelling zonder dat daar een typische wetgevingsplicht voor valt aan te wijzen. Tussendoor zal het bestaan van een algemene nationale conformeringsplicht aan hoger recht verdedigd worden (II.2.3). Een conclusie vat de resultaten van deze dogmatische benadering van wetgevingsplichten samen (II.2.6).

#### II.2.1 Typische wetgevingsplichten

Een wetgevingsplicht is een juridisch bindende verplichting tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. Het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften kan alleen op basis van een bevoegdheid daartoe. Wetgevingsplichten zijn *imperatieve bevoegdheidsnormen*.<sup>6</sup> Het tot regelstelling bevoegde ambt is verplicht om van die bevoegdheid gebruik te maken.

De verplichte 'wetgeving' ziet op het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften, met inbegrip van de wijziging en de intrekking ervan. Daarbij haak ik aan bij de heersende opvatting ten aanzien van een algemeen verbindend voorschrift: extern werkende, algemene, bevoegd gegeven regels.<sup>7</sup> In dit proefschrift ook wel verkort tot 'regels' of 'wetgeving'. *Dat* een regelstellend ambt verplicht is van die bevoegdheid gebruik te maken, is, in ieder geval theoretisch, te onderscheiden van de vraag welke regels precies moeten worden vastgesteld, aangepast of ingetrokken. De mate waarin omschreven is *wat* het regelstellend

<sup>3</sup> Van Nispen 1978, p. 132.

<sup>4</sup> Artikel 3:296 BW.

<sup>5</sup> Van Ommeren 1996, p. 62-76.

<sup>6</sup> Eijlander & Voermans 2000, p. 139-140.

<sup>7</sup> Boon, Brouwer & Schilder 2005, p. 6-12; Belinfante/De Reede 2012, p. 130-131; Koekkoek 2000, p. 403-404. Vgl. HR 10 juni 1919, NJ 1919/647 & 650 (*Rogge*); HR 22 juni 2012, NJ 2012/397, LJN BW0393 (*NEN-normen*).

ambt moet doen, maakt de bevoegdheid meer of minder *discretionair*.<sup>8</sup> Zolang het echter duidelijk is dat het om een verplichting tot regelstelling gaat, blijven het wetgevingsplichten.

In de definitie van algemeen verbindende voorschriften is reeds voorzien in de eis dat deze alleen bevoegd kunnen worden gegeven. Het bestaan van een wetgevingsplicht veronderstelt dan ook de bevoegdheid van de normadressaat om de verplichte regels daadwerkelijk tot stand te brengen. Het is heel wel denkbaar dat een wetgevingsplicht gepaard gaat met een gelijktijdige toekenning of overdracht van wetgevende bevoegdheid. Noodzakelijk is dat niet. Het is ook voorstelbaar dat het tot regelstelling verplichte ambt reeds bevoegd was om dat te doen, of dat de norm die tot wetgeving verplicht afkomstig is van een ambt dat zelf niet bevoegd is om de vereiste wetgevende bevoegdheid over te dragen.

Een duidelijk voorbeeld van een typische wetgevingsplicht is artikel 107 lid 2 van de Grondwet:

De wet stelt algemene regels van bestuursrecht vast.

Dit soort formuleringen moet worden gelezen als een verplichting.<sup>9</sup> De adressaat van deze verplichting is duidelijk, omdat de Grondwet een formeel wetsbegrip hanteert: een besluit van de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.<sup>10</sup> Met 'algemene regels van bestuursrecht' zijn algemeen verbindende voorschriften bedoeld, zodat duidelijk is dat de formele wetgever hier door de Grondwet verplicht wordt om wetgeving tot stand te brengen. Conform het legaliteitsbeginsel is voor het creëren van een wetgevingsplicht een grondslag in wet of Grondwet nodig.<sup>11</sup> In casu wordt daaraan voldaan omdat het de Grondwet zelf is die de wetgevingsplicht creëert.

Gemeenteraden zijn adressaat van een aantal wetgevingsplichten. Artikel 3.1 lid 1 van de Wet ruimtelijke ordening begint zo:

De gemeenteraad stelt voor het gehele grondgebied van de gemeente een of meer bestemmingsplannen vast, waarbij ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven.

Het gaat hier in ieder geval deels om algemeen verbindende voorschriften,<sup>12</sup> zodat sprake is van een wetgevingsplicht. Een bevoegdheid tot het creëren van deze wetgevingsplicht is in dit geval in de Grondwet aan te wijzen: artikel 124 lid 2 geeft de wetgever de bevoegdheid om van het gemeentebestuur 'regeling te vorderen.'

<sup>8</sup> Eijlander & Voermans p. 140-141.

<sup>9</sup> Het voorschrift 'draagt de wetgever op algemene regels van bestuursrecht vast te stellen'. Kortmann 1987, p. 299.

<sup>10</sup> Artikel 81 Grondwet; Boon, Brouwer & Schilder 2005, p. 6-12.

<sup>11</sup> Van Ommeren 1996, met name hoofdstuk 5.

<sup>12</sup> Theunissen & Zundert 2008, p. 21; Heringa e.a. 2012, p. 212.

De Gemeentewet bevat zelf ook normen die wetgevingsplichten creëren. Artikel 150 lid 1 luidt:

De raad stelt een verordening vast waarin regels worden gesteld met betrekking tot de wijze waarop ingezetenen en belanghebbenden bij de voorbereiding van gemeentelijk beleid worden betrokken.

Deze norm verplicht tot het vaststellen van een inspraakverordening. Een dergelijke verordening moet regels bevatten voor inspraak van burgers en andere belanghebbenden bij de voorbereiding van gemeentelijk beleid; ook hier gaat het om een plicht tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. Hoewel de wetgever zelf bevoegd is wetgevingsplichten te creëren, kan in dit geval gewezen worden op een specifieke bepaling in de Grondwet. In artikel 132 lid 1 is het de formele wetgever opgedragen de inrichting van gemeenten te regelen.

Het decentralisatierecht brengt de verhoudingen in wetgevingsplichten soms vrij precies in kaart. Bijvoorbeeld de regelgevende bevoegdheid van waterschappen. Ten aanzien van de waterschappen draagt de Grondwet in artikel 133 lid 2 de regeling van de verordenende bevoegdheid van de waterschappen in zijn algemeenheid op aan de wetgever. De Waterschapswet bepaalt vervolgens dat de wetgever de algemene besturen van waterschappen in regelgevend medebewind kan roepen. Eenzelfde bevoegdheid tot het creëren van wetgevingsplichten bestaat 'bij AMvB' en 'bij provinciale verordening'.<sup>13</sup> De Waterschapswet biedt dus een algemene grondslag om bij AMvB een waterschapskeur te vorderen. Terwijl artikel 124 Grondwet bepaalt dat gemeenten alleen 'bij of krachtens de wet' tot regelgeving verplicht kunnen worden.

Een typische wetgevingsplicht vloeit, concluderend, voort uit een bevoegd gegeven norm die zich richt tot een regelstellend ambt. Hij heeft inhoudelijk betrekking op het gebruik van regelgevende bevoegdheid.

## ***II.2.2 Complicatie I: andere situaties waarin een ambt tot wetgeving verplicht is***

Toch is niet in alle situaties waarin moet worden aangenomen dat een ambt tot wetgeving verplicht is, even eenvoudig een typische wetgevingsplicht aan te wijzen. Soms ligt het gecompliceerder, zoals bijvoorbeeld in het volgende geval:

In 1983 wijzigde de grondwetgever de formulering van het huisrecht in artikel 12 Grondwet zodanig dat bij binnentreden tegen de wil van de bewoner altijd vooraf legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden werd vereist.<sup>14</sup> Artikel 9 van de Opiumwet was op het moment van de wijziging van de Grondwet echter ruimer geformuleerd. Het stond opsporingsambtenaren toe om, voor zover dat redelijkerwijs nodig is bij de uitvoering van hun taak, alle

<sup>13</sup> Artikel 56 lid 2 Waterschapswet.

<sup>14</sup> Artikel 12 Grondwet 1983.

plaatsen te betreden waar de Opiumwet wordt overtreden of plaatsen ten aanzien waarvan een redelijk vermoeden bestaat dat de Opiumwet wordt overtreden. Indien nodig ook zonder mededeling van de doel van het binnentreden of legitimatie. Deze bevoegdheid om onmiddellijk binnen te treden bleek in de praktijk noodzakelijk om hoeveelheden drugs op te sporen die door het toilet kunnen worden gespoeld in de tijd die nodig is voor legitimatie en mededeling van het doel van binnentreden. Het nieuwe artikel 12 van de Grondwet maakte de opsporing van dergelijke kleine hoeveelheden bepaald moeilijker.

De Grondwet zelf bevat overgangsrecht in artikel 140: wetten die in strijd zijn met een verandering van de Grondwet 'blijven gehandhaafd' totdat daarvoor overeenkomstig de Grondwet een voorziening is getroffen.<sup>15</sup> In dit geval kan gezegd worden dat de Opiumwet in strijd was met de nieuwe formulering van artikel 12 Grondwet, omdat de Opiumwet toestond wat de Grondwet in zijn nieuwe formulering verbood. De Hoge Raad constateerde die strijd ook expliciet, maar achtte de situatie 'gedekt' door artikel 140 Grondwet.<sup>16</sup> De oude Opiumwet kon gewoon blijven functioneren totdat de wetgever die zelf in overeenstemming met de aangescherpte formulering van de Grondwet zou brengen. De vraag is nu of de wetgever *verplicht* was om de Opiumwet in overeenstemming met de Grondwet te brengen. Feit is dat de Grondwet uiteindelijk is aangepast met een formulering die het onmiddellijk binnenvallen krachtens de Opiumwet weer mogelijk maakte. Maar als dat niet was gebeurd, had de wetgever de kwestie dan gewoon kunnen laten rusten? De Grondwet zelf voorziet immers in een duidelijke regeling waar bestuur en rechter even goed mee uit de voeten kunnen als voor 1983, toen de Grondwet op dit punt nog niet gewijzigd was.

Het is nogal onwaarschijnlijk dat de wetgever de juridische ruimte zou hebben ten eeuwigen dage de ook door de Hoge Raad geconstateerde strijd tussen de Opiumwet en de Grondwet te laten bestaan. Het karakter van artikel 140 Grondwet als *overgangsrecht* verdraagt zich daar al niet mee, en de formulering 'totdat overeenkomstig de Grondwet een voorziening is getroffen' lijkt ook te veronderstellen dat die voorziening getroffen wordt. Ik neem dan ook aan dat er in beginsel een juridische plicht bestond voor de wetgever om de Opiumwet in lijn te brengen met de Grondwet.<sup>17</sup>

Voor de verplichting om de Opiumwet aan te passen is echter niet onmiddellijk een duidelijke geschreven bepaling of 'rechtsnormzin'<sup>18</sup> aan te wijzen, zoals dat voor de verplichting tot het vaststellen van een inspraakverordening wel het geval is. Artikel 12 Grondwet richtte zich namelijk niet duidelijk tot de wetgever en artikel 140 Grondwet ook niet. Oud, die eveneens aanneemt dat de

<sup>15</sup> De discussie over de vraag of artikel 12 een zogenaamde rechtstreeks werkende grondwetsbepaling was, waarvoor artikel 140 Grondwet blijkens de toelichting niet gold, laat ik hier liggen omdat de Hoge Raad dat in dit geval niet vond. Zie daarvoor: P.W.C. Akkermans & A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 1210-1219.

<sup>16</sup> HR 4 maart 1986, NJ 1986/612, LJN AB8692; HR 27 mei 1986, NJ 1987/298, LJN AC9384.

<sup>17</sup> Van der Pot 2006, p. 206: Artikel 140 'kiest voor geleidelijke aanpassing van de wetgeving aan de nieuwe beginselen'; Kortmann 2008, p. 105: 'het gevolg kan zijn dat een nieuwe grondwettelijke regeling gedurende lange tijd een dode letter blijft.'

<sup>18</sup> Vgl. Ruiter 1987, hoofdstuk 1.

wetgever verplicht is om op grondwettelijke normen te reageren die zich niet rechtstreeks tot de wetgever richten, baseert zich op 'het systeem van onze Grondwet' en concludeert: 'Wat zijn al die bepalingen [van 'onze' Grondwet, GB], waarin zij grondrechten der burgers vastlegt, anders dan voorschriften, die de wetgever en administratie verbieden daarmee strijdige regelen vast te stellen of te handhaven?'<sup>19</sup> Oud leest in waarborgnormen die zich tot de burger richten tevens een uit het systeem van de Grondwet voortvloeiende instructienorm, gericht tot de wetgever om met de betrokken waarborgnorm strijdige wetgeving in te trekken of aan te passen. Die met de materiële bepalingen 'meegeleverde' conformeringsplicht is in dit geval de wetgevingsplicht die de regelsteller verplicht. Ik volg Oud in zijn conclusie dat sprake is van een verplichting voor de wetgever om de wetten inhoudelijk in overeenstemming te brengen met de Grondwet. Naast de typische wetgevingsplichten, waarin één bepaling zich tot de regelsteller richt en meer of minder precies regelgeving vereist, bestaat dus ook de combinatie van strijd tussen twee materiële norm die zich niet rechtstreeks tot de regelsteller richten en een plicht om deze strijd op te heffen, die zich wel tot één van beide regelstellers richt.

De eerste complicatie komt neer op het volgende: de Grondwet van 1983 verplichtte de wetgever om algemene regels van bestuursrecht vast te stellen en om de Opiumwet aan te passen. Voor het eerste is de typische wetgevingsplicht van artikel 107 lid 2 Grondwet aan te wijzen, de tweede verplichting vloeit voort uit de strijd tussen artikel 12 Grondwet en artikel 9 Opiumwet, in combinatie met een uit het systeem van de Grondwet af te leiden verplichting voor de wetgever om zich te conformeren.

### *II.2.3 Een algemene nationale conformeringsplicht?*

Oud construeert de verplichting voor de wetgever als een bij een Grondwettelijke waarborgnorm 'meegeleverde' conformeringsplicht. Ik wil een stap verder gaan en het bestaan van een algemene nationale conformeringsplicht verdedigen. Deze conformeringsplicht luidt: ieder regelstellend ambt is verplicht zijn regelbestand inhoudelijk in overeenstemming te brengen en te houden met hogere regelingen. 'Hoger' verwijst dan naar de verhoudingen in de regelhiërarchie.<sup>20</sup>

Het eerste argument hiervoor is dat het aan de 'top' van de nationale regelhiërarchie zo is gecodificeerd. Nationaal staat het Statuut bovenaan in de regelhiërarchie. Het Statuut zelf bepaalt in artikel 5 lid 2 dat de Grondwet 'het Statuut in acht neemt'. De Grondwet faciliteert deze conformeringsplicht door in artikel 142 een uitzondering te maken op de zware herzieningsprocedure. In plaats van de gebruikelijke twee lezingen met een Kamerontbinding ertussen, waarbij er in tweede lezing een meerderheid van tenminste twee derden moet zijn,<sup>21</sup> mag de Grondwet bij gewone wet in één keer in overeenstemming gebracht worden met

<sup>19</sup> P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Deel II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1947, p. 68. Oud heeft het daarbij overigens over artikel 206 van de Grondwet van 1938.

<sup>20</sup> Boon, Brouwer & Schilder 2005, p. 13-15; Kortmann 2008, p. 360; Heringa e.a. 2012, p. 331.

<sup>21</sup> Artikel 137 Grondwet.

het Statuut.<sup>22</sup> Een niveau lager, in de verhouding tussen de formele wetgever en de Grondwet, is reeds hierboven aan de hand van het voorbeeld van artikel 12 Grondwet en de Opiumwet verdedigd dat de wetgever verplicht is zich ook naar die bepalingen van de Grondwet te voegen die zich niet rechtstreeks tot hem richten. Als de wetgever zich naar de Grondwet en de grondwetgever zich naar het Statuut moeten voegen, ligt het voor de hand om aan te nemen dat iedere regelgever de hogere normen ‘in acht moet nemen’.

Het tweede systematische argument luidt dat er voor onderling strijdige regelingen, lager in de regelhiërarchie, een stelsel geldt dat enerzijds effectiever is dan de plicht tot conformeren, maar dat anderzijds niet compleet is. Bestaande lagere regelingen zijn ‘van rechtswege vervallen’ wanneer een aantal specifiek genoemde hogere regelingen in hetzelfde onderwerp voorziet.<sup>23</sup> De wet erkent vervolgens wel de bevoegdheid om aanvullend nieuwe lagere regelingen te maken (ook als die hetzelfde onderwerp betreffen), maar dan mogen die lagere regelingen niet in strijd zijn met – dezelfde – specifiek genoemde hogere regelingen.<sup>24</sup> Dit stelsel laat (ten minste) twee situaties ongeregeld. In de eerste plaats het geval waarin een bestaande regeling niet hetzelfde onderwerp heeft als de hogere regeling, maar daar wel mee in strijd is. Deze regelingen zijn niet ‘van rechtswege vervallen’. In de tweede plaats komen ministeriële regelingen niet in de opsommingen voor. Daardoor leidt het vaststellen ervan niet tot het vervallen van lagere regelingen met hetzelfde onderwerp en is niet expliciet bepaald dat de lagere regelgevers niet bevoegd zijn om in strijd met deze ministeriële regeling algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. Doordat ik voor deze twee situaties geen overtuigende verklaring weet of kan bedenken, beschouw ik dit stelsel als een argument voor het bestaan van een algemene conformeringsplicht die slechts voor een gedeelte gecodificeerd is.

Ten derde is een algemene conformeringsplicht in zekere zin het sluitstuk van een aantal andere algemene waarborgen die vaak met de rechtsstaat in verband worden gebracht, zoals de kenbaarheid van het recht, de codificatiegedachte, de eis van publicatie en het legaliteitsbeginsel. De kenbaarheid van het recht, zeker in *civil law* stelsels, legt een grote nadruk op het geschreven en deugdelijk gepubliceerd recht. De codificatiegedachte gaat daarin nog een stap verder en schrijft systematische codificatie van bepaalde rechtsgebieden in algemene wetboeken voor. Het (strafrechtelijk) legaliteitsbeginsel eist dat niemand iets van de overheid te vrezen mag hebben zonder dat hij dat eerst in het geschreven recht had kunnen lezen. Aan deze waarborgen, en de belangen die ze dienen, wordt afbreuk gedaan wanneer wetboeken ook bepalingen bevatten die geen recht meer zijn en wanneer er in het geschreven recht gedreigd wordt met straffen die niet meer mogen worden opgelegd. Ook dat pleit voor de aanname van een algemene conformeringsplicht.

Ik sluit mij dus bij Schutgens, die eveneens een (ongeschreven) rechtsplicht verdedigt tot intrekking van een wegens strijd met hoger recht onverbindend

<sup>22</sup> Waarbij, voor de volledigheid, moet worden opgemerkt dat aan de wijziging van het Statuut zelf ook verzwarende voorwaarden zijn verbonden. Zie artikel 55 Statuut.

<sup>23</sup> Artikel 122 Gemeentewet, artikel 59 lid 2 Waterschapswet en artikel 119 Provinciewet.

<sup>24</sup> Artikel 121 Gemeentewet, artikel 59 lid 1 Waterschapswet en artikel 118 Provinciewet.

voorschrift. Deze verplichting ontstaat op het moment dat de strijd en de onverbindendheid ontstaan.<sup>25</sup> In het kader daarvan neemt hij aan dat de niet-intrekking van een onverbindend geworden regeling in beginsel een tot eventuele schadevergoeding verplichtende onrechtmatige overheidsdaad is. Dat is ook in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin deze de *uitvaardiging* van een onverbindend voorschrift als een onrechtmatige daad kwalificeert.<sup>26</sup> Als de Hoge Raad de uitvaardiging van het voorschrift een onrechtmatige daad noemt, dan volgt uit de plicht om niet onrechtmatig te handelen dat de Staat de uitvaardiging had moeten nalaten. Als de uitvaardiging achterwege had moeten blijven, is het nog maar een kleine stap naar de conclusie dat het niet-intrekken van het voorschrift een onrechtmatige daad is die eveneens achterwege had moeten blijven.

Sillen wijst de conformeringsplicht af, met name omdat de Hoge Raad die niet bevestigt op een moment waarop dat wel gekund had, of misschien zelfs wel voor de hand had gelegen.<sup>27</sup> Het gaat dan om een passage uit het zogenaamde *Ziekte van Aujesky*-arrest, namelijk die waarin de Hoge Raad overweegt dat:<sup>28</sup>

‘van een bestuursorgaan verwacht mag worden dat het, als de hoogste bestuursrechter een regeling onverbindend heeft geacht, zij het daarheen leidt dat alsnog een verbindende regeling tot stand wordt gebracht, hetzij zich ook in andere gevallen aan de uitspraak van die hoogste rechter houdt.’

Sillen wijst op de formulering ‘verwacht mag worden’ en op de structuur van de overweging waarin de bestuursorganen een keuze lijkt te worden gelaten. Ten aanzien van het eerste kan worden toegegeven dat het bestaan van een nationale conformeringsplicht een stelligere formulering had toegelaten. Maar het gebruik van vriendelijke taal is niet altijd beslissend, zeker niet in de onderlinge verhoudingen tussen overheidsorganen. Een bekend voorbeeld is de omfloerste formuleringen waarmee de Tweede Kamer tot voor kort de vertrouwensregel activeerde. Het vertrouwen werd nooit met zoveel woorden opgezegd. En volgens de Grondwet worden ministers en staatssecretarissen ‘uitgenodigd’ om bij een vergadering van de een der Kamers van de Staten-Generaal aanwezig te zijn. De toelichting bij het betreffende artikel laat er geen twijfel over bestaan dat we ons door die vriendelijke formulering niet moeten laten afleiden. Er wordt wel degelijk een verschijnings*plicht* bedoeld.<sup>29</sup> In vergelijkbare zin laat de rechter zich ook wel eens uit over de verwachting dat de Staat executoriale uitspraken van de rechter ‘altijd stipt’ zal uitvoeren. In verband daarmee wordt een dwangsom voor de Staat in de regel niet opgelegd.<sup>30</sup> De verwachting zegt niets over de onbetwiste verplichting om een executoriale

<sup>25</sup> Schutgens 2009, p. 43-44. Zie ook Van Houten 1997, p. 297; Happé 2000, p. 161.

<sup>26</sup> HR 24 januari 1969, NJ 1969/316, LJN AC4903 (*Pocketbooks II*). Zie paragraaf V.3.1.2.

<sup>27</sup> Sillen 2010, p. 153-154.

<sup>28</sup> HR 18 februari 2005, NJ 2005/283, LJN AO4257 (*Aujesky*).

<sup>29</sup> Artikel 69 lid 2 Grondwet. Zie Kortmann 1987, p. 229; Koekkoek e.a. 2000, p. 374-375.

<sup>30</sup> Vgl. de redenering in de conclusie bij HR 21 maart 2003, NJ 2003/691, LJN AE8462 (*Waterpakt*):

Aan de Staat wordt weliswaar zelden een dwangsom opgelegd (een ‘goed gebruik’) maar dat staat aan indirecte executie niet in de weg, op basis van het vertrouwen dat de Staat rechterlijke veroordelingen altijd stipt uitvoert. ‘Ervan uitgaande dat de Staat (in casu de wetgever) dat vertrouwen ook ditmaal niet zal beschamen gaat het hier niet om een ‘tandeloze’ vordering maar om een vordering die,

uitspraak ten uitvoer te leggen. De uitgesproken verwachting kan dus prima verwijzen naar het bestaan van een conformeringsplicht. Misschien kan het zelfs wel sterker gezegd worden: daar waar de verplichting evident is, laat de formulering meer wellevendheid toe.

Anders ligt het met de keuze die de Hoge Raad de bestuursorganen lijkt te willen geven tussen ofwel het 'daarheen te leiden' dat er iets aan het bestaan van die regelgeving gedaan wordt, dan wel het zich ook 'in andere gevallen' aan de uitspraak van de bestuursrechter houden. Als er een conformeringsplicht had bestaan, zo gaat het argument van Sillen, dan had de Hoge Raad deze keuze niet kunnen geven. Ook dat argument overtuigt niet. Niet gezegd is namelijk dat het bestuursorgaan altijd bevoegd of bij machte is om 'het daarheen te leiden' dat de onverbindend geoordeelde regelgeving uit de boeken verdwijnt. Bestuursorganen die daartoe niet in staat zijn, worden door de Hoge Raad in ieder geval geacht deze hogere regeling niet meer toe te passen. Hoewel moet worden toegegeven dat de formulering niet beslissend in de door mij voorgestelde interpretatie wijst, kan deze ook minder gebruikt worden om het bestaan van een nationale conformeringsplicht te *ontkennen*.

Ten slotte wijs ik erop dat de door Sillen aangehaalde passage betrekking heeft op wat volgens de Hoge Raad van bestuursorganen verwacht mag worden in reactie op het oordeel van een hoogste bestuursrechter. Dat valt niet samen met wat van een bestuursorgaan verwacht mag worden in het kader van een uit botsende normen voortvloeiende onrechtmatigheid en daarmee samenhangende onverbindendheid van hun regels.

Brouwer en Schilder kiezen voor een andere benadering. Zij poneren in het verlengde van artikel 122 Gemeentewet dat de regelhiërarchie zelf, of althans: 'het systeem', een soort algemene zelfreinigende werking zou hebben.<sup>31</sup> Volgens hen moeten lagere regels die in strijd zijn met hogere regels om die enkele redenen als 'zonder rechtskracht' worden beschouwd. Daardoor hoeft er ook niet veel meer te worden ingetrokken. Ik volg deze benadering niet. Ten aanzien van lagere regelingen die in strijd zijn met een wijziging van de Grondwet zal dat alvast niet kunnen opgaan, omdat de Grondwet in artikel 140 zelf bepaalt dat lagere regelingen gehandhaafd blijven. Bovendien formuleert de Wet algemene bepalingen in artikel 5 een ander uitgangspunt: een wet kan alleen 'door eene latere wet' haar kracht verliezen. Het idee van een zelfreinigende normenhiërarchie is in strijd met dit uitgangspunt. Alleen als de wet zelf voorziet in het 'vervallen' van een regeling (of als een ander ambt bevoegd is tot vernietigen en deze bevoegdheid ook daadwerkelijk uitoefent) hoeft de regelsteller er zelf niet meer aan te pas te komen. In alle andere gevallen is hij volgens de hier aangenomen nationale conformeringsplicht verplicht te reageren op onrechtmatigheden die in zijn regelbestand voorkomen.

indien toegewezen, naar redelijke verwachting ertoe leidt dat de Staat zijn verplichting tot uitvoering van de Nitraatrichtlijn daadwerkelijk nakomt.' Dus hebben Waterpakt c.s. in de ogen van Langemeijer wel degelijk belang bij deze vordering (r.o. 2.3).

<sup>31</sup> Brouwer & Schilder 2005, p. 185.

## II.2.4 Complicatie II: wetgevingsplichten en verdragsrecht

Een tweede complicatie in verband met wetgevingsplichten die ik hier wil bespreken, is de positie van het internationale recht. Daarbij beperk ik mij tot verdragsrecht, omdat het recht van de Europese Unie een aantal specifieke eigenschappen heeft, die het algemene betoog op deze plek niet verduidelijken. Verdragen bevatten bepalingen die zich rechtstreeks richten op wetgeving. Het Verdrag tegen foltering, bijvoorbeeld, verplicht 'iedere Staat die Partij is' er 'zorg voor te dragen dat alle vormen van foltering strafbaar zijn krachtens zijn strafrecht.' Dat moeten straffen zijn die recht doen aan de ernst van de delicten, zodat duidelijk is dat een gecoördineerde opname van een folterverbod in de APV's van alle gemeenten niet toereikend zal zijn vanwege de lage straffen waarmee gemeentelijke strafbepalingen bedreigd (mogen) worden. De strafwetgever zal er aan te pas moet komen om foltering strafbaar te stellen als dat nog niet het geval is.

Wetgevingsplichten zien soms ook op het intrekken van specifieke wettelijke voorschriften. In het VN-Vrouwenverdrag komt deze bepaling voor:

De Staten die partij zijn bij dit Verdrag (...) verbinden zich (...) alle nationale strafbepalingen die discriminatie van vrouwen inhouden, in te trekken.<sup>32</sup>

Ook hier is duidelijk wat er moet gebeuren: strafbepalingen die discriminatie van vrouwen inhouden moeten – indien aanwezig – worden ingetrokken. De adressaat van deze normen is volgens de formulering telkens 'de Staat die partij is' bij het verdrag. De Nederlandse verhouding tot het internationale recht kenmerkt zich als in beginsel monistisch, zodat de verdragsbepalingen als zodanig werking hebben in de nationale rechtsorde. In de nationale rechtsorde zijn die ambten die over de benodigde bevoegdheden beschikken daarmee verplicht aan de verdragsverplichting te voldoen. Het gevolg daarvan is dat de hierboven geciteerde verdragsbepalingen zich in de Nederlandse rechtsorde – gezien hun inhoud – rechtstreeks richten tot de formele wetgever om ofwel strafbepalingen met een specifieke inhoud tot stand te brengen ofwel juist in te trekken. Verdragsverplichtingen kunnen zich ook rechtstreeks tot decentrale overheden richten, zoals blijkt uit het volgende voorbeeld.

Toen de gemeente Delfzijl een bestemmingsplan opstelde, werd de destijds benodigde goedkeuring van Gedeputeerde Staten daaraan onthouden. Delfzijl stelde kroonberoep in, maar de regering verklaarde dat beroep ongegrond.<sup>33</sup> Delfzijl was volgens de regering gebonden aan artikel 48 van het Eems-Dollard-verdrag met Duitsland, waarin was bepaald dat 'beide partijen' 'in de geest van goed nabuurschap' zouden handelen.<sup>34</sup> Het was volgens de regering een verdragsbepaling 'die voor de Nederlandse Staat, en derhalve ook voor de gem.

<sup>32</sup> Artikel 2 aanhef en onder g van het Verdrag inzake uitbanning discriminatie van vrouwen (Vrouwenverdrag), Trb. 1980/146.

<sup>33</sup> KB 19 februari 1993, AB 1993/385, LJN AN3146.

<sup>34</sup> Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland tot regeling van de samenwerking in de Eemsmonding (Eems Dollardverdrag), Trb. 1960/69.

Delfzijl, bindend is'. De regering overwoog: 'Met betrekking tot de vraag of een bestemmingsplan voor betwist gebied tot stand kan worden gebracht dient derhalve in een geest van goede nabuurschap tussen de Nederlandse en Duitse overheid te worden samengewerkt.' De verplichting om een bestemmingsplan op te stellen, moest hiervoor wijken. Als de gemeente Delfzijl het bestemmingsplan eenzijdig en tot woede van de Duitse burens zou hebben vastgesteld, zou uit artikel 48 van het Eems-Dollard-verdrag de verplichting zijn voortgevloeid om dat bestemmingsplan weer in te trekken.

De Staat is, zo volgt uit dit voorbeeld, bevoegd om verplichtingen voor gemeenteraden te creëren door een verdrag te sluiten. Dat kunnen verplichtingen tot het vaststellen of intrekken van een algemeen verbindend voorschrift zijn. De redenering verloopt daarbij anders dan wanneer een wet in formele zin een gemeenteraad in medebewind roept en vereist dat er een verordening wordt vastgesteld. Daarvoor is een expliciete bevoegdheid tot het creëren van wetgevingsplichten in de Grondwet aan te wijzen. Bij wetgevingsplichten in verdragen is niet zozeer sprake van een uitoefening van een specifieke bevoegdheid om wetgevingsplichten te creëren, maar van het *aangaan* van zo'n verplichting. Dat heeft meer het karakter van zelfbinding. Waar het gaat om het aangaan van wetgevingsplichten die zich tot de formele wetgever zullen richten, wordt dit karakter van *zelfbinding* nog versterkt doordat de Staten-Generaal in de regel moeten meewerken aan de goedkeuring van een verdrag voordat het bindend wordt voor het Koninkrijk.<sup>35</sup> In die gevallen hebben de regering, die het verdrag namens het Koninkrijk sluit, en de Staten-Generaal allebei invloed op de totstandkoming van een verplichting waaraan ze gezamenlijk als formele wetgever zullen moeten voldoen. Bij gemeenten ligt dat anders, omdat voor hen geen formele rol is weggelegd bij de totstandkoming van verdragen. Toch moet, blijkens de redenering uit het *Eems-Dollard*-besluit, de Staat naar Nederlands recht geacht worden bevoegd te zijn ook voor andere overheden verbindende verplichtingen aan te gaan.

De tweede complicatie is de volgende: de gemeenteraad kan langs twee wegen verplicht worden om een Duitsland-vriendelijk bestemmingsplan op te stellen. Ofwel doordat de formele wetgever de gemeenteraad in regelgevend medebewind roept, ofwel omdat de Staat een verdrag aangaat waarin deze verplichting voor de gemeente Delfzijl is opgenomen. In het eerste geval is een duidelijke grondslag aan te wijzen voor het creëren van wetgevingsplichten. In het tweede geval ontstaat de wetgevingsplicht krachtens de bevoegdheid om een verdrag met die inhoud aan te gaan. Dat laatste heeft meer een zelfbindend karakter. Dat is een verschil met de eerder gegeven voorbeelden van 'typische wetgevingsplichten'.

In de hierboven gegeven voorbeelden zijn de wetgevingsplichten opgenomen in bepalingen die zich richten tot de Staten die partij zijn.<sup>36</sup> Dat zal doorgaans het geval zijn in verdragsrecht. Maar waar dat niet het geval is, ontstaat de eerste complicatie ook hier: bestaat er een plicht om de regels aan te passen

<sup>35</sup> Artikel 91 Grondwet.

<sup>36</sup> In het geval het Verdrag zelf niet is gevat in een meer algemene sleutel met instructienormen, bij voorbeeld de bepaling dat 'Partijen zich verbinden de in de volgende artikelen vastgelegde rechten in hun rechtsorde te verzekeren' of iets dergelijks. Vgl. artikel 1 EVRM.

aan verdragsrecht dat zich niet tot de betrokken regelsteller richt? Hier geldt, als het artikel zelf niet voldoet, de algemene internationale conformeringsplicht uit artikel 26 van het Weens Verdragenverdrag (WVV). Staten zijn verplicht de internationaal aangegane verplichtingen te goeder trouw uit te voeren. Staten moeten hun wetgeving dus in lijn met het verdrag brengen, zelfs nog voordat het verdrag in werking treedt voor het Koninkrijk.<sup>37</sup> In het geval een verdragsbepaling zich bijvoorbeeld niet richt tot de regelsteller maar wel ‘een ieder’ het recht geeft op berechting van zijn geschil door een gerecht ‘bij wet ingesteld’, is duidelijk dat als die gerechten er nog niet zijn, de wetgever in actie moet komen om te voldoen aan de internationale conformeringsplicht ex artikel 26 WVV.

Deze internationale conformeringsplicht is enkel gericht op het resultaat, en gaat dus minder ver dan de hierboven verdedigde nationale conformeringsplicht die een verplichting formuleerde om het eigen regelbestand zuiver rechtmatig te houden, ook als de onrechtmatige regels feitelijk of krachtens een ambtsinstructie of iets anders niet meer toegepast mogen worden. Het doortrekken van de nationale conformeringsplicht tot het internationale recht kan problematisch zijn, omdat de literatuur het niet eens is over de ‘hogere status’ van verdragsrecht. Althans, de plicht om ‘binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten’ als die in strijd komen met een ieder verbindende bepalingen uit verdragen of besluiten van internationale organisaties,<sup>38</sup> wordt aangemerkt als onvoldoende bewijs voor een hogere status.<sup>39</sup> Daarbij wordt echter niet betoogd dat het verdragsrecht een lagere status dan een wet in formele zin zou hebben. Het lijkt in die discussie vooral te gaan om de vraag of verdragsrecht wel of niet ‘boven’ de Grondwet en het Statuut staat. Voor de wetgever en de decentrale regelgevers is internationaal recht wel ‘hoger’ recht en brengt de nationale conformeringsplicht dus wel mee dat het regelbestand geen normen mag bevatten die met dat internationale recht in strijd zijn – ook niet als die normen niet meer worden uitgevoerd en/of door de rechter consequent buiten toepassing worden gelaten.

Krachtens de hierboven verdedigde nationale conformeringsplicht zijn de wetgever en alle ambten die regels vaststellen die lager in de hiërarchie staan, verplicht hun regelbestanden aan te passen aan de inhoud van verdragsnormen. Deze nationale conformeringsplicht kan de internationale verplichting om het resultaat te verzekeren, aanvullen. De nationale conformeringsplicht sluit aan bij de regelhiërarchie. Er bestaat discussie over de verhouding tussen de verdragen en de Grondwet/het Statuut. Wie betwist dat de verdragen een hogere status dan de Grondwet hebben zal in de nationale conformeringsplicht geen reden zien om de Grondwet aan een verdrag aan te passen. Deze kwestie laat ik hier verder rusten. Volstaan kan worden met de constatering dat *als* het dat heeft, de nationale conformeringsplicht de grondwetgever en de ‘statuutgever’ verplicht zijn hun producten aan te passen als de inhoud daarvan afwijkt van het internationale recht.

<sup>37</sup> Boon, Brouwer & Schilder 2005, p. 169-170.

<sup>38</sup> Zie artikel 94 Grondwet.

<sup>39</sup> Kortmann 2008, p. 361; Reestman 2008, p. 80-86.

### II.2.5 *Complicatie III: wetgevingsplichten van gelijke hoogte?*

Een derde complicatie doet zich voor als een wetgevingsplicht gecreëerd is door de normadressaat van deze plicht. Kan de wetgever de wetgever verplichten wetgeving tot stand te brengen? De complicatie is hier dat het ambt dat de regels moet vaststellen ook het ambt is dat de verplichting kan aanpassen of opheffen. Deze omstandigheid kan reden zijn helemaal geen verplichting aan te nemen. Buijs schreef bijvoorbeeld: 'de gebondene, die het verband hem aangelegd, willekeurig kan opheffen, is niet gebonden.'<sup>40</sup> Anderen achten binding wel mogelijk, in ieder geval aan procedurele voorschriften. Van Buuren schrijft: 'Ook voorschriften van gelijke rangorde omtrent de voorbereiding of totstandkoming van wettelijke voorschriften dienen in acht te worden genomen, zolang daarop niet uitdrukkelijk is teruggekomen of een uitzondering is gemaakt.'<sup>41</sup> Van belang is hier dat Van Buuren het intrekken van een procedurevoorschrift of het maken van een uitzondering kwalificeert: dat moet uitdrukkelijk geschieden. Gebeurt dat niet, dan is sprake van een schending. Aansluiting kan in dit verband ook worden gezocht bij de verhouding tussen organieke of algemene wetten zoals de Gemeentewet of de Algemene wet bestuursrecht en overige formele wetgeving.<sup>42</sup>

Zelf acht ik het bestaan van wetgevingsplichten in regelingen van gelijke orde mogelijk. Dat de normadressaat van de verplichting ook in staat is om de verplichting aan te passen, wil niet zeggen dat de verplichting niet tenminste bestaat totdat dat gebeurt. Om de discussie over de mate waarin een regelsteller geacht mag worden *impliciet* een wetgevingsplicht te hebben ingetrokken zoveel mogelijk te voorkomen, wil ik verdedigen dat als een regelstellend ambt een verplichting voor zichzelf vastlegt om regels met een bepaalde inhoud vast te stellen, die verplichting dan vervolgens geschonden wordt als het regelstellend ambt helemaal niets doet. De situatie ligt overigens anders wanneer een zelfgecreëerde wetgevingsplicht via de werking van het vertrouwensbeginsel verbindt. Dan is er al meer aan de hand dan alleen een zelf gecreëerde wetgevingsplicht.<sup>43</sup> Het voert echter te ver daar in dit verband nog verder op in te gaan. Drie complicaties zijn genoeg.

### II.2.6 *Concluderende samenvatting*

Typische wetgevingsplichten zijn normen die zich tot regelstellende ambten richten en deze tot de vaststelling van wetgeving met een meer of minder specifiek bepaalde inhoud verplichten. Daarvan is een aantal voorbeelden aan te wijzen in het positieve recht.

Een regelstellend ambt kan ook verplicht zijn een bestaande wettelijke regeling te wijzigen omdat die regel in strijd is met een andere, hogere regel. De grondwetgever, bijvoorbeeld, is verplicht 'het Statuut in acht te nemen'. Als het Statuut gewijzigd wordt, moet de Grondwet zo nodig volgen. Ik noem dit een 'conformeringsplicht'. Een dergelijke conformeringsplicht wijkt af van de typische

<sup>40</sup> J.T. Buijs, *De Grondwet. Toelichting en kritiek*, tweede deel, Arnhem: P. Gouda Quint 1884, p. 332; in een iets ander verband geciteerd in Kortmann 2008, p. 52, noot 109.

<sup>41</sup> Van Buuren 1987, p. 19.

<sup>42</sup> I.C. van der Vlies, *Algemene begrippen. Hoofdstuk 1 en 2 Awb*, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 7-8; A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 166-167.

<sup>43</sup> Vgl. J.R. Stellingma onder Pres. Rb. Den Haag 3 oktober 1977, *AB* 1977/377.

wetgevingsplichten omdat de verplichting ontstaat uit een combinatie van strijdigheid tussen twee materiële normen die zich niet tot de regelgever hoeven te richten en de algemene verplichting voor het ambt dat verantwoordelijk is voor de lagere regel om deze regel aan te passen.

Ik betoog dat in het nationale recht sprake is van een algemene conformeringsplicht die deels gecodificeerd is: regelstellers moeten, indien niet van rechtswege sprake is van nietigheid of van vernietiging door bestuur of bestuursrechter, hun eigen regelbestand in lijn houden met het hogere recht. Het sterkste argument hiervoor is het systematische. Aan de top van de nationale regelhiërarchie zijn de conformeringsplichten duidelijk geformuleerd. Lager in de hiërarchie geldt een regeling die deels verder gaat dan de conformeringsplicht: lagere regelingen vervallen in de regel alleen als het onderwerp hetzelfde is. In die situatie ligt het voor de hand dat een gemeentelijke verordening die niet hetzelfde onderwerp heeft als een wet in formele zin maar daar wel mee in strijd is, door de gemeente moet worden aangepast. Dat interpreteer ik als een bevestiging van de conformeringsplicht.

Typische wetgevingsplichten uit verdragen werken, krachtens de monistische verhouding tot het internationale recht in Nederland, rechtstreeks door in de nationale rechtsorde en binden dus – voor zover dit uit de inhoud van de norm duidelijk genoeg valt af te leiden – het betrokken regelgevende ambt. De bevoegdheid tot het creëren van dergelijke internationale wetgevingsplichten is niet terug te voeren op een expliciete bevoegdheid uit de Grondwet. De binding aan internationale wetgevingsplichten komt dan ook langs een andere weg tot stand: de Staat ‘gaat ze aan’; hij bindt zichzelf. Daarbij moet de Staat geacht worden dit ‘namens’ de regelstellende ambten in de nationale rechtsorde te doen.

Wat de conformering aan het internationale recht betreft, geldt dat het Weens Verdragenverdrag een verplichting formuleert voor staten om de internationaal aangegane verplichtingen te goeder trouw uit te voeren. Deze internationale conformeringsplicht gaat minder ver dan de eerder geformuleerde nationale conformeringsplicht. Krachtens internationaal recht hoeft wetgeving uitsluitend te worden aangepast als dat echt noodzakelijk is om *de facto* te voldoen aan de internationale verplichtingen. De nationale conformeringsplicht kan dus nog steeds een aanvullende rol spelen, voor zover het verdragsrecht aangemerkt wordt als ‘hoger’ recht, uiteraard.

In lijn met het ‘zelfbindende’ karakter van internationale wetgevingsplichten is ten slotte de vraag onderzocht in welke mate regelstellende ambten zichzelf een wetgevingsplicht kunnen opleggen. Dogmatisch is dat mogelijk, maar in de praktijk zal het vaak lastig zijn om vast te stellen of een dergelijke wetgevingsplicht geschonden is of gewijzigd.

## II.3 Rol van de rechter bij wetgevingsplichten

De rechter kan op verschillende manieren bij wetgevingsplichten betrokken zijn. In de eerste plaats kan de rechter een bijdrage leveren aan de handhaving, bijvoorbeeld met een bevel. Maar de rechter kan ook een rol spelen bij het preciseren, articuleren of misschien zelfs bij het creëren van wetgevingsplichten. Over deze vraagstukken gaat deze paragraaf. Allereerst zal een formeel wetgevingsbevel gedefinieerd worden (II.3.1) en zullen de juridische gevolgen daarvan worden uitgewerkt (II.3.2). Vervolgens zal een meer materiële benadering geïntroduceerd worden (II.3.3) en uitgewerkt worden aan de hand van het Franse proefschrift van Behrendt (II.3.4) en het Duitse van Kleuker (II.3.5). Beide benaderingen zullen worden doorgetrokken naar de Nederlandse dogmatiek (II.3.6). De resultaten daarvan zullen worden verwerkt in een voorgestelde definitie van een materieel wetgevingsbevel (II.3.7). Ook daarvan zullen de (juridische) gevolgen onderzocht worden (II.3.8). Er zal worden afgesloten met een samenvattende conclusie (II.3.9).

De hoofdstructuur van deze paragraaf is de definitie van een formeel en een materieel wetgevingsbevel. Deze zullen worden onderzocht op hun juridische merites. De tussenliggende bespreking van de proefschriften van Behrendt en Kleuker brengen de achtergrond van de materiële benadering van het wetgevingsbevel in algemene zin in kaart. Tevens vormen ze de achtergrond voor mijn definitie van een materieel wetgevingsbevel. De proefschriften van Behrendt en Kleuker zijn overigens tevens de enige, binnen mijn praktische mogelijkheden haalbare, beschikbare analyses van het wetgevingsbevel.

### II.3.1 *Het formele wetgevingsbevel*

Een formeel wetgevingsbevel is een door de rechter in het dictum uitgesproken bevel gericht *aan* een wetgever gericht op wetgeving. Het is een wetgevingsbevel in de gebruikelijke zin van het woord. Ik noem dit een *formeel* bevel.

Formele wetgevingsbevelen zullen onder huidig recht vooral van de civiele rechter verwacht kunnen worden. Daar kan immers rechtstreeks geprocedeerd worden tegen (de afwezigheid van) algemeen verbindende voorschriften. Artikel 8:2 sub a Awb formuleert de hoofdregel dat dergelijke besluiten niet bij de bestuursrechter aangevochten kunnen worden. Soms kan dat echter wel. De besluiten van gemeenteraden om zichzelf geheel of gedeeltelijk tot een zogenaamd 'toeristisch gebied' te verklaren in de zin van de Winkeltijdenwet kunnen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven worden aangevochten, ondanks dat dergelijke besluiten worden aangemerkt als materiële wetgeving.<sup>44</sup> En de al eerder genoemde planregels bij bestemmingsplannen, ook algemeen verbindende voorschriften, kunnen aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voorgelegd worden.<sup>45</sup>

Het civiele recht voorziet in artikel 3:296 lid 1 BW in beginsel in de bevoegdheid van de civiele rechter om een formeel bevel te geven. Dat artikel formuleert zelfs als hoofdregel dat als iemand ergens toe verplicht is, hij daartoe op vordering

<sup>44</sup> Artikel 3 lid 1 sub a juncto artikel 10 lid 1 WTW.

<sup>45</sup> Artikel 8.2 WRO.

van een belanghebbende door de rechter kan worden veroordeeld, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen. De bestuursrechter kan voor het geven van een formeel wetgevingsbevel gebruik maken van artikel 8:72 lid 4 sub a Awb, krachtens welk artikel de bestuursrechter bevoegd is het bestuursorgaan te bevelen een nieuw besluit te nemen. Krachtens lid 5 kan daar ook een termijn aan verbonden worden.<sup>46</sup>

Wat de *formulering* van dit formele wetgevingsbevel betreft kan worden onderscheiden tussen een verbod of een gebod om regels tot stand te brengen.<sup>47</sup> Beide tellen als formeel wetgevingsbevel. In de eerste plaats omdat voor een rechterlijk verbod de regels tot stand te brengen een dreigende onrechtmatigheid nodig is, en die dreigende onrechtmatigheid zal alleen dan aanwezig zijn wanneer voldoende zeker is *dat* de betreffende regels tot stand zullen worden gebracht. De grens tussen een verbod regels tot stand te brengen en een gebod tot intrekking is dan zo dun geworden dat in beide gevallen gesproken kan worden van bevelend ingrijpen in een wetgevingsproces.

Als de wetgevingsprocedure eenmaal op gang is gekomen ontstaat bovendien de keuze tussen een verbod de procedure te voltooien en een gebod het voorstel in te trekken. Het onderscheid zou betekenis kunnen hebben (bijvoorbeeld omdat een bevel tot intrekking van een door de regering ingediend wetsvoorstel zich minder intensief bemoeit met de democratische besluitvorming dan een op de Tweede Kamer gericht verbod het voorstel aan het nemen) maar het zijn allebei vormen van dwingende rechterlijke interventie in de wetgevingsprocedure.

Verder is het mogelijk te onderscheiden tussen een bevel tot uitvaardiging van een wettelijk voorschrift en een bevel tot intrekking ervan.<sup>48</sup> Een tussencategorie is het bevel tot aanpassing van een wettelijk voorschrift. Ook bij dit onderscheid is enige relevantie te bedenken. Een bevel tot intrekking is 'negatiever' en zit dichter tegen een vernietigingsbevoegdheid aan dan een bevel om iets tot stand te brengen. In hoofdstuk III, bij de bespreking van het concept van de negatieve wetgever, is dat een relevant onderscheid. In dit verband zijn het beide bevelen die gericht zijn op wetgevende activiteit van de regelsteller, en daarom wetgevingsbevelen.

Ten slotte kan een wetgevingsbevel, net als een wetgevingsplicht, meer of minder precies bepalen hoe de inhoud van de tot stand te brengen regelgeving eruit moet zien en op welke termijn dat moet. Bok maakt een onderscheid in drie categorieën: een 'sec' bevel tot wetgeving, een bevel om wetgeving tot stand te brengen binnen een bepaalde termijn en een bevel om wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen.<sup>49</sup> Een volstrekt leeg bevel is praktisch niet voorstelbaar, zoals ook een bevel met een oneindige termijn niet goed denkbaar is. Elk bevel heeft dus een zekere inhoud, al was het maar het 'in overeenstemming brengen van het recht met' of iets dergelijks, en elk bevel kent een redelijke termijn. Dat laat echter onverlet dat de termijn ook preciezer kan

<sup>46</sup> In geval van de bestuurlijke lus gelden specifieke grondslagen, zoals artikel 46 lid 6 van de Wet op de Raad van State.

<sup>47</sup> Van Buuren 1987, p. 81-81; Polak 1987b, p. 167-174 maken dit onderscheid.

<sup>48</sup> Bok 1991, p. 174-178; Bok 2006, p. 115-116.

<sup>49</sup> Bok 2006, p. 114-115.

zijn bepaald, of de inhoud van de tot stand te brengen wetgeving nauwkeuriger omschreven. Voor de status van een formeel wetgevingsbevel maakt dat niet uit.

Formele wetgevingsbevelen worden, zo bleek uit hoofdstuk I, fundamenteel afgewezen door civiele kamer van de Hoge Raad. De precieze analyse daarvan volgt in hoofdstuk V. Maar dat wil niet zeggen dat er helemaal geen formele wetgevingsbevelen voorkomen in het Nederlandse recht. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ziet er in het kader van procedures tegen bestemmingsplannen geen been in om een gemeenteraad op te dragen binnen een gestelde termijn in een bestemmingsplan alsnog planregels met een bepaalde inhoud op te nemen, dan wel het hele bestemmingsplan in te trekken.<sup>50</sup>

### *II.3.2 Juridische gevolgen van een formeel wetgevingsbevel*

Een formeel wetgevingsbevel heeft een aantal juridische consequenties. In de eerste plaats ontstaat er voor het regelstellende ambt een nieuwe grondslag voor de verplichting om in actie te komen, naast de al bestaande wetgevingsplicht. Dat is de verplichting om in ieder geval het rechterlijk bevel op te volgen.<sup>51</sup> Een voorbeeld illustreert dit. De Staat werd in de *SGP-zaak*<sup>52</sup> door de rechtbank in eerste aanleg – uitvoerbaar bij voorraad – geboden om artikel 2 van de Wet subsidiëring politieke partijen jegens de SGP buiten toepassing te laten. Gevolg: geen subsidie meer voor de SGP. De Staat ging in hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank met de stelling dat de rechtbank het verkeerd zag, maar weigerde – onder verwijzing naar het dictum van de uitspraak van de rechtbank – de SGP voorlopig wel haar subsidie. Toen de SGP daartegen een bestuursrechtelijke procedure aanspande, overwoog de rechtbank, sector bestuursrecht, dat zij niet ‘kon niet inzien dat verweerder nog enige ruimte zou hebben om een ander besluit te nemen dan een besluit tot afwijzing van de subsidieaanvraag, zonder daarmee in strijd te komen met het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde dictum van het vonnis.’<sup>53</sup> Hoewel dus nog niet inhoudelijk was komen vast te staan dat uit het recht inderdaad voortvloeide dat er geen subsidie meer mocht worden uitbetaald aan de SGP, achtte de bestuursrechter de discussie voor de minister voorlopig afgesloten. Zo lang er een bevel ligt dat uitvoerbaar bij voorraad is, moet simpelweg gebeuren wat de civiele rechter bevolen heeft. Hoewel dit soort situaties uit de aard der zaak doorgaans tijdelijk zullen zijn, illustreren ze wel dat een rechterlijk bevel een ander type grondslag voor de verplichting creëert. Op een vergelijkbare manier voegt het formele wetgevingsbevel ter handhaving van een wetgevingsplicht iets toe aan de verplichtingen voor de wetgever. Er bestond al een wetgevingsplicht en die wordt aangevuld met een nieuwe grondslag, namelijk de verplichting om (sowieso) het rechterlijk bevel op te volgen.

<sup>50</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 februari 2012, *AB* 2012/100, *LJN* BV7286. Vgl. ABRvS 7 december 2011, *LJN* BU7083. A.G.A. Nijmeijer ‘Als rechtsvinding wetgeving wordt. Rechtsvinding in bestemmingsplan-zaken’, in: L.E. Groot-van Leeuwen & J.D.A. Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 175-189, p. 185-187.

<sup>51</sup> Van Nispen 1978, p. 442-447.

<sup>52</sup> Zie paragraaf VI.2.3-VI.2.4.

<sup>53</sup> Rb. Den Haag 30 november 2006, *LJN* AZ5393.

Een tweede juridische consequentie van een formeel wetgevingsbevel – wellicht de belangrijkste – is dat het formele bevel de weg opent naar de directe en indirecte executie van de wetgevingsplicht. Lijfswang jegens politici is niet goed voorstelbaar, maar het opleggen van een dwangsom wel. Artikel 8:72 lid 5 Awb geeft die bevoegdheid aan de bestuursrechter, artikel 611a Rv aan de civiele rechter. De Nederlandse rechter is weliswaar niet gewoon om de Staat dwangsommen op te leggen (omdat de Staat ook telkens beweert de uitspraken van de rechter ‘stipt’ op te volgen), uitgesloten is het niet.<sup>54</sup> Polak acht het opleggen van dwangsommen bij een wetgevingsbevelen negerende wetgever alvast mogelijk, in ieder geval in tweede instantie om een ‘bevel alsnog kracht te geven’.<sup>55</sup> Wie het pleidooi van Gras volgt dat dwangsommen altijd aan de Staat zouden moeten vervallen omdat er een openbaar belang is gediend met de naleving van rechterlijke uitspraken,<sup>56</sup> krijgt bij formele wetgevingsbevelen jegens ambten die tot de Staat behoren wel te maken met een vestzak-vestzak situatie.

Hoewel niet juridisch, bestaat er in het staatsrecht een aantal veronderstellingen over hoe ‘de politiek’ zou reageren op een formeel wetgevingsbevel en of het dus iets bijdraagt aan de handhaving van een wetgevingsplicht. Polak noteert dat bij een formeel wetgevingsbevel het bestaan van de rechtsplicht om de wet tot stand te brengen in ieder geval vaststaat.<sup>57</sup> Schutgens vermoedt psychologische druk als de rechter een formeel wetgevingsbevel geeft.<sup>58</sup> Bunschoten ziet de situatie niet onmiddellijk veranderen als de oorzaak van de schending van de wetgevingsplicht politieke onwil is, maar kan zich wel voorstellen dat het bestaan van een geschonden wetgevingsplicht in ieder geval komt vast te staan.<sup>59</sup> De enige ervaring die we met wetgevingsbevelen van de civiele rechter in de richting van de formele wetgever hebben, is een bevel van de president van de rechtbank, gericht aan de formele wetgever. De daaraan gestelde termijn was al ongebruikt verstreken op het moment dat in hoger beroep het bevel vernietigd werd.<sup>60</sup>

### II.3.3 *Van formeel naar materieel*

Het vertrekpunt van dit proefschrift was de opmerkelijke verhouding tussen het *Waterpakt*-arrest, waarin de mogelijkheid van een formeel wetgevingsbevel grondig wordt uitgesloten, en het *Arbeidskostenforfait*-arrest en het *SGP*-arrest die in ieder geval feitelijk lijken te functioneren als een wetgevingsbevel. Die dubbelheid is hier reden om te zoeken naar een definitie van iets wat geen formeel wetgevingsbevel is, maar eigenlijk wel zo werkt: een materieel wetgevingsbevel.

<sup>54</sup> Zie het voorbeeld besproken in paragraaf V.3.2.2.

<sup>55</sup> Polak 2004, p. 177, noot 24.

<sup>56</sup> E. Gras, ‘De dwangsom als sanctie op tegenover de overheid verboden eigenrichting’ *NJB* 2009/1569, p. 2004-2009.

<sup>57</sup> Polak 2004, p. 177.

<sup>58</sup> Schutgens 2009, p. 251.

<sup>59</sup> Bunschoten 2004, p. 522.

<sup>60</sup> Zie verder paragraaf V.3.2.3.

Een eerste aanknopingspunt zijn de zojuist genoemde veronderstellingen over de politieke reacties op formele wetgevingsbevelen. Duidelijkheid over het bestaan van een geschonden wetgevingsplicht en psychologische druk zijn namelijk ook denkbaar zonder dat van een formeel bevel sprake is. Een verklaring voor recht biedt hier bijvoorbeeld mogelijkheden.

Alvorens in deze lijn een materieel wetgevingsbevel te definiëren, zal ik eerst uitwijken naar twee onderzoeken over het Duitse *Bundesverfassungsgericht*. Dat Hof heeft krachtens §35 van het *Bundesverfassungsgesetz* een grondslag voor wat ik een formeel wetgevingsbevel noem:

Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln.

Onder 'Vollstreckung' rekent het Hof 'alle Maßnahmen die erforderlich sind, um solche Tatsachen zu schaffen, wie sie zur Verwirklichung des vom Bundesverfassungsgericht gefundenen Rechts notwendig sind'.<sup>61</sup> Hier kan dus wetgeving bevolen worden. Toch is het niet, en zeker niet alleen de kenbare inzet van dit wetsartikel (dus een formeel wetgevingsbevel) die in de literatuur beschreven wordt als *judicial orders*<sup>62</sup> of *binding orders*<sup>63</sup> van het Duitse Hof aan de Duitse wetgever, als *injonctions* in dezelfde richting,<sup>64</sup> of als *Gesetzgebungsaufträge*.<sup>65</sup> Onder dat laatste begrip verstaat Kleuker 'jede Aufforderung des Bundesverfassungsgerichtes an den Gesetzgeber, tätig zu werden'.<sup>66</sup> Daaruit blijkt een benadering van het wetgevingsbevel die niet uitsluitend aanknoopt bij het gebruik van bepaalde uitspraakbevoegdheden of de mogelijkheid van dwangsommen. Kleuker kiest voor een meer materiële benadering, die aansluit bij de lijst van door uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht* noodzakelijk geworden wetgeving die het *Bundesministerium der Justiz* tot enige tijd geleden bijhield.<sup>67</sup>

### II.3.4 Behrendts 'injonction': het constitutioneel creëren van een wetgevingsplicht

Voor Behrendt is, anders dan in de hierboven aangehaalde definitie van Kleuker, enkel appelerende taal in een rechterlijke uitspraak niet genoeg voor een *injonction*. Een *injonction* is pas aan de orde als in *actes juridictionnelles* zogenaamde *énoncés prescriptifs* voorkomen. Dat wil zeggen: uitingen met 'une portée en droit, c'est-à-dire constituant des normes juridiques'.<sup>69</sup> Daarmee vallen te weinig prescriptief gestelde formuleringen die de wetgever uitsluitend tot iets oproepen af. Overwegingen met een te vage inhoud, bijvoorbeeld de oproep om conform het internationale recht wet te geven, ook. De formulering van

<sup>61</sup> BVerfG 21 maart 1957, E 6, 300 (303-304) (KPD). Geciteerd uit Sillen 2010, p. 203-204.

<sup>62</sup> Gawron & Rogowski 2002.

<sup>63</sup> Brewer-Carías 2011, p. 160-165

<sup>64</sup> Behrendt 2006.

<sup>65</sup> Kleuker 1993.

<sup>66</sup> Kleuker 1993, p. 14.

<sup>67</sup> Gawron & Rogowski 2002, p. 247-248; Kleuker 1993, p. 13-17.

<sup>68</sup> Behrendt 2006, p. 147.

de rechter moet voldoende prescriptief en voldoende precies zijn. Of dat het geval is, moet per geval beoordeeld worden. Een *injonction* kan uitsluitend juridisch bindend zijn als hij ook bevoegd gegeven is. Behrendt oordeelt dat de bepalingen waarin de bevoegdheden van het Duitse hof zijn geregeld voldoende grondslag bieden.<sup>69</sup>

Een voorbeeld van een *injonction* is dit citaat uit een uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht*:

‘Die Verfassungsbeschwerde ist, soweit sie sich (...) gegen § 14 Abs. 1, Satz 1 MuSchG richtet, begründet. (...) § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist (...) unvereinbar mit Art 12 Abs. 1 GG. Dies fuhr jedoch nicht gemäß § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG zur Nichtigkeit der Regelung. Hat der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten, den Verstoß zu beseitigen, trägt das Bundesverfassungsgericht dem in der Weise Rechnung dass es die verfassungswidrige Norm nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt. Der Gesetzgeber hat bis zum 31. Dezember 2005 eine verfassungskonforme Regelung zu treffen. Bis zu einiger Neuregelung bleibt es beim bisherigen Recht.’<sup>70</sup>

Het onderstreepte gedeelte levert een *injonction* in Behrendts definitie op. Dat dit citaat uit de *Gründe* van de *Entscheidung* komt, en niet uit het dictum, de *Tenor*, is voor Behrendt hier niet relevant.

Het belangrijkste juridische gevolg van een *injonction* in de definitie van Behrendt is dat daar ook daadwerkelijk een nieuwe verplichting voor de regelsteller uit voortvloeit. Dat valt af te leiden uit zijn bespreking van wat hij zelf een zogenaamde ‘manifestation atypique’ van de *injonction* noemt: de *injonction combinatoire*. Dat zijn verplichtingen voor de wetgever die zijn samengesteld uit een uitspraak waarin de rechter wetgeving vernietigt en daarmee een wetgevingsplicht activeert. Als een grondwet eist dat er een kieswet is, dan herleeft die verplichting op het moment dat de rechter de bestaande kieswet vernietigt. Behrendt spreekt bij zo’n vernietiging van een *injonction sans énoncé injonctif*. In dat verband schrijft hij: ‘D’où vient l’obligation de produire des normes nouvelles, si elle ne résulte pas du *texte* de la décision?’ Het antwoord op die vraag luidt: ‘La règle constitutionnelle qui requiert l’existence de cette norme.’<sup>71</sup> Uit dit citaat volgt dat de verplichting om nieuwe normen tot stand te brengen bij een gewone *injonction* wel degelijk voortvloeit uit de (bevoegd geformuleerde) verplichtende tekst in de uitspraak van een constitutioneel hof. Tevens is duidelijk dat een verplichting voor de wetgever ook rechtstreeks kan voortvloeien uit het constitutionele recht. Dat doet de tekst van de grondwet namelijk als de verplichte kieswet zonder *injonction* vernietigd wordt. In het geval de rechter een verplichte kieswet zou vernietigen, en daarbij *wel* een *énoncé injonctif* in de uitspraak op zou nemen, dan zou dus sprake zijn van een dubbele verplichting voor de wetgever: één uit de grondwet, en één uit de tekst van de uitspraak van de rechter. Het constitutieve karakter van een

<sup>69</sup> Behrendt 2006, p. 148 e.v.

<sup>70</sup> BVerfG 18 november 2003, E 109, 64 (84, 95).

<sup>71</sup> Behrendt 2006, p. 392.

*injonction* wordt verder bevestigd door Behrendts stelling dat aan elke *injonction* in principe een termijnstelling verbonden is. Als de rechter geen datum noemt, is dat in ieder geval een ‘redelijke termijn’ vanaf de datum van de uitspraak.<sup>72</sup>

In de benadering van Behrendt zou het *SGP*-arrest dus, hoewel het geen formeel wetgevingsbevel bevat in de zin die ik eraan geef, wel een *injonction* bevatten als de Hoge Raad daarin ergens voldoende dwingend had uitgesproken dat de wetgever verplicht is in actie te komen.<sup>73</sup> Het gebruik van dwingende taal in de richting van de wetgever in een officieel gewezen arrest is voldoende voor het creëren van een verplichting die vergelijkbaar is met het type verplichting dat hierboven beschreven werd als een gevolg van het formele wetgevingsbevel.

### II.3.5 Kleukers ‘*Auftrag*’: keuzebeperkende rechterlijke rechtsvorming

De benadering van Kleuker verschilt op een aantal punten met die van Behrendt. Weliswaar stelt hij minder eisen aan het soort formulering bij wat telt als een *Gesetzgebungsauftrag*, (een ‘*Auftrag*’ betekent ook taalkundig niet alleen maar ‘bevel’) maar hij brengt wel andersoortige beperkingen aan: niet elke *Auftrag* is toelaatbaar. Een criterium om die toelaatbaarheid te beoordelen ontleent Kleuker aan een functionele en processuele machtenscheiding: de rechter heeft in beginsel een reactief-controlerende rol waarbij hij het initiatief en de productie van normen aan de wetgever laat.<sup>74</sup> Daaruit volgt een principieel declaratoir karakter van wat het *Bundesverfassungsgericht* vermag: ‘Appelle sind nur dann mit der reaktiv-kontrollierenden Funktion des Gerichtes zu vereinbaren, wenn es sich auf die lediglich deklaratorische Feststellung verfassungsrechtlicher Gesetzgebungspflichten beschränkt.’<sup>75</sup> Een tweede norm volgt uit Kleukers uitgangspunt dat uitsluitend de Duitse Grondwet de Duitse wetgever tot iets kan verplichten. ‘Eine konstitutive Verpflichtung des Gesetzgebers ist als Übergriff in Gesetzgebungskompetenzen unzulässig.’<sup>76</sup>

Uit de overwegingen in de uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht* waarin deze de wetgever tot iets oproept, kunnen dus in beginsel geen nieuwe verplichtingen voor de wetgever voortvloeien. Dit betekent dat voor elke verplichting voor de wetgever om in een leemte te voorzien een grondwettelijke wetgevingsplicht moet zijn aan te wijzen. Voor de verplichting om een wet aan te passen moet een grondwettelijke conformeringsplicht zijn te vinden. Die vindt Kleuker in artikel 20 lid 3 van de Duitse Grondwet:

Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

Waar het Nederlandse geschreven recht niet voorziet in een algemene nationale conformeringsplicht, doet het Duitse recht dat volgens Kleuker dus wel.

<sup>72</sup> Behrendt 2006, p. 286

<sup>73</sup> Ik meen dat de Hoge Raad in de redenering van Behrendt evenzeer bevoegd zou zijn dergelijke *injonctions* te geven als Behrendt constateert ten aanzien van het de Franse, Duitse en Belgische constitutionele rechter.

<sup>74</sup> Kleuker 1993, p. 20.

<sup>75</sup> Kleuker 1993, p. 75.

<sup>76</sup> Kleuker 1993, p. 87.

Het citaat van het *Bundesverfassungsgericht* waar Behrendt een constitutieve *injonction* in las, is voor Kleuker een declaratoire weergave van uiteindelijk de grondwettelijke conformeringsplicht die geactiveerd wordt door geconstateerde strijdigheid tussen een wet en de Grondwet. Als gevolg hiervan heeft het noemen van een datum door het *Bundesverfassungsgericht* voor Kleuker dan ook een andere betekenis. De verplichting vloeit uit de Grondwet voort; *daaraan* zijn de termijnen verbonden.

De juridische gevolgen van *Gesetzgebungsaufträge* kunnen wel ergens anders ontstaan, namelijk daar waar sprake is van voor de wetgever bindende rechterlijke rechtsvorming ten aanzien van de wetgevingsplicht. Rechtsvorming door de constitutionele rechter kan volgens Kleuker in zijn algemeenheid niet worden afgewezen, omdat dat tot het 'leerlaufen der Verfassungsgerichtsbarkeit' zou leiden. 'Eine Verfassungskonkretisierungskompetenz des Bundesverfassungsgerichtes ist unverzichtbar.'<sup>77</sup> *Aufträge* mogen dus ook mede berusten op toelaatbare rechterlijke rechtsvorming. Voor de grens tussen toelaatbare en ontoelaatbare rechtsvorming stelt Kleuker allereerst de eis van de 'Ableitbarkeit' uit de Duitse Grondwet.<sup>78</sup> Er moet 'Ableitungszusammenhang' zijn. Dat wil zeggen: de rechtsvorming zal langs de lijnen van de interpretatiemethoden moeten lopen. De toelaatbaarheid van de rechterlijke rechtsvorming is verder begrensd door de bewust open geformuleerde Grondwet en het democratieprincipe. Waar de Duitse Grondwet ruimte voor 'freie politische Gestaltung' heeft willen laten, zal de rechter zich moeten beperken tot een 'konkretisierbaren Rahm'.<sup>79</sup> Als praktisch handvat voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de rechtsvorming oppert Kleuker een ruimtelijk criterium: hoe langer de redenering, hoe verdachter de rechterlijke rechtsvorming.

De grenzen van de toelaatbare rechtsvorming zullen in dit verband met name leiden tot terughoudendheid ten aanzien van de *inhoud* van wetten. De rechter moet zich zo veel mogelijk beperken tot de constatering dat de wetgever in actie moet komen. De consequentie daarvan is namelijk minder ver strekkend. 'Dem Gesetzgeber wird lediglich die Entscheidung über das "Ob" seines Tätigwerdens, nicht dagegen über das "Wie" abgenommen.'<sup>80</sup> Uit deze formulering blijkt dat er, ondanks het principieel declaratoire karakter van de rechterlijke uitspraken met een *Gesetzgebungsauftrag*, toch wel iets in het recht verandert als het *Bundesverfassungsgericht* zo'n uitspraak doet. De wetgever wordt immers volgens Kleuker een keuze 'afgenomen' die een niet of anders geconcretiseerde Grondwetsnorm wel liet. Het afnemen van een keuze van de wetgever bevindt zich in een dogmatisch schemergebied, omdat het declaratoire karakter van de uitspraak niet ter discussie komt te staan. Anders gezegd: de wetgever had kennelijk een keuze, anders kan die niet worden afgenomen. Maar de rechter stelt ook vast dat de wetgever die keuze niet had, anders is de uitspraak niet declaratoir. Dat maakt het er allemaal niet helderder op. Het verenigen van rechterlijke rechtsvorming en de declaratoire theorie vraagt echter zo zijn offers.

<sup>77</sup> Kleuker 1993, p. 23.

<sup>78</sup> Kleuker 1993, p. 26.

<sup>79</sup> Kleuker 1993, p. 25 en 58-59.

<sup>80</sup> Kleuker 1993, p. 26.

Het 'afnemen' van de keuze van de wetgever veronderstelt juridische gebondenheid van de wetgever aan rechterlijke rechtsvorming. De wetgever moet gebonden zijn aan de Grondwet-zoals-door-het-*Bundesverfassungsgericht*-uitgelegd. Daarvoor is niet voldoende dat het *Bundesverfassungsgericht* zelf vindt dat het uitsluitend declaratoir heeft vastgesteld wat de Grondwet betekent. Die opvatting kunnen immers wel meer instanties toegedaan zijn. Binding aan rechterlijke rechtsvorming zou wel volgen uit een bevoegdheid van het *Bundesverfassungsgericht* tot finale interpretatie van de Grondwet. Op die manier zou ook onderscheid gemaakt kunnen worden tussen de verschillende instanties, rechters en organen die allemaal stellen zelf niets te bedenken maar uitsluitend vast te stellen wat de Grondwet betekent.

Kleuker geeft een procesrechtelijk antwoord op de vraag naar de binding van de wetgever aan de rechtsvorming van de rechter. Een *Entscheidung* van het *Bundesverfassungsgericht* heeft zogenaamde 'materiële rechtskracht'. Dat volgt uit de positie van de rechtspraak in een rechtsstaat en uit de rechtszekerheid. Bovendien staat het met zoveel woorden in paragraaf 31 lid 1 van het *Bundesverfassungsgesetz*:

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.

Maar omdat volgens Kleuker alleen de Duitse Grondwet de Duitse wetgever kan binden, moeten we deze wetsbepaling begrijpen als een uitdrukking van wat uit het eerder geciteerde artikel 20 lid 3 van de Duitse Grondwet volgt. Dat betekent eigenlijk dat de wetgever aan de rechterlijke rechtsvorming is gebonden zoals hij aan de Grondwet zelf gebonden is.

In de benadering van Kleuker is het *SGP*-arrest ook al een *Gesetzgebungsauftrag* zonder dat daarin dwingende teksten in de richting van de wetgever voorkomen, zoals Behrendt zou eisen. De enkele aansporing in de richting van de wetgever zou al voldoende zijn. Uit die *Auftrag* zou – als voor de Hoge Raad hetzelfde zou gelden als voor het *Bundesverfassungsgericht* – echter geen nieuwe, of andersoortige grondslag van de verplichting volgen zoals dat bij Behrendt en het formele wetgevingsbevel wel het geval is. In Kleukers benadering zou de uitspraak fundamenteel declaratoir zijn en blijven.

Bij Kleuker kan zich nog een ander interessant fenomeen voordoen. Het *Bundesverfassungsgericht* is bij hem bevoegd tot een zekere mate van rechtsvorming inzake de wetgevingsplichten. Omdat die rechtsvorming bindend is voor de wetgever, ontnemt de rechter de wetgever daarmee een keuze. Hoewel de rechter – om het declaratoire karakter te behouden – eigenlijk vaststelt dat de wetgever die keuze niet had. Deze keuzeontnemende rechtsvorming kan prima zonder dat het *Bundesverfassungsgericht* aanspoerende teksten in de richting van de wetgever gebruikt, dus zonder een *Auftrag*. Het ontnemen van

de keuze vindt immers niet plaats door de oproep aan de wetgever, maar door de bindende rechtsvorming ten aanzien van de uit de Grondwet voortvloeiende wetgevingsplichten. Zo beschouwd kan het *SGP*-arrest – ook hier: als voor de Hoge Raad hetzelfde geldt als voor het *Bundesverfassungsgericht* – mogelijk gezien worden als een uitspraak waarin de Hoge Raad de wetgever inhoudelijk de keuze ontnemt om zich op het standpunt te stellen dat de bestaande regelgeving in overeenstemming is met het Vrouwenverdrag. De ‘*Entscheidung über das “Ob” seines Tätigwerdens*’ zou daarmee aan de wetgever kunnen worden ontnomen, althans, in ieder geval voor zover het om rechtmatig handelen gaat.

### II.3.6 *Uitwerking naar Nederland*

Kleukers *Gesetzgebungsaufträge* en Behrendts *injonctions* hebben betrekking op de rechtspraak van een specifiek constitutioneel hof, al dan niet in het kader van een procedure met prejudiciële vragen. Gevolg daarvan is dat het veel duidelijker is wie er ‘op de eerste hand’ zit bij de rechterlijke interpretatie van de grondwet, en de interpretatie van de grondwet gebeurt geconcentreerd bij één instantie. Bovendien zal bij een procedure met prejudiciële vragen de juridische binding van andere organen aan de antwoorden van een constitutioneel hof veel duidelijker zijn uitgewerkt. Nederland heeft dat alles niet. Hier geldt een toetsingsverbod, geschiedt de toetsing die wel toegestaan is in een diffuus stelsel en is het procesrecht ingericht op geschilbeslechting. Desalniettemin wil ik een aantal lijnen uit het werk van Kleuker en Behrendt doortrekken naar de Nederlandse situatie.

Het type prescriptieve en precieze uitlatingen waar Behrendt *injonctions* in ziet, komt wel voor in Nederland. President Wijnholt heeft eens overwogen:

‘De bestaande onzekerheid eist dat de Staat onverwijld overgaat tot aanpassing van de WWV aan het beginsel van gelijke behandeling.’<sup>81</sup>

Dit zou, wat de formulering betreft, voldoende zijn om een nieuwe norm in het leven te roepen voor de wetgever. Maar die conclusie stuit wat mij betreft af op het gegeven dat de Nederlandse rechter zijn eigen rechtsoordelen van oudsher als declaratoir heeft opgevat. Het recht en de plicht om te toetsen worden gerechtvaardigd door de rechter met een beroep op zijn rol als verklaarder van wat reeds recht was.<sup>82</sup> In deze declaratoire benadering past de opvatting dat rechterlijke uitspraken in beginsel ook gelden voor het verleden, zoals de Centrale Raad dat uitsprak ten aanzien van de rechterlijke uitleg van een wettelijk voorschrift. Deze uitleg is ‘naar algemene opvatting rechtsvaststellend van aard’.<sup>83</sup> Het zou een te grote inbreuk op dit declaratoire uitgangspunt van de rechtspraak zijn om de uitingen van de president aan te merken als uitingen waar een verplichting voor de wetgever constitutief uit voortvloeit, zoals Behrendt stelt voor zijn *injonction*. De citaten moeten uiteindelijk aangemerkt worden als een weergave van wat reeds gold voor de uitspraak en wat door de rechter alleen bevestigd wordt.

<sup>81</sup> Pres. Rb. Den Haag 21 mei 1984, AB 1985/12, LJN AH0328 (WWV).

<sup>82</sup> Zie Sillen 2010 p. 221-222.

<sup>83</sup> CRvB 15 november 2005, LJN AU6509 (Koppelingswet).

Daarmee is Kleukers benadering – die eveneens uitgaat van het declaratoire karakter van de jurisprudentie – relevanter geworden. Die benadering wil ik doortrekken naar Nederland aan de hand van een voorbeeld: de zaak van de CNV-jongeren en de FNV tegen de Staat inzake het minimumloon voor kinderen tussen 13 en 15 jaar. In die casus waren rechtbank en hof van mening dat er wetgeving tot stand gebracht moest worden, terwijl de Staat aanvoerde de rechtmatige keuze te hebben om dat niet te hoeven doen. Met name de positie van het hof is daarbij interessant, omdat dit hof enerzijds het door de rechtbank gegeven formele wetgevingsbevel vernietigde, maar anderzijds inhoudelijk wel tot dezelfde conclusies kwam als de rechtbank en het bestaan en schending van de wetgevingsplicht bevestigde. Ik zal dat uitwerken.

Kinderen in de leeftijd tussen 13 en 15 jaar mogen krachtens de Arbeidstijdenwet ‘niet-industriële arbeid van lichte aard’ verrichten, mits dit niet onder schooltijd gebeurt.<sup>84</sup> Van een minimumloon daarvoor is echter in Nederland geen sprake. Op dat punt zagen CNV-jongeren en de FNV een probleem. Ze wendden zich tot de Tweede Kamer en het ministerie van Sociale Zaken, maar kregen daar niet het gewenste gehoor. Daarop spanden ze een procedure aan bij de civiele rechter. Juridisch zagen de eisers in de afwezigheid van een minimumloon voor kinderen van 13 tot 15 een probleem met artikel 7 van het Europees Sociaal Handvest, waarin de verdragspartijen onder lid 5 zich verbonden hebben ‘het recht van jeugdige werknemers en leerlingen op een billijke beloning of andere passende uitkering te erkennen.’ Bij de Rechtbank Den Haag vorderen CNV-jongeren en het FNV zowel een verklaring voor recht als een formeel wetgevingsbevel om een einde te maken aan het in het licht van artikel 7 lid 5 ESH onrechtmatig ontbreken van minimumloon voor 13- en 14-jarigen.<sup>85</sup>

De Rechtbank Den Haag volgt de eisers in hun inhoudelijke stelling. In de ‘systematiek van artikel 7’ ziet de rechtbank ‘ook de verplichting om uitvoering te geven aan lid 5’, dat wil zeggen: een minimumloon vaststellen. ‘Ten aanzien van door jeugdige werknemers te verrichten (toegelaten) arbeid houdt die verplichting in dat de betreffende staat daarvoor via zijn wetgeving een minimumloonregeling treft.’ De rechtbank concretiseert dat verder als een verplichting om het Besluit minimumjeugdloonregeling aan te passen, nu dat Besluit zich ten onrechte beperkt tot de categorie jeugdigen van 15 jaar en ouder. In dat Besluit moet dus ook een voorziening voor de jongere werknemers worden getroffen. De hoogte van dat minimumloon stelt de rechtbank zelf niet vast. Dat gaat naar zijn oordeel de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.

In het dictum geeft de rechtbank een verklaring voor recht dat ‘de weigering van de Staat om een minimumloon vast te stellen voor jongeren in de leeftijdscategorieën van 13 en 14 jaar in strijd is met artikel 26 IVBPR in samenhang met artikel 7 ESH.’ Via artikel 26 IVBPR ontsloeg de rechtbank zich van de verplichting om te beoordelen of artikel 7 lid 5 wel een ieder verbindend was in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet en daarmee ook inroepbaar voor de rechter. Naast de verklaring voor recht beveelt de rechtbank de Staat om binnen

<sup>84</sup> Artikel 3:2 Arbeidstijdenwet.

<sup>85</sup> Rb. Den Haag 11 december 2002, *LJN* AF1787.

18 maanden alsnog te voorzien in een wettelijk minimumloon voor de bedoelde leeftijdscategorie. De rechtbank geeft hier een formeel wetgevingsbevel. In hoger beroep sneuvelt de ten uitvoerlegging van het formele bevel meteen als gevolg van een incident in de procedure. En wordt het later vernietigd.<sup>86</sup>

Inmiddels is het *Waterpakt*-arrest dan al geweest, en is het volgens het hof nog maar zeer de vraag of de rechter wel bevoegd is regelgeving niet zijnde een wet in formele zin te bevelen.<sup>87</sup> Bijna een jaar later – als de Hoge Raad ook *Faunabeheer* heeft gewezen, waaruit blijkt dat de rechter ook geen formeel wetgevingsbevel aan een provincie mag geven – vernietigt het hof het door de rechtbank gegeven bevel ook daadwerkelijk. Hoewel het niet besluitvorming van de Staten-Generaal of van Provinciale Staten betreft, maakt de omstandigheid dat bij een bevel derden gemoeid zijn die niet bij de procedure betrokken zijn dat de rechter niet bevoegd moet worden geacht bestuurswetgeving te bevelen. Bovendien herhaalt het hof wat het ook in de *Waterpakt*-procedure overwoog: materiële wetgeving is zo zeer met formele wetgeving verweven dat een onderscheid tussen het bevelen van formele wetgeving en het bevelen van (gedelegeerde) materiële wetgeving niet moet worden aangenomen.<sup>88</sup>

Het gaat mij hier om de verklaring voor recht zoals die in hoger beroep in stand blijft. Het hof duidt de kwestie duidelijk als een schending van een wetgevingsplicht. Het gaat om ‘de weigering van de Staat om het Besluit uit te breiden’. De grondslag wordt door het hof versmald tot artikel 26 IVBPR. Waar de rechtbank dat artikel alleen leek te gebruiken om de inroepbaarheid van het relevante recht zeker te stellen, constateert het hof dat ‘het niet vaststellen van een minimumjeugdloon voor 13- en 14-jarigen zelf al in strijd is met artikel 26 IVBPR’. Artikel 7 ESH laat het hof verder liggen.

In het cassatieberoep van de Staat tegen deze uitspraak corrigeert de Hoge Raad het hof inhoudelijk, omdat de Hoge Raad het door de wetgever gemaakte onderscheid niet ongerechtvaardigd vindt.<sup>89</sup> Daarop sneuvelt het beroep op artikel 26 IVBPR. Aan artikel 7 lid 5 ESH – waar het allemaal mee begon – komt ook de Hoge Raad niet toe, ‘reeds omdat aan dat artikel geen rechtstreekse werking toekomt’. Datzelfde geldt voor artikel 7 IVESC, waarna de Hoge Raad constateert dat hij zelf de zaak kan afdoen met een vernietiging van het arrest van het hof, van het vonnis van de rechtbank en met een afwijzing van de vorderingen van de FNV en CNV-jongeren.

Rechtbank en hof waren van mening dat op de Staat een plicht rustte om een minimumloon voor 13- en 14-jarigen vast te stellen. In het dictum van de rechtbank, in hoger beroep in stand gelaten, oordeelt de rechtbank in een verklaring voor recht dat sprake is van een schending van de verplichting. Wat de inhoud van die verplichting betreft, komt voldoende vast te staan dat het om de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften gaat. Er wordt een Besluit aangewezen dat moet worden uitgebreid. Bovendien sneuvelt het formele

<sup>86</sup> Zie paragraaf V.3.3.3.

<sup>87</sup> Hof Den Haag 8 januari 2004, *Gst.* 2004/149, *LJN* A09246.

<sup>88</sup> Hof Den Haag 24 maart 2005, *JAR* 2005/98, *LJN* AT3175.

<sup>89</sup> HR 10 november 2006, *JAR* 2006/306, *LJN* AY9216.

wetgevingsbevel in het hoger beroep juist omdat het een *wetgevingsbevel* was. Het is dus duidelijk dat sprake is van een geschonden wetgevingsplicht, volgens rechtbank en hof. Volgens de Hoge Raad bestaat er in dit geval geen wetgevingsplicht. In ieder geval geen die in rechte inroepbaar is. De reden voor dit verschil van inzicht met rechtbank en hof is dat de Hoge Raad artikel 26 IVBPR anders interpreteert. Een zelfstandig beroep op het ESH staat de Hoge Raad niet toe. In dit geval kan niet gezegd worden dat rechtbank en hof een absurde interpretatie van het geldende recht gaven. Evenmin kan dat van de Hoge Raad gezegd worden. Er lijkt dus sprake van een keuze om een wetgevingsplicht voor het minimumloon voor 13- en 14-jarigen aan te nemen. Die keuze heeft de rechter kennelijk en de wetgever dus ook. De vraag is nu of, in de lijn van Kleuker, de Nederlandse Hoge Raad in staat geweest zou zijn om de wetgever die keuze te ontnemen. Concreet: als de Hoge Raad het inhoudelijk eens was geweest met rechtbank en hof en de verklaring voor recht in stand had gelaten, was de wetgever dan verplicht geweest om het standpunt van de rechterlijke macht dat sprake is van een geschonden wetgevingsplicht te volgen? Voor een bevestigend antwoord op die vraag is noodzakelijk dat de interpretatie van de Hoge Raad bindend zou zijn geweest voor de wetgever. Alleen zo kan de wetgever een keuze worden ontnomen die hij eerst wel had. Is dat

In dit geval was de Staat zelf partij in deze procedure. Het procesrechtelijke gevolg van een verklaring voor recht is dat de inhoud daarvan tussen partijen vast komt te staan. Dat betekent dat als dezelfde partijen nog eens bij de civiele rechter komen – bijvoorbeeld voor schadevergoeding – de onrechtmatigheid van het overheidshandelen op dit punt reeds vast staat. Dit gezag van gewijsde lijkt mij te weinig om te concluderen dat de Staat en de wetgever gebonden zijn aan de rechtsvorming van de Hoge Raad. Het is meer een aankondiging van hoe het antwoord van de rechter zal luiden als dezelfde partijen eenzelfde oordeel van hem vragen.

Wel brengt de in de rechtspraak heersende declaratoire opvatting met zich mee dat, als het cassatieberoep zou zijn verworpen, de Hoge Raad zelf van mening zou zijn geweest dat hij uitsluitend heeft vastgesteld waaraan de wetgever blijkt te zijn gebonden, en strikt genomen geacht moet worden altijd al aan gebonden te zijn geweest. Maar de vraag is of de opvatting van de Hoge Raad dat hij de betekenis van het geldend recht alleen maar vastgesteld heeft voldoende is om ook de wetgever aan die vastgestelde betekenis te binden. Anders gezegd: zou de wetgever ook gebonden zijn aan een oordeel van de Ombudsman omdat deze van zichzelf vindt dat hij uitsluitend heeft vastgesteld dat er uit een verdrag een wetgevingsplicht voortvloeit? Of als het Comité voor Vrouwenrechten dat vindt? Dat hun standpunten gezaghebbend kunnen zijn in de politieke arena is iets anders dan een juridische binding.

Het is niet eenvoudig om in het Nederlandse recht de binding aan rechterlijke rechtsvorming te construeren die nodig is om te kunnen spreken van het *ontnemen* van een keuze aan de wetgever. Ik wil een voorstel doen op basis

van de rechtszekerheid en de positie van de rechtspraak in de democratische rechtsstaat. De redenering luidt dat de rechtszekerheid meebrengt dat *ergens* het laatste woord gesproken moet worden over de vraag of het verdragsrecht een wetgevingsplicht bevat. Gezien de *province and duty* van de rechter *to say what the law is* spreekt de rechterlijke macht, of de organen aan wie de functie 'rechtspraak' geattribueerd is, in beginsel het laatste woord. Een verklaring voor recht die door de Hoge Raad zelf wordt gegeven, in een procedure waarbij de Staat partij is, lijkt mij de meest koninklijke vorm van dit spreken van het laatste woord en het binden van de wetgever aan de *res interpretata*. Er ontstaan wel afbakeningsproblemen bij de vraag of het alleen de Hoge Raad is, of alleen de civiele rechter, of alleen een 'rechter' überhaupt, aan wiens rechtsvorming een regelsteller gebonden wordt. Eveneens is het de vraag of die binding alleen ontstaat door rechtsoordelen in een dictum of ook in (dragende) overwegingen.

Maar ook tegen een bindende rechtsvorming langs de koninklijke weg (een verklaring voor recht van de Hoge Raad in een procedure waar de Staat partij is) zijn bezwaren te formuleren. Met name de benadering die veel waarde hecht aan een 'dialogo' tussen rechter en wetgever zou zich tegen een al te strakke binding van de wetgever aan het standpunt van de Hoge Raad kunnen verzetten. Waar moet de dialoog immers over gaan, als de Hoge Raad heeft 'vastgesteld hoe het zit'? Deze benadering van de rol van de rechter als een dialoog tussen rechter en wetgever zal verder worden uitgewerkt in hoofdstuk III. In het kader van het algemeen dogmatische karakter van dit hoofdstuk, is duidelijk dat er onvoldoende basis is om een algemeen standpunt te formuleren ten aanzien van de status van rechterlijke rechtsvorming. De definitie van een materieel wetgevingsbevel zal op dat punt hier dan ook open blijven. Wel zie ik in de 'keuzeontnemende rechtsvorming' van Kleuker een bruikbare benadering om voor Nederland een materieel wetgevingsbevel te definiëren.

### II.3.7 Materieel wetgevingsbevel

Ik wil de volgende definitie van een materieel wetgevingsbevel voorstellen:

Een materieel wetgevingsbevel is aan de orde wanneer de rechter een schending van een wetgevingsplicht (of de onmiddellijke dreiging daarvan) vaststelt en daarbij op een voor de betrokken regelsteller bindende wijze recht vormt.

Ik zal de verschillende elementen van deze definitie apart toelichten. In de eerste plaats is sprake van het gebruik van het woord 'bevel', terwijl in de definitie niet is vereist dat sprake is van een bevelend, executoriaal dictum. Dat kan overigens wel. Een materieel en een formeel wetgevingsbevel kunnen prima samen voorkomen, zoals de casus over het minimumloon voor jeugdigen hierboven ook illustreerde. Daar was bij de rechtbank sprake van een materieel en een formeel wetgevingsbevel. Evenmin is in mijn definitie vereist dat de rechter gebruik maakt van prescriptieve formuleringen of, ruimer genomen,

<sup>90</sup> Donner 1982, p. 40-48, stelt bijvoorbeeld dat de wetgever wel is gebonden aan de rechterlijke interpretatie van verdragen, maar niet aan de rechterlijke interpretatie van de Grondwet. Wat de precieze grondslag van het verschil is, blijft (mij) onduidelijk. Kortmann 1996, p. 55, meent dat de wetgever wel de ruimte heeft om uitdrukkelijk voor een eigen interpretatie van het verdragsrecht te kiezen.

appelerende formuleringen in de richting van de wetgever, zoals Behrendt en Kleuker wel deden. Hoewel het zeker niet valt uit te sluiten dat de rechter de constatering dat hier sprake is van een geschonden wetgevingsplicht aanvult met enige aansporende opmerkingen in de richting van de wetgever, vereist is het niet.

Het gebruik van het woord ‘bevel’ voor zowel de materiële als de formele benadering kan verwarrend werken, omdat voor een materieel bevel noch een executoriaal dictum noch bevelende formuleringen *vereist* zijn. Toch acht ik het gebruik van het begrip ‘bevel’ te rechtvaardigen. Er moet ook sprake zijn van voor de regelsteller bindende rechterlijke rechtsvorming. Dat is een duidelijk beslissende bijdrage van een rechter. In verband daarmee is ook van belang dat het moet gaan om een geconstateerde *schending* van een wetgevingsplicht of de onmiddellijke dreiging daarvan. Als de rechter uitsluitend rechtsvormend vaststelt dat sprake is van een wetgevingsplicht zijn daar te weinig gevolgen voor de regelsteller aan verbonden om nog van een materieel *bevel* te spreken.

In de tweede plaats veronderstelt een materieel wetgevingsbevel voor *de betrokken regelsteller bindende* rechterlijke rechtsvorming. Dit element van de definitie laat veel open. Alleen *als* sprake is van binding van het betrokken regelstellende ambt aan de rechterlijke rechtsvorming, is sprake van een materieel wetgevingsbevel. In het kader van dit hoofdstuk blijft dit element van de definitie in hoofdzaak open.

In de derde plaats moet sprake zijn van *rechterlijke rechtsvorming*. Voor een definitie daarvan knoop ik aan bij Wiarda's typen van rechtsvinding, en over hem heen bij het onderscheid van Montesquieu in zijn *Over de geest der wetten*. Het bekende citaat dat de rechters niet meer (mogen) zijn dan de ‘mond van de wet’, en ‘des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur’, verwijst naar de rol van de rechter binnen de regeringsvorm ‘republiek’. In een republiek ligt de soevereiniteit bij velen (democratie) of bij weinigen (aristocratie). Anders wordt de rol van de rechter in de twee andere regeringsvormen die Montesquieu onderscheidt: de monarchie en de despotie, waar de soevereiniteit bij de enkeling ligt. In een despotische staat is geen wet maar heerst de willekeur. Ook bij de rechter. Hij doet daar wat goed is in zijn eigen ogen. Hij is ‘lui-même sa règle’. In een monarchie is daarentegen wel sprake van een (door de monarch uitgevaardigde) wet. Dat heeft gevolgen voor de rol van de rechter. Waar de wet duidelijk is, volgt de rechter de wet zoals in een republiek. Maar ‘là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit.’ Waar de wet niet duidelijk is, zoekt de rechter in een monarchie naar de geest van de wet om daarin te handelen.<sup>91</sup>

Wiarda heeft deze verschillende rollen van de rechter in de verschillende regeringsvormen op een continuüm geplaatst om de rol van de rechter in één regeringsvorm te analyseren. Het continuüm verloopt van enerzijds het in een republiek geëigende type ‘heteronome rechtsvinding’, waar de rechter een spreekbuis van de wet is, tot anderzijds het type van de ‘autonome rechtsvinding’, waar de rechter moet optreden als een naar billijkheid oordelend scheidsman.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, boek XI; Nederlandse vertaling: J. Bolier, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2006.

Daarbij vijlt Wiarda wel een scherp randje weg. Het type van de autonome rechtsvinding omvat niet alles wat Montesquieu beschrijft van de rechter in de despotische staat. Wiarda blijft spreken van autonome rechtsvinding en hij verwijst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid waar een rechter zich in situaties van autonome rechtsvinding op moet verlaten. Het zijn van de rechter als ‘lui-même sa règle’, zoals Montesquieu dat van de rechter in een despotische staat beschrijft, omvat bij Wiarda eigenlijk alleen de autonomie ten opzichte van de wet. Niet (ook) de willekeur die Montesquieu beschrijft.<sup>92</sup>

De in dit proefschrift gehanteerde definitie van rechtsvorming sluit aan bij Wiarda's grens tussen volstrekt heteronome rechtsvinding en het meer of minder bijmengen van meer autonome elementen. Een spreekbuis van de wet is de rechter volgens Wiarda in die gevallen waar ‘over de betekenis van de ingeroepen rechtsregels geen verschil van mening bestaat’. De rechter past dan gewoon de wet toe, en de kwalificatie ‘bouche de la loi’ is ten aanzien van wat de rechter dan doet niet eens misplaatst.<sup>94</sup> Waar onzekerheid ten aanzien van het recht bestaat, zullen de wettelijke voorschriften ‘een zekere bewerking, vertolking, interpretatie moeten ondergaan omdat zij óf onduidelijk óf onvolledig zijn.’<sup>95</sup> De rechter moet daar keuzes gaan maken. Daarmee wordt de rechtsvinding meer autonoom. Dat is het moment waarop de rechter aan de voor dit proefschrift relevante rechtsvorming gaat doen. Deze definitie sluit inhoudelijk grotendeels aan bij die van Groenewegen<sup>96</sup> en De Waele<sup>97</sup>. Deze definitie maakt in ieder geval geen gebruik van het ook wel gehanteerde onderscheid tussen technische, ambachtelijke doorontwikkeling van het geldende recht door de rechter, versus rechtsvorming die betrekking heeft op zogenaamde maatschappelijke kwesties: ‘kapitale, kwellende kwesties als abortus, stakingsrecht of euthanasie’<sup>98</sup> of rechtsvorming als de ‘vorming van geheel nieuw recht zonder enige geschreven wettelijke grondslag’.<sup>99</sup>

Rechtsvinding zal meer of minder autonoom kunnen zijn. Maar het onderscheid tussen technische rechtsontwikkeling en Rechtsvorming met een hoofdletter is, volgens mij, niet te maken door het wijzen op het rechtspolitieke karakter van een keuze die de rechter maakt. Het technisch doorontwikkelen van de rechtvaardigingsgrond overmacht als noodsituatie tot een mogelijkheid om euthanasie en moord van elkaar te scheiden, is dat een technische doorontwikkeling van het recht of een gewichtige rechtspolitieke keuze? Alle keuzes die de rechter maakt als het recht niet meer duidelijk is, zijn rechtspolitiek. Dat sommige keuzes daarbij politiek gevoeliger zijn dan andere, is meer afhankelijk van de politieke context van dat moment dan een aanwijsbare eigenschap van de rechtsvinding.

<sup>92</sup> Wiarda 1999, hoofdstuk 1.

<sup>93</sup> Vgl. Smith 2007, hoofdstuk 2.

<sup>94</sup> Wiarda 1999, p. 20.

<sup>95</sup> Wiarda 1999, p. 20.

<sup>96</sup> Groenewegen 2006, p. 40: ‘voor zover niet volledig duidelijk is wat het toepassingsbereik is en wat de rechtsgevolgen zijn van een regel, zal iedere beslissing in dat schemergebied rechtsvormend zijn’.

<sup>97</sup> De Waele 2009, p. 23: ‘De rechter schept recht telkens wanneer hij in een concrete geval een oplossing vindt die niet rechtstreeks uit een geschreven rechtsregel kan worden afgeleid’.

<sup>98</sup> Martens 2000, p. 748.

<sup>99</sup> C.A.J.M. Kortmann, ‘De rechtsvormende taak van de Hoge Raad’, in: W.M.T. Keukens, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (ed.), *Raad & daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37; Bovend'Eert 2009, p. 29-32.

Het aldus gedefinieerde materiële wetgevingsbevel heeft enige potentie om de *SGP*-casus, zoals geïntroduceerd in hoofdstuk I, verder te verhelderen. Een poging daartoe zal plaatsvinden in hoofdstuk VI.

### *II.3.8 Juridische gevolgen van het materiële wetgevingsbevel*

De juridische gevolgen van het materiële wetgevingsbevel in het kader van de handhaving van wetgevingsplichten zijn, zeker in vergelijking met het formele wetgevingsbevel, niet groot. Het materiële wetgevingsbevel opent niet de weg naar dwangsommen en termijntellingen omdat het materiële wetgevingsbevel zelf geen executoriaal dictum vereist maar ziet op de bindende rechterlijke rechtsvorming. Dat is dan ook het juridische gevolg ervan: de rechtsvorming is bindend voor de betrokken regelsteller. Evenzeer zal de betrokken rechtsvorming delen in de gevolgen van kracht en gezag van gewijsde. Als tussen partijen eenmaal vaststaat dat sprake is van een geschonden wetgevingsplicht, dan blijft dat zo in toekomstige, gelijke procedures.

Dit verschil in juridische gevolgen van een formeel en een materieel wetgevingsbevel betekent dat als een gemeenteraad in strijd met de duidelijke wetgevingsplicht uit de Gemeentewet geen inspraakverordening vaststelt, hij verplicht is dit te doen omdat de Gemeentewet het zegt, en even zo veel keer als een rechter een formeel bevel heeft gegeven om een inspraakverordening vast te stellen. De grondslagen van de verplichting die door het formele wetgevingsbevel ontstaan worden dus steeds talrijker, naar de mate er meerdere formele bevelen worden gegeven door de rechter. Wanneer echter onduidelijk is of een raad verplicht is tot het vaststellen van een inspraakverordening kan het geval zich voordoen dat de rechter op een voor de gemeenteraad bindende wijze vaststelt dat wel degelijk sprake is van een verplichting om een inspraakverordening vast te stellen. Dit is een materieel wetgevingsbevel. Dat kan echter maar een keer ‘gegeven’ worden. De rechter stelt op een bindende wijze de verplichting vast. Alleen de eerste keer dat hij dat doet is sprake van een duidelijk aanwijsbare ‘bijdrage’ van de rechter aan het bestaan van die verplichting (de rechter ‘vormt’ en ‘constateert’ tegelijk wat hij heeft gevormd). Als dezelfde rechter later nog een aantal maal constateert dat de betrokken gemeenteraad nog steeds geen gevolg heeft gegeven aan de verplichting-zoals-eerder-door-de-rechter-uitgelegd, dan doet die rechter in die volgende keren niet meer dan constateren van het bestaan van een reeds bindend gevormde verplichting.

De ‘politieke gevolgen’ van het formele wetgevingsbevel doen zich wellicht grotendeels ook voor bij het materiële wetgevingsbevel. De duidelijkheid over de schending van de wetgevingsplicht wordt evenzeer door de rechter geboden. De psychologische druk die kan ontstaan op de politieke ambten is mogelijk wat zwakker, omdat er politiek gezien wellicht verschil kan worden gemaakt tussen de rechter die rechtsvormend vastgesteld heeft dat iets verplicht is en een rechter die bevolen heeft om iets te doen. Het is echter zeer de vraag of dat onderscheid in de politieke praktijk gemaakt wordt. Ik kom hier bij de *casestudy's* op terug.

### II.3.9 Concluderende samenvatting

De uiteenzettingen in deze paragraaf hebben deels het karakter van omzwervingen. Het is daarom goed de gevonden resultaten meer systematisch met elkaar in verband te brengen en op te sommen.

De rol van de rechter bij wetgevingsplichten valt uiteen in een aantal figuren. In de eerste plaats het formele wetgevingsbevel. Dat is aan de orde wanneer de civiele rechter of de bestuursrechter gebruik maken van hun bevoegdheden om te bevelen en zich daarbij richten tot regelstellende ambten met een interventie die ingrijpt in het proces van regelstelling.

In de tweede plaats stel ik voor een materieel wetgevingsbevel te definiëren: wanneer de rechter een schending van een wetgevingsplicht (of de onmiddellijke dreiging daarvan) vaststelt en daarbij op een voor de betrokken regelsteller bindende wijze recht vormt. Deze definitie veronderstelt rechtsvorming. Die acht ik aanwezig wanneer de rechter de conclusie dat een wetgevingsplicht is geschonden, niet zuiver ‘heteronoom’ kan trekken, in de zin die Wiarda daaraan toekent. De rechterlijke rechtsvorming moet wel bindend zijn voor het betreffende regelstellende ambt.

Voor wat de juridische gevolgen betreft, blijkt dat een formeel wetgevingsbevel een duidelijke bijdrage levert aan de handhaving van wetgevingsplichten. Bij een formeel bevel komt er een ander type grondslag voor de verplichting bij de reeds bestaande wetgevingsplicht: de regelsteller moet in ieder geval het bevel opvolgen. Bij een materieel wetgevingsbevel (dat zich overigens prima in combinatie met het formele bevel kan voordoen) is het belangrijkste juridische gevolg dat de wetgever gebonden wordt aan de rechtsvorming van de rechter waarmee de laatste heeft vastgesteld dat sprake is van een schending van een wetgevingsplicht.

Een materieel wetgevingsbevel kan uiteindelijk misschien als volgt geïllustreerd worden. Wanneer een fietser een rood verkeerslicht nadert, is hij verplicht te stoppen. Wanneer er naast het rode verkeerslicht een agent staat die een aanstormende fietser beveelt te stoppen, heeft de fietser twee redenen om te remmen: omdat het licht op rood staat en omdat de agent dat zegt. Dezelfde verplichting (stoppen) krijgt twee grondslagen. Dat is wat er gebeurt bij een formeel wetgevingsbevel. Er was al sprake van een verplichting, het formele bevel voegt er een nieuwe, andersoortige grondslag aan toe. Dit werkt even zoveel keer als het bevel wordt gegeven. Staan er vijf agenten bevoegd te bevelen dat er gestopt moet worden, dan zijn er zes grondslagen voor de verplichting om te stoppen.

Het materiële wetgevingsbevel ontstaat in een variatie hierop. Als een fietser een verkeerslicht nadert waarvan niet duidelijk is op welke kleur het staat, dan heeft hij de keuze. Is hij van mening dat het rood is, dan doet hij er goed aan om te stoppen. Beoordeelt hij de kleur anders, dan mag hij voorshands doorrijden. Als er een willekeurig iemand naast het verkeerslicht staat die meedeelt dat de

kleur naar zijn mening moet worden opgevat als ‘rood’, dan is dat niet anders. Zelfs niet als het de Ombudsman of Pieter van Vollenhoven betreft. Maar wat als er een agent naast het verkeerslicht staat die niet beveelt dat er gestopt moet worden, maar louter vaststelt dat hier sprake is van een rood stoplicht? Wanneer aangenomen moet worden dat het aan de agent is om de kleur van het verkeerslicht op een bindende wijze vast te stellen, ontstaat met de mededeling dat ‘het rood is’ de verplichting voor de fietser om te stoppen. Niet krachtens in combinatie met de finale bevoegdheid van de agent om de kleur van het verkeerslicht in het concrete geval vast te stellen. Een mededeling van een agent dat het rood is, lijkt dan wel heel erg sterk op een bevel om te stoppen.

Doet de mening van de agent er niet zo veel toe, dan kan de fietser het standpunt van de agent voor kennisgeving aannemen en alsnog besluiten door te fietsen. Wil de agent in dat geval bereiken dat zijn mening dat het rood is ook juridische gevolgen heeft, dan zal hij toch een ambtelijk bevel moeten geven. Met materiële wetgevingsbevelen is het evenzo. Ze zijn aan de orde als de rechter op een bindende wijze vaststelt dat sprake is van een (dreigende) schending van een verplichting.

## II.4 Conclusie

In dit hoofdstuk staat een dogmatische benadering van het wetgevingsbevel centraal. Een dergelijk bevel veronderstelt het bestaan van een wetgevingsplicht. In de typische vorm is dat een norm die zich tot een regelstellend ambt richt en inhoudelijk betrekking heeft op regelstelling. Een bijzondere variant daarvan is de zogenaamde conformeringsplicht. Deze plicht schrijft voor dat de regelstellende ambten hun eigen regelbestand rechtmatig houden, dat wil zeggen alle regels die onrechtmatig zijn wegens strijd met hoger recht aanpassen of intrekken. Verdedigd is dat in het Nederlandse recht sprake is van een algemene nationale conformeringsplicht.

De rol van de rechter bij wetgevingsplichten heeft verschillende vormen. Een duidelijke bijdrage aan de handhaving van wetgevingsplichten wordt geleverd als de rechter een zogenaamd ‘formeel wetgevingsbevel’ geeft. Een bevelend dictum met de mogelijkheid van een aanvullende dwangsom.

Bij een meer materiële benadering van het wetgevingsbevel komen ook andere typen bijdragen van de rechter in beeld. De rechter kan in verband met het principieel declaratoire karakter zelf geen wetgevingsplichten creëren. Maar de rechter kan wel rechtsvormend bijdragen aan het bestaan van een wetgevingsplicht of de constatering van een schending ervan. Wanneer de rechtsvorming bindend is voor de betrokken regelsteller is daarbij tot op zekere hoogte sprake van het ontnemen van een keuze van de regelsteller. Deze bijdrage van de rechter vertoont dermate veel gelijkenis met het formele wetgevingsbevel dat een omschrijving als ‘materieel wetgevingsbevel’ gerechtvaardigd is. Dit hoofdstuk doet een voorstel voor een dergelijke definitie.





# ‘Mijn stoel, als u begrijpt wat ik bedoel’

Essay over de rol van de rechter en wetgevingsbevelen

### III.1 Inleiding

*Waterpakt* is een van de weinige arresten waarin de Hoge Raad openlijk de fundamentele kaart van de staatsrechtelijke verhoudingen trekt. Wie door staatsrechtelijke jurisprudentiebundels bladert, treft nog vaak dezelfde terloopse toon als die waarop ‘wetmatigheid’ in enkele zinnen werd vervangen door ‘rechtmatigheid’.<sup>101</sup> Andersom markeren de gevallen waarin de Hoge Raad de fundamentele kaart wel trekt uiteraard belangrijke momenten. In het *Meerenberg*-arrest van 1879 werkte de Hoge Raad ‘het stelsel der Grondwet ten aanzien van de magt des Konings in het algemeen’ uit tot een ‘nauwkeurig onderscheid’ tussen de wetgevende macht, die wordt uitgeoefend door de Koning en de Staten-Generaal gezamenlijk, en de uitvoerende macht, die aan de Koning is toevertrouwd.<sup>101</sup> Met dit arrest zette de Hoge Raad definitief een punt achter de Koninklijke besluitenregering die de Oranjes zich eerder in de 19e eeuw gepermitteerd hadden. In plaats daarvan vestigde de Hoge Raad het legaliteitsbeginsel, krachtens hetwelk er geen bevoegdheid tot regelgeving meer bestaat zonder grondslag in de wet of de Grondwet. De motivering van het arrest *Pocketbooks II* is eveneens fundamenteel van karakter.<sup>102</sup> Inzet was de vraag of een daad van materiële wetgeving een onrechtmatige overheidsdaad kan zijn. De Hoge Raad beantwoordde die vraag bevestigend, onder andere met een verwijzing naar ‘de aard van de wetgevende functie’ zelf. In het *Harmonisatiewet*-arrest bracht de Hoge Raad zijn ‘traditionele plaats in het staatsbestel’ in stelling tegen een uitbreiding van de toetsingsbevoegdheden.<sup>103</sup> In *Arbeidskostenforfait* beriep de Hoge Raad zich op ‘de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen’ om de grenzen van zijn rechtsvormende taak te trekken.<sup>104</sup>

Wanneer de Hoge Raad zijn eigen constitutionele rol als argument gebruikt, trekt hij zichzelf, in zekere zin, aan de eigen haren omhoog. De Hoge Raad wordt onderdeel van en eindverantwoordelijke voor de constitutionele verhoudingen. *Harmonisatiewet* illustreert dat. Daar somt de Hoge Raad de in de literatuuresignaleerde monistische verhouding tussen regering en parlement op bij de argumenten voor een beperkte uitleg van het constitutioneel toetsingsverbod. Een elders, in de relatie tussen regering en parlement verstoord machtsevenwicht telt als argument voor compenserende rechterlijke toetsingsbevoegdheden. De vraag verschuift van wat de grondwetgever bedoeld heeft met artikel 120 naar wat de Hoge Raad goed vindt voor het machtsevenwicht. Een dergelijke zelfverheffing levert een zekere onaantastbaarheid op die ook schuilt in de verwijzingen naar ‘de aard van de wetgevende functie’, ‘de traditionele plaats van de rechter’ of ‘de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen’. Dat zijn geen van alle punten waarop de rechter gemakkelijk bijgestuurd zou kunnen worden

<sup>100</sup> HR 31 januari 1919, NJ 1919/161, LJN AG1776 (*Lindenbaum/Cohen*).

<sup>101</sup> HR 13 januari 1879, W. (1879) 4330 (*Meerenberg*).

<sup>102</sup> HR 24 januari 1969, NJ 1969/316, LJN AC4903 (*Pocketbooks II*).

<sup>103</sup> HR 14 april 1989, NJ 1989/469, LJN AD5725 (*Harmonisatiewet*).

<sup>104</sup> HR 12 mei 1999, BNB 1999/271, LJN AA2756 (*Arbeidskostenforfait*). Zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest hoofdstuk IV.

door een gewone wetswijziging, of wijziging van de Grondwet. Fundamentele argumentatie tendeeft naar rigide argumentatie: wat de Hoge Raad uitspreekt zal niet snel anders kunnen luiden.

Dit alles geldt voor *Waterpakt*. Het wetgevingsbevel is bepaald geen technische kwestie van burgerlijk recht. De Hoge Raad brengt fundamenteel constitutioneel geschut in stelling. Vertrekpunt van de redenering is artikel 81 Grondwet, dat wetgevende macht aan regering en Staten-Generaal gezamenlijk attribueert. Dit gegeven, in combinatie met de 'eveneens op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende organen', is voor de Hoge Raad het eerste argument om geen formele wetgevingsbevelen te geven. In de tweede plaats refereert de Hoge Raad aan het verschil tussen het buiten toepassing laten van wetgeving krachtens artikel 94 Grondwet enerzijds en het bevelen wetgeving tot stand te brengen anderzijds. Ten derde merkt de Hoge Raad, enigszins raadselachtig, op dat de vraag *of* een wet tot stand moet worden gebracht te allen tijde 'voorwerp van politieke besluitvorming' moet blijven, ook als vaststaat dat de wetgever verplicht is regels tot stand te brengen. Volgens de Hoge Raad heeft het wetgevingsbevel te maken met de constitutionele rol van de rechter en moet het, als consequentie van een juist begrip van die rol, worden afgewezen. Dit hoofdstuk benadert, in de vorm van een essay, het wetgevingsbevel in verband met de constitutionele rol van de rechter. Waar zit de botsing tussen die rol en het wetgevingsbevel precies – of bestaat die botsing niet? Nauwkeurige exegese van wat de Hoge Raad gezegd heeft, is voorwerp van later zorg.<sup>105</sup> Dit hoofdstuk heeft als doel argumenten en perspectieven te verzamelen die een verbinding leggen tussen de rol van de rechter en het wetgevingsbevel.

### III.1.1 Benaderingen van 'de rol van de rechter'

De rol van de rechter wordt in de Nederlandse literatuur verschillend beschreven. Een van de minst verhelderende benaderingen heeft het over stoelen.<sup>106</sup> De wetgever mag niet op de stoel van de rechter gaan zitten of aan de poten ervan zagen. Op zijn beurt moet de rechter wegblijven bij de stoel van de wetgever en de stoel van het bestuur. En er zijn meer stoelen dan de drie van Montesquieu. De rechter moet ook de stoel van de deskundige zien te vermijden en Kamerleden schijnen bij de aanschaf van een gevechtsvliegtuig niet op de stoel van generaals te mogen zitten.<sup>107</sup> Het begrip stoel is ongetwijfeld een kapstok met veel retorische kracht. Binnen het kader van dit essay is het echter weinig bruikbaar. Gaat de rechter op de stoel van de wetgever zitten als hij wetgeving beveelt? Dat hangt af van wat er met die stoel bedoeld wordt.

<sup>105</sup> Van hoofdstuk V, om precies te zijn. Een exclusieve focus op de motivering van de Hoge Raad zou in dit verband alleen zicht geven op de redenen om geen wetgevingsbevelen te geven.

<sup>106</sup> Het verslag van de conferentie van de Tweede Kamer over de Trias Politica, op 27 januari 2006, verscheen bijvoorbeeld onder de titel *Stoelendansen met de macht*. Den Haag: Tweede Kamer der Staten-Generaal 2006. Zie voor een snedige bespreking van het stoel-argument: R. Winter, 'De wet der wetten', in: R. Haentjes, *Saluut! Opstellen over (straf)wetgeving, Liber amicorum J. Verheul*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

<sup>107</sup> Voor de 'stoel van de deskundige': *Handelingen I* 2008/09, 18-926. Voor de 'stoel van de generaals': 'De JSF is van ons allemaal', *De Volkskrant*, 18 april 2004.

De benadering waarin het niet over stoelen maar over de plaats of positie van de rechter gaat, al dan niet in de Trias Politica, is beter uitgewerkt.<sup>108</sup> Vaak met een opsomming van de bevoegdheden om kennis te nemen van een vordering, van toetsingsbevoegdheden en van uitspraakbevoegdheden.<sup>109</sup> Zo kan de vinger worden gelegd bij ontwikkelingen in de rol van de rechter. Bijvoorbeeld de ontwikkeling van de civiele rechter, die zich eerst niet eens bevoegd achtte kennis te nemen van geschillen waarin de overheid stelde te handelen ter uitvoering van een publieke taak, naar wetgevingsgedingen waarin de rechter lagere regelgeving aan ongeschreven recht toetst, of formele wetten wegens strijd met een ieder verbindend verdragsrecht buiten werking stelt. Het is een benadering van de rol van de rechter, uitgedrukt in bevoegdheden.

Een derde benadering van de rol van de rechter legt nadruk op de functie van de rechter, in relatie tot wat rechtspraak is of zou moeten zijn. Dan gaat het over de taak van de rechter om geschillen te beslechten en effectieve rechtsbescherming te verlenen tegenover de plicht om volgens de wet recht te spreken.<sup>110</sup> Een voorbeeld van deze benadering is het beschrijven van plaats en functie van de Hoge Raad in termen van toepassingsjurisdictie en belangenjurisdictie.<sup>111</sup> Meer in het algemeen kent de rol van de rechter, uitgedrukt in de relatie tot de binding aan het recht, deze beelden: de rechter als toepasser van de wet, de rechter als ontwikkelaar van recht, de rechter als rechtsvinder, de rechter als rechtsvormer tot aan de rechter als rechtsschepper.<sup>112</sup> De discussie gaat tegenwoordig vaak over de grenzen van de rechterlijke rechtsvorming.<sup>113</sup> Duidelijk is dat er absolute grenzen zijn, bijvoorbeeld waar het gaat om het creëren van strafbare feiten of het in het leven roepen van colleges en vergunningenstelsels.<sup>114</sup> Dat vermag de rechter nooit. Maar daarna wordt het lastig. Analyses laten zien dat de Hoge Raad rekening houdt met een serie gezichtspunten bij het bepalen van de grenzen van zijn rechtsvormende taak. Die gezichtspunten kunnen in normatieve zin als *topoi* functioneren voor het bepalen van de grenzen van de rechterlijke rechtsvorming. Op die manier wordt invulling gegeven aan de politieke<sup>115</sup> of rechtspolitieke<sup>116</sup> rol van de rechter.

<sup>108</sup> Illustratief hiervoor zijn de verschillende titels van de bijdragen aan de bundel: *De Hoge Raad der Nederlanden. De Plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

<sup>109</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld Heringa e.a. 2012, 345-347.

<sup>110</sup> Artikel 11 Wet algemene bepalingen. Dit is overigens meer dan een archeologisch artikel.

Het drukt tevens een klassiek ideaal, of prototype, van courtness uit. M. Shapiro, *Courts. A comparative and political analysis*, Chicago: The University of Chicago Press 1981, hoofdstuk 1.

<sup>111</sup> Hirsch Ballin 1988, p. 211-237.

<sup>112</sup> Van Bogaert 2005, hoofdstuk VII.

<sup>113</sup> Waarbij moet worden opgemerkt dat dit doorgaans om een beperktere definitie gaat dan wat in hoofdstuk II als rechtsvorming werd gedefinieerd.

<sup>114</sup> Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 61; Polak 1987a, p. 24-25.

<sup>115</sup> Stolker 1993; Uzman & Stolker 2009. Zie verder hoofdstuk IV.

<sup>116</sup> N. Huls, *Rechter, ken uw rechtspolitieke positie. Een rechtssociologisch pleidooi voor een herkenbare rol van de rechter*, Utrecht: Lemma 2004, p. 62-65.

De *topoi* waarmee de rechter zijn rechtsvormende taak begrenst, betreffen niet alleen de binding aan het recht. Gezichtspunten als 'rekening houden met de publieke opinie' of met 'wetgeving in de maak' hebben weinig te maken met de binding aan wet of recht. Bij die laatste twee gezichtspunten is de benadering van de rol van de rechter verschoven naar een meer relationele benadering. Daarin is het primaat van de wetgever een belangrijk ijkpunt.<sup>117</sup> Uitgedrukt in relatie tot het primaat van de wetgever gaat het over de rechter als wetgever-plaatsvervanger of wetgever-verkenner.<sup>118</sup> Wetgever-plaatsvervanger is een rechter die zich rechtsvorming veroorlooft omdat hij meent dat de wetgever een prangende maatschappelijke kwestie te lang ongeregeld laat. De regeling van het stakingsrecht door de Hoge Raad geldt in dit verband vaak als voorbeeld.<sup>119</sup> Bij de rechter als wetgever-verkenner is de argumentatie minder negatief. De rechter treedt dan niet op ter compensatie van wat al lang geregeld had moeten zijn, maar als aftaster van wat nog onvoldoende uitgekristalliseerd is om door de wetgever te worden geregeld. Rechterlijke rechtsvorming rondom euthanasie figureert hierbij vaak als voorbeeld.<sup>120</sup> Het gaat in beide gevallen niet om de verhouding van de rechter tot de wet of het recht, maar om de verhouding tot de wetgever en diens veronderstelde motieven, gegeven de politieke context van het geval en het moment.

De vijfde benadering van de rol van de rechter grijpt niet aan bij zijn stoel, plaats, bevoegdheden, rechtsprekende functie of relatie met de wetgever, maar bij zijn attitude of houding.<sup>121</sup> Dan heet het, bijvoorbeeld, dat de rechter minder geneigd is om het woord van de wetgever als het laatste woord te beschouwen<sup>122</sup>, dat de houding van de Hoge Raad ten aanzien van mensenrechtenverdragen is veranderd<sup>123</sup> of dat de rechter zich ten opzichte van de politiek terughoudend opstelt<sup>124</sup>. Dit gaat over iets anders dan wat de andere benaderingen van de rol van de rechter registreren. Een oordeel kan passen binnen de taak van de rechter, zijn functie, zijn bevoegdheden of verhouding tot de wetgever, maar de rechter moet een specifieke uitspraak ook willen en durven doen. Het lastige van deze benadering is dat zij gebruik maakt van iets wat zich snel onttrekt aan de klassieke juridische waarneming. Van Dijk signaleert dat het eigenlijk rechtssociologische studie vereist om over de houding van de Hoge Raad te kunnen spreken.<sup>125</sup> Desondanks blijft het zinvol om in een meer klassieke juridische studie niet alleen oog te hebben voor de gebruikte motivering, maar ook voor waarschijnlijke of elders toegelichte motieven van een rechter en dergelijke. Dit gaat niet meteen over een rechter die zijn plicht verzaakt, of

<sup>117</sup> Schutgens 2009, p. 254; W.J.M. Voermans, 'Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever', *RegelMaat* 1998/1, p. 35-40; Voermans 2011, p. 54-56, met verdere verwijzingen.

<sup>118</sup> Rood 1993, p. 6; G.J.M. Corstens, *The rule of law*, rede ter gelegenheid van 25 jaar Grotius Academie, 3 november 2010, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>119</sup> Burkens e.a. 2012, p. 192-193; HR 30 mei 1986, NJ 1986/688, LJN AC9402 (*Collectieve acties Spoorwegen*).

<sup>120</sup> H.A.M. Weyers, *Euthanasie: het proces van rechtsverandering* (diss. RUG), 2002.

<sup>121</sup> Rood 1993, p. 4.

<sup>122</sup> T. Koopmans, 'Het leerstuk van de political question', in: M.G. Rood (red.) *Rechtens en politiek*, Zwolle, p. 9-24, p. 10.

<sup>123</sup> Van Dijk 1988; S.K. Martens, 'Incorporating the European Convention: the role of the judiciary' *European Human Rights Review*, 1998, p. 5-14.

<sup>124</sup> Brenninkmeijer 1992, p. 66.

<sup>125</sup> Van Dijk 1988, p. 184; N. Huls, *Rechter, ken uw rechtspolitieke positie. Een rechtssociologisch pleidooi voor een herkenbare rol van de rechter*, Utrecht: Lemma 2004.

laf is, of partijdig, of afhankelijk. Voordat het zo erg is, gaat het eerst over een rechter die verstandig beleid voert ten aanzien van het gebruik van zijn bevoegdheden en de ontwikkeling van nieuwe.

De hier kort geschetste benaderingen van de rol van de rechter kunnen allemaal in verband worden gebracht met het wetgevingsbevel. Het wetgevingsbevel is een volgende stap in de ontwikkeling van de uitspraakbevoegdheden. De vorming of articulatie van een wetgevingsplicht door een rechter kan de grenzen van zijn rechtsvormende taak raken of overschrijden. Het wetgevingsbevel is een bijzondere confrontatie tussen de wil van de wetgever en de wil van de rechter, en mogelijk in strijd met het primaat van de wetgever. Bovendien kunnen aan het geven van wetgevingsbevelen institutionele en politieke risico's verbonden zijn die de rechter moet willen en durven nemen. In dit essay zal ik de geschetste benaderingen verzamelen in een andere benadering, die zich ook leent voor een meer normatieve uitwerking: de rol van de rechter in de rechtsstaat.<sup>126</sup> Wat vloeit uit de beginselen van de rechtsstaat voort ten aanzien van de rol van de rechter? Wat pleit, vanuit die rechtsstatelijke rol van de rechter geredeneerd, voor het wetgevingsbevel en wat ertegen?

De rechter is voorwaarde en onderdeel van de rechtsstaat, maar ook een potentiële bedreiging voor diezelfde rechtsstaat. Een rechterlijke macht die zichzelf te veel aanmeet, die 'de bevoegdheid van de rechter onmatig uitzet', maakt zich kwetsbaar voor het verwijt de rechtsstaat tot een rechtersstaat te maken<sup>127</sup> en loopt het risico voorwerp te zijn van een congres onder de titel 'de rechter als dictator?'<sup>128</sup> Hiermee zijn meteen de grondposities van het rechtsstatelijke debat over wetgevingsbevelen gegeven. Voorstanders van een wetgevingsbevel kunnen wijzen op de heerschappij van het recht, die meebrengt dat ook de wetgever die ergens toe verplicht is een bevel van de rechter kan krijgen om die verplichting na te komen. Misschien wel *juist* een wetgever, als symbolisch sluitstuk van de *government of laws, and not of men*. Andersom kunnen tegenstanders van het wetgevingsbevel aanvoeren dat een rechter die zich bevelend tot zijn collega-staatsmachten gaat verhouden, de touwtjes in de Trias te veel in handen neemt. Zeker als die andere staatsmachten ook nog eens over een directere democratische grondslag beschikken, ligt het gevaar van institutionele zelfoverschatting van de rechter en daarmee versterking van het machtsevenwicht op de loer. Het wetgevingsbevel figureert in deze argumentatie als het voorbeeld bij uitstek van een *gouvernement des juges*.

### III.1.2 Opzet van dit hoofdstuk

Dit hoofdstuk is een essay over het wetgevingsbevel en de constitutionele rol van de rechter. De rol van de rechter zal allereerst worden opgebouwd vanuit de rechtsstaat. Paragraaf III.2 doet dat, door in de Nederlandse staatsrechtelijke literatuur de samenstellende delen van het rechtsstaatsbegrip te verzamelen en die vervolgens in verband te brengen met de rol van de rechter in het algemeen en het wetgevingsbevel in het bijzonder. Daarbij zal waar nodig

<sup>126</sup> Vgl. Brenninkmeijer 1992, p. 24-25; Van den Eijnden 2010, p. 393-397.

<sup>127</sup> Van der Pot 2006, p. 214.

<sup>128</sup> R.M.H. Jansen (red.), *De rechter als dictator? Verslag RAI0-congres 1987*, Lochern 1987.

worden gedifferentieerd tussen de aanwezigheid van de bevoegdheid wetgeving te bevelen en de frequentie van het gebruik ervan, alsook tussen formele en materiële wetgevingsbevelen. Aan sommige argumenten zal verder reliëf worden gegeven door de vergelijking met het (op termijn) buiten toepassing laten van wetgeving en rechterlijke rechtsvorming ter compensatie van een niet nagekomen wetgevingsplicht.

Voortbordurend op paragraaf III.2 zijn paragraaf III.3 tot en met III.6 deels uitwerkingen van in het rechtsstaatbegrip gevonden spanningen ten aanzien van het wetgevingsbevel en deels aanvullingen op de benadering van paragraaf III.2. Paragraaf III.3 gaat over Kelsens concept van de negatieve wetgever. Bij Kelsen levert dat niet de botsing tussen de machtscheiding en de effectieve rechtsbescherming op, die het tegenwoordig wel oplevert. Paragraaf III.3 zoekt de verklaring daarvoor in het verschuivende type wettelijk kader. Als het wettelijk kader verschuift van negatief naar positief, dan moet de rechter *of* volgen *of* genoeg nemen met minder effectiviteit. Paragraaf III.4 gaat hierop verder met een kort uitstapje naar het Amerikaanse *Supreme Court*. Beginnend met de beroemde *Brown v. Board of Education*-uitspraak heeft dit rechterlijk college zich op het pad van de positieve wetgever begeven. Het heeft niet uitsluitend rassensegregatie op scholen willen verhinderen maar in een serie vervolguitspraken gezocht naar manieren om actief integratie te verwezenlijken. Dit type verwezenlijkende jurisprudentie is in de Amerikaanse literatuur onder de noemer van *public law litigation* gebracht. Dat begrip zal in paragraaf III.4 besproken worden. De normatieve kritiek op *public law litigation*, met name van Fuller, kan vervolgens worden gebruikt om het begrip van de functie rechtspraak verder normatief in te vullen. Op dit punt werkt paragraaf III.4 paragraaf III.2 uit.

Paragraaf III.5 gaat over het snel aan populariteit winnende idee van een constitutionele dialoog. Binnen het kader van dit proefschrift gaat het dan om de dialoog tussen rechter en wetgever. Een dialogische interactie verzet zich op het eerste gezicht tegen een bevelsrelatie. Het aangaan van een dialoog met de wetgever is mogelijk een alternatief voor het formele wetgevingsbevel. Anderzijds kan een materieel wetgevingsbevel onmogelijk worden, wanneer de rechter niet in staat is tot voor de wetgever bindende rechtsvorming maar uitsluitend tot het bepleiten van – uiteindelijk – ook maar een mening. In paragraaf III.6, ten slotte, verwijdt het perspectief zich tot iets wat ik institutionele politiek noem. Ik kom daarin terug op de benadering van de rol van de rechter die rekening houdt met zijn motieven, en dan met name de politiek-strategische. Uiteindelijk moet de rechter een wetgevingsbevel ook willen geven en wordt de vraag relevant of het institutioneel verstandig is om daartoe over te gaan. Paragraaf III.7 is de samenvattende conclusie van dit hoofdstuk.

### **III.2 De rechtsstatelijke rol van de rechter en het wetgevingsbevel**

Ter invulling van het rechtsstaatbegrip sluit ik aan bij het WRR-rapport over (de toekomst van) de nationale rechtsstaat.<sup>129</sup> In dat rapport worden vier lagen

<sup>129</sup> WRR 2002, p. 23-26.

onderscheiden. Het eerste niveau gaat over de rechtsstaat als een grondidee van machtsverdeling en heerschappij van het recht. Iedereen is het ermee eens, maar het zegt ook weinig. Op het tweede niveau plaatst de WRR fundamentele rechtsbeginselen. Dat zijn 'zelfstandige waarden van de rechtsstaat, zoals het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.' Op het derde niveau zijn de juridische regelingen en de arrangementen te vinden waarmee de taakverdeling en de onderlinge verhoudingen tussen de staatsorganen geregeld zijn. Op dit niveau kunnen staten van elkaar verschillen zonder dat de rechtsstaat zelf in het geding is. Wel of geen constitutionele toetsing heeft weliswaar met de rechtsstaat te maken, maar het is niet beslissend voor de vraag of sprake is van een rechtsstaat. Op het vierde niveau, ten slotte, bevinden zich de praktische uitwerkingen, zoals de salarissen voor de rechters en dergelijke. Het gaat mij in dit hoofdstuk om wat de WRR het tweede niveau noemt: de fundamentele rechtsbeginselen. Die zijn voldoende concreet om in verband te worden gebracht met het wetgevingsbevel en voldoende normatief om een argument te zijn in de discussie daarover. Welke die beginselen dan zijn, zal ik afleiden uit handboeken staatsrecht<sup>130</sup> en uit twee inventariserende rapporten.<sup>131</sup> In de uitwerking van deze beginselen voor het wetgevingsbevel zal ook van andere literatuur gebruik gemaakt worden.

De zoektocht is dus gericht op elementen van het rechtsstaatsbegrip die eveneens de status van een (fundamenteel) rechtsbeginsel hebben. Dat zijn allereerst het legaliteitsbeginsel en de aanwezigheid van een rechterlijke macht die onafhankelijk en onpartijdig geschillen beslecht en effectieve rechtsbescherming biedt. Hoewel over de precieze reikwijdte gediscussieerd wordt, is de status van deze beginselen in het rechtsstaatsbegrip eigenlijk onbetwist. Vervolgens brengt de rechtsstaat in het algemeen de gedachte van een staatsvrije sfeer mee. Grondrechten, zeker de zogenaamde klassieke, hebben bij elkaar genomen de status van een rechtsstatelijk beginsel. Na deze drie beginselen wordt het diffuser in de staatsrechtelijke literatuur. Het voorkomen van concentratie van macht met het oog op de corrumperende werking ervan, het scheiden van machten, het verdelen van macht, of het streven naar machtsevenwicht worden door de WRR gerekend tot het grondidee van de rechtsstaat zelf. Andere definities van het rechtsstaatsbegrip gaan ook in op dit soort minimaal aan een staatsorganisatie te stellen eisen. Vaak wordt er daarbij gerefereerd aan de Trias Politica. Voor een deel is sprake van enige overlap met het legaliteitsbeginsel, dat het bestuur aan wetgeving bindt, en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Ik meen de literatuur recht te doen door hier twee rechtsstatelijke beginselen te onderscheiden: machtscheiding en machtsevenwicht dat *checks and balances* voorschrijft.

Nog minder eenduidig wordt de literatuur als het op democratie aankomt. Onbetwist is het nauwe verband tussen rechtsstaat en democratie. Maar de precieze status van democratie is onduidelijk. Soms komt er een beetje democratie mee met het legaliteitsbeginsel, als dat materieel wordt uitgewerkt tot de norm dat de hoofdpunten van wetgeving mede door de volksvertegenwoordiging moeten worden vastgesteld. Soms blijft het begrip democratie buiten

<sup>130</sup> Van der Pot 2006; Belinfante/De Reede 2012; Heringa e.a. 2012; Kortmann 2008; Koekkoek e.a. 2000; Burkens e.a. 2012.

<sup>131</sup> WRR 2002; Voermans & Gerards 2011, met name ook bijlage drie.

het rechtsstaatbegrip, maar is het er wel mee verbonden in de koppeling 'democratische rechtsstaat'. Soms ook, geldt democratie als een element van de rechtsstaat zelf. Vanwege de nauwe verbinding met de overige beginselen van de rechtsstaat, kies ik ervoor de democratie in het rechtsstaatbegrip te plaatsen. Democratie is dus eveneens een element van het rechtsstaatbegrip met de status van een rechtsbeginsel.

De verbinding tussen het wetgevingsbevel, de rol van de rechter en de rechtsstaat verloopt via deze fundamentele rechtsbeginselen: het legaliteitsbeginsel, het beginsel van machtscheiding, het beginsel van machts evenwicht, de onafhankelijke rechterlijke macht, de grondrechten en het democratiebeginsel. Ik werk deze verbinding per beginsel uit.

### III.2.1 Legaliteitsbeginsel

Het (staatsrechtelijke) legaliteitsbeginsel laat zich op verschillende manieren uitwerken.<sup>132</sup> Centraal staat steeds de binding van de overheid aan het recht. Welk overheidsoptreden precies gebonden wordt, is voorwerp van een klein grensconflict. Openbaar gezag,<sup>133</sup> elk overheidsoptreden,<sup>134</sup> overheidsoptreden waardoor burgers gebonden worden – in hun vrijheden beperkt worden<sup>135</sup>, iedere met dwang gepaard gaande overheidshandeling<sup>136</sup> of simpelweg: alle verplichtingen.<sup>137</sup> Wat de binding aan het recht betreft valt een tweevoudig karakter van het legaliteitsbeginsel op: er is een grondslag vereist en vervolgens conformiteit. Overheidsoptreden vereist een wettelijke grondslag en overheidsoptreden moet conform de wettelijke voorschriften zijn.<sup>138</sup> Verder kunnen nadere eisen worden gesteld aan het recht dat de grondslag is en dat bindt. Kortmann eist bijvoorbeeld een algemene regel als grondslag voor overheidsoptreden<sup>139</sup> en Van der Pot brengt een democratisch element in verband met het legaliteitsbeginsel<sup>140</sup>. Door de eis dat overheidsoptreden moet berusten op algemene regels gaat het legaliteitsbeginsel vooruitwijzen naar de machtscheiding en het democratische element creëert enige overlap met democratie als zelfstandig beginsel van de rechtsstaat. Daarmee is een eigenschap van het legaliteitsbeginsel geïllustreerd: het vloeit makkelijk weg naar het overkoepelende grondidee van de rechtsstaat, en verliest daarmee zijn bruikbaarheid voor het definiëren van de rol van de rechter. Voor zover dat laatste wel mogelijk is, kan worden gewezen op een taak voor de rechter om het legaliteitsbeginsel te handhaven, in zoverre dat de rechter bescherming biedt tegen onbevoegd of onrechtmatig overheidsoptreden. De focus daarbij is negatief: de rechter verhindert optreden zonder grondslag in wet of Grondwet. Wetgevingsbevelen komen (behoudens het bevel een regeling in te trekken) pas in beeld wanneer de overheid onrechtmatig nalaat regelgeving tot stand te brengen.

<sup>132</sup> Voor een overzicht met verdere verwijzingen: Voermans 2011, p. 7-10.

<sup>133</sup> Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag 2010, p. 40.

<sup>134</sup> Kortmann 2008, p. 51-52.

<sup>135</sup> Burkens e.a. 2012, p. 17.

<sup>136</sup> Belinfante/De Reede 2012, p. 13.

<sup>137</sup> Van Ommeren 1996, p. 104.

<sup>138</sup> Heringa e.a. 2012, p. 16.

<sup>139</sup> Kortmann 2008, p. 51-52.

<sup>140</sup> Van der Pot 2006, p. 651. Vgl. I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving* (diss. UvA), Den Haag: Vuga Uitgeverij 1984, p. 100-103.

Het legaliteitsbeginsel betekent ook dat de rechter zich moet beperken tot waartoe hij bevoegd is. Voor wetgevingsbevelen moet dus een grondslag in de wet of Grondwet kunnen worden aangewezen. Zoals uit hoofdstuk II bleek, zou een grondslag in het burgerlijke recht kunnen worden aangewezen, maar daar denkt de Hoge Raad in *Waterpakt* duidelijk anders over. In het bestuursrecht is ook een grondslag aan te wijzen voor formele wetgevingsbevelen aan bestuursorganen en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State maakt daar gebruik van.<sup>141</sup> Deze discussie over de specifieke grondslag van een rechterlijk wetgevingsbevel gaat echter niet meer over het niveau van de fundamentele rechtsbeginselen, maar – in de denivellering van de WRR – over niveau 3 en 4.<sup>142</sup> Zoals het legaliteitsbeginsel de neiging heeft te abstraheren tot het grondidee van de rechtsstaat, zo bestaat er evenzeer een tendens tot concretisering.

Resumerend: het legaliteitsbeginsel stelt voorwaarden aan optreden van de overheid. Voor zover het vooruitwijst naar een rol voor de rechter is dat vooral een negatieve functie: het verhinderen van onbevoegd overheidshandelen. Het legaliteitsbeginsel stelt eveneens eisen aan rechterlijk optreden: ook dat moet gebaseerd zijn op een wettelijke grondslag. Veel aanknopingspunten voor een verbinding tussen de rol van de rechter en het wetgevingsbevel levert dit niet op. Alleen de eis dat de rechter zelf over een deugdelijke grondslag moet beschikken om wetgevingsbevelen te geven en een mogelijke versterking van de handhaving van het legaliteitsbeginsel als de rechter onbevoegd gegeven regels wil laten intrekken.

### *III.2.2 Beginsel van machtscheiding*

Het beginsel van machtscheiding begint met de gedachte dat staatsgezag zich inhoudelijk in verschillende 'functies' laat verdelen. Door de bij deze functies behorende bevoegdheden te attribueren aan organen die in beginsel zelfstandig van elkaar opereren, wordt machtsconcentratie en daarmee de kans op machtsmisbruik tegengegaan.<sup>142</sup> De machtscheiding geldt, ondanks aanhoudende kritiek op haar vage karakter<sup>143</sup>, nog altijd als rechtsstatelijk beginsel in het Nederlandse staatsrecht.<sup>144</sup> Dat blijkt onder andere uit terminologie van de Grondwet. Hoofdstuk 5 heet 'wetgeving en bestuur' en hoofdstuk 6 is getiteld: 'rechtspraak'. Dat zijn ook de drie functies waarin het staatsgezag in de regel verdeeld wordt. Artikel 92, dat over de overdracht van bevoegdheden aan internationale organisaties gaat, maakt een gelijkkluidend onderscheid tussen bevoegdheden tot wetgeving, tot bestuur en tot rechtspraak. De Grondwet realiseert de machtscheiding voor het Nederlandse staatsrecht overigens niet volledig. De regering is zowel onderdeel van de wetgevende macht als de hoogste 'uitvoerende macht'. De machtscheiding geldt dus niet als een absolute eis. Ten aanzien van de rechterlijke macht is het beginsel van machtscheiding in het Nederlandse staatsrecht nog het meest ver doorgevoerd.

<sup>141</sup> Zie paragraaf II.3.1.

<sup>142</sup> Of: legaliteit met een kleine 'l', Voermans 2011, p. 62-63.

<sup>143</sup> Kortmann 2008, p. 49.

<sup>144</sup> H. Gommer, 'De mythe van de trias', AA 2007, p. 21-27 en H. Gommer, *Onder de rechter* (diss. UvT), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 117-118.

<sup>145</sup> Van der Pot 2006, p. 631-633; Heringa e.a 2012, p. 19-20; Bovend'Eert 2004, p. 244-253.

Voor de constitutionele rol van de rechter en het wetgevingsbevel biedt het beginsel van machtscheiding drie aanknopingspunten: valt het bevelen van wetgeving nog wel onder de functie rechtspraak? Ten tweede: is het geven van een dergelijk bevel – omgekeerd – ongeoorloofde rechterlijke deelname aan de functie wetgeving? En ten derde: is een bevelsverhouding tussen rechter en wetgever een opheffing van de zelfstandigheid van de wetgever en dus van de machtscheiding?

De eerste vraag vereist een definitie van rechtspraak. Dat is niet eenvoudig volgens Kortmann<sup>146</sup> en altijd een hachelijke zaak volgens Van der Pot, die daarbij terugkijkt op eerdere drukken vanaf 1940<sup>147</sup>. Desondanks is er wel een aantal aanknopingspunten.<sup>148</sup> Zo heeft de Grondwet het over het berechten van geschillen, al dan niet uit een burgerlijke rechtsbetrekking ontstaan, en over het berechten van strafbare feiten.<sup>149</sup> Niet vereist is dat het om geschillen tussen twee burgers gaat: conflicten met de overheid zijn ook geschillen in de zin van de Grondwet. Van den Eijnden definieert rechtspraak als een overheidsfunctie die wordt uitgeoefend door een onpartijdig en onafhankelijk rechterlijk orgaan, waarbij civiele geschillen of strafbare feiten worden berecht. Kenmerkend is verder dat het om een rechtsvraag moet gaan, die aan de hand van een specifieke procedure of rechtsgang concreet en bindend wordt beantwoord.<sup>150</sup> Deze invulling van rechtspraak sluit een wetgeving bevelende rechter niet uit: een geschil tussen burger en overheid kan de naleving van een wetgevingsplicht als inzet hebben. Een wetgevingsbevel als bindende beslechting is daarbij in beginsel voorstelbaar.

Bij de conclusie dat het wetgevingsbevel onder de definitie van rechtspraak kan worden gebracht, past een kanttekening. Het soort geschillen waarin een wetgevingsbevel aan de orde zal komen, is bepaald niet het klassieke soort geschil waarbij twee burgers een erfgrens betwisten.<sup>151</sup> Een wetgevingsbevel past maar moeizaam bij het perspectief van een rechter die geen resultaat in de toekomst nastreeft, die meer betrokken is op het geval dan op de algemeenheid en 'ruggelings de toekomst in wandelt'.<sup>152</sup> Er wringt hier iets, waar ik later meer precies de vinger op zal proberen te leggen. In dit stadium van het betoog volstaat de constatering dat wetgevingsbevelen wel onder de functie rechtspraak te brengen zijn, maar niet onmiddellijk voor de hand liggen. Eerder het omgekeerde is het geval. Op deze manier kan een (afgeleid) argument tegen het wetgevingsbevel worden geconstrueerd: geschillen met een wetgevingsbevel als inzet zijn misschien wel geschillen waar de rechter, gezien de machtscheiding, überhaupt niet thuishoort.

<sup>146</sup> Kortmann 2008, p. 256.

<sup>147</sup> Van der Pot 2006, p. 600.

<sup>148</sup> Van der Pot 2006, 805-809; Bovend'Eert 2008, p. 2-3; A.K. Koekoek, *Rechter en bestuur in constitutioneel perspectief*, Utrecht: Lemma 2001, p. 17-20; Kortmann 2008, p. 255-256.

<sup>149</sup> Artikel 112 en 113 Grondwet.

<sup>150</sup> Van den Eijnden 2011, p. 12-18.

<sup>151</sup> Vgl. Schutgens 2009, p. 248-249.

<sup>152</sup> W.T. Eijsbouts, *Onze primaire hoedanigheid* (Oratie Leiden), 2011, p. 12-13.

Het beginsel van machtenscheiding kan niet alleen via een definitie van rechtspraak met het wetgevingsbevel in verband gebracht worden. Dat kan ook via de functie wetgeving. Van wetgeving werd reeds in hoofdstuk II een definitie gegeven: het stellen van algemeen verbindende voorschriften, inclusief het wijzigen en het intrekken ervan.<sup>153</sup> Aldus gedefinieerd is een wetgevingsbevel niet problematisch. Het gaat immers enkel om het bevel, en niet om het regelgeven zelf. Er gaat zelfs een zekere voorkeur voor een wetgevingsbevel boven rechterlijke rechtsvorming van uit, omdat een bevel geven een minder grote inbreuk op de functie wetgeving maakt dan rechterlijke rechtsvorming doet. Wanneer de functie wetgeving meer procedureel gedefinieerd zou worden, ontstaan wel problemen met het wetgevingsbevel. De functie wetgeving kan bijvoorbeeld worden omschreven als een proces van initiatief nemen – uitwerken – voorstellen – vaststellen – uitvoeren – toetsen – intrekken van regelgeving.<sup>154</sup> Zo beschouwd, raakt het wetgevingsbevel de wetgevende functie wel. De wetgevende organen wordt immers het *initiatief* ontnomen. Bij een formeel wetgevingsbevel ontstaat een procesrechtelijke binding aan het bevelende dictum en in het geval van het materiële wetgevingsbevel heeft de rechter, bindend rechtsvormend, een optie afgesloten die de wetgever daarvoor wel had. Een processuele opvatting van de wetgevende functie maakt dat de rechter, wetgeving bevelend, deelneemt aan de wetgevende functie. Het beginsel van machtenscheiding verzet zich daartegen.

In de derde plaats kan vanuit het beginsel van machtenscheiding de vraag worden opgeworpen of een bevelsrelatie tussen twee machten hun principiële zelfstandigheid niet opheft. Zijn de wetgevende en de rechterlijke macht nog wel gescheiden van elkaar als de één de ander een bevel kan geven? Op dit punt bestaat verschil tussen het bestaan van de bevoegdheid om een wetgevingsbevel te geven en de frequentie van het gebruik ervan. Betoogd kan worden dat elk wetgevingsbevel reeds de machtenscheiding tussen rechter en wetgever schendt en dat dus de bevoegdheid in algemene zin moet worden afgewezen. Het is ook mogelijk om alleen bij veelvuldige en inhoudelijk gedetailleerde wetgevingsbevelen een bedreiging voor de principiële zelfstandigheid van de wetgever en daarmee voor de machtenscheiding aan te nemen. Het beginsel van machtenscheiding wijst op deze manier op een terughoudend gebruik van het wetgevingsbevel.

Resumerend: de machtenscheiding laat wetgevingsbevelen in beginsel toe. Wel kunnen er twee kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste raakt het wetgevingsbevel het initiatief van wetgeving, dat in een processuele definitie onderdeel de wetgevende functie is. En ten tweede eist het beginsel van machtenscheiding in ieder geval dat de zelfstandigheid van de wetgever niet ten onder gaat in een stortvloed van inhoudelijk gedetailleerde bevelen van de rechter.

<sup>153</sup> Zie hiervoor, paragraaf II.2.1.

<sup>154</sup> A. Riklin, *Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2006, p. 420-421; G. Boogaard, 'Rondrennende mieren', AA 2011, p. 416-418.

### III.2.3 Beginsel van machtsevenwicht

Machtenscheiding is geen doel op zich, maar wil concentratie van macht tegengaan en daarmee het risico op machtsmisbruik verkleinen. De enkele scheiding van machten is echter onvoldoende om al het mogelijke onheil te keren. Een macht kan afgescheiden van de andere machten nog altijd corrumpen en een staat in de staat gaan vormen. Het is om die reden, dat de machtenscheiding in een rechtsstaat wordt aangevuld met een serie zogenaamde *checks and balances*. Doel daarvan is om met een stelsel van wederzijdse controle een machtsevenwicht te realiseren dat het risico op machtsmisbruik verder verkleint.<sup>155</sup> In het licht van het beginsel van machtsevenwicht komt de rechter minder als beslechter van geschillen tussen burgers naar voren en meer als een controleur van zijn collega-staatsmachten.<sup>156</sup> Dat kan zelfs een scharnierfunctie worden: de rechter als 'garant van de algemene wet en daarmee van de gehele rechtsstatelijke ordening'.<sup>157</sup> Zo redenerend is de wenselijkheid van een wetgevingsbevel relatief makkelijk te onderbouwen: de rechter garandeert dat de wetgever zijn wetgevingsplichten nakomt.

Het beginsel van machtsevenwicht werpt echter ook een ander licht op de rechter, niet als handhaver maar als bedreiging van het evenwicht. De mogelijkheid tot het geven van een wetgevingsbevel is niet alleen een bevoegdheid tot het corrigeren van de wetgever, de bevoegdheid kan zelf ook te kwader trouw door de rechter worden ingezet. Bovendien verschuift – zeker bij het materiële wetgevingsbevel – de bevoegdheid tot het vaststellen van de vraag *of* sprake is van een geschonden wetgevingsplicht van de wetgever naar de rechter. Ook daarvan moet beoordeeld worden of het bijdraagt of afbreuk doet aan het machtsevenwicht. Ook hier is het relevant om onderscheid te maken tussen het bestaan van de bevoegdheid wetgeving te bevelen en de frequentie van het gebruik ervan.

Het beginsel van machtsevenwicht wijst in de discussie over het rechterlijke wetgevingsbevel dus niet in een duidelijke richting. Het beginsel vereist evenwicht, maar of de bevoegdheid tot het geven van wetgevingsbevelen daar aan bijdraagt of er juist een bedreiging voor is, hangt er vanaf. Het beginsel zal in een specifieke nationale context uitgewerkt moeten worden om een argument voor of tegen het wetgevingsbevel te worden. Nederland kent geen echt constitutioneel hof met een sterke positie als constitutioneel spelverdeler. Eerder is sprake van het tegenovergestelde. Belinfante/De Reede werken hun tweede grondregel (geen bevoegdheidsuitoefening zonder verantwoording of controle) in eerste instantie politiek, ambtelijk en bestuurlijk uit en pas in laatste instantie tot een rol voor de rechter.<sup>158</sup> Kortmann merkt op dat de Nederlandse verhoudingen zich, vergelijkbaar met de Britse en Scandinavische, kenmerken door een grote verantwoordelijkheid voor de politieke ambten om

<sup>155</sup> W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 69-74; Brenninkmeijer 1992, p. 27; Van der Pot 2006, p. 632-633.

<sup>156</sup> M.R. Wijnholt, 'Rechterlijke machtsuitoefening', in: *De rechter als dictator? Dynamiek in de trias: verschuivingen in de verhouding regelgeving, bestuur en rechtspraak*, Lochem: J.B. Van den Brink & Co 1987, p. 149-151, p. 150.

<sup>157</sup> Van Bogaert en Hoogers 2003, p. 9.

<sup>158</sup> Belinfante/De Reede 2012, p.14-18.

de constitutionele verhoudingen te controleren.<sup>159</sup> Aan deze observatie kan de voorzichtige conclusie worden verbonden dat bij de Nederlandse afstelling van de verhoudingen tussen de drie staatsmachten niet in de eerste plaats naar de rechter wordt gekeken, zeker niet als het om toezicht op het nalaten van de wetgever gaat. De bevoegdheid tot het geven van een wetgevingsbevel zou in zoverre een breuk met die traditie zijn en daarom minder goed passen bij de Nederlandse verhoudingen.

Resumerend: het beginsel van machtsevenwicht pleit op het eerste gezicht voor een rechterlijke bevoegdheid tot het geven van een wetgevingsbevel. Dat telt als *check* op de wetgever. Bij nader inzien gaat het echter niet alleen om het inbouwen van zoveel mogelijk *checks*, maar om het specifiek afstellen van een constitutioneel arrangement dat binnen een specifieke context een evenwicht realiseert. Zo beschouwd ligt het niet onmiddellijk voor de hand om in Nederland voor de handhaving van wetgevingsplichten naar de rechter te kijken.

### ***III.2.4 Onafhankelijkheid van de rechterlijke macht***

In recent onderzoek is het beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht uitgewerkt in drie dimensies.<sup>160</sup> De eerste eist een functionele onafhankelijkheid, die min of meer samenvalt met wat reeds is opgemerkt bij het beginsel van machtenscheiding. Verder gelden de zogenaamde personele en organisatorische dimensies. De personele onafhankelijkheid garandeert dat de rechter persoonlijk niets te vrezen heeft als hij uitvoert wat hij denkt dat het recht van hem vraagt. De organisatorische onafhankelijkheid ziet op de verhouding tussen de uitvoerende macht en de organisatie van de verschillende gerechten. Tot zover heeft het beginsel niet veel relevantie voor de discussie over wetgevingsbevelen, anders dan dat de rechter ze moet kunnen geven zonder te hoeven vrezen voor persoonlijke repercussies of organisatorische gevolgen voor zijn gerecht. De rechterlijke onafhankelijkheid betekent overigens niet dat de rechter niet zelf rekening zou kunnen of mogen houden met politieke omstandigheden die het geven van een wetgevingsbevel risicovol kunnen maken. Daar kom ik later op terug.

Het rechtsstatelijke beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht ziet niet alleen op de onafhankelijkheid, maar ook op de aanwezigheid van rechters en op de effectiviteit van de geboden rechtsbescherming. Juist tegen de overheid.<sup>161</sup> Op deze manier komt de rechter, net als bij het beginsel van machtsevenwicht, in beeld als handhaver van een wetgevingsplicht. Verschil is dat het beginsel van machtsevenwicht niet rechtstreeks naar de rechter wijst, terwijl het beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht wel een focus heeft op de rechter. Omgekeerd gaat het bij wetgevingsbevelen in het kader van het beginsel van machtsevenwicht om het garanderen van de constitutie zelf, terwijl het bij de onafhankelijke rechterlijke macht gaat om het beschermen van iemands recht op een regeling. In die zin is er dus verschil met de redenering via het machtsevenwicht, waarin het in algemene termen over de waarborg en de garant van de rechtsstaat ging.

<sup>159</sup> Kortmann 2008, p. 88-89.

<sup>160</sup> Zie hiervoor uitgebreid het werk van Van den Eijnden 2011.

<sup>161</sup> Kortmann 2008, p. 367; Voermans & Gerards 2011, p. 80-81.

Effectieve rechtsbescherming betekent niet onmiddellijk een wetgevingsbevel ter handhaving van een wetgevingsplicht. Het kan zelfs effectiever zijn als de rechter niet de wetgever beveelt een regeling vast te stellen, maar zelf het benodigde recht tot stand brengt. Rechterlijke rechtsvorming is echter niet altijd mogelijk. Bijvoorbeeld niet bij de hierboven gesignaleerde absolute grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter. In die gevallen kan een wetgevingsbevel de enig mogelijke rechtsbescherming zijn. Daarmee levert het beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht, uitgewerkt tot het vereiste van effectieve rechtsbescherming, een argument voor het wetgevingsbevel op: soms is het geven van een dergelijk bevel de meest effectieve rechtsbescherming.

De keuze tussen een formeel of een materieel bevel kan worden gezien vanuit de effectiviteit van de rechtsbescherming. Voorstelbaar is de redenering dat het formele wetgevingsbevel, waarbij een directe procesrechtelijke binding van de Staat of de wetgever ontstaat en dwangsommen kunnen worden opgelegd, effectiever is dan het materiële wetgevingsbevel, waarbij het effect afhangt van de binding van de wetgever aan de rechterlijke rechtsvorming. In deze redenering pleit het beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht dus voor een formeel wetgevingsbevel, boven een materieel.

Resumerend: het rechtsstatelijke beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht, uitgelegd in de richting van de *aanwezigheid* van *effectieve* rechtsbescherming, schuift de rechter naar voren als handhaver van wetgevingsplichten. Daarbij is een wetgevingsbevel niet altijd de meest effectieve vorm van rechtsbescherming, maar soms wel. Daarmee verzet het beginsel zich tegen een absoluut verbod op wetgevingsbevelen. Eveneens tendeeft dit beginsel naar een zekere voorkeur voor het formele bevel boven het materiële.

### III.2.5 Grondrechten

Het bestaan en de naleving van grondrechten hebben een rechtsstatelijke status. De daaruit voortvloeiende rol voor de rechter ligt voor de hand: de grondrechten waarborgen.<sup>162</sup> Het lijkt zelfs alsof in de literatuur over de rol van de rechter het waarborgen van grondrechten een van de meest krachtige legitimaties voor vergaande rechterlijke interventie is. Een rechter mag zich meer permitteren als dat nodig is om het grondrecht te verwezenlijken.<sup>163</sup> Maar zijn wetgevingsbevelen nodig om grondrechten te waarborgen? Wie de rechtsstatelijke grondrechten beperkt tot de klassieke *staatsonthouding*<sup>164</sup> zal niet snel uitkomen op een rechter die wetgevingsbevelen moet kunnen geven om grondrechten te waarborgen. Net als bij het legaliteitsbeginsel zal de inzet van de rechter in dat geval gericht zijn op het vernietigen, verbieden of anderszins blokkeren van handelingen waar de overheid zich van moet onthouden. Toch is er wel een redenering op te zetten waarin de waarborging van een klassiek grondrecht

<sup>162</sup> Van den Eijnden 2011, p. 397, spreekt over de 'waarborging van de grondrechten'; Heringa e.a. 2012, p. 13-15, heeft het over de 'bescherming van fundamentele rechten, de grondrechten.'

Dit soort formuleringen van het rechtsstaat-element 'grondrechten' wijzen naar een rol voor de rechter.

<sup>163</sup> Corstens, bijvoorbeeld, maakt bij het formuleren van de grenzen van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad een voorbehoud dat het dan niet moet gaan om de bescherming van grondrechten. G.J.M. Corstens, *The rule of law*, rede ter gelegenheid van 25 jaar Grotius Academie, 3 november 2010. Zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>164</sup> Zoals bijvoorbeeld Kortmann doet. Kortmann 2008, p. 367.

door de rechter op een wetgevingsbevel uitloopt. Bijvoorbeeld de volgende redenering. De enkele aanwezigheid van een bepaling die homoseksualiteit in de privésfeer met straf bedreigt, kan een schending van het recht op privacy zijn.<sup>165</sup> Een voor de hand liggende rechterlijke remedie daartegen zou vernietiging van die bepaling door de rechter zijn, maar de Nederlandse rechter beschikt niet over die bevoegdheid. Dat kan een argument zijn om wel te voorzien in de bevoegdheid een bevel tot intrekking van het gewraakte voorschrift te geven. In zoverre loopt de redenering gelijk op met de redenering over de rol van de rechter bij het handhaven van het legaliteitsbeginsel. Maar er komt in dit geval iets bij. De grondrechtenbescherming tegen het aanwezig hebben van bepaalde strafbepalingen is misschien meer gediend als de wetgever verplicht wordt de bepaling in te trekken via dezelfde procedure als waarmee hij is vastgesteld, inclusief alle normen met betrekking tot advisering, openbare beraadslaging en publicatie. Maar, toegegeven, het verband tussen de rechtsstaat, de daaruit voortvloeiende rol van de rechter en het wetgevingsbevel wordt zo wel een beetje gezocht.

Minder gezocht wordt het als niet alleen de zogenaamde klassieke grondrechten rechtsstatelijk relevant zijn, maar ook de sociale. De waarborging van sociale grondrechten maakt het wetgevingsbevel wenselijker en in sommige gevallen zelfs noodzakelijk. Met name het verbod van discriminatie, dat deels klassiek en deels sociaal van karakter is, stelt de rechter wel in staat te beoordelen wat *niet* toelaatbaar is, maar laat hem vaak met lege handen bij de vraag wat er *wel* moet gebeuren.<sup>166</sup> Dat kan worden opgelost met volstrekt vrije rechterlijke rechtsvorming, maar ook hier geldt dat het benodigde recht niet altijd gevormd kan worden door de rechter. In die gevallen is het bevelen van wetgeving de enige mogelijkheid voor de rechter om aan de waarborging van het verbod van discriminatie bij te dragen. In andere gevallen zou de rechter de rechtsvorming misschien nog wel ter hand kunnen nemen, maar is het onwenselijk dat de rechter zich in de vrije ruimte begeeft die ontstaat na de toepassing van het gelijkheidsbeginsel.

De verbinding tussen grondrechten, de rol van de rechter en wetgevingsbevelen is het sterkst waar een sociaal grondrecht geformuleerd is als een wetgevingsplicht. 'De wet stelt regels omtrent de aanspraken op sociale zekerheid', bijvoorbeeld, of: 'Nederlanders hier te lande, die niet in het bestaan kunnen voorzien, hebben een bij wet te regelen recht op bijstand van overheidswege.'<sup>167</sup> Verschillende beginselen van de rechtsstaat wijzen dan in de richting van een wetgevingsbevel. Wanneer de wetgever nalaat een regeling tot stand te brengen, vraagt het beginsel van machtsverhouding, uitgewerkt in *checks and balances*, om een garant en waarborg hiertegen. Dat zou heel goed de rechter kunnen zijn die een bevel geeft een regeling omtrent aanspraken op sociale zekerheid tot stand te brengen. Wanneer een Nederlander, hier te lande, niet kan voorzien in zijn bestaan en zijn heil zoekt bij de rechter, zal deze zoeken naar een daadwerkelijk

<sup>165</sup> Zie de casus in paragraaf VI.3.4.

<sup>166</sup> Vgl. De Boer 1985, p. 84-87.

<sup>167</sup> Artikel 20 Grondwet, respectievelijk lid 2 en 3.

rechtsmiddel. Dat kan door, met voorbijgaan van de eis dat het om een *bij wet te regelen* recht op rechtsbijstand gaat, zelf te bedenken welk bedrag gepast is en de Staat te bevelen dat bedrag te gaan betalen. Dat kan ook door te bevelen dat de wetgever de in de Grondwet voorschreven wetgevingsplicht nakomt. Het realiseren van het grondrecht op bestaanszekerheid door de rechter biedt hier de derde rechtsstatelijke grondslag voor een wetgevingsbevel.

Resumerend: het rechtsstatelijk beginsel dat de aanwezigheid van grondrechten en de waarborging daarvan door de rechter voorschrijft, wijst in de richting van een wetgevingsbevel. Bij het waarborgen van klassieke grondrechten ligt het niet onmiddellijk voor de hand, maar is het ook niet uitgesloten. Bij de handhaving van een in dit verband hybride grondrecht, zoals het verbod van discriminatie, komt een wetgevingsbevel al eerder in beeld. Bij de waarborging van sociale grondrechten kan een wetgevingsbevel zelfs voor de hand komen te liggen.

### III.2.6 *Democratie*

Democratie is het laatste hier besproken fundamentele rechtsbeginsel van de rechtsstaat. Ook hier is in de literatuur sprake van grensconflicten over de precieze reikwijdte. De meest minimale uitwerking luidt dat wetgeving, althans de fundamentele delen ervan, tot stand moeten komen met medewerking van de volksvertegenwoordiging.<sup>168</sup> Een daarmee corresponderende rol van de rechter is het toezien op constructies waarmee gedelegeerd wordt en op het type vraagstukken dat gedelegeerd wordt. Daar waar regels te ver van de kiezer worden vastgesteld, of daar waar te belangrijke vraagstukken worden gedelegeerd, zou het democratiebeginsel kunnen wijzen op een plicht voor de rechter om te interveniëren. Daarbij is een verbinding naar het wetgevingsbevel mogelijk, omdat daarmee juist de betrokkenheid van een volksvertegenwoordiging verplicht kan worden.

Het democratiebeginsel werkt ook tegen het toestaan van een wetgeving bevelende rechter. Wanneer het wordt geduid als primaat van de wetgever of als ruimte voor politieke besluitvorming waar de rechter buiten moet blijven, en daaronder valt mede het wetgevingsinitiatief, dan moet de rechter zich juist van wetgevingsbevelen onthouden. Voor de rechter is in het licht van het primaat van de wetgever een passieve, volgende rol weggelegd.<sup>169</sup> In het kader van het materiële wetgevingsbevel speelt daarbij in het bijzonder dat niet de wetgever zelf, maar de rechter bijdraagt aan het bestaan van de wetgevingsplicht doordat hij rechtsvormend oordeelt dat sprake is van een (dreigende) schending. Daarmee wordt het primaat van de wetgever nog meer geraakt dan bij een formeel wetgevingsbevel.

Wordt het beginsel van democratie ingevuld met inhoudelijke voorwaarden voor verkiezingen<sup>170</sup> of met de kwaliteit van de feitelijke democratische besluitvorming, dan zou het beginsel weer kunnen worden uitgewerkt ten gunste van het

<sup>168</sup> Kortmann 2008, 52; Belinfante/De Reede 2012, p. 18.

<sup>169</sup> A.F.M. Breninkmeijer, 'De plaats van de rechter in de constitutionele rechtsorde', in: *De rechter als dictator? Dynamiek in de trias: verschuivingen in de verhouding regelgeving, bestuur en rechtspraak*, Lochem: J.B. Van den Brink & Co 1987, p. 51-70.

wetgevingsbevel. De redenering verloopt deels op een wijze die vergelijkbaar is als ten aanzien van de grondrechten – waarmee ook inhoudelijk overlap bestaat. Als de rechter, bijvoorbeeld, een gebrek in het kiesrecht wil repareren, komen de absolute grenzen van zijn rechtsvormende taak al snel in beeld. Het vernietigen van een verkiezingsuitslag, een denkbaar alternatief, kan een onbegaanbare weg zijn omdat daarmee de samenstelling van het orgaan dat de gewraakte kiesregels zou moeten aanpassen geraakt wordt. Er dreigt een repeterende breuk die kan worden voorkomen door een bevel te geven de regeling van het kiesrecht aan te passen. Verder komt een wetgevingsbevel in beeld als het democratiebeginsel voorschrijft dat de rechter de zogenaamde *channels of political change* moet kunnen doorspoelen.<sup>171</sup> De rechter bevordert dan met een wetgevingsbevel het feitelijke functioneren van de democratie.

Resumerend: het democratiebeginsel is vooral een argument tegen het wetgevingsbevel. Het geeft de rechter een passieve, volgende rol ten opzichte van de wetgever. Ten faveure van het wetgevingsbevel kan wel worden opgemerkt dat het democratisch proces soms gediend is met bevelend interveniëren van de rechter. Dat is voorstelbaar waar de rechter betrokkenheid van een volksvertegenwoordiging wil realiseren, een gebrek in het kiesrecht wil redresseren of waar de politieke kanalen verstopt zitten.

### III.2.7 Samenvatting

Vanuit de rechtsstatelijke rol van de rechter is een pleidooi voor en een pleidooi tegen het wetgevingsbevel te houden. De uitwerking van die rol geeft een nadere onderbouwing.

Een aantal beginselen tendeert naar wetgevingsbevelen. In het geval er belanghebbenden zijn, die om rechtsbescherming vragen, pleit het beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht, uitgewerkt tot effectieve rechtsbescherming, voor de mogelijkheid voor de rechter om een wetgevingsbevel te geven. Het kan de rechtsbescherming immers effectiever maken. Dat geldt zeker daar waar rechterlijke rechtsvorming uit de aard der zaak geen soelaas biedt, zoals bijvoorbeeld bij een wetgevingsplicht tot het creëren van strafbare feiten. Voor zover uit de rechtsstatelijk vereiste grondrechten een rol voor de rechter voortvloeit ter waarborging van die grondrechten, ontstaat eveneens een rechtsstatelijk argument voor de mogelijkheid om wetgeving te bevelen, zeker als dat om sociale grondrechten gaat.

Aanvullend op de rechtsbescherming werkt het beginsel van machtsevenwicht, uitgewerkt in *checks and balances*. Dan treedt de rechter niet op als de beschermer van iemands specifieke belangen, maar als een *check* tegen schending van wetgevingsplichten door de wetgever en als waarborg voor een machtsevenwicht. Het probleem van deze argumentatie is echter dat die niet onmiddellijk oplevert dat de Nederlandse rechter wetgevingsbevelen moet kunnen geven. Dat is dan weer afhankelijk van de wijze waarop het Nederlandse machtsevenwicht precies

<sup>170</sup> Belinfante/De Reede p. 18-19.

<sup>171</sup> Vgl. T. Koopmans, annotatie bij HR 21 maart 2003, NJ 2003/691, LJN AE8462.

Hij pleit voor een wetgevingsbevel in de gevallen waarin de kanalen van de democratie verstopt zitten.

is afgesteld. Desalniettemin kan in algemene zin worden volgehouden dat de mogelijkheid van een wetgevingsbevel een *check* is op de wetgever.

Vanuit het beginsel van machtsevenwicht kan ook oppositie tegen het wetgevingsbevel worden gevoerd. Eveneens kunnen vanuit het beginsel van machtenscheiding rechtsstatelijke vraagtekens worden geplaatst. Een structureel en gedetailleerd wetgeving bevelende rechter heft de *scheiding* tussen de rechter en de wetgever op en vervangt die voor een hiërarchische relatie. Bovendien speelt vanuit het beginsel van machtenscheiding de vraag of wetgeving bevelen geen symptoom is van een type geschilbeslechting dat maar moeilijk past in een functionele omschrijving van rechtspraak. Toch wijst dat alles niet eenduidig in de richting van de absolute ongeoorloofdheid van een wetgevingsbevel.

Het pleidooi tegen het wetgevingsbevel wordt aanmerkelijk sterker als het opgebouwd wordt vanuit het democratiebeginsel, uitgewerkt tot een 'primaat van de wetgever' en een in beginsel passieve rol voor de rechter ten opzichte van politieke besluitvorming. In dit perspectief is het een gevoelige stap als de rechter zich in het wetgevingsinitiatief zou gaan mengen. Bovendien maakt het democratiebeginsel duidelijk dat iemands vrijlating bevelen als zijn vrijheidsbeneming onrechtmatig is (artikel 15 lid 2 Grondwet) nog iets anders is dan de volksvertegenwoordiging bevelen van haar wetgevende bevoegdheden gebruik te maken. Bij de rol van de rechter, zoals die uit het rechtsstatelijke democratiebeginsel volgt, past een wetgevingsbevel slechts met grote moeite. Alleen daar waar een de rechter zich juist uit naam van het functioneren van die democratie opstelt – bijvoorbeeld om vastzittende *channels of political change* door te spoelen – is een democratisch betoog ten gunste van het wetgevingsbevel voorstelbaar.

Deze samenvatting maakt de rechtsstatelijke discussie over de rol van de rechter en het wetgevingsbevel tot de algemene confrontatie tussen rechtsbescherming en democratie. Of tussen rechtsstaat en democratie – voor wie het democratiebeginsel niet tot de rechtsstaat rekent. In die discussies gaat het ten diepste om de spanning tussen de definities en opvattingen over recht (iets wat moet worden beschermd en gerealiseerd door de rechter) en politiek (iets waarvoor de rechter ruimte moet laten en waarvan de resultaten moeten worden gerespecteerd). De begrippen overlappen elkaar bij het wetgevingsbevel. De vrijheid om aan politiek te doen, die de rechter de wetgever volgens het democratiebeginsel moet laten, is vanuit het perspectief van de rechtsbescherming de onbestaanbare mogelijkheid tot het onrechtmatig nalaten een wetgevingsplicht uit te voeren.

### III.3 De negatieve wetgever & wetgevingsbevelen

In paragraaf III.2 bleek dat het beginsel van machtenscheiding zich tegen een wetgeving bevelende rechter begint te verzetten, wanneer de wetgevende functie processueel wordt gedefinieerd. Als het initiatief tot wetgeving onderdeel van de wetgevende functie is, dan is de machtenscheiding een argument tegen het wetgevingsbevel. Het democratiebeginsel steunt deze redenering. Het wijst op een passieve rechter ten opzichte van politieke besluitvorming, ook over de

vraag of een wet tot stand moet worden gebracht. Bezien vanuit de positie van de rechter kunnen deze bezwaren worden geherformuleerd tot een argument voor de rechter om zich ten opzichte van de wetgever te beperken tot negatieve uitspraakbevoegdheden: de rechter mag effectief verhinderen waar de wetgever het initiatief niet toe had mogen nemen, maar moet nalaten zich rechtstreeks te mengen in waar de wetgever het initiatief zou moeten nemen. Dit onderscheid tussen positieve en negatieve uitspraakbevoegdheden komt vaker voor in de jurisprudentie. Het is ook wel ingezet tegen het wetgevingsbevel. In deze paragraaf wil ik deze begrenzing van de rol van de rechter nader uitwerken met Kelsens concept van de *negative Gesetzgeber*.

### III.3.1 Kelsens *negative Gesetzgeber*

Kelsen onderscheidt niet in de eerste plaats tussen wetgeving, bestuur en rechtspraak, maar tussen rechtstoepassing en rechtsvorming.<sup>172</sup> Rechtsvorming en rechtstoepassing lopen in elkaar over. Er zijn verschillende *Stadien der Gemeinschaftswillensbildung*: 'Verfassung, Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt und richterliches Urteil und Vollstreckungsakt.'<sup>173</sup> Het is een continuüm tussen aan de ene kant de *Grundnorm*, die volledig rechtsvormend is, en helemaal aan het andere einde de ten uitvoerlegging van een rechterlijk vonnis,<sup>174</sup> waar geen rechtsvorming meer aan te pas komt. Rechtsvorming is bij Kelsen dan ook meer dan het creëren van *algemene* normen. Een norm kan ook individueel zijn. Een strafrechtelijke veroordeling is rechtsvormend omdat daar ten minste een individuele norm voor de veroordeelde in het leven wordt geroepen.

In zijn pleidooi voor een constitutioneel hof in Oostenrijk observeert Kelsen dat het parlement de neiging heeft om zichzelf primair als rechtsvormer te beschouwen en daarbij te vergeten dat het tegelijkertijd verplicht is de normen uit de (materiële) constitutie toe te passen.<sup>175</sup> Om die reden beveelt Kelsen een externe instantie aan, die als een *wirksame Garantie* kan functioneren door wetten die niet gemaakt hadden mogen worden, te vernietigen. Deze bevoegdheid tot vernietigen betekent deelname aan de wetgevende functie. De vernietiging van algemeen verbindende voorschriften heeft immers evenzeer een wetgevend karakter als het intrekken ervan.<sup>176</sup> In dit kader karakteriseert Kelsen het door hem voorgestelde constitutionele hof als een *negative Gesetzgeber*.<sup>177</sup> De rechter vernietigt wat de wetgever niet had mogen doen. Dat de rechter deelneemt aan de wetgevende functie wordt gerelativeerd door het negatieve karakter daarvan. Kelsen gebruikt het concept van de rechter als negatieve wetgever feitelijk als een geruststelling. Niet als een normatieve grens, zij het, dat het geruststellende karakter natuurlijk alleen kan bestaan wanneer het kwalijker zou zijn geweest wanneer de rechter *meer* dan alleen een negatieve wetgever was geweest. De botsing tussen constitutionele toetsing en de wetgevende functie ziet Kelsen niet primair in de problemen met de toepassing van vage constitutionele normen. Als een grondwettelijke norm voor meerdere uitleg vatbaar is, dan is

<sup>172</sup> A.M. Bos, *Geregeld Recht: een rechtspositivistische analyse van de rechtsstaat* (diss. UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 67-140.

<sup>173</sup> Kelsen 1929, p. 31.

<sup>174</sup> Kelsen 1945, p. 134-139.

<sup>175</sup> Kelsen 1929, p. 53.

<sup>176</sup> Kelsen 1928, p. 224-226.

<sup>177</sup> Kelsen 1929 p. 56; Kelsen 1928, p. 226; Kelsen 1945, p. 268-269; Brewer-Carías 2011, p. 5-12.

dat eenvoudig een gebrek aan de grondwet. Die moet zich zo precies mogelijk uitdrukken.<sup>178</sup>

Kelsen gebruikt de *negative Gesetzgeber* niet alleen als geruststelling, hij heeft er ook geen harde grens aan rechterlijke uitspraakbevoegdheden mee voor ogen. Aanvullend op de bevoegdheid tot het vernietigen van wetten, pleit hij voor de bevoegdheid om de wet die gold voor de vernietigde weer in oude luister te herstellen. Deze bevoegdheid 'um generelle Normen positiv in Geltung zu setzen' is positief van karakter.<sup>179</sup> Als hij deze bevoegdheid aanbeveelt voor het Amerikaanse *Supreme Court* schrijft Kelsen: 'A decision of the Constitutional Court by which not only a statute was annulled but also a preceding rule was restored was not a mere negative but a positive act of legislation.'<sup>180</sup> Op fundamentele bezwaren van rechtsstatelijke aard stuiten deze positieve uitspraakbevoegdheid en daaruit voortvloeiende rol van de rechter bij Kelsen verder niet.

Centraal staat de noodzaak van een *wirksame Garantie* van een grondwet jegens een parlement. Het negatieve karakter van de uitspraakbevoegdheden is een geruststellende karakterisering, *geen* absolute grens. De vraag naar wat er moet gebeuren als de negatieve uitspraakbevoegdheden van de rechter geen afdoende *wirksame Garantie* vormen, wordt door Kelsen niet beantwoord, hoewel hij de kwestie wel signaleert:

'There is a remarkable technical difference between provisions of the constitution forbidding and provisions prescribing a certain content for future laws. The former have, as a rule, legal effects, the latter have not. If the legislative organ issues a law the contents of which are forbidden by the constitution, all the consequences take place which an unconstitutional law entails according to the constitution. If the legislative organ however, simply omits issuing the law prescribed by the constitution, it is hardly possible to attach legal consequences to such an omission.'<sup>181</sup>

Kelsen komt er in de door mij geraadpleegde literatuur niet meer op terug, zodat de vraag naar een *wirksame Garantie* voor wetgevingsplichten open blijft. Daarvoor ligt een verklaring heel erg voor de hand: het grondwettelijk kader van de liberale rechtsstaat in de dagen van Kelsen stelde nauwelijks het soort positieve eisen aan de wetgever die de sociale rechtsstaat wel stelt. Shapiro en Sweet leggen een dergelijk verband. Zij wijzen op de afwezigheid, destijds, en de onwenselijkheid, volgens Kelsen, van afdwingbare mensenrechten. 'Kelsens distinction between the positive legislator and the negative legislator relies almost entirely on the absence, within the constitutional law, of enforceable human rights.'<sup>182</sup>

<sup>178</sup> Vgl. Van Bogaert & Hoogers 2003, p. 21.

<sup>179</sup> Kelsen 1929, p. 73.

<sup>180</sup> H. Kelsen, 'Judicial Review of Legislation: A comparative Study of the Austrian and American Constitution', *The Journal of Politics* 1942, p. 183-200, p. 199.

<sup>181</sup> Kelsen 1945, p. 262.

<sup>182</sup> M. Shapiro & A. Sweet, *On law, politics and judicialization*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 147-148.

Het gaat bij deze uitwijding over Kelsen om de vraag of bij de geestelijk vader van het begrip *negative Gesetzgeber* handvatten te vinden zijn voor het oplossen van de spanning tussen de rechtsstatelijke beginselen die voor en beginselen die tegen een wetgevingsbevel pleiten. Kelsen zelf blijkt het begrip *negative Gesetzgeber* nauwelijks normatief te gebruiken en zeker niet als absolute grens. Dat er een probleem ontstaat bij een rechter die zowel een *negative Gesetzgeber* als een *wirksame Garantie* wil zijn voor wetgevingsplichten, heeft Kelsen zich wel gerealiseerd. Dat hij dat probleem niet oplost met een keuze voor een van beide, kan heel wel verklaard worden door de klassieke liberale rechtsstaat, de achtergrond waartegen Kelsen schreef. De conclusie is daarmee dat Kelsen de spanning weliswaar niet oplost, maar ook dat het onderscheid tussen negatieve en positieve uitspraakbevoegdheden stamt uit de tijd dat het nog geen spanning opleverde.

### III.3.2 *Behrendts injonctions en de negatieve wetgever*

Het onderzoek van Behrendt, dat wat zijn systematiek betreft reeds in hoofdstuk II is besproken<sup>183</sup> borduurt in veel opzichten voort op Kelsen. Daarbij telt een wetgevingsbevel bij Behrendt als een positieve uitspraakbevoegdheid, wanneer de rechter zich daarmee dwingend uitlaat over de inhoud van *toekomstige* normen. Een enkel bevel tot intrekking van een wettelijk voorschrift is bij Behrendt dus nog geen positieve uitspraakbevoegdheid.<sup>184</sup> Dat geldt wel voor veel *injonctions* die Behrendt aantrof in de Duitse, Franse en Belgische constitutionele jurisprudentie. Die gaan verder dan Kelsens concept van de negatieve wetgever. Dat is echter het gevolg van het gewijzigde karakter van het wettelijk kader, vervolgt Behrendt. De positieve *injonctions* waren nodig om effectief de problemen op te lossen waarmee de constitutionele hoven rechtmatig geconfronteerd werden.<sup>185</sup> Behrendt blijft dus vasthouden aan het *wirksame* karakter van de *Garantie* ten koste van het negatieve karakter van de rechterlijke interventies. Zijn antwoord op Kelsens vraag wat de juridische consequenties zouden kunnen zijn van wetgevend nalaten: het negatieve karakter opgeven en *injonctions* geven.

### III.3.3 *Conclusie*

De in paragraaf III.2 gesignaleerde spanning tussen de rechtsstatelijke beginselen ten aanzien van het wetgevingsbevel, kan in Kelsens termen worden geherformuleerd tot de botsing tussen de *negative Gesetzgeber* en de *wirksame Garantie* van wetgevingsplichten. Kelsen lost die spanning verder niet op, maar dat kan heel wel zijn omdat dat ook niet nodig was. Er ontbrak een positief-wettelijk kader waarvan de rechter de *wirksame Garantie* moest zijn. Uit deze omstandigheid kan een waarschuwing worden afgeleid tegen het onverkort doortrekken van de begrenzing van de rechter, in de zin dat hij zich tot negatieve uitspraakbevoegdheden zou moeten beperken. Als Kelsen de *negative Gesetzgeber* al als normatieve grens bedoelde, dan nog dateert dat uit een tijd waarin de nadelen ervan niet hoefden te worden geaccepteerd. In lijn hiermee accepteert

<sup>183</sup> Zie paragraaf II.3.4.

<sup>184</sup> Behrendt 2006, p. 437.

<sup>185</sup> Behrendt 2006, p. 441-442.

Behrendt, die in veel opzichten op Kelsens werk bouwt, het geven van wat hij *injonctions* noemt als het gevolg van een verschuivend wettelijk kader.

### III.4 Public law litigation & wetgevingsbevelen

In paragraaf III.2 werd ten aanzien van het realiseren van de grondrechten reeds opgemerkt dat een wetgevingsbevel wellicht van pas zou kunnen komen bij het verbod van discriminatie. De Boer, die dit in het *Staatkundig Jaarboek* van 1985 opmerkte<sup>186</sup>, verwees daarvoor naar de uitspraak van het Amerikaanse *Supreme Court* in de zaak van Linda Brown, het negenjarige meisje dat vanwege haar huidskleur niet werd toegelaten op de school van haar keuze. De uitspraak in haar zaak, *Brown v. Board Education*, betreft veel meer. Niet alleen maakte het *Supreme Court* zich breed en richtte het zich expliciet tot alle vergelijkbare gevallen, de uitspraak is ook het embleem geworden van een bepaald type jurisprudentie: *public law litigation*. Dat is het soort jurisprudentie waarin de rechter meebeweegt met het positief worden van het wettelijk kader. In plaats van zich te blijven beperken tot de negatieve uitspraakbevoegdheden om segregatie te verbieden, zette de Amerikaanse federale rechter zich ook in positieve zin aan het realiseren van integratie in het openbaar onderwijs. Dat betekende na verloop van tijd dat de rechter busvervoer van leerlingen ging verplichten. Deze paragraaf gaat over *Brown*, *public law litigation*, de kritiek daarop en de bruikbaarheid van dit alles voor de discussie over de rol van de rechter en het wetgevingsbevel.

#### III.4.1 *Brown*

In *Brown v. Board of Education of Topeka*<sup>187</sup> (*Brown I*) stelt het Amerikaanse *Supreme Court* zich op als *wirksame Garantie* van het discriminatieverbod. Inzet was de vraag of het raciale onderscheid in het openbaar onderwijs in strijd was met de zogenaamde *equal protection clause*.<sup>188</sup> Eerder vond het *Supreme Court* van niet, zolang de voorzieningen maar van een gelijkwaardig niveau waren.<sup>189</sup> In *Brown I* kwam het *Supreme Court* daarop terug en zette het een korte, unanieme, maar niet mis te verstane streep door de toelaatbaarheid van rassensegregatie in het openbaar onderwijs. Die was 'inherently unequal', aldus het Hof. Dat gold niet alleen voor de eisers in kwestie, maar voor iedereen in vergelijkbare omstandigheden.

'Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment.'

Met *Brown I* werd het Hof de 'eigenaar' van een omvangrijk en ingewikkeld probleem, zoals Chief Justice Warren zich ook realiseerde. *Brown I* vervolgt: 'the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity.' Partijen en relevante overheden werden daarom uitgenodigd te reflecteren op wat het Hof zou kunnen verordonnen. Het resultaat van deze

<sup>186</sup> De Boer 1985, p. 84-87.

<sup>187</sup> USSC 17 mei 1954, 347 U.S. 483 (*Brown I*).

<sup>188</sup> XIVe amendement bij de Amerikaanse Grondwet, sectie 1.

<sup>189</sup> USSC 18 mei 1896, 163 U.S. 537 (*Plessy v. Ferguson*). Ook wel: de *separate but equal doctrine*.

remedie-ronde komt een jaar later in *Brown II*.<sup>190</sup> Centraal staat dat 'all provisions of federal, state or local law requiring or permitting such discrimination must yield to this principle', waarmee *Brown I* bedoeld werd. Naast de aanpassing van het wettelijk kader op alle niveaus heeft het *Supreme Court* ook het feitelijk functioneren van de scholen op het oog. Het gaat om 'the transition to school systems operat[ing] in accordance with the constitutional principles.' Als grondslag voor deze algemene verplichting verwijst het Hof naar 'good faith compliance'. Dat betekent: doen wat mogelijk is, binnen de actuele lokale omstandigheden. Na een 'prompt and reasonable start' moeten de hervormingen 'with all deliberate speed' doorgaan totdat de integratie gerealiseerd is. Een en ander ter beoordeling van de *District Courts*, aan de hand van flexibele *equitable principles*.

Met gebruikmaking van het in hoofdstuk II ontwikkelde begrippenkader: het *Supreme Court* formuleert een conformeringsplicht voor alle relevante wetgevers om zelf hun regelbestand door te lichten en zich te voegen naar de in *Brown I* neergelegde principes. In de daarvoor door het *Supreme Court* aangevoerde grondslag, *good faith compliance*, valt het zogenaamde beginsel van constitutionele zuiverheid te herkennen. *Brown II* lijkt dan ook een materieel wetgevingsbevel te zijn. Of het dat echt is, hangt af van de binding van de relevante regelgevers aan de rechterlijke rechtsvorming. Juist daarover moest het *Supreme Court* zich niet lang daarna uitspreken. In de staat Arkansas bereikte de weerzin tegen gemengde scholen en de openlijke tegenwerking een hoogtepunt in de casus van de *Little Rock Nine*. Het ging om negen donkere leerlingen die zich graag wilden inschrijven op een witte school in Little Rock, Arkansas. Ze werden daarbij tegengewerkt door niemand minder dan de gouverneur van Arkansas, Orval Faubus, die daarvoor gebruik maakte van zijn *National Guard*. President Eisenhower intervenieerde door het commando over de *National Guard* van Faubus over te nemen en de helden van D-Day en Bastogne, de *101st Airborne Division*, in te zetten als escorte van de negen studenten tijdens hun inschrijving.

Deze verwikkelingen komen later terecht bij het *Supreme Court*, in een procedure waarin het betrokken *School Board* om uitstel van de implementatie van *Brown I* verzoekt. Dat uitstel krijgen ze van het *Supreme Court* niet. In plaats daarvan maakt het Hof in niet mis te verstane bewoordingen duidelijk dat de rechterlijke rechtsvorming uit *Brown* even bindend is voor alle overheidsambten als de Amerikaanse Grondwet zelf dat is. Verwijzend naar de uitspraak in de zaak tussen *Marbury* en *Madison*<sup>191</sup> overweegt het *Supreme Court*:

'This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system. It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment

<sup>190</sup> USSC 31 mei 1955, 349 U.S. 294 (*Brown II*).

<sup>191</sup> USSC 24 februari 1803, 5 U.S. 137 1 Cranch (*Marbury v. Madison*). Het gaat daarbij om dit citaat: 'It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.' Zie verder hoofdstuk VII.

enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States "any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding."<sup>192</sup>

De vraag naar de algemeen verbindende kracht van de rechterlijke rechtsvorming is daarmee meer dan beantwoord. 'The states are bound by the Court's decisions, and cannot choose to ignore them.' Niet alleen voor de partijen die bij *Brown* betrokken waren, maar voor iedereen die zich moet voegen naar de Amerikaanse Grondwet, geldt *Brown* als het laatste woord. Het gaat hier om meer dan een vorm van verticale precedentwerking. Het *Supreme Court* acht de Staten gebonden aan zijn oordelen zoals die Staten krachtens de *Supremacy Clause* gebonden zijn aan de Grondwet.<sup>193</sup> Dit wordt ook wel de positie van *judicial supremacy* genoemd.<sup>194</sup> Ik kom daar later op terug. Voor nu is voldoende te constateren dat de voor een materieel wetgevingsbevel vereiste bindende rechtsvorming in de ogen van het *Supreme Court* aanwezig is en dat het Hof dit rechtstreeks afleidt uit de plaats van de rechter in het staatsbestel, zoals omschreven in *Marbury v. Madison*.

De geschiedenis van de verdere implementatie van *Brown* is elders reeds uitvoerig beschreven<sup>195</sup> en kan hier dus slechts kort worden aangestipt. De Amerikaanse federale jurisprudentie was de eerste tien jaar na *Brown I* relatief afwachtend. De schoolbesturen maakten plannen die *District Courts* accordeerden.<sup>196</sup> In 1964 en 1965 kwamen twee *Civil Rights Acts* tot stand, waarmee de wetgevende en uitvoerende macht zich bij de *civil rights movement* voegden. De interventies van de rechter om de rassenscheiding op scholen tegen te gaan worden daarna indringender, directiever en positiever. In 1968 corrigeerde het *Supreme Court* het zogenaamde *freedom of choice plan* van New Kent County, Virginia. Dat plan liet *de jure* de keuze aan de kinderen maar hield *de facto* de segregatie in stand. Het *Supreme Court* oordeelde niet dat dit soort plannen altijd in strijd met de Grondwet zijn, maar kwam in dit concrete geval wel tot de conclusie dat het onvoldoende was in het licht van *Brown II*.<sup>197</sup> Spraakmakend hoogtepunt van het type interventie uit het tweede decennium na *Brown I* is het zogenaamde *court-ordered-busing*: de rechter die schema's voor schoolbussen maakt om de integratie in het openbaar onderwijs te realiseren.<sup>198</sup> Ook hieraan heeft de federale rechterlijke macht voor jaren werk gehad.

### III.4.2 *Public law litigation & Fullers kritiek op polycentric tasks*

*Brown* en de daarop volgende 'Herculean effort of federal courts to desegregate the nation's public schools'<sup>199</sup> staan niet op zichzelf. Op andere gebieden<sup>200</sup> heeft de Amerikaanse federale rechter zich vergelijkbaar gemanifesteerd. Het soort rechterlijke interventie in die gebieden is door Chayes onder één noemer gebracht: *public law litigation*.<sup>201</sup> Karakteristiek voor *public law litigation* is de

<sup>192</sup> USSC 12 september 1958, 358 U.S. 1 (*Cooper v. Aaron*).

<sup>193</sup> Artikel VI, sectie 2 van de Amerikaanse Grondwet.

<sup>194</sup> M. Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, Princeton: Princeton University Press 1999, p. 6-32.

<sup>195</sup> Fiss 1978 p. 1-17; G.N. Rosenberg, *The Hollow Hope*, Chicago and London: University of Chicago Press, 1991, p. 39-172; Sabel & Simon 2004, p. 1022-1028.

<sup>196</sup> Fiss 1978, p. 13-14.

<sup>197</sup> USSC 27 mei 1968, 391 U.S. 430 (*Green v. County School Board of New Kent County*).

<sup>198</sup> USSC 20 april 1971, 402 U.S. 1 (*Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*).

verschuiving van de beslechting van private geschillen naar het realiseren van publieke waarden.<sup>202</sup> De inzet van het geschil is anders. Het gaat minder om het afwikkelen van onrechtmatigheden uit het verleden en meer om het voorkomen van onderprestaties van de overheid in de toekomst. Constitutionele toetsing is daarmee niet meer zozeer het bijproduct van geschillenbeslechting maar het vertrekpunt voor het realiseren van constitutionele waarden. De gewijzigde inzet komt terug in de structuur van het geschil. Anders dan bij een klassiek geschil staan bij *public law litigation* niet twee partijen of tenminste twee duidelijk omliggende belangen tegenover elkaar, maar is de groep betrokkenen veel diffuser.<sup>203</sup> De eiser valt minder samen met het daadwerkelijke slachtoffer en de gedaagde minder met de daadwerkelijke dader/veroorzaker.<sup>204</sup> Bij *public law litigation* gaat het bijvoorbeeld om mensenrechtenorganisaties die uit het algemeen belang procederen tegen de Staat wegens de leefomstandigheden in private gevangenissen. Overigens moet hier wel worden opgemerkt dat tegenstellingen als deze niet als een adequate indeling van historische tijdvakken moeten worden begrepen. Het is een poging om grip te krijgen op de groei van een nieuw verschijnsel.

Deels gebruikmakend van hetzelfde contrast tussen *public law litigation* en klassieke geschilbeslechting, heeft Fuller zich verzet tegen rechtspraak met een onbepaalbaar aantal betrokken belangen.<sup>205</sup> Daaraan legt Fuller een specifieke normatieve opvatting over rechtspraak ten grondslag. Kenmerkend voor *adjudication*, volgens Fuller, is het leveren van bewijs en het aanvoeren van rationeel onderbouwde argumenten op basis waarvan de rechter een oordeel kan vellen.<sup>206</sup> *Adjudication* staat bij Fuller naast andere vormen van sociale ordening: contracteren (waarin wederkerigheid centraal staat) en verkiezingen (waarin wordt samengewerkt met het oog op een gemeenschappelijk doel). De typische rechter is voor Fuller de *common law* rechter, die op een rationele wijze, *case by case*, uit een concept als het eigendomsrecht of het federalisme de consequenties voor de voorliggende zaak afleidt. Daarbij is het essentieel dat alle betrokkenen in staat zijn om hun bewijzen en hun argumenten naar voren te brengen. Het wordt problematisch als de rechter betrokken raakt bij de beslechting van geschillen waarin de betrokken belangen om wat voor reden dan ook niet alle bepleit en niet alle posities rationeel onderbouwd kunnen worden. Als voorbeeld noemt Fuller de opstelling van een sportteam. Dat is een ingewikkelde serie keuzes die onderling van elkaar afhankelijk zijn en op elkaar inwerken. Het bepalen van de opstelling van een team is een *polycentric task*, waarvoor de rechter niet geschikt is. Hij moet dat soort geschillen dan ook overlaten aan anderen, ook wanneer één speler de rechter verzoekt een recht

<sup>199</sup> Sabel & Simon 2004, p. 1022.

<sup>200</sup> Sinds Chayes (1976; 1982) gaat het dan over scholen, gevangenissen, geestelijke gezondheidszorg, politie en huisvesting. Voor een uitgebreide bespreking en verdere verwijzingen: Sabel & Simon 2004, p. 1021-1052.

<sup>201</sup> Zie ik het goed, dan komt die term van Harvard-professor Abram Chayes. Zie Chayes 1976, p. 1284 en Chayes 1982, p. 4. Monaghan 1973 zet het 'private rights model' tegenover een 'special functions model' maar beschrijft hetzelfde.

<sup>202</sup> Monaghan 1973.

<sup>203</sup> Chayes 1976; Chayes 1982, p. 4-8.

<sup>204</sup> Fiss 1979, p.18-24.

<sup>205</sup> Fuller 1978.

<sup>206</sup> Fuller 1978, p. 364.

op een basisplaats te verwezenlijken. In een ander voorbeeld van Fuller gaat het om het ontwerpen van de stalen constructie voor een brug. Ook daar zou de rechter zich niet mee moeten willen bemoeien. Een brug moet in zijn totaliteit worden ontworpen. Niet stukje voor stukje.

Deze kritiek van Fuller raakt het hart van *public law litigation*. De rechter zou het namelijk niet moeten laten gebeuren dat hij teveel afwijkt van de klassieke structuur van een geschil en betrokken raakt bij een *polycentric task*.<sup>207</sup> Daar zijn belangen van derden mee gemoeid die dat zelf niet (kunnen) weten. Voor Fuller zijn de grenzen van de rechtsprekende functie daar bereikt waar sprake is van 'many affected parties and a somewhat fluid state of affairs'. Zou de rechter zich er dan toch mee bemoeien, dan zou sprake zijn van een 'moral drain on the integrity of adjudication'.<sup>208</sup> Overigens is dat niet altijd te voorkomen. *Brown I* en *II*, bijvoorbeeld, waren een dergelijke *moral drain*, maar ook volgens Fuller een gewenste uitzondering op de regel.<sup>209</sup>

Tegenover Fuller heeft Fiss betoogd dat het arbitrair is om rechtspraak te definiëren als 'presentation of proofs and arguments'.<sup>210</sup> Rechtspraak kan evengoed worden opgevat als het verwezenlijken van constitutionele waarden. Bovendien kan Fullers definitie van rechtspraak tot gevolg hebben dat de effectiviteit van de individuele rechtsbescherming behoorlijk in de knel komt. 'The axiom seems to celebrate the individual but would leave the individual at the mercy of large aggregations of power'.<sup>211</sup> Voor Fiss is het dan ook geen 'moral drain on the integrity of adjudication' als de rechter zich met *public law litigation* bezighoudt. Het is zelfs winst, omdat de rechter beschikt over een specifiek type rationaliteit dat hem – meer dan de wetgever en het bestuur – geschikt maakt voor de verwezenlijking van constitutionele waarden.<sup>212</sup> Andere reacties op Fuller betwisten de overzichtelijkheid van de indeling tussen de klassieke zaken die alleen gevolgen hebben voor de partijen die de rechter om een uitspraak gevraagd hebben, en de polycentrische zaken waarmee een onbekend aantal belangen gemoeid zijn. Juist de klassieke Engelse *common law* rechtspraak, de achtergrond waartegen Fuller schrijft, verbindt met zijn precedentwerking vergaande gevolgen aan een individuele uitspraak.<sup>213</sup>

<sup>207</sup> Dit gaat overigens voorbij aan de moeilijkheden die een (lijdelijke) rechter ondervindt wanneer hij vermoedt dat de zaak wijder vertakt is dan aan hem wordt voorgelegd. Allison 1994, p. 370-371.

<sup>208</sup> Allison 1994, p. 374.

<sup>209</sup> Allison 1994, p. 374.

<sup>210</sup> Fiss 1979, p. 41. Vgl. Chayes 1982, p. 5.

<sup>211</sup> Fiss 1979, p. 43.

<sup>212</sup> Fiss 1979, p. 34.

<sup>213</sup> Sabel & Simon 2004, p. 1057-1060. Zou de rechter zich volledig niet meer mogen inlaten met polycentrische kwesties, dan zou bijvoorbeeld de Engelse belastingrechtspraak niet in haar huidige vorm mogen blijven bestaan. Zie J.A. King, 'The pervasiveness of Polycentricity', *Public Law* 2008, p. 101-124.

### III.4.3 Public law litigation & de remedies

Bij *public law litigation* verschuift de inzet van het geding en verandert de structuur van het geschil. Dat heeft belangrijke gevolgen voor de remedie.<sup>214</sup> In de eerste plaats groeit de vraag naar positieve interventies, zoals het vervolg op *Brown* illustreert. *Brown II* zelf was een materieel wetgevingsbevel, in de eerste plaats gericht op de intrekking van hinderende wettelijke voorschriften. Maar meer dan dat zette de uitspraak de koers uit voor meer.<sup>215</sup> Op termijn, *with all deliberate speed*, moesten scholen feitelijk geïntegreerd worden. Toen dat onvoldoende opschoot, kwamen de rechterlijke schema's voor busvervoer, onmiskenbaar positieve interventies. In de tweede plaats is bij de remedies in *public law litigation* sprake van een ander verschil met de klassieke situatie: de betrokkenheid van de rechter is niet meer begrensd tot het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak.<sup>216</sup> Effectieve rechtsbescherming in *public law litigation* 'entails a relationship of long duration between the judge and the social institution, a series of interventions.'<sup>217</sup> Ten derde verandert het verband tussen de geconstateerde normschending en de gekozen remedie. In de klassieke benadering bestaat een min of meer logisch verband tussen die twee.<sup>218</sup> Uit de schending volgt vanzelf wat de te bevelen oplossing moet zijn. Fiss noemt dit het *tailoring principle*, waarbij de rechter beveelt wat nodig is.<sup>219</sup> In *public law litigation* is het verband tussen de schending en het antwoord op de vraag wat er moet gebeuren veel zwakker. Uit *Brown I* is bepaald niet logisch af te leiden dat er integrerend busvervoer moet worden georganiseerd. Dat vereist keuzes. De rechter kan die zelf maken, maar er ook op aandringen dat anderen die keuzes maken.

Sabel en Simon beschrijven, met veel verwijzingen, hoe de Amerikaanse rechter in de fase van de remedie in *public law litigation* een ontwikkeling heeft doorgemaakt. Waar eerder vooral sprake was van een *command and control*-benadering, is die later ingeruild voor een *experimentalist approach*. Met het eerste zijn de gedetailleerde bevelen bedoeld in de richting van psychiatrische ziekenhuizen over het aantal toiletten (1 per 8 patiënten) of op het niveau van het personeel in de bibliotheek in de gevangenis.<sup>220</sup> Het tweede ziet op het bevorderen van onderhandelingen tussen de betrokken partijen, het formuleren van voorlopige doelen en normen. Het gaat om het bevorderen van een ontwikkeling in de gewenste richting. 'Whatever the technical status of the plans, their function is

<sup>214</sup> K. Roach, 'The Limits of Corrective Justice and the Potential of Equity in Constitutional Remedies', *Arizona Law Review* 1990, p. 859-905.

<sup>215</sup> Fiss 1978, p. 9 en p. 23-28, spreekt in dit verband van het uit elkaar lopen van de *issuance phase* en de *enforcement phase*.

<sup>216</sup> Chayes 1982, p. 5.

<sup>217</sup> Fiss 1978, p. 92

<sup>218</sup> Chayes 1976, p. 1282

<sup>219</sup> Fiss 1979 p. 46-47.

<sup>220</sup> Dit soort voorbeelden zijn aan Sabel en Simon te ontlelen. Sabel & Simon 2004.

not so much to coerce obedience as to induce internal deliberations and external transparency'.<sup>221</sup> Daadwerkelijk gedetailleerd en positief bevelen wat er moet gebeuren geschiedt hoogstens in laatste instantie, als het declaratoir bepalen van de richting of een door de rechter bewerkstelligde herbezinning niet de gewenste effecten heeft.

#### III.4.4 *Public law litigation & wetgevingsbevelen*

Maar wat heeft dit alles met wetgevingsbevelen te maken? Allereerst dit: een wetgevingsbevel past meer bij *public law litigation* dan bij klassieke geschilbeslechting. Bij *public law litigation* is het realiseren van een constitutionele waarde door de verbetering van toekomstig overheidsbeleid de inzet. Hoewel niet al het overheidshandelen via gewijzigde wetgeving verbeterd hoeft te worden en niet alle gewijzigde wetgeving verbeterd overheidshandelen zal opleveren, is het evenmin waarschijnlijk dat de wetgever lang buiten beeld blijft in *public law litigation*. Waar de regels barrières vormen, zoals in *Brown II* bleek, sowieso niet. Maar ook niet waar de wetgever niet zozeer direct het probleem vormt, maar wel de meest aangewezen instantie is om oplossing te bieden. Dat kan ook een juridische achtergrond hebben. Het legaliteitsbeginsel kan vereisen dat het benodigde overheidsoptreden een wettelijke grondslag heeft. Als die grondslag er niet is, zal de rechter moeten beginnen met het bewerkstellingen van die grondslag. Ook kan – in ieder geval in de Nederlandse context – tussenkomst van de wetgever vereist zijn omdat het benodigde overheidsoptreden tegelijkertijd een beperking is van een grondrecht uit de Grondwet en om die reden alleen van de formele wetgever kan uitgaan.

Van belang is verder te constateren dat de rechter bij *public law litigation* veel ruimte heeft bij het bepalen van de remedie, omdat uit de geschonden norm veel minder duidelijk volgt wat de oplossing moet zijn. Daarmee kan een wetgevingsbevel op een andere manier in beeld komen dan in de tot nu besproken voorbeelden. De rechter wordt niet in de eerste plaats te hulp geroepen bij het handhaven van een wetgevingsplicht, maar wordt betrokken bij – bijvoorbeeld – de slechte leefomstandigheden in gevangenissen. De wetgever is de meest aangewezen om een probleem op te lossen, niet – in de eerste plaats – als degene die het probleem veroorzaakt. Daar is veel rechtsvorming mee gemoeid. Als die rechtsvorming bindend is voor de wetgever, geeft de rechter materiële wetgevingsbevelen.

Als wordt aangenomen dat de wenselijkheid van een wetgevingsbevel toeneemt waar de rechter bij *public law litigation* betrokken raakt, wordt de kritiek van Fuller relevant. Zoals de rechter in *public law litigation* geschillen beslecht waar onbekende belangen van onbekende derden bij betrokken zijn, zo loopt de rechter met het geven van een wetgevingsbevel ook een groot risico om met een beperkte blik 'een volledige brug' te ontwerpen. Waar de inzet van het geding juist is dat *anderen* door de wetgever verplicht worden om iets te doen of na te

<sup>221</sup> Sabel & Simon 2004, p. 1071.

laten, doen de Fulleriaanse bezwaren zich zeker gevoelen. De bezwaren kunnen dus worden ingezet tegen het wetgevingsbevel zelf en tegen het soort zaken waarin het waarschijnlijk is.

Dat betekent overigens niet dat de bezwaren zonder meer moeten worden overgenomen. De basis van Fullers argument is een specifieke definitie van de functie rechtspraak. Deze definitie, zo bleek uit paragraaf III.2, is niet de in het Nederlandse staatsrecht heersende. Fuller geeft in de door mij geraadpleegde teksten daarvoor geen motivering. Bovendien is het nog maar zeer de vraag wat de Nederlandse rechter allemaal nog meer zou moeten gaan nalaten, als hij zich enkel nog maar mag bemoeien met conflicten waarin alle belangen bekend zijn en beargumenteerd worden. Een rechter, bijvoorbeeld, die een burgemeester de opdracht geeft een bepaalde demonstratie toe te staan, raakt ontzettend veel belangen van derden. Een demonstratie kan inzet van de politie betekenen die elders vandaan moet komen, kan betekenen dat winkeliers een dag niet open kunnen, kan betekenen dat er op kosten van de gemeenschap veel hersteld moet worden – enzovoorts.

#### III.4.5 Conclusie

In deze paragraaf is met de *Brown*-jurisprudentie in het bijzonder en het Amerikaanse begrip *public law litigation* in het algemeen een nadere invulling onderzocht van het in paragraaf III.2 geformuleerde vermoeden: dat wetgevingsbevelen bij een specifiek soort geschillen horen dat afwijkt van het klassieke model. *Public law litigation* brengt dit in beeld. Bij geschillen waarin de verbetering van toekomstig overheidsbeleid de inzet is, al dan niet in het kader van het realiseren van sociale grondrechten of constitutionele waarden, kan een wetgevingsbevel voor de hand komen te liggen. De Amerikaanse ervaringen ermee zijn bruikbaar om enigszins zicht te krijgen op de aard van dit soort jurisprudentie.

Een volgende vraag is of er een rechtsstatelijk argument bestaat tegen *public law litigation* en in het kader daarvan gegeven wetgevingsbevelen. De meest fundamentele oppositie is die van Fuller, die zich richtte tegen een specifieke eigenschap van *public law litigation*: vervagende structuren van partijen. Anders gezegd: bij *public law litigation* doet de rechter aan geschilbeslechting zonder dat hij alle betrokken belangen goed kan overzien. Dit bezwaar kan zich ook specifiek tegen het wetgevingsbevel richten: een dergelijk bevel heeft gevolgen voor derden, die niet allemaal in staat zijn geweest hun belangen in te brengen en hun zaak te bepleiten. Aan de argumentatie van Fuller kan een nadere aanscherping van het beginsel van machtscheiding worden ontleend (namelijk de beperking van rechtspraak tot die geschillen waarbij de rechter een compleet overzicht kan verwerven) of een begrenzing van de uitspraakbevoegdheden (geen uitspraken doen met onvoorziene gevolgen voor derden). Het eerste is een argument om helemaal niet aan *public law litigation* te beginnen en daarmee

de kans op een wetgevingsbevel te verkleinen, het tweede is een specifiek argument tegen het wetgevingsbevel. Het is echter de vraag of het verstandig is de beginselen van de rechtsstaat op deze voor het wetgevingsbevel ongunstige wijze aan te scherpen. De gevolgen zullen veel meeromvattend zijn dan alleen een afwijzing van het wetgevingsbevel.

Of dit alles zinvol is voor de Nederlandse discussie, zal moeten blijken. In hoofdstuk VI, om precies te zijn, dat gewijd is aan het *SGP*-arrest. De casus vertoont enige verwantschap met *Brown*. Dat is niet alleen omdat het vrouwenstandpunt van de SGP lijkt op de *separate but equal doctrine* van het *Supreme Court*. Dat is vooral omdat het een geschil was tussen een proefprocessenfonds zonder vrouwen die zelf op de SGP-kieslijst wilden, tegen de Staat, die zelf geen vrouwelijke kandidaten afwijst. In een 'somewhat fluid state of affairs' ontstaat de typische structuur van een *public law litigation* geschil: de eiser is niet direct het slachtoffer, de gedaagde niet direct de dader. De inzet is niet gericht op compensatie maar op realisatie van het discriminatieverbod, door de overheid, in de toekomst. Conform de in deze paragraaf gevoede verwachting gaat een dergelijke procedure uiteindelijk over een wetgevingsbevel. Het gevraagde formele bevel wordt niet gegeven. Hoofdstuk VI beantwoordt de vraag of niet in plaats daarvan een materieel bevel wordt gegeven, zoals in *Brown II*.

Dit essay werkt een ander spoor uit, namelijk dat van de hierboven beschreven *experimentalist approach* van een rechter als het op de remedie aankomt. De rechter verkiest het bevorderen van onderhandelingen tussen partijen boven het 'overnemen' van het probleem door met bevelen en dwangsommen de route te bepalen. Het begrip dialoog, in het kader van dit proefschrift: dialoog tussen rechter en wetgever, zoekt een vergelijkbare vorm van interactie te beschrijven en te normeren. De volgende paragraaf benadert het wetgevingsbevel vanuit dialogisch perspectief.

### III.5 Constitutionele dialoog & wetgevingsbevelen

Het dialogisch perspectief vult de discussie over wetgevingsbevelen op een interessante manier aan: het biedt een alternatief. In de plaats van bevelen komt aandragen, overtuigen en aandringen. Daarmee verbreekt de tegenstelling tussen het bevelend overnemen van het wetgevingsinitiatief en het volledig respecteren van onrechtmatig nalaten van wetgevende aard. Het initiatief van de wetgever wordt in het dialogisch perspectief slechts gedeeltelijk overgenomen als de rechter alleen aandringt op een nieuwe wet. En als de inzet van de rechter alleen gericht is op het overtuigen van de wetgever, dan is 'overnemen' niet eens meer het juiste woord. De negatieve benadering van wetgevingsbevelen als *checks*, waarborgen en controle wordt vervangen door een positieve vorm van gedeelde verantwoordelijkheid, wederzijdse interesse in elkaars argumenten en nog zo wat. Wie zou niet juichen?

Juist vanwege dergelijke hooggespannen verwachtingen is een preciezere omlijning van het begrip dialoog van belang. Een zodanige omlijning verduidelijkt

<sup>222</sup> Gerards 2008, p. 192-193.

bovendien de relatie met het wetgevingsbevel. Zo lijken bevelen en een dialoog elkaar uit te sluiten. Soms wordt echter juist ter bevordering van de dialoog tussen rechter en wetgever voor wetgevingsbevelen gepleit.<sup>222</sup> Paragraaf III.5.1 werkt uit wat ik onder een dialoog versta, paragraaf III.5.2 is een nadere bepaling van het begrip aan de hand van Canadese en Britse ervaringen. Paragraaf III.5.3 gaat in op de relatie tussen een dialoog en het materiële wetgevingsbevel, dat juist rust op *bindende* rechterlijke rechtsvorming. Paragraaf III.5.4 trekt conclusies.

### III.5.1 Dialogisch perspectief

In een zeer ruime definitie is het vol dialoog om ons heen. Friedman, bijvoorbeeld, heeft het al over een dialoog bij interactie tussen de rechter en de 'body politic' over de 'proper course of government.'<sup>223</sup> Daarbij accepteert hij een ruime tijdsspanne. Ook een rechterlijke uitspraak die na vele jaren een grondwetwijziging uitlokt, is een vorm van dialoog. In een dergelijke ruime opvatting van het begrip dialoog verliest het begrip zijn bruikbaarheid in dit verband.

Een meer aangescherpte definitie van dialoog maakt onderscheid tussen het door de wetgever nagestreefde doel en de gekozen middelen. Waar de rechter het doel niet afkeurt maar alleen de gekozen middelen blokkeert, kan de wetgever hetzelfde doel met andere middelen proberen te bereiken. Als de rechter de nieuwe aanpak vervolgens accepteert, lokt dat bij velen de kwalificatie dialoog uit. Hogg en Bushell, twee belangrijke theoretici van het dialoogbegrip, beschrijven langs deze lijnen de Canadese praktijk. Constitutionele toetsing door het Canadese *Supreme Court* blijkt zelden het einde van een beleidsvoornemen te betekenen. Vaak laat de rechter ruimte om langs andere wegen hetzelfde doel te bereiken. Wanneer wetgever en rechter zo met elkaar omgaan, achten Hogg en Bushell het 'meaningful' om deze interactie als dialoog te omschrijven.<sup>224</sup> In deze benadering staat een dialoog niet *tegenover* het wetgevingsbevel. Met een wetgevingsbevel kan de rechter de wetgever juist verplichten naar alternatieve middelen te zoeken en dat bevordert de dialoog alleen maar.

Andere definities nemen in het algemeen een dialoog aan als de rechter herstel mogelijkheden voor de wetgever open laat. 'Broadly speaking, constitutional theories can be described as 'dialogic' when they emphasise the

<sup>223</sup> B. Friedman, 'Dialogue and judicial review', *Michigan Law Review*, 1993, p. 577-682.

<sup>224</sup> P.W. Hogg & A.A. Bushell, 'The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)', *Osgoode Hall Law Journal* 1997, p. 79-80; P.W. Hogg, A.A. Thornton & W.K. Wright, 'Charter Dialogue Revisited (Or Much Ado about Metaphors)', *Osgoode Hall Law Journal* 2007, p. 1-66.

<sup>225</sup> T. Hickman, 'The courts and politics after the Human Rights Act: a comment', *Public Law* 2008, p. 84-100, p. 84.

<sup>226</sup> D.T. Coenen, 'A Constitution of collaboration: protecting fundamental values with second-look rules of interbranch dialogue', *William and Mary Law Review* 2001, p. 1575-1870.

<sup>227</sup> T.R. Hickman, 'Constitutional dialogue, constitutional theories and the Human Rights Act 1998', *Public Law* 2005, p. 306-335, p. 317-327.

<sup>228</sup> Bickel 1962, p. 111-198.

<sup>229</sup> C.R. Sunstein, *One case at a time*, Cambridge Massachusetts & London: Harvard University Press 2001.

legitimacy and desirability of courts not resolving questions of principle but instead allowing those issues, for the time being at least, to be considered by others.<sup>225</sup> Theorieën die dat doen, zijn bijvoorbeeld de *second look doctrine*<sup>226</sup>, *strong form dialogue*<sup>227</sup>, de inzet van *passive virtues*<sup>228</sup> of *democracy promoting minimalism*<sup>229</sup>. Technisch zijn er verschillende manieren voor de rechter om de eigen beslissing bescheiden te houden, bijvoorbeeld door heel specifiek één concreet geval onrechtmatig te oordelen, zonder in algemene zin een oordeel te vellen. Het kan ook door het oordeel te beperken tot wat *niet* kan. De kern van deze interactie blijft echter dat *als* de rechter zich *wel* uitspreekt, de wetgever dan moet volgen. Om die reden zie ik in deze interactie geen dialoog in eigenlijke zin.

Naar mijn overtuiging vereist een dialoog gelijkwaardigheid en vrijwilligheid met het rechtsoordeel als de inzet van de interactie. Rechter en wetgever leggen in beginsel een gelijkwaardige claim op de juistheid van hun interpretaties. 'Genuine dialogue only exists when legislatures are recognized as legitimate interpreters of the constitution and have effective means to assert that interpretation.'<sup>230</sup> Een dialoog ontstaat dus pas, wanneer uitspraken van de rechter niet 'the final word on human rights' zijn.<sup>231</sup> Bij een dialoog moet de wetgever een serieuze mogelijkheid hebben een eigen interpretatie van het recht te handhaven en op basis daarvan te handelen. In het eerder gegeven voorbeeld van het minimumloon voor 13- en 14-jarigen: wanneer de uitspraak van het Hof Den Haag, dat uit internationaal recht een wetgevingsplicht tot vaststelling van een minimumloon voortvloeit, door de Hoge Raad zou zijn overgenomen, dan zou een dialoog betekenen dat de wetgever er simpelweg gemotiveerd anders over mag denken.<sup>232</sup> De wetgever mag gemotiveerd concluderen dat de rechter zich vergist en dat er op dit punt geen wetgevingsplicht uit het internationale recht voortvloeit. De rechter, op zijn beurt, zal in een eventuele vervolgzaak de argumenten van de wetgever weer serieus moeten nemen. In beginsel gaat dit door totdat een van beide partijen het oordeel van de ander vrijwillig deelt en de kwestie uit de wereld is.<sup>233</sup> De eis aan de wetgever om inhoudelijk te argumenteren beperkt de omvang van een mogelijke dialoog. Er is meer nodig dan de enkele betwisting van de interpretatie van de rechter om van een dialoog te kunnen spreken. Zou de wetgever toch volstaan met een ongemotiveerd afwijzen van een interpretatie van de rechter, dan is geen sprake van een dialoog maar van ongehoorzaamheid. In dat geval zal de rechter in een vervolgzaak onverkort bij zijn eigen rechtsoordeel kunnen blijven. Het gaat hierbij om de interpretatie van het recht. Het niet opvolgen van een formeel wetgevingsbevel valt daar niet onder. Bij een formeel wetgevingsbevel heeft de wetgever geen serieuze

<sup>230</sup> C.P. Manfredi & J.B. Kelly, 'Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell,' *Osgoode Hall Law Journal* 1999, p. 513-527, p. 524.

<sup>231</sup> R. Clayton, 'Judicial deference and 'democratic dialogue': the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998', *Public Law* 2004, p. 33-47.

<sup>232</sup> Zie paragraaf II.3.7.

<sup>233</sup> Vgl. de 'dialogue as deliberation' van L. Tremblay, 'The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures', *International Journal of Constitutional Law* 2005, p. 617-648, p. 631-634; Zie ook A.M. Slaughter & L. R. Helfer, 'Between dialogue and decree: international review of national courts', *New York University Law Review* 2004, p. 2029-2163, p. 2052-2053 (hoewel dat over een dialoog tussen rechters gaat) en: K. Roach, 'Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience', *Texas International Law Journal* 2005, p. 537-576, p. 538-539.

mogelijkheid om op basis van zijn eigen interpretatie te acteren. Het formele bevel moet worden opgevolgd. Anders gezegd: een formeel wetgevingsbevel staat haaks op het idee van een dialoog tussen rechter en wetgever zoals hier omschreven.

Waar ik van mening ben dat de door Friedman gehanteerde definitie van dialoog zo ruim is, dat daar zo'n beetje alles onder valt, loopt de door mij aangescherpte definitie het risico te weinig te beschrijven. Ik zal dat – op een verkennende wijze – toetsen aan twee rechtsfiguren waar veel discussie over dialoog omheen is gestructureerd: de Canadese *override* en de Britse *declaration of incompatibility*. Van beide figuren is verdedigd dat ze de dialoog tussen rechter en wetgever zouden kunnen bevorderen in de zin die ik hier aan gegeven heb.<sup>234</sup>

### III.5.2 De Canadese Charter en de Britse Human Rights Act

De Canadese *Charter of Rights and Freedoms*<sup>235</sup> formuleert absolute rechten en vrijheden, maar de wetgever kan op grond van artikel 1 van de *Charter* 'reasonable limits' stellen 'as can be demonstrably justified in a free and democratic society'. De toelaatbaarheid van beperkingen kan in Canada aan de rechter worden voorgelegd, 'to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances'.<sup>236</sup> Het nationale parlement en het wetgevende lichaam van een deelstaat, hebben de mogelijkheid om de gevolgen van een rechterlijk oordeel weer teniet te doen, omdat artikel 33 van de *Charter* hun deze bevoegdheid geeft:

Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15.

De wetgever kan bij gewone meerderheid het rechterlijk oordeel dat sprake is van een schending van een grondrecht overrulen, door te verklaren dat de nieuwe wet geldt, 'notwithstanding' de materiële grondrechtenbepalingen van de *Charter*. Zo'n verklaring geldt voor vijf jaar, maar kan dan opnieuw worden afgegeven. Deze figuur staat in de literatuur bekend als de legislatieve *override*.

In het Verenigd Koninkrijk liggen de zaken vergelijkbaar, doch anders. Daar is – deels in reactie op de Canadese *override* – gekozen voor een verschuiving van het initiatief. De *Human Rights Act* zet de meeste bepalingen van het EVRM om naar gelijkluidend, Brits recht. In een dualistische verhouding tot het internationale

<sup>234</sup> J.L. Hiebert, 'A relational approach to constitutional interpretation: Shared legislative and judicial responsibilities', *Journal of Canadian Studies* 2001, p. 161-181, heeft het, in de Canadese context, over 'conceiving the shared responsibility [for making judgments about the Charter] in relational terms.' Het gaat haar om 'inter-institutional scrutiny' in plaats van 'the judiciary policing or correcting the "wrong" decisions of Parliament'. F. Klug, 'Judicial deference under the Human Rights Act 1998', *European Human Rights Law Review* 2003, p. 125-133, schrijft over de *Human Rights Act*: de wet 'creates the space for any of us to join in the debate about where the line should be drawn when rights collide'. Vgl. D. Nicol, 'Are Convention rights a no-go zone for Parliament?', *Public Law* 2002, p. 438-448, p. 439-440.

<sup>235</sup> Deel 1 van de *Constitution Act 1982*.

<sup>236</sup> Artikel 24 van de *Charter*.

recht zoals in het Verenigd Koninkrijk is dat noodzakelijk om de bepalingen van het EVRM onderdeel te laten zijn van het nationale recht. Door de *Human Rights Act* hebben ze de status van een *Act of Parliament* gekregen. Krachtens artikel 3 van *Human Rights Act* is de rechter verplicht de grondrechten zoveel mogelijk te verzekeren via conforme interpretatie:

So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

Artikel 4 biedt de mogelijkheid voor een aantal hogere rechters om, in het geval een bepaling in een formele wet onverenigbaar is met de grondrechten uit de *Human Rights Act*, dat te verklaren in een zogenaamde *declaration of incompatibility*. Een dergelijke verklaring betekent niet dat de door de rechter in strijd met de grondrechten geoordeelde bepaling buiten toepassing moet worden laten. Het omgekeerde is het geval: de bepaling blijft onverkort van kracht. Het is aan de wetgever om te beoordelen of hij in de geconstateerde strijdigheid reden ziet de regels aan te passen.

Zowel in het Verenigd Koninkrijk als in Canada heeft de wetgever dus de juridische mogelijkheid om bij gewone meerderheid voort te gaan op een weg die door de rechter onrechtmatig is geoordeeld. In het Verenigd Koninkrijk kan de wetgever dat doen omdat hij van mening is dat de rechter een verkeerde interpretatie aan de bepalingen van de *Human Rights Act* gegeven heeft. Het is ook mogelijk om ongemotiveerd niets te doen. In Canada ligt dat anders. Daar moet een wetgever die wil corrigeren zelf in actie komen.<sup>227</sup> Bovendien is de prijs hoger. Het 'notwithstanding' uit artikel 33 van de *Charter* verwijst naar de specifieke grondrechten uit de *Charter* en niet naar de uitspraken van het *Supreme Court* waarin deze zijn uitgelegd. De inzet van de *override* gaat daarmee gepaard met een zekere erkenning *dat* afgeweken wordt van de grondrechten. Dat is iets anders dan afwijken van een interpretatie van het *Supreme Court*.

### III.5.3 Een politieke praktijk van zelfbinding

Hoewel met name in het Verenigd Koninkrijk ruimte lijkt voor een dialoog in de door mij bepleite zin, wijst de voorlopige praktijk uit dat noch de Canadese, noch de Britse wetgever structureel gebruik maakt van deze mogelijkheden. De *override*-bevoegdheid wordt praktisch niet ingezet.<sup>238</sup> Hetzelfde geldt voor de Britse situatie: een *declaration of incompatibility* wordt in de Britse praktijk eigenlijk niet inhoudelijk betwist. Doorgaans volgt een wetswijziging.<sup>239</sup> Het is natuurlijk mogelijk dat de Britse en Canadese wetgevers in alle gevallen eenvoudig overtuigd zijn geraakt door de argumentatie van de rechter. Dat zou kunnen. Waarschijnlijk is het evenwel niet. Wellicht spelen andere factoren

<sup>227</sup> F.L. Morton, 'Dialogue or monologue', *IRPP Policy Options* 20.3 (1999), p. 23-26.

<sup>238</sup> M. Tushnet, *Weak courts, strong rights*, Princeton: Princeton University Press 2008, p. 52-66; R. Hirschl, *Towards Juristocracy*, Cambridge Massachusetts & London: Harvard University Press 2004, p. 75-82.

<sup>239</sup> C. Bateup, 'Reassessing the dialogic possibilities of weak-form Bills of Rights', *Hastings International and Comparative Law Review* 2009, p. 529-600.

mee, die veroorzaken dat de wetgever de serieuze mogelijkheid die hij heeft om zijn eigen rechtsoordeel in de plaats te stellen van dat van de rechter niet benut. Eén daarvan, in de Britse context, is ongetwijfeld de omstandigheid dat na een *declaration of incompatibility* de zaak naar Straatsburg kan gaan.

Daarnaast is er nog een andere reden denkbaar, die iets te maken heeft met de wezenlijk politieke aard van de *judicial supremacy*. Uiteindelijk gaat het bij een dialoog niet alleen om de juridische mogelijkheid voor de wetgever om bijvoorbeeld een *declaration of incompatibility* al dan niet gemotiveerd terzijde te leggen, maar ook om de politieke acceptatie van een dergelijke handelwijze. Juist ten aanzien van het Verenigd Koninkrijk is wel beweerd dat een dialoog daar niet van de grond komt, omdat het simpelweg *not done* is voor politici om inhoudelijk af te wijken van wat de rechter gezegd heeft. 'The heritage of law makes the judiciary the sole authoritative voice of the law's meaning. Belief in judicial interpretative exclusivity is deeply ingrained within our legal culture,' schrijft Nicol.<sup>240</sup> Gevolg hiervan is dat het arrangement van de *Human Rights Act* het Britse Parlement met een *declaration of incompatibility* juridisch weliswaar tot niets verplicht, maar de politici feitelijk de keuze laat 'either to tug forelock at the judges or else throw a constitutional temper tantrum.'<sup>241</sup> Een dialoog veronderstelt dit: 'Judicial output needs to be reconceptualised as a contestable entity wherein courts present their thoughtful opinions on rights, which Parliament can substitute with its own favoured interpretation, provide it is willing to pay the political price.'<sup>242</sup>

De vraag is hoe een dergelijke politieke praktijk van zelfbinding aan een rechterlijk oordeel juridisch gewaardeerd kan worden. De Britse regering heeft in Straatsburg wel betoogd dat de mogelijkheid een *declaration of incompatibility* te verkrijgen geldt als een nationaal rechtsmiddel in de zin van artikel 35 EVRM, dat eerst benut moet worden alvorens een ontvankelijke klacht in Straatsburg te kunnen indienen. Ter onderbouwing van dit standpunt verwees de Britse regering juist naar de bestaande praktijk waarin de wetgever eigenlijk altijd positief reageert op een *declaration of incompatibility*. Het EHRM oordeelde dat het voor die conclusie nog te vroeg was. Maar het verwierp de redenering niet ten gronde.

'The Grand Chamber agrees with the Chamber that it cannot be excluded that at some time in the future the practice of giving effect to the national courts' declarations of incompatibility by amendment of the legislation is so certain as to indicate that section 4 of the Human Rights Act is to be interpreted as imposing a binding obligation.'<sup>243</sup>

<sup>240</sup> Nicol 2006, p. 742.

<sup>241</sup> Nicol 2006, p. 742.

<sup>242</sup> Nicol 2006, p. 743. Voor verschillende visies op wat met 'recht' en de verhouding met de politiek bedoeld kan worden: Martin Loughlin, *Swords & Scales, An examination of the Relationship Between Law & Politics*, Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing 2000, hoofdstuk 13.

<sup>243</sup> EHRM (Grote Kamer) 12 december 2006, nr. 13378/05 (*Burden t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 43.

Gevolg van de erkenning van de declaration of incompatibility als een verplichting voor de wetgever is dat minder sprake zal kunnen zijn van de door mij gedefinieerde dialoog tussen rechter en wetgever. De ruimte voor de wetgever om te blijven handelen op basis van een eigen interpretatie van het recht wordt kleiner. Niet via een door de rechter geponeerde *judicial supremacy*, zoals het Amerikaanse *Supreme Court* deed in *Cooper v. Aaron*,<sup>244</sup> maar door een politieke praktijk van zelfbinding aan het oordeel van de rechter.

### III.5.4 Conclusie

Aan de discussie over de rol van de rechter en wetgevingsbevelen voegt het dialogisch perspectief een alternatief toe. Een dialogische interactie tussen rechter en wetgever heeft potentie om de spanning in de rechtsstatelijke beginselen over het wetgevingsinitiatief te verzachten. De rechter beveelt immers niet meer, maar dringt aan.

Inzet van een dialoog tussen rechter en wetgever zoals in deze paragraaf gedefinieerd, is de juiste betekenis van het recht: rechter en wetgever hebben ieder een in beginsel gelijkwaardige claim. De wetgever moet de serieuze mogelijkheid hebben om een andersluidend standpunt in te nemen dan de rechter gedaan heeft en op basis van dit standpunt te handelen. Dat betekent voor de rechter dat hij geen formele wetgevingsbevelen mag geven; de wetgever heeft dan geen serieuze mogelijkheid meer om zelf een standpunt in te nemen en op basis daarvan te handelen. De wetgever – op zijn beurt – mag zich alleen op een ander standpunt stellen als hij daadwerkelijk over inhoudelijke argumenten beschikt, die een ander standpunt rechtvaardigen. Een dialoog is dus beperkt tot die vragen waarover redelijkerwijs van mening kan worden verschillen.

Zo beschouwd komt het dialogisch perspectief in botsing met een materieel wetgevingsbevel. Daarin is immers vereist dat sprake is van voor de wetgever bindende rechtsvorming. Bij een dialoog is die binding er in beginsel niet, omdat het over wetgevingsaansporing of wetgevingsvoorzet of iets dergelijks gaat. Dat maakt de vraag relevant *of* sprake is van een dialogische verhouding tussen rechter en wetgever. Het Amerikaanse *Supreme Court* meende, zo bleek reeds uit paragraaf III.4, duidelijk van niet toen het in *Cooper v. Aaron* het laatste woord over de interpretatie van de constitutie claimde. Uit de korte verkenning van de Britse verhoudingen bleek dat de aanwezigheid van ruimte voor een dialogische verhouding niet alleen afhankelijk is van de vraag of de rechter zelf vindt dat zijn oordeel finaal is. De *Human Rights Act* voorziet expliciet in een systematiek waarin het oordeel van de rechter in beginsel niet bindt. De rechter kan uitsluitend verklaren dat er sprake is van een onrechtmatige wet. Desalniettemin blijkt een dergelijke verklaring toch te functioneren als iets wat dicht bij een materieel wetgevingsbevel komt. Dat steunt op een politieke praktijk van zelfbinding aan het oordeel van de rechter. Een eventuele claim op een van de rechter afwijkende maar desalniettemin juiste interpretatie van het recht wordt door de wetgever in de praktijk niet gelegd.

<sup>244</sup> Hoewel ook dat uiteindelijk rust op politieke acceptatie: K.E. Whittington, *The political foundations of judicial supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton: Princeton University Press 2011.

Blijft over de vraag of in Nederland sprake is van een dialogisch perspectief in de eigenlijke, hierboven beschreven zin. In hoofdstuk II heb ik reeds betoogd, dat het naar mijn overtuiging niet mogelijk is om in algemene zin een uitspraak te doen over de bindendheid voor de wetgever van rechtsoordelen van de rechter.<sup>245</sup> Er kan wel een redenering worden opgesteld, maar die overtuigde mij niet. Mogelijk biedt de gedachte van een politieke praktijk van zelfbinding aan het oordeel van de rechter uitkomst. Ik kom hier in hoofdstuk VI op terug.

### III.6 Institutionele politiek & wetgevingsbevelen

In het bovenstaande zijn alle in de inleiding geschetste mogelijkheden om de rol van de rechter te benaderen verwerkt. Eén bleef onderbelicht: de *attitude* van de rechter. Die blijft wel vaker onder de radar van de klassieke juridische waarneming, zeker in concrete gevallen. Toch is deze benadering naar mijn overtuiging zeer relevant voor wetgevingsbevelen. De rechter moet die bevelen ook willen en durven geven. In extreme situaties bepaalt het beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht dat een rechter niets te vrezen behoort te hebben als hij doet wat hij denkt dat het recht van hem vraagt. Maar in minder extreme situaties is het wel degelijk de vraag of het altijd verstandig is om een bevel te geven. Ik noem overwegingen, motieven en keuzes van dergelijke aard de 'institutionele politiek' van de rechter.<sup>246</sup> Veel van wat ik hiermee bedoel is in andere literatuur te vinden bij de zogenaamde '*political question-doctrine*', met name bij wat daarbinnen de prudentiële variant heet. Daar valt dan ook vaak veel meer te vinden wat ik niet bedoel, en daarom spreek ik hier van institutionele politiek.

Dat de Nederlandse rechter aan institutionele politiek doet, is in een enkel geval uit de jurisprudentie af te leiden. In andere gevallen is het beredeneerd te vermoeden. In ieder geval bedienen raadsheren en de Hoge Raad zich buiten hun arresten van het idioom dat bij institutionele politiek hoort. In het jaarverslag van de Hoge Raad over 2009 en 2010 staat bijvoorbeeld dat artikel 94 Grondwet niet maximaal wordt gebruikt, omdat daarmee via verdragstoetsing de speelruimte van de formele wetgever wordt beperkt.<sup>247</sup> Kennelijk is met het bestaan van een bevoegdheid niet alles gezegd, ook niet als artikel 94 Grondwet geformuleerd is als een toetsingsgebod. Achter een bevoegdheid en een verplichting valt de vraag naar de verstandigheid open: meer een kwestie van beleid en van attitude dan van toetsingsgeboden en dwingende rechtmatigheidsoordelen.

#### III.6.1 Institutionele politiek

Een zeldzaam geval waarin institutionele politiek aan de oppervlakte van de motivering komt, is de zaak van een lid van Provinciale Staten van Gelderland, de heer Lucassen. Hij meende recht te hebben op de antwoorden op zijn schriftelijke vragen aan het College van Gedeputeerde Staten. Toen hij die niet kreeg, spande hij een bestuursrechtelijke procedure aan tegen de weigering. De Afdeling constateerde dat de bescherming die Lucassen zocht 'niet past in

<sup>245</sup> Zie paragraaf II.3.7.

<sup>246</sup> Zie uitgebreider hierover en met meer voorbeelden: G. Boogaard, 'Politiek water bij juridische wijn', *Bestuurswetenschappen* 2012, p. 53-67.

<sup>247</sup> Hoge Raad, *Jaarverslag 2009-2010*, p. 6.

<sup>248</sup> ABRvS 17 mei 1999, AB 1999/295 (*Inlichtingenplicht en Awb*).

het kader van de rechtsbescherming die de Awb beoogt te bieden'.<sup>248</sup> Er is 'voor rechterlijke handhaving van dat recht geen plaats' want: 'een uitbreiding van de door de Awb geboden rechtsbescherming die zeer wel tot een doorkruising van de bevoegdheidsoefening van een vertegenwoordigend lichaam kan leiden kan haar het oordeel van de Afdeling niet worden aanvaard, tenzij de tekst van de wet daartoe dwingt. Dat laatste is niet het geval.' De Afdeling spreekt zich dus in het geheel niet uit over de vraag of Gedeputeerde Staten in strijd handelen met artikel 167 van de Provinciewet. De Afdeling ziet daar vanaf, niet omdat de vraag *non-justiciable* zou zijn, of omdat de Provinciewet geen *judicially manageable standards* zou bevatten. Dat zou ook moeilijk vol te houden zijn. Artikel 167 lid 3 Provinciewet verschaft een recht op schriftelijke inlichtingen, 'tenzij het verstrekken ervan in strijd is met het openbaar belang.' Dat is niet veel vager dan de uitzonderingsgronden uit de Wet openbaarheid van bestuur die dezelfde Afdeling ook moet toepassen. Bovendien had vaagheid van het begrip 'openbaar belang' eerder kunnen leiden tot een zeer ruime beoordelingsvrijheid voor Gedeputeerde Staten. Dat alles is hier echter niet aan de orde: de Afdeling wil de voorliggende rechtsvraag als het even kan in het geheel niet beantwoorden. Niet omdat het geen rechtsvraag zou zijn, of omdat de vraag voor een rechter uit de aard der zaak niet valt te beantwoorden, maar omdat voor rechterlijke handhaving van het recht hier nu geen plaats is. De Afdeling zou interveniëren in een conflict waarin zij niet thuishoort. En daarom begint de Afdeling er niet aan, nu ook de tekst van de wet daartoe niet dwingt. Uiteindelijk concludeert de Afdeling dat Lucassen niet kan worden aangemerkt als belanghebbende.

Het hier besproken voorbeeld van institutionele politiek bestaat uit een rechter die zelf pas op de plaats maakt ten gunste van de ongehinderde gang van zaken in de Staten van Gelderland. Dat is, gezien de rechtsstatelijke beginselen, vooral een concessie aan de effectieve rechtsbescherming. De rechter zou in beginsel wel tot handhaving kunnen overgaan, maar acht het zelf niet passend om een volksvertegenwoordiging voor de voeten te lopen. Daarmee onderscheidt dit geval zich van de meer negatieve voorbeelden, waarin de rechter meent dat aan een bepaalde uitspraak risico's zijn verbonden die de rechter niet wil nemen.

Negatief gemotiveerde institutionele politiek zal niet of nauwelijks rechtstreeks aanwijsbaar zijn in de motiveringen van uitspraken. Toch wordt het wel vermoed, bijvoorbeeld in de *Kruisraketten*-zaak.<sup>249</sup> Het ging toen om een uitwerking van het zogenaamde NAVO-dubbelbesluit, waarmee besloten was om enerzijds de wapenwedloop met de Sovjet-Unie voort te zetten en anderzijds een opening te bieden om over ontwapening te onderhandelen. De plaatsing van enkele tientallen met kernkoppen uitgeruste kruisvluchtwapens bij Woensdrecht was van dit besluit de uitwerking. Het besluit werd voorwerp van hoogoplopende binnenlandse politiek, kabinetscrises en de grootste demonstratie in de moderne Nederlandse geschiedenis. Tegen deze achtergrond verzochten een stichting en 20.000 individuen de rechter om zich er ook over uit te spreken. Inzet was

<sup>249</sup> *Trb.* 1985/145. Zie verder over deze kwestie: J.W.A. Fleuren, *De maximis non curat preator?* Over de traditionele plaats van de Nederlandse rechter in de nationale en internationale rechtsorde, in: P.P.T. Bovend'Eert, P.M. van den Eijnden en C.A.J.M. Kortmann (red.) *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijke interventionisme*, Deventer: Kluwer 2004, p. 155-156.

een verbod aan de Staat. De rechtbank wilde er überhaupt niet aan beginnen, omdat de burgerlijke rechter niet bevoegd was om de door het parlement aan dit verdrag verleende goedkeuring te controleren.<sup>250</sup> Het gerechtshof oordeelde dat de rechter wel bevoegd was over de kwestie te oordelen, maar dat hij in verband met de artikelen 94 en 120 Grondwet er zonder nader onderzoek van uit moest gaan dat het verdrag niet in strijd was met enig in Nederland geldend recht van welke aard dan ook.<sup>251</sup> De Hoge Raad, ten slotte, vond wel dat hij het verdrag aan andere volkenrechtelijke normen mocht toetsen. Toetsing leverde in dit geval geen schending op.<sup>252</sup> Voor een bevel was daarmee geen grondslag. Koopmans schat in dat een eventueel bevel van de rechter een serieuze constitutionele crisis zou hebben veroorzaakt.<sup>253</sup> Alkema taxeert dat als de bevoegdheid tot toetsing noodzakelijkerwijs zou zijn uitgelopen op het onrechtmatig oordelen van het plaatsingsbesluit en het geven van een verbod, de Hoge Raad wellicht anders had geoordeeld over de bevoegdheid verdragen aan elkaar te toetsen of de bevoegdheid het gevraagde bevel te geven, juist om deze constitutionele crisis te vermijden.<sup>254</sup> Dat zou typische institutionele politiek zijn geweest.

Hoewel het – toegegeven – uiteindelijk speculeren blijft, gaat het mij hier om de illustratie van institutionele politiek. Zoals oud-president van de Hoge Raad Martens het in zijn afscheidsrede onder woorden bracht: met de opmerking over de 'gegeven staatsrechtelijke verhoudingen' in *Arbeidskostenforfait* wil de Hoge Raad uitdrukken dat 'de goede verhoudingen in de trias hem veel waard zijn.' 'Uit een oogpunt van *raison d'état* ongetwijfeld verstandig beleid'.<sup>255</sup> Dat is wat ik met institutionele politiek bedoel.

### III.6.2 Institutionele politiek & wetgevingsbevelen

Voor de discussie over de rol van de rechter en wetgevingsbevelen betekent de institutionele politiek het volgende. Een risico voor een wetgeving bevelende rechter is dat zijn bevel niet wordt opgevolgd. Dat zal leiden tot verlies aan gezag. Het verlies aan gezag zal groter zijn wanneer de wetgever het bevel openlijk negeert, dan wanneer de wetgever zich hult in teksten over een zorgvuldige voorbereiding, nadere studie naar de samenhang tussen de verschillende wetten en nog zo wat. Ten tweede zal de schade voor de rechter naar verwachting groter zijn als de formele wetgever een bevel negeert, dan wanneer een gemeenteraad dat doet. In het laatste geval is ook nog wel voorstelbaar dat de regering vormen van bestuurlijk toezicht aanwendt om een weigerachtige gemeenteraad in de door de rechter bevolen richting te dwingen. Negeert de formele wetgever een bevel, dan is niet alleen de uitstralende werking van dit feit groter, dan zijn er ook weinig mogelijkheden meer dat het bevel kracht bij wordt gezet. Dwangsommen zijn denkbaar, maar het is zeer de vraag of

<sup>250</sup> Rb. Den Haag 20 mei 1986, *Recht en Kritiek* (12) 1986, p. 401 e.v.

<sup>251</sup> Hof Den Haag 30 december 1986, *Recht en kritiek* (14) 1988, p. 154 e.v.

<sup>252</sup> HR 10 november 1989, *NJ* 1991/248 (*Kruisraketten*).

<sup>253</sup> T. Koopmans, 'Nabeschouwing' in: G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 137-139.

<sup>254</sup> E.A. Alkema, 'Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen', *NJB* 2000, p. 1053-1058.

<sup>255</sup> Martens 2000, p. 751. P. Scholten merkt het in zijn *Algemeen Deel* overigens op dat de rechter – ook de rechter die gelijk heeft – niet altijd alles van zijn rechtsgenoten kan vragen. P. Scholten, *Algemeen Deel* (Asser/Scholten), Zwolle: Tjeenk Willink 1974, p. 124-128.

een rechter die omvangrijke dwangsommen aan de Staat oplegt om de formele wetgever te verplichten, niet bezig is om de tak waar hij zelf op zit af te zagen. Institutioneel-politiek gezien zijn de afbreukrisico's van een formeel bevel groter dan van een materieel bevel. Een formeel bevel kan veel meer openlijk en frontaler genegeerd worden dan een materieel.

De rechter kan in het bestaan van deze institutionele risico's reden zien geen wetgevingsbevel te geven. Als dat teruggevoerd kan worden op het democratiebeginsel – en dat zal bij wetgevingsplichten vaak het geval zijn – laat de rol van de rechter in de rechtsstaat ruimte voor dit soort inschattingen van de rechter. Die kunnen opleveren dat de rechter alleen beveelt wanneer hij zeker weet dat het bevel zal worden opgevolgd. Nadeel van deze handelwijze is echter dat dan valt te reconstrueren in welke gevallen de rechter denkt dat zijn bevel wordt opgevolgd en welke gevallen de rechter zelf denkt van niet. Ook daaraan kan een afbreukrisico kleven. Daarom zou de rechter ook om institutioneel politieke redenen in het geheel kunnen afzien van (formele) wetgevingsbevelen.

### III.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is de discussie over het wetgevingsbevel opgepakt op het niveau waarop de Hoge Raad haar in *Waterpakt* tilt: de constitutionele rol van de rechter. Deze rol is allereerst ingevuld met de beginselen die in de Nederlandse staatsrechtelijke literatuur samen de rechtsstaat vormen. Dit is aangevuld met de *negative Gesetzgeber* van Kelsen, met de *public law litigation* van het Amerikaanse *Supreme Court*, inclusief Fullers kritiek daarop, het dialogisch perspectief op de verhouding rechter-wetgever en de institutionele politiek van de rechter. Dat resulteert in het volgende beeld.

Het beginsel van machtssevenwicht, uitgewerkt als de noodzaak van *checks and balances*, maakt van de rechter een voor de hand liggende controleur van de wetgever en handhaver van wetgevingsplichten. Waar een bij de rechter door een belanghebbende in te roepen belang bestaat bij een wetgevingsplicht, versterkt het beginsel van een onafhankelijke rechterlijke macht, uitgewerkt als de noodzaak voor effectieve rechtsbescherming, de wenselijkheid van een wetgevingsbevel. Rechtsbescherming wordt er immers effectiever van. De rechtsstatelijke grondrechtenbescherming vereist geen wetgevingsbevel, maar zeker de verwezenlijking van sociale grondrechten zal gediend zijn met de mogelijkheid de wetgever te bevelen.

Het verband tussen sociale grondrechten en de wenselijkheid van een wetgevingsbevel kan meer in het algemeen worden gevat in de ontwikkeling van een negatief wettelijk kader naar een positief wettelijk kader. Positief is het wettelijk kader als het de overheid niet alleen verplicht tot nalaten en respecteren, maar ook tot het scheppen van voorwaarden. Dit zal meer wetgevingsplichten opleveren en een grotere druk op de rechter om aan de handhaving ervan bij te dragen. In een positief wettelijk kader heeft de rechter een andere rol dan in een negatief kader.

Het begrip *public law litigation* is geïntroduceerd als een hulpmiddel deze verschuiving in de rechterlijke rol te begrijpen. Bij *public law litigation* gaat het om het verwezenlijken van constitutionele waarden. De inzet van geschillen is minder het repareren of compenseren van een in het verleden begane onrechtmatigheid en meer het realiseren van verbeteringen in de toekomst. De structuur van het geschil vervaagt. De kring van belanghebbenden is minder goed af te bakenen; eiser en slachtoffer vallen minder vanzelfsprekend samen en datzelfde geldt voor gedaagde en feitelijke dader of veroorzaker. Ten slotte stelt *public law litigation* nieuwe eisen aan de remedie. In het klassieke model volgt de remedie min of meer logisch uit de schending. Wie een schutting heeft gebouwd die te hoog is, kan het bevel krijgen de schutting tot rechtmatige hoogte terug te brengen. Bij *public law litigation* is het verband tussen schending en remedie veel minder vanzelfsprekend. Constateren dat de omstandigheden in de geestelijke gezondheidszorg niet aan de constitutionele standaarden voldoen, levert niet een voor de hand liggende remedie op. De rol van de rechter zal met name op dit punt van karakter veranderen. Interventies van de rechter worden positiever, bijvoorbeeld als hij busvervoer gaat verplichten. En de betrokkenheid van de rechter krijgt een langer durend karakter. Een zaak is niet meer afgedaan als een van beide partijen gelijk krijgt en een executoriaal vonnis. In plaats daarvan doen zich situaties als *Brown II* voor: de rechter bepaalt declaratoir de richting van de oplossing, formuleert een algemene wetgevingsplicht en stelt een termijn. Waarna er voor jaren werk volgt, zowel voor de instanties die het werkelijke probleem moeten oplossen als voor de rechter die gevraagd zal worden op het verloop en het tempo van de verbeteringen toe te zien. De gedachte van deze uitwijding over *public law litigation* is, dat een rechter die dit pad opgaat in de fase van de remedie zeer geholpen zou zijn met de mogelijkheid wetgeving te bevelen. Hoofdstuk VI komt hierop terug, omdat er enige verklarende waarde van het begrip *public law litigation* vermoed wordt voor de SGP-casus.

Tegenover de rechtsstatelijke beginselen die voor een wetgevingsbevel pleiten, staan de beginselen die er *tegen* pleiten. Allereerst eist het beginsel van machtscheiding dat de verhouding tussen rechter en wetgever geen hiërarchische mag worden. Dat betekent in ieder geval dat de praktijk van wetgevingsbevelen zo ver niet mag gaan. Verder kan de vraag worden opgeworpen of een wetgeving bevelende rechter het machtsevenwicht niet verstoort. Een heel duidelijk antwoord is daar in zijn algemeenheid niet op te geven. De machtscheiding kan ook in stelling worden gebracht tegen wetgevingsbevelen via een definitie van de functie rechtspraak waartoe de organen van de rechterlijke macht zich zouden moeten beperken. De in het Nederlandse staatsrecht courante definities van rechtspraak lenen zich daar niet voor. Deze definities staan een wetgevingsbevel toe. Maar definities kunnen worden aangescherpt.

Een mogelijke aanscherping is het beperken van de uitspraakbevoegdheden van de rechter tot de negatieve, ondanks een positiever wordend wettelijk kader. Ook dan – zo luidt de aanscherping – moet de rechter zich beperken tot vernietigen, buiten toepassing laten en dergelijke. Deze gedachte is uitgewerkt

met een bespreking van Kelsens *negative Gesetzgeber*. In de tweede plaats zou de rechtsprekende functie kunnen worden aangescherpt met de bezwaren van Fuller. Hij verzet zich fundamenteel tegen de mogelijkheid dat de rechter geschillen beslecht of uitspraken doet waarbij belangen van derden zijn betrokken die dat niet weten of zelfs niet kunnen weten. Dit soort bezwaren verzet zich vrij snel tegen *public law litigation* in het algemeen en wetgevingsbevelen in het bijzonder. In de navolgende *casestudy's* zal op deze mogelijke aanscherpingen van de definitie van rechtspraak worden teruggekomen.

Ten slotte is vanuit de rechtsstatelijke rol van de rechter nog een ander argument tegen het wetgevingsbevel te ontwikkelen: het politieke karakter van het wetgevingsinitiatief. Wanneer de wetgevende functie processueel opgevat wordt, valt het initiatief tot wetgeving daar ook onder en moet de rechter het al om redenen van machtscheiding aan de wetgever laten. Het rechtsstatelijke democratiebeginsel versterkt dit argument tot een door de rechter te respecteren *primaat*. Wetgevingsbevelen verhouden zich daar slecht toe.

Het dialogisch perspectief op de verhouding tussen rechter en wetgever levert geen nieuwe rechtsstatelijke argumenten op, maar biedt een interessant alternatief. De interactie tussen rechter en wetgever gaat in dat perspectief niet om het bevelen van wetgeving maar om het aandringen erop. Dat is veel subtieler dan de digitale keuze het wetgevingsinitiatief over te nemen of volledig met rust te laten. Een rechter die in een dialogische verhouding met de wetgever wil staan, geeft dus in ieder geval geen formele wetgevingsbevelen. Een dergelijk bevel maakt in letterlijke zin het einde aan alle tegenspraak over bestaan en schending van een wetgevingsplicht, althans de wetgever heeft geen serieuze mogelijkheid meer om op basis van de eigen rechtsovertuiging te handelen. En dat is, in mijn opvatting, noodzakelijk voor een dialoog.

In een dialoog met de interpretatie van de rechter als inzet bestaan overigens geen materiële wetgevingsbevelen. Daarvoor is immers de wetgever *bindende* rechterlijke rechtsvorming vereist, en dat staat haaks op het idee van een dialoog. Of de rechtsvorming van een concrete rechter voor een concrete wetgever bindend is, zal per verhouding verder moeten worden beoordeeld. In dit hoofdstuk is gewezen op de mogelijkheid dat de binding ook tot stand kan komen door een politieke praktijk van zelfbinding.

Bij alles wat er voor en tegen een wetgevingsbevel blijkt te pleiten, resteert uiteindelijk de conclusie dat het ook een kwestie is van rechterlijke keuze, van institutionele politiek. De rechter moet een wetgevingsbevel *willen* geven en daarbij hoort de vraag of het verstandig is om dat te doen. Een wetgever die een wetgevingsplicht niet nakomt doet dat of omdat hij dat niet weet, of omdat hij dat niet wil. In het eerste geval is een formeel bevel overbodig en in het tweede geval is het zeer de vraag of politici die bereid zijn een wetgevingsplicht te schenden hun verzet zullen opgeven na een bevel van de rechter. Terwijl de reputatieschade van een genegeerd bevel groot is. Opvallend in dit verband is dat de Hoge Raad in zijn jaarverslag *Waterpakt* opvoert als een illustratie van

<sup>256</sup> Hoge Raad, *Jaarverslag 2009-2010*, p. 6.

zijn terughoudende opstelling in de richting van de wetgever.<sup>256</sup> Dat maakt van het wetgevingsbevel niet alleen een kwestie van de fundamentele kaart van de constitutionele rol van de rechter, maar ook van verstandige institutionele politiek.



# Dreigend schuivende grenzen

Over het *Arbeidskostenforfait*-arrest en het op termijn stellen van de wetgever

### IV.1 Inleiding

In zijn proefschrift over de rechtsgevolgen van toetsing zoekt Sillen vele kwesties tot op de bodem uit, en sommige nog diepgravender. Wat er in het *Arbeidskostenforfait*-arrest<sup>257</sup> gebeurt laat hij om twee redenen liggen.<sup>258</sup> In de eerste plaats is wat de Hoge Raad daar doet typisch voor de handhaving van het gelijkheidsbeginsel en dus weinig bruikbaar voor de algemene leerstukken over de rechtsgevolgen van toetsing. In de tweede plaats is het arrest typisch voor Nederland en daarom niet relevant in zijn rechtsvergelijkende perspectief. In het kader van dit proefschrift zijn de gevallen waarin een rechter het gelijkheidsbeginsel zoekt te verwezenlijken wel interessant. Juist daar zijn situaties te verwachten waarin behoefte aan een wetgevingsbevel ontstaat. Bij discriminatie weet de rechter vaak wel wat niet mag maar niet wat wel moet. Zeker daar waar de onrechtmatigheid enkel bestaat uit het feit dat er verschil gemaakt wordt en niet gezegd kan worden dat een van beide groepen 'objectief onbehoorlijk behandeld' wordt.<sup>259</sup>

Het verbaast niet dat het Amerikaanse *Supreme Court*, toen het de periode van *public law litigation* opende door zich de verwezenlijking van de integratie in het openbaar onderwijs aan te trekken, in de fase van de remedie op moeilijkheden stuitte die het in *Brown II* probeerde op te lossen met onder andere een materieel wetgevingsbevel. 'With all deliberate speed' moest de latere droom van Martin Luther King vervuld worden, om te beginnen door wetswijzigingen. In het *Arbeidskostenforfait*-arrest dringt de Hoge Raad er bij de wetgever op aan dat er 'met de nodige spoed' een wetsvoorstel moet liggen. Van zowel *Brown II* als van *Arbeidskostenforfait* wordt gezegd dat het een 'op termijnstelling van de wetgever' betreft.<sup>260</sup> In perspectief van dit proefschrift is het arrest dus wel relevant en valt er ook nog wat te vergelijken.

Het *Arbeidskostenforfait*-arrest is niet alleen een op termijnstelling van de wetgever genoemd maar ook – in verschillende gradaties – aangemerkt als een wetgevingsbevel of iets wat daar dicht bij in de buurt komt. Het kleine broertje van het arrest, het zogenaamde *Autokostenforfait*-arrest, is door het EHRM terloops vertaald als een 'instruction to the legislator'.<sup>261</sup> De handhaving van het gelijkheidsbeginsel levert in de casus van *Arbeidskosten* iets op wat kennelijk

<sup>257</sup> HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271, *NJ* 2000/170, *LJN* AA2756 (*Arbeidskostenforfait*).

<sup>258</sup> Sillen 2010, p. 183, noot 722.

<sup>259</sup> Vgl. De Boer 1995, p. 1029.

<sup>260</sup> Voor wat *Brown II* betreft door de Hoge Raad en de procureur-generaal Remmelink in hun advies over constitutionele toetsing, *NJCM-Bulletin* 1992, p. 243-259, p. 257. Voor wat *Arbeidskostenforfait* betreft door velen. Laatst nog door De Wit 2012, p. 291.

<sup>261</sup> EHRM 29 januari 2002, nr. 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*).

lijkt op een formeel wetgevingsbevel. Ook dat rechtvaardigt een *casestudy* naar het *Arbeidskostenforfait*-arrest in dit proefschrift.

### *Opzet van dit hoofdstuk*

Paragraaf IV.2 plaatst het *Arbeidskostenforfait*-arrest in zijn bredere context, zowel juridisch als politiek. De juridische context wordt gevormd door 25 jaar gepubliceerde jurisprudentie van de Belastingkamer van de Hoge Raad over het gelijkheidsbeginsel. De politieke context betreft de bewindslieden Zalm (VVD) en Vermeend (PvdA) die grootse belastinghervormende plannen hadden. Zij zien zich in hun mogelijkheden bedreigd door wat de Hoge Raad nog accepteert aan ongelijke behandeling als die veroorzaakt wordt door het nastreven van een buiten de eigenlijke fiscaliteit gelegen doel, zoals inkomensbeleid of milieupolitiek. In dit politieke perspectief blijkt het *Arbeidskostenforfait*-arrest het hoogtepunt of, wie wil, het dieptepunt van deze confrontatie.

Paragraaf IV.3 bespreekt vervolgens drie kwesties, die tot op zekere hoogte voortvloeien uit de casus en relevant zijn in het kader van dit proefschrift. Allereerst betreft dat, in paragraaf IV.3.1, een koppeling met het ideaal van de *negative Gesetzgeber*, zoals dat kan worden afgeleid uit artikel 94 Grondwet. Het gaat in deze casus om doorwerking van het internationaal recht en artikel 94 Grondwet is dan de relevante voorrangsregel. De vraag is hoe rechtsvorming door de rechter daar überhaupt bij past. De tweede kwestie, het onderwerp van paragraaf IV.3.2, is de kern van de techniek van het op termijn stellen van de wetgever: openlijk dreigen met rechtsvorming. Daarop is kritiek gekomen, als zou dat rechtsstatelijk niet verantwoord zijn. Ten derde wordt in paragraaf IV.3.3 het op termijn stellen van de wetgever geplaatst in het bredere palet van signalen aan de wetgever. Na een poging tot enige ordening zal de in hoofdstuk II gegeven definitie van het materiële wetgevingsbevel worden toegepast op *Arbeidskostenforfait*.

Afgesloten wordt, in paragraaf IV.4, met een opsomming van de belangrijkste bevindingen en een terugkoppeling naar de algemene discussie over het wetgevingsbevel.

## **IV.2 Casus**

In december 1997 stuurde het kabinet een nota naar de Tweede Kamer met 'een verkenning' van het belastingstelsel in de 21e eeuw.<sup>262</sup> Er bestaan op dat moment grote plannen met de inkomstenbelasting, waarvan de regeling destijds in hoofdzaak uit 1964 dateerde. De nota bevat kritische opmerkingen over de belastingrechter. 'Er lijkt zich', aldus de regering, 'een trend te ontwikkelen die de adequate inzet van fiscale instrumenten bemoeilijkt.' Met adequate inzet wordt vooral het verwezenlijken van beleidsdoelstellingen via de belastingen bedoeld. De analyse gaat op licht verwijtende toon verder: 'De mate waarin de

<sup>262</sup> Nota 'Belastingen in de 21e eeuw: een verkenning', *Kamerstukken II* 1997/98, 25 810, nr. 2.

<sup>263</sup> Nota 'Belastingen in de 21e eeuw: een verkenning', *Kamerstukken II* 1997/98, 25 810, nr. 2, p. 34-35.

rechter in plaats van de wetgever grenzen zou stellen aan het gebruik van het belastingrecht als beleidsinstrument voor speerpunten van het regeringsbeleid is een aangelegenheid die raakt aan de inrichting van ons staatsbestel zelf.<sup>263</sup> De Hoge Raad voelde zich aangesproken. Een raadsheer uit de Belastingkamer, Van Brunschot, stelde tijdens een rondetafelgesprek naar aanleiding van de nota: 'De Hoge Raad krijgt er naar mijn oordeel nogal van langs van de concipiënten van dit voorstel. Voorzover ik kan zien is dat ten onrechte.'<sup>264</sup> Toen staatssecretaris Vermeend (PvdA) op een afscheidssymposium rechters mocht toespreken, werd de confrontatie openlijker. Vermeend maande de aanwezige rechters tot een terughoudende toetsing van het belastingrecht, omdat 'ons grondwettelijk stelsel nog altijd in die richting wijst.'<sup>265</sup> En mocht er toch een probleem geconstateerd worden, dan zou de wetgever er in het algemeen prijs op stellen een *terme de grâce* gegund te krijgen. Als het echt niet deugt, wil de regering dus graag op termijn gesteld worden.

Happé heeft onderzoek gedaan naar de feitelijke grondslag voor deze wederzijdse irritatie.<sup>266</sup> Hij onderzocht twaalf jaar gepubliceerde jurisprudentie van de Belastingkamer op toetsing van formele wetgeving aan het gelijkheidsbeginsel, eerst alleen op grond van artikel 26 IVBPR, later mede op grond van artikel 14 EVRM juncto artikel 1 Eerste Protocol.<sup>267</sup> In de 73 gevonden arresten wordt uiteindelijk zes keer een regeling discriminatoir geoordeeld. Drie uitspraken hebben weinig politiek profiel en worden – voor zover nog nodig – zonder problemen door de wetgever omarmd.<sup>268</sup> Die kunnen dus in ieder geval niet tellen als oorzaak van irritatie. Het betreft het *Tandartsvrouw*-arrest<sup>269</sup>, het *Griffierecht*-arrest<sup>270</sup> en het *Studeerkamer*-arrest<sup>271</sup>. Het probleem van de tandartsvrouw was dat zij minder mogelijkheden had om bezwaar en beroep aan te tekenen dan haar man. In het *Griffierecht*-arrest accepteerde de Hoge Raad niet dat er meer griffierecht verschuldigd was wanneer men na een mondelinge uitspraak van het gerechtshof alsnog om een schriftelijke uitspraak verzocht dan dat onmiddellijk een schriftelijke uitspraak werd gedaan. Bij de studeerkamers ging het om een praktisch niet onderbouwd verschil in fiscale behandeling tussen een huurder en een eigenaar ten aanzien van een aftrekmogelijkheid. Drie andere kwesties liggen gevoeliger. Het zijn de uitspraken over de aanscherping van de voorwaarden voor een grijs kenteken die niet voor de Wegenwacht gelden, over milieubeleid via het autokostenforfait en over inkomenspolitiek via het arbeidskostenforfait.

<sup>264</sup> 'Verslag van een rondetafelgesprek', *Kamerstukken II* 1997/98, 25 810, nr. 4, p. 5.

<sup>265</sup> *Statement* van W.F. Vermeend op het symposium *Schuivende Machten*. Zie E.A.G. van der Oudera (red.), *Schuivende Machten*, Prinsengrachtreeks/Ars Aequi Libri 1999, p. 42-43.

<sup>266</sup> Happé 2000. Zie eerder zijn oratie, R.H. Happé, *Schuivende machten. Over trias politica en het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1999.

<sup>267</sup> Het EVRM werd er later (ambtshalve) bij betrokken in reactie op een uitspraak van het EHRM waarin belastingheffing onder het bereik van het eigendomsrecht uit artikel 1 Eerste Protocol werd gebracht. EHRM 23 oktober 1990, nr. 17/1989/177/233 (*Derby t. Zweden*); EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99 (*Della Ciaja t. Italië*).

<sup>268</sup> Vergelijk voor deze indeling: J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel* \*\*\*, Deventer: Kluwer 2005, p. 58-59.

<sup>269</sup> HR 27 september 1989, *BNB* 1990/61, *LJN* ZC4109 (*Tandartsvrouw*).

<sup>270</sup> HR 30 september 1992, *BNB* 1993/30, *LJN* ZC5110 (*Griffierechten*).

<sup>271</sup> HR 17 november 1993, *BNB* 1994/36, *LJN* ZC5505 (*Studeerkamer*).

### VI.2.1 *Grijze kentekens*

De grijze kleur van een kenteken slaat op de gunstige fiscale behandeling van bedrijfsauto's. In 1995 worden, om toenemend oneigenlijk gebruik tegen te gaan, de voorwaarden aangescherpt. De wijzigingswet<sup>272</sup> bevat twee uitzonderingen: voor houders van een zogenaamd 'groot wagenpark' en voor houders van grijze kentekens, uitgereikt vóór 1 januari 1988. De wens om een groot wagenpark (voorlopig) uit te zonderen was afkomstig uit de Tweede Kamer, die daarbij met name aan de Wegenwacht en het Rode Kruis dacht.<sup>273</sup> Het kabinet had zich tegen de uitzondering verzet, onder andere met een beroep op het gelijkheidsbeginsel, maar dat overtuigde de Tweede Kamer niet. Ook de uitzondering gericht op houders van een grijs kenteken dat was uitgereikt vóór 1 januari 1988 stond niet in het oorspronkelijke regeringsvoorstel. Dat voorzag in een uitsterfregeling waarbij de nieuwe regels voor nieuwe gevallen zouden gelden. Ook hier was het verzet van het kabinet tegen de wijziging van zijn plannen onder andere gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel, maar ook in dit geval overtuigde dat de meerderheid in de Tweede Kamer niet.

De uitzondering voor de omvangrijke wagenparken vindt geen genade in de ogen van het Hof Arnhem.<sup>274</sup> Dat hof ziet niet in waarom de bezitters van een met een wegenwachtauto vergelijkbare bedrijfswagen anders zouden moeten worden behandeld dan de Wegenwacht zelf. Het argument dat de ANWB veel van dat soort auto's heeft, kan daarvoor in ieder geval niet als rechtvaardiging gelden, terwijl een ander denkbaar onderscheid (bijvoorbeeld tussen commercieel en niet-commercieel gebruik) door de wet niet gemaakt wordt. In dat licht neemt het hof een schending van artikel 26 IVBPR aan en stelt het zelf de verschuldigde belasting op een lager bedrag vast. De tegen dit arrest gerichte cassatiemiddelen betwisten in de eerste plaats dat sprake is van discriminatie. Maar als het dat wel is, dan heeft het hof de grenzen van zijn taak overschreden door de voor een kleine groep van ongeveer 5.000 auto's bedoelde uitzondering praktisch uit te breiden tot de oorspronkelijke groep van 100.000 auto's. Daarmee wordt naar schatting 300 miljoen gulden belastingopbrengst gemist. Beide cassatiemiddelen worden verworpen.<sup>275</sup> Daarvoor citeert de Hoge Raad uitgebreid uit de wetgeschiedenis om 'met de Staatssecretaris van Financiën', destijds in het parlement, van oordeel te zijn dat er geen rechtvaardiging valt te vinden voor het gemaakte onderscheid. De Hoge Raad formuleert zelfs scherper en spreekt van 'een willekeurige bevoordeling' van een groep belastingplichtigen. Ook de door het hof gekozen oplossing wordt door de Hoge Raad geaccepteerd. Oorspronkelijk was tenslotte ook voorzien in overgangsrecht dat de oude gevallen ongemoeid liet. Van deze oplossing 'tot herstel van de ongelijkheid kan niet worden gezegd dat deze de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat,' aldus de Hoge Raad. Dat vond de Hoge Raad wel van de door het Hof Den Bosch gekozen oplossing voor de problemen met het autokostenforfait.

<sup>272</sup> Zie voor een samenvatting van de wetgeschiedenis op dit punt de conclusie van advocaat-generaal Van den Berge, bij HR 17 augustus 1998, *BNB* 1999/122, *LJN* AA2286, 4.2-4.3. Happé 2000, p. 156, vermoedt lobbywerk.

<sup>273</sup> Hof Arnhem 5 februari 1997, *LJN* AJ6344 en AV9773.

<sup>274</sup> HR 17 augustus 1998, *BNB* 1999/122, *LJN* AA2286.

#### IV.2.2 Autokostenforfait

Het autokostenforfait is de fiscale bijtelling voor wie zijn auto van de zaak ook privé gebruikt. Iedereen die niet kan aantonen minder dan 1000 privékilometers te hebben gemaakt wordt geacht zijn auto privé te gebruiken en krijgt daarom een percentage van de cataloguswaarde van de auto opgeteld bij het inkomen. In 1990 differentieert de wetgever dit percentage: 20 procent voor wie minder dan 30 kilometer van zijn werk woont, 24 procent voor wie verder weg woont.<sup>276</sup> Een belangrijk motief hiervoor was een vermoede prikkel om dichterbij het werk te gaan wonen. Net als bij de grijze kentekens blijft ook hier een groep belastingplichtigen buiten schot: degenen die wel ver weg van hun werk wonen maar kunnen aantonen hun auto niet voor meer dan 1000 privékilometers te gebruiken. Zij krijgen in het geheel geen autokostenforfait bijgeteld en worden dus ook niet geraakt door de verhoging ervan. Dit was wel bekend tijdens de wetgevingsprocedure, maar daaraan werd, mede op basis van een advies van de landsadvocaat, niet de conclusie verbonden dat strijd met het gelijkheidsbeginsel zou ontstaan.<sup>277</sup> In 1995 vroeg de Hoge Raad zich in een overweging ten overvloede af of er inderdaad voldoende rechtvaardiging voor deze ongelijke behandeling bestond.<sup>278</sup> Dat leidde tot Kamervragen van de fiscalist en tevens CDA-senator Stevens.<sup>279</sup> Hij vroeg of de regering kennis had genomen van deze overweging ten overvloede en van de mening van een annotator<sup>280</sup> dat deze overweging 'een op scherp staande tijdbom' onder de 24 procent bijtelling opleverde. Staatssecretaris Vermeend antwoordde dat hij de gebruikte kwalificatie te sterk vond, maar dat hij wel aanleiding zag 'de kwestie in een breder verband te bezien'. Een binnenkort te verwachten rapport van een werkgroep zou het kader daarvoor kunnen bieden.

Niet veel later ligt de kwestie voor bij het Hof Den Bosch.<sup>281</sup> In een zaak van meneer Auerbach constateert dit hof dat inderdaad sprake is van discriminatie. Dat de staatssecretaris in zijn antwoorden op de schriftelijke vragen heeft aangekondigd een wetwijziging te overwegen is het hof niet ontgaan. Het lijkt evenwel niet aannemelijk dat dit op korte termijn iets zal opleveren, zodat het hof zelf maar overgaat tot het buiten toepassing laten van de verhoging van 4 procent.<sup>282</sup> Auerbachs aanslag wordt daardoor met 650 gulden verminderd. De staatssecretaris gaat vervolgens in cassatie. Bij één van de middelen komt de regering terug op het arrest uit 1995 en op de antwoorden aan senator Stevens. Het hof was te negatief geweest. 'Gelet op het signaal dat door uw Raad werd gegeven', zo betoogt de staatssecretaris, 'ligt het in de rede dat de wetgevende maatregelen waarin de studie van de werkgroep zou uitmonden mede zullen betreffen een opheffing van de eventueel ongelijke behandeling die door uw Raad onder de aandacht werd gebracht.' Voor zover dat nog niet concreet genoeg is, gaat het cassatiemiddel ook inhoudelijk nog een stapje verder. Het is – tenzij de werkgroep met betere plannen komt – de bedoeling dat ook wie ver van zijn

<sup>276</sup> Wet van 4 juli 1990 tot wijziging van de inkomstenbelasting en de loonbelasting (aftopping reiskostenforfait) *Stb.* 1990/355.

<sup>277</sup> Zie voor een samenvatting van de wetsgeschiedenis op dit punt de conclusie van advocaat-generaal Van den Berge bij HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293, *LJN* AA2354 (*Autokostenforfait*), onder 6.5.

<sup>278</sup> HR 22 maart 1995, *BNB* 1995/140, *LJN* AA3076.

<sup>279</sup> *Aanhangsel Handelingen I*, 1995/96, nr. 1.

<sup>280</sup> Bedoeld wordt het naschrift van de redactie van *VakstudieNieuws* (6 april 1996, p. 1230).

<sup>281</sup> Hof Den Bosch 18 december 1995, *BNB* 1995, 140 *LJN* AW0078.

<sup>282</sup> Artikel 42 lid 4 Wet IB 1964, waarin de extra bijtelling van 4% cataloguswaarde was geregeld, kon buiten toepassing worden gelaten.

werk woont en met zijn auto van de zaak weinig privékilometers maakt, hoger aangeslagen zal worden. Zo is zowel de bereidheid om als de richting waarin de staatssecretaris de kwestie uit de wereld wil helpen duidelijk.

De Hoge Raad deelt de opvatting van het hof dat sprake is van discriminatie maar blijkt gevoelig voor het ‘beterschapsargument’.<sup>283</sup> De door het hof gekozen oplossing (ook Auerbach vrijstellen van de extra 4%) creëert op zijn beurt ook een ongelijkheid, namelijk ten opzichte van andere belastingplichtigen die ver van hun werk wonen op andere manieren voorwerp zijn van fiscale maatregelen. Dat alles buiten toepassing laten, acht de Hoge Raad ‘voorshands disproportioneel’. Wel ‘gaat de Hoge Raad ervan uit’ dat het in het cassatiemiddel aangekondigde wetsontwerp zal worden ingediend. De advocaat-generaal had in zijn conclusie nog gezien of het noodzakelijk was na de beloofde beterschap de wetgever ‘op termijn te stellen’, zoals hij in de Duitse jurisprudentie had gezien. Dat leek de advocaat-generaal niet nodig. ‘Ik zou er op willen vertrouwen dat een dergelijke termijnstelling in dit geval niet nodig is. Mocht dat vertrouwen onjuist blijken, dan ontstaat een nieuwe situatie.’<sup>284</sup> Een termijnstelling naar Duits voorbeeld geeft de Hoge Raad vervolgens in het *Autokostenforfait*-arrest ook niet. Het *Arbeitskostenforfait*-arrest komt dichterbij de buurt van het Duitse voorbeeld.

#### IV.2.3 *Arbeitskostenforfait*

Het arbeidskostenforfait was een bedrag dat iedereen met inkomsten uit arbeid van zijn bruto-inkomsten mocht aftrekken, zonder verder te hoeven onderbouwen welke kosten er daadwerkelijk waren gemaakt. De ratio was bewijsrechtelijk. De hoogte van het forfaitaire bedrag was gericht op het dekken van de werkelijke kosten van 90 tot 95 procent van de relevante belastingplichtigen. Wie meende meer arbeidskosten te hebben gemaakt, stond het vrij om dit hogere bedrag daadwerkelijk te onderbouwen. In 1992<sup>285</sup> en 1994<sup>286</sup> verhoogde de wetgever het arbeidskostenforfait. De argumentatie daarvoor was geen stijging van de gemiddelde arbeidskosten, maar inkomenspolitiek.<sup>287</sup> Bedoeld was een netto-inkomensvoordeel voor werkenden te realiseren, zonder al te zichtbaar de koppeling met de uitkeringen los te hoeven laten. Wel moest het verband tussen de hoogte van het forfaitaire bedrag en de gemiddelde arbeidskosten (meer) worden losgelaten. De verhoging had immers niets met een stijging van de gemiddelde arbeidskosten te maken. Anders zou het ook geen inkomenspolitiek zijn.

Ook hier valt er een groep buiten de boot: de 5 tot 10 procent van de belastingplichtigen met inkomsten uit arbeid die meer werkelijke arbeidskosten maken dan het oorspronkelijke forfaitaire bedrag. In het geval het verhoogde forfaitaire bedrag ook hun werkelijke arbeidskosten gaat dekken, hoeven ze

<sup>283</sup> HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293, *LJN* AA2354 (*Autokostenforfait*). De term ‘beterschapsargument’ is van P.J. Wattel in zijn annotatie bij dit arrest in *BNB*.

<sup>284</sup> Zie overweging 6.4.8 van de conclusie van de advocaat-generaal bij dit arrest.

<sup>285</sup> Wet van 19 december 1991 tot wijziging van de inkomstenbelasting en de loonbelasting in het kader van het werkgelegenheids- en inkomensbeleid 1992, *Stb.* 1991/742.

<sup>286</sup> Wet van 24 december 1993 tot wijziging van een aantal belastingwetten en van de Wet Infrastructuurfonds in het kader van het belastingplan 1994, *Stb.* 1993/760.

<sup>287</sup> Ontleend aan de door de advocaat-generaal uitvoerig beschreven wetsgeschiedenis. Conclusie bij HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271, *NJ* 2000/170 (*Arbeitskostenforfait*), overwegingen 2.8 – 2.11.

voortaan de kosten niet meer te onderbouwen. Maar het door de wetgever beoogde *inkomensvoordeel* ontgaat hun. Dat geldt ook voor de werkenden met werkelijke arbeidskosten die nog altijd hoger zijn dan het verhoogde forfaitaire bedrag. Iemand uit die laatste groep, een gemeenteraadslid, voert bij haar aangifte haar werkelijke arbeidskosten op en een bedrag van 1050 gulden, zijnde het bedrag waarmee het arbeidskostenforfait sinds 1992 verhoogd is. Middels deze zelfverzonnen aftrekpost wil zij voor zichzelf ook het netto-inkomensvoordeel creëren dat de wetgever voor ogen stond. De inspecteur accepteert dit niet. Het Gerechtshof Leeuwarden wel.<sup>288</sup> Omdat hier inderdaad sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen die niet gerechtvaardigd kan worden, is sprake van strijd met artikel 26 IVBPR. Die kan ‘op eenvoudige wijze’ worden weggenomen, volgens het hof. ‘Teneinde de geconstateerde ongelijkheid op te heffen’ heeft belanghebbende, ‘in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever’, naast aftrek van de werkelijke arbeidskosten recht ‘op aftrek van de niet op fiscale gronden ingevoerde verhoging van 1050 gulden’. Tegen dat arrest tekent de staatssecretaris cassatieberoep aan bij de Hoge Raad.

De uitspraak van de Hoge Raad bestaat, net als het *Autokostenforfait*-arrest, uit twee delen: een toets aan het gelijkheidsbeginsel en een beoordeling van de vraag of de door het hof gekozen oplossing nog binnen de rechtsvormende taak van de rechter valt.<sup>289</sup> Elke forfaitaire regeling bergt ‘een zekere ruwheid’ in zich, aldus de Hoge Raad, maar die is alleen acceptabel als tenminste gepoogd wordt de werkelijkheid te benaderen. Juist dat is niet gebeurd met de verhoging van het arbeidskostenforfait om inkomenspolitieke redenen. En dus kan de ontstane ongelijkheid niet meer gerechtvaardigd worden met de aan een forfaitaire regeling verbonden nadelen. Opvallend is daarbij dat de Hoge Raad de in cassatie aangevoerde argumenten vrij snel passeert, ten gunste van wat destijds in het parlement gezegd was. De staatssecretaris voerde in cassatie bijvoorbeeld aan dat een verhoging van het arbeidskostenforfait tot gevolg had dat het forfaitaire bedrag in meer gevallen de werkelijke kosten dekte. De Hoge Raad herinnert de staatssecretaris subtiel aan het standpunt van de regering, destijds bij de wetswijzigingen, dat dit als een ‘verwaarloosbaar neveneffect’ moest gelden. Dat het om inkomenspolitiek via een forfaitaire constructie gaat, staat dus vast. In het kader daarvan accepteert de Hoge Raad de ontstane ongelijke behandeling niet: strijd met artikel 26 IVBPR.

Toch mag X te Z haar zelfverzonnen aftrekpost niet handhaven. Althans, het gerechtshof had de inspecteur niet mogen corrigeren op dit punt. Dat heeft te maken met wat de Hoge Raad nog aan rechterlijke rechtsvorming accepteert. In dit geval gaat het om strijd tussen de Wet Inkomstenbelasting en het internationale recht. Artikel 94 Grondwet bepaalt wat er in die gevallen moet gebeuren: de strijdige nationale regelingen mogen ‘geen toepassing vinden’. Maar in gevallen als deze, zo overweegt de cassatierechter, heeft de belanghebbende niets aan het buiten toepassing laten van de forfaitregeling. Zij maakte er immers al geen gebruik van. Voor de Hoge Raad doet dat de vraag rijzen:

<sup>288</sup> Hof Leeuwarden 27 januari 1997, LJN AV9782.

<sup>289</sup> HR 12 mei 1999, BNB 1999/271, NJ 2000/170, LJN AA2756 (*Arbeidskostenforfait*).

‘of de rechter de effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien dan wel of hij zulks vooralsnog aan de wetgever dient over te laten. In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.’<sup>290</sup>

Kennelijk is in het geval van strijd met het internationale recht met de mogelijkheid het nationale recht buiten toepassing te laten niet het laatste woord gesproken. Aan de effectieve rechtsbescherming ontleent de Hoge Raad tenminste een voornemen om zoveel mogelijk recht te doen aan het belang van de individuele rechtzoekende en in het kader daarvan ‘zelf in het rechtstekort te voorzien’. De constitutionele positie van de rechter verhindert dat kennelijk niet in absolute zin. Wel is die positie reden om ‘terughoudend’ te zijn op dit punt. In zijn volgende overweging geeft de Hoge Raad het afwegingskader weer:

‘Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied. Niet uitgesloten is echter dat de afweging anders moet uitvallen ingeval de wetgever ermee bekend is dat een bepaalde wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling in de zin van voormelde verdragsbepalingen leidt, maar nalaat zelf een regeling te treffen die de discriminatie opheft.’<sup>291</sup>

Kort gezegd is de Hoge Raad bereid om zelf in het rechtstekort te voorzien als daarvoor voldoende ‘dekking’ in het bestaande recht bestaat. Dat is het geval als er voor het vinden van een oplossing voldoende aanknopingspunten bestaan. Moeten er echter keuzes worden gemaakt die algemeen overheidsbeleid betreffen of ‘belangrijke rechtspolitieke keuzes’ zijn, dan zal de terughoudende opstelling van de rechter de doorslag geven. Daarvoor verwijst de Hoge Raad niet alleen op de constitutionele normen, maar ook op de feitelijke beperkingen van de rechter als het op rechtsvorming aankomt. Opvallend, ten slotte, is

<sup>290</sup> R.o. 3.14 van het arrest.

<sup>291</sup> R.o. 3.15 van het arrest.

de openlijke flexibiliteit van de afweging. Het opheffen van de discriminatie wordt ‘vooralsnog’ aan de wetgever gelaten. Laat de wetgever welbewust na een regeling te treffen die de discriminatie opheft, dan kan de afweging anders uitvallen.

In dit concrete geval meende het hof voldoende vaste grond te hebben om tot de rechtsvorming over te gaan. Het hof vond dat dit zelfs op ‘eenvoudige wijze’ en in lijn met de bedoeling van de wetgever kon. De Hoge Raad deelt die mening niet. Er zijn ook andere oplossingen denkbaar. Misschien zou de wetgever in dat geval voor een lager bedrag willen kiezen om de belastinginkomsten op peil te houden. Of misschien zou dan voor andere manieren zijn gekozen om de deelname aan de arbeidsmarkt te stimuleren. Bovendien circuleerde reeds het idee om de korting te vervangen door een heffingsaftrek. De Hoge Raad acht de kwestie dus niet zo eenvoudig als die lijkt, en bovendien is sprake van enige beweging aan de zijde van de wetgever. Er zijn algemene overwegingen van overheidsbeleid aan de orde waarin de rechter zich niet wil mengen. Vooralsnog, althans. Na de zogenaamde abstinentie vervolgt de Hoge Raad:

‘Gewezen zij echter op de in 3.15 bedoelde mogelijkheid dat de afweging terzake in de toekomst anders moet uitvallen. De Hoge Raad gaat ervan uit dat de regering met de nodige spoed een wetsontwerp zal indienen dat recht doet aan de op de Nederlandse Staat rustende verdragsverplichtingen op dit punt.’<sup>292</sup>

Dit is als weinig anders te begrijpen dan als een soort laatste waarschuwing. De afweging zal in de toekomst anders uit *moeten* vallen: als de wetgever wel weet dat zijn regeling tot ongerechtvaardigde ongelijke behandeling leidt, maar nalaat de regeling aan te passen. Daarbij is de kennis van de wetgever als geheel beslissend, gaat de Hoge Raad ervan uit dat de helft van de formele wetgever (de regering) met de nodige spoed een wetsontwerp zal indienen, maar blijft de Nederlandse Staat als geheel voorwerp van de relevante conformeringsplicht.

#### IV.2.4 *Vergelijking en vervolg*

In het onderzoek van Happé kwamen de drie hierboven besproken arresten naar voren als de meest politiek gevoelige uitspraken in twaalf jaar gepubliceerde gelijkheidsjurisprudentie van de Belastingkamer. Daarbinnen heeft het *Arbeidskostenforfait*-arrest een bijzondere status. Bij de grijze kentekens laat de Hoge Raad weinig na om te benadrukken dat hij het eigenlijk eens is met wat de staatssecretaris altijd al gezegd heeft, maar wat het parlement niet van de staatssecretaris accepteerde. Vervolgens pakt de Hoge Raad door en accepteert hij de door het hof gekozen oplossing: de rechter zal zelf de belastingaanslagen corrigeren conform het oorspronkelijke regeringsvoorstel. Het autokostenforfait ligt anders. Bij de invoering daarvan speelden de aan het gelijkheidsbeginsel ontleende bezwaren veel minder. Maar al in 1995, op eerste aangeven de Hoge Raad, liet de staatssecretaris aan de Eerste Kamer weten de kwestie uit de wereld te willen helpen. In het cassatiemiddel werd die bereidheid versterkt

<sup>292</sup> R.o. 3.17 van het arrest.

tot een aankondiging van een reparerend wetsontwerp. De Hoge Raad hoefde zich enkel bij de beloofde beterschap aan te sluiten, en hij deed dat ook met zoveel woorden. Dat maakt het als ‘voorhands disproportioneel’ afwijzen van het alternatief (meer of minder belastingrecht buiten toepassing laten) begrijpelijk. Het ligt niet zo heel ver af van wat de Hoge Raad eerder deed bij een andere kwestie rondom het autokostenforfait: berusten in een vermoedelijke discriminatie omdat de constructie op het moment van de uitspraak voor de toekomst reeds verholpen was door de wetgever.<sup>293</sup>

Bij het arbeidskostenforfait ligt het anders. Daar wordt in cassatie wel gesteld dat er gedachten zijn om het in de toekomst anders te regelen, maar er wordt geen *beterschap* beloofd. De regeling zelf wordt verdedigd. Misschien wel niet zozeer om het arbeidskostenforfait als zodanig,<sup>294</sup> maar als symbool van het instrumenteel gebruik van belastingrecht als rechtvaardigingsgrond voor ongelijke fiscale behandeling. In ieder geval heeft de Hoge Raad niets ‘beters’ om bij aan te sluiten dan de verwachting dat de regering de op de Staat rustende verdragsverplichtingen serieus neemt met de inhoud die ze volgens de Hoge Raad hebben. In de ogen van de Hoge Raad zal dat ‘met de nodige spoed’ tot een reparerend wetsvoorstel moeten leiden en uiteindelijk tot een wetswijziging. De Hoge Raad lijkt hiermee meer risico te lopen dan in de andere gevallen. In het *Autokostenforfait*-arrest was al wel duidelijk dat de regering inhoudelijk bijgedraaid was, in het *Arbeidskostenforfait*-arrest ging de Hoge Raad ervan uit dat dat zou gebeuren. ‘De Hoge Raad speelt hoog spel,’ aldus Wattel, ‘wat als de wetgever – in pokertermen – *calls the bluff*?’<sup>295</sup>

De kwestie van de grijze kentekens heeft de minste voeten in de aarde. De staatssecretaris creëert in de eerste plaats zelf een royale terugbetalingsregeling, zodat de rechterlijke macht niet overspoeld wordt.<sup>296</sup> Per 1 augustus 1998 is de uitzondering voor het groot wagenpark uit de wet verdwenen.<sup>297</sup> In 2005 ligt een volledige afschaffing van het grijs kenteken op tafel. De Tweede Kamer grijpt andermaal in en vraagt om een regeling waarbij iedereen die omzetbelasting betaalt ontzien wordt.<sup>298</sup> Dat gebeurt.<sup>299</sup> Opnieuw wordt hiertegen geprocedeerd, onder andere met het argument dat er eenzelfde soort willekeurig onderscheid wordt gemaakt als de Hoge Raad eerder in strijd met het gelijkheidsbeginsel oordeelde. De toon van de uitspraken in deze proefprocedure is bepaald anders

<sup>293</sup> HR 8 mei 1991, *BNB* 1991/196, *LJN* ZC4585. De kwestie betrof de omstandigheid dat de fiscale bijtelling van het autokostenforfait enkel plaatsvond wanneer het inkomen de aanslaggrens overschreed.

<sup>294</sup> Het voorstel voor de Wet IB 2001, waarin de algemene aftrek van arbeidskosten werd afgeschaft, is bij Kabinetsmissive van 19 mei 1999 naar de Raad van State gegaan. Dat is precies één week na het *Arbeidskostenforfait*-arrest. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, A.

<sup>295</sup> P.J. Wattel, annotatie bij HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271, *LJN* AA2756 (*Arbeidskostenforfait*).

<sup>296</sup> Zie de antwoorden op de Kamervragen van Giskes (D66): *Aanhangsel Handelingen II*, 1996/97, nr. 1217.

<sup>297</sup> Wet van 1 juli 1998 tot wijziging van de Wet van 16 december 1993 tot wijziging van de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 in verband met verruiming van het begrip personenauto (*Stb.* 1993/673) (beëindiging grootwagenparkregeling) *Stb.* 1998/416.

<sup>298</sup> *Kamerstukken II*, 29 800, nr. 4.

dan de hierboven beschreven procedure. Er wordt veel meer afstand gehouden. Rechtbank<sup>300</sup> en hof<sup>301</sup> benadrukken het ruime karakter van de beoordelingsmarge van de wetgever en nemen geen schending aan. In cassatie vindt de advocaat-generaal het bedrag te laag om aan het gelijkheidsbeginsel te toetsen. En de Hoge Raad laat het bij de enkele conclusie dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden en het de wetgever dus vrij stond om onderscheidende betekenis toe te kennen aan het gebruik van een bestelauto in het kader van een onderneming.<sup>302</sup>

Het autokostenforfait en het arbeidskostenforfait hebben langer bestaan. Bij het Belastingplan voor 1999 wees de Raad van State in zijn advies op het ontbreken van een regeling voor de autokosten. In het Nader Rapport meldde de regering de kwestie mee te willen nemen bij de algemene belastingherziening voor de 21e eeuw.<sup>303</sup> Datzelfde antwoordde Vermeend op Kamervragen die daags na het *Arbeidskostenforfait*-arrest aan hem werden gesteld door D66'er Schimmel.<sup>304</sup> Vermeend had 'een voorkeur voor het inbedden van de herziening van het arbeidskostenforfait in de belastingherziening 2001'. Op deze wijze konden de budgettaire en inkomenspolitieke gevolgen worden ingepast in een totaalpakket van maatregelen. Wel echode de staatssecretaris de termijnstelling van de Hoge Raad door te antwoorden dat hij de wetgeving 'zo spoedig mogelijk' wilde aanpassen. Zelf kwalificeert hij het als een 'appèl op de wetgever'. In de Memorie van Toelichting bij het Belastingplan voor 2000 herhaalde de regering in dergelijke woorden deze rechtvaardiging voor het uitstel.<sup>305</sup> Wel kon inmiddels verwezen worden naar een op 14 september 1999 bij de Tweede Kamer ingediend wetsvoorstel.<sup>306</sup> Dit voorstel maakte als nieuwe Wet Inkomstenbelasting 2001<sup>307</sup> een einde aan de door de Hoge Raad gewraakte forfaitaire regelingen.

Al in januari 2001 spreekt de Hoge Raad zich weer uit over het autokostenforfait, de kwestie die de Hoge Raad in 1995 succesvol onder de aandacht van de politiek had gebracht. Inzet was het cassatieberoep van een particulier die in 1999 vond dat het lang genoeg geduurd had en dat het autokostenforfait niet meer toegepast mocht worden in zijn geval. Het hof wees dat af.<sup>308</sup> De Hoge Raad

<sup>299</sup> Wet van 16 december 2004, houdende wijziging van enkele belastingwetten (Belastingplan 2005), *Stb.* 2004/653.

<sup>300</sup> Rb. Arnhem 26 juni 2007, *LJN* BA8913.

<sup>301</sup> Hof Arnhem 1 oktober 2008, *LJN* BF7583.

<sup>302</sup> HR 10 september 2010, *BNB* 2011/65, *LJN* BK3103.

<sup>303</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 26 245, B.

<sup>304</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 1998/99, nr. 1632.

<sup>305</sup> *Kamerstukken II* 1999/00, 26 820, nr. 3.

<sup>306</sup> Voorstel van wet tot vaststelling van de Wet inkomstenbelasting 2001 (Belastingherziening 2001), *Kamerstukken II* 1998-99, 26 727, nr. 1-3.

<sup>307</sup> Wet van 11 mei 2000 tot vaststelling van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (Belastingherziening 2001), *Stb.* 2000/215.

<sup>308</sup> Hof Amsterdam 27 augustus 1999, zaaknr. 98/3409 (ongepubliceerd).

is het daarmee eens, maar duidelijk niet van harte.<sup>309</sup> De Hoge Raad acht ten aanzien van de keuze voor een meeromvattende herziening:

‘onvoldoende gronden aanwezig om te oordelen dat de wetgever in redelijkheid hiertoe niet kon besluiten, ook al liet daardoor de opheffing van de rechtsongelijkheid langer dan wenselijk op zich wachten.’<sup>310</sup>

Daarbij somt de Hoge Raad nog een aantal specifieke omstandigheden op die in dit oordeel meewegen, zodat de algemene toepasbaarheid van de termijn die de Hoge Raad hier accepteert minimaal wordt. Het arrest was van juli 1998, het aangekondigde wetsontwerp werd uiteindelijk in september 1999 ingediend en de oplossing trad pas per 1 januari 2001 in werking. Daarbij is het opvallend dat de Hoge Raad wel verwijst naar zijn uitspraak uit 1998, maar het in het geheel niet meer heeft over de eerste aanwijzing uit 1995. Ondanks dat – blijkens de antwoorden op de schriftelijke vragen – de portee van dat *obiter dictum* de regering zeker niet ontgaan was, en ondanks dat in het *Arbeidskostenforfait*-arrest zoveel belang wordt gehecht aan de bekendheid bij de wetgever van eventuele onrechtmatigheden. Kennelijk creëert niet elk signaal aan de wetgever evenveel verantwoordelijkheid: sommige laten een termijn beginnen, andere niet.

Een jaar later oordeelde de Hoge Raad dat ook het afschaffen van het arbeidskostenforfait via de Wet IB 2001 ‘met de nodige spoed’ gebeurd was.<sup>311</sup> Daarmee betoonde de Hoge Raad zich terughoudender dan de advocaat-generaal geconcludeerd had. Wattel, eerder annotator, vermoedde dat de wetgeving lang op zich had laten wachten in verband met de budgettaire consequenties. Er zou in totaal 450 miljoen gulden mee gemoeid zijn. De advocaat-generaal wees zekerheidshalve nog even op de overweging waarmee de Hoge Raad eerder had aangegeven dat budgettaire bezwaren de loop van het recht niet mochten hinderen.<sup>312</sup> Zeker nu duidelijk was geworden op welke wijze in het rechtstekort zou moeten worden voorzien, was er volgens de advocaat-generaal geen goede staatsrechtelijke reden meer om af te zien van het bieden van rechtsherstel. Hij adviseerde de Hoge Raad alle nog niet definitieve aanslagen inkomstenbelasting vanaf 1992, het moment waarop de wetgever de inkomenspolitiek in het arbeidskostenforfait introduceerde, ambtshalve te gaan corrigeren. De Hoge Raad volgt deze conclusie niet. Niet alleen hoeft er niets te gebeuren aan de aanslagen van de jaren *voordat* het *Arbeidskostenforfait*-arrest werd gewezen, ook de jaren tussen het arrest en de Wet IB 2001 mogen ongemoeid blijven. Wel wijst de Hoge Raad hier nog op ‘de geringe ernst’ van de kwestie, als aanvullend argument voor de getoonde lankmoedigheid.

<sup>309</sup> HR 24 januari 2001, *BNB* 2001/291, *LJN* AA9621.

<sup>310</sup> R.o. 3.2.2 van het arrest.

<sup>311</sup> HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/289, *LJN* ZC8146. Eerder hield het Gerechtshof Amsterdam de boot af. Hof Amsterdam 18 juli 2000, *LJN* AA7985. Het hof oordeelde dat er geen noodzaak was om terugwerkende kracht aan te nemen, dat inmiddels in een oplossing voorzien was en dat de argumentatie van de staatssecretaris over de verstreken termijn geaccepteerd kon worden.

<sup>312</sup> HR 14 juni 1995, *BNB* 1995/252, *LJN* AA1635, r.o. 3.4.4: ‘Budgettaire problematiek levert geen grond op om een regeling achterwege te laten, die noodzakelijk is om discriminatie als bedoeld in artikel 26 IVBPR te vermijden.’

Resteert de vraag of de Wet IB 2001 de kwestie niet alleen op *tijd* maar ook *inhoudelijk afdoende* regelt. Ten aanzien daarvan lijkt hetzelfde te gebeuren als bij de grijze kentekens: de Belastingkamer trekt zich inhoudelijk terug door de toetsingsintensiteit te verlichten. Al van de zogenaamde *Kinderopvang*-arresten uit 2002<sup>313</sup> wordt in de literatuur gesteld dat zij de belastingwetgever meer ruimte gunnen dan voordien gebruikelijk was.<sup>314</sup> Uiteindelijk ligt in 2005 een vraag voor die heel sterk lijkt op de vraag van het *Arbeidskostenforfait*-arrest. Inzet is het verschil dat met de Wet IB 2001 is ontstaan tussen werknemers die hun arbeidskosten nog wel belastingvrij vergoed kunnen krijgen door hun werkgever,<sup>315</sup> terwijl het – op een enkele uitzondering na – niet meer mogelijk is om de arbeidskosten als aftrekpost op te voeren bij de inkomstenbelasting. Het Hof Amsterdam constateert dat hier sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, waarvoor de aangevoerde niet-fiscale doelen (inkomensbeleid en arbeidsmarktbeleid) geen voldoende rechtvaardiging opleveren.<sup>316</sup> Het opheffen van de ongelijkheid ligt echter ‘op de weg van de wetgever’ volgens het hof, en vormen van schadevergoeding worden afgewezen. Daarbij is in de formulering van de grens van de rechtsvormende taak geen enkele voorlopigheid ingebouwd. In cassatie gaat de advocaat-generaal half mee met het hof. Hij concludeert dat als de ongelijkheid meer dan 2200 euro bedraagt, de gegeven rechtvaardiging niet meer volstaat en discriminatie moet worden aangenomen. De Hoge Raad komt echter tot een ander oordeel.<sup>317</sup> Wat de maatstaf betreft staat, net als met de grijze kentekens, de ruime beoordelingsvrijheid van de wetgever centraal. Daarbij resteert een uiterst marginale rol voor de rechter. Alleen daar waar ‘een oordeel van de wetgever van elke redelijke grond ontbloomt’ moet worden geacht, is een rechterlijke interventie gerechtvaardigd. Dat kan van dit geval niet gezegd worden. De aangevoerde redenen, in samenhang bezien, leveren voldoende rechtvaardiging op voor het gemaakte onderscheid. Ook als daarmee, zoals in het voorliggende geval, een werknemer 5.000 euro arbeidskosten belast ziet als inkomsten terwijl de fiscus zich niet bemoeit met door de werkgever vergoede arbeidskosten.

Onder dit arrest constateert Happé dat de wetgever die zich in 1997 nog zorgen maakte<sup>318</sup> over de mogelijkheden om beleidsdoelen te verwezenlijken via het fiscale recht ‘opgelucht kan ademhalen’. Naar ‘algemeen gevoelen,’ vervolgt Happé, heeft het offensief van de bewindslieden effect gehad. Door nu, na de *Kinderopvang*-arresten, andermaal zulke zwakke wetgeving te laten passeren, heeft de Hoge Raad ook het strobreed uit de arresten over de grijze kentekens, het autokosten- en het arbeidskostenforfait uit de weg geruimd. Dit soort uitgesproken negatieve gevoelens leeft breder in fiscale kringen.<sup>319</sup>

<sup>313</sup> HR 12 juli 2002, *BNB* 2002/399 en 400, *LJN* AE5214 en HR 12 juli 2002, *BNB* 2002/400, *LJN* AE5215.

<sup>314</sup> De Wit 2012, p. 283. R.H. Happé, in zijn annotatie in *BNB*, houdt vol dat de Hoge Raad altijd al terughoudend was.

<sup>315</sup> Artikelen 15 tot 17a Wet IB.

<sup>316</sup> Hof Amsterdam 2 juni 2003, *LJN* AH9404.

<sup>317</sup> HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310, *LJN* AQ7212.

<sup>318</sup> In december 1997 lagen overigens nog niet alle hier besproken Hoge Raad uitspraken op tafel. Wel was al duidelijk welke koers de gerechtshoven hadden ingezet. Vgl. Happé 2000, p. 153, noot 8.

<sup>319</sup> J.A. Smit (annotatie bij HR 8 juli 2005, *FED* 2006/20, *LJN* AQ7212), meent dat het lijkt alsof de Hoge Raad zich vooral laat leiden door koudwatervrees als hij alleen nog maar wil ingrijpen bij wat volstrekt willekeurig is. Meussen 2006, p. 82, vraagt zich af van wie de rechtsbescherming nog moet komen als de Hoge Raad die niet meer biedt. Vgl. J.E.A.M. van Dijk, ‘Napratierij’ (opinie), *NTFR* 2005-37, p. 1.

#### IV.2.5 Conclusie

Het *Arbeidskostenforfait*-arrest bleek in 2000 de meest ‘spectaculaire’ uitspraak van de voorgaande twaalf jaar gepubliceerde jurisprudentie van de Belastingkamer over het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht. De Hoge Raad biedt in dat arrest geen individuele rechtsbescherming, maar constateert enkel een onrechtmatigheid en neemt – met alleen de verdragsverplichting in de hand – aan dat de wetgever met de nodige spoed het probleem zal oplossen. Heel succesvol blijken dit soort aanmoedigende aannames niet. Althans bij het *Autokostenforfait*-arrest, had de Hoge Raad al in 1995 een signaal gegeven dat redelijk bereidwillig leek te worden opgepakt door de wetgever. In 1998 wordt er zelfs een wetsvoorstel aangekondigd waar de Hoge Raad in zijn uitspraak alleen maar naar behoefde te verwijzen. Toch duurt het nog tot 2001 voordat de kwestie uit de wereld is. De Hoge Raad laat het er dan bij zitten en spreekt enkel zijn teleurstelling uit.

Uit de politieke contextualisering blijkt dat het werkelijke conflict van *Arbeidskostenforfait* niet zit in de handhaving van de specifieke regeling van de aftrek van de arbeidskosten en het bieden van een inkomensvoordeel aan werkenden zonder al te zichtbaar de koppeling met de uitkeringen te hoeven loslaten. Ten tijde van het arrest had de Staat ook kunnen aankondigen dat er reeds voorzien was in schrapping van de regeling. Een week later ligt dat voorstel immers bij de Raad van State. Het werkelijke conflict ging over de vraag of de Hoge Raad de toetsingsintensiteit zou volhouden. Na een beperkt eigen onderzoek en afgaande op wat fiscalisten daarover melden is de Hoge Raad *dat* conflict niet aangegaan. *Arbeidskostenforfait* geldt niet alleen als het hoogtepunt van de twaalf voorafgaande jaren, maar ook van de twaalf jaren erna. De belastingrechter heeft het gelijkheidsbeginsel na 2002 niet meer tegen de belastingwetgever ingezet.<sup>320</sup>

#### IV.3 Kwesties

Een specifieke definitie van het ‘op termijn stellen van de wetgever’ is mij niet bekend. Wel is duidelijk dat het *Arbeidskostenforfait*-arrest een van de meest typische voorbeelden ervan is. De essentie van de opstelling van de Hoge Raad in dat arrest is de ongemeen expliciete dreiging met rechtsvorming als een soort sanctie op een welbewust niet voldoen aan een conformeringsplicht door de wetgever. Ik zal deze essentie uitwerken in het bespreken van drie kwesties. In de eerste plaats zal rechterlijke rechtsvorming worden geplaatst tegen de achtergrond van artikel 94 Grondwet als een codificatie van de rechter als negatieve wetgever (paragraaf IV.3.1). Staat artikel 94 Grondwet überhaupt wel rechterlijke rechtsvorming toe of beperkt het de mogelijkheden van de rechter

<sup>320</sup> De Wit 2012, p. 290-291.

tot het enkel buiten toepassing laten van nationale voorschriften? Ten tweede kan er alleen maar *gedreigd* worden met rechtsvorming als de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter flexibel zijn. Over de aard en toelaatbaarheid daarvan gaat paragraaf IV.3.2. Ten slotte is het de vraag of de termijnstelling een materieel wetgevingsbevel vormt (paragraaf IV.3.3).

#### IV.3.1 De rechtsvormende taak en de *negative Gesetzgeber*

De hoofdzaken van het belastingrecht moeten door de formele wetgever vastgelegd worden.<sup>321</sup> De Grondwet beschermt met het constitutioneel toetsingverbod de resultaten van de fiscale formele wetgeving af tegen toetsing aan de Grondwet, aan het Statuut en aan ongeschreven rechtsbeginselen.<sup>322</sup> Dat is, volgens Martens, wat de Hoge Raad in het *Arbeidskostenforfait*-arrest aangeeft te beseffen als hij over 'de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen' spreekt: in beginsel en van oudsher is het oordeel van de (fiscale) wetgever onschendbaar.<sup>323</sup> Er geldt één uitzondering: formele wetten mogen wel getoetst worden aan een ieder verbindend geschreven internationaal recht.<sup>324</sup> Dat is de reden waarom de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in de hierboven beschreven casus verloopt via artikel 26 IVBPR en later ook via artikel 1 Eerste Protocol juncto artikel 14 EVRM. Dat zijn een ieder verbindende bepalingen uit verdragen. Valt toetsing daaraan negatief uit voor binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften, dan *moet* het nationale recht buiten toepassing worden gelaten. Artikel 94 Grondwet is geformuleerd als een gebod.

De confrontatie tussen de belastingrechter en de belastingwetgever verloopt via artikel 94 Grondwet. Daardoor verkeert de Hoge Raad in een positie die vergelijkbaar is met die van Kelsens *negative Gesetzgeber*.<sup>325</sup> De Hoge Raad beschikt uitsluitend over de negatieve uitspraakbevoegdheid om nationaal recht buiten toepassing te laten en is tevens verplicht ervan gebruik te maken in geval van strijd met een ieder verbindend internationaal recht. Dat is echter niet wat in *Autokostenforfait* en *Arbeidskostenforfait* gebeurt. In de eerste plaats is *wel* sprake van strijd met artikel 26 IVBPR maar wordt het nationale recht in de casus zelf *niet* buiten toepassing gelaten. In de tweede plaats gaat het over de grenzen van de *rechtsvormende taak*<sup>326</sup> van de rechter. Door voor mogelijk te houden dat de rechter een dergelijke taak heeft is het pad van de uitsluitend *negative Gesetzgeber* in beginsel verlaten.<sup>327</sup> Omdat de beperking tot de negatieve uitspraakbevoegdheden zich ook tegen het wetgevingsbevel laat inzetten,<sup>328</sup> is hier de vraag relevant waarom rechtsvorming dan kennelijk wel is toegestaan.

<sup>321</sup> Artikel 104 Grondwet.

<sup>322</sup> Zie artikel 120 Grondwet, HR 14 april 1989, NJ 1989/469, LJN AD5725 (*Harmonisatiewet*) en HR 18 september 2001, NJ 2002/559, LJN AB1471 (*Decembermoorden*).

<sup>323</sup> Martens 2000, p. 751.

<sup>324</sup> Het Unierecht laat ik hier buiten beschouwing.

<sup>325</sup> Zie paragraaf III.3.1.

<sup>326</sup> Dit is overigens een beperktere definitie van rechtsvorming dan hoofdstuk II hanteert. Dat is geen probleem, want het invullen van leemtes is ook in de definitie van hoofdstuk II rechtsvorming.

<sup>327</sup> Voor eenzelfde toepassing van Kelsens concept op de rechtsvormende taak van de rechter: Uzman, Barkhuysen & van Emmerik 2010, p. 2-4; Brewer-Carías 2011, p. 31-40.

#### IV.3.1.1 De afweging tussen *negative Gesetzgeber* en *wirksame Garantie*

Nadere studie naar de achtergrond van (wat nu) artikel 94 Grondwet (is) laat opmerkelijke overeenkomsten zien met de achtergrond van Kelsens *negative Gesetzgeber*. Kelsen wilde voorzien in een *wirksame Garantie* tegen een parlement dat nu eenmaal geneigd is te vergeten dat ze de in de grondwet gestelde grenzen in acht moeten nemen. Omdat Kelsen daarvoor een constitutioneel hof dat verhindert wat de wetgever niet had mogen doen voldoende achtte, sprak hij geruststellend over de rechter als een *negative Gesetzgeber*. Artikel 94 Grondwet heeft een vergelijkbare achtergrond. Het primaire doel was het verzekeren van het primaat van (posterieur) internationaal recht boven nationaal recht, met de rechter als de aangewezen instantie om dit primaat te 'effectueren'.<sup>329</sup> In Kelsens termen: beoogd werd een *wirksame Garantie* te creëren voor het internationale recht. De keuze voor een negatief uitspraakgebod steunde op de overtuiging dat het buiten toepassing laten van nationale regelgeving voldoende was om effectief te zijn.<sup>330</sup> In plaats van het buiten toepassing gelaten nationale recht zou immers het internationale recht toegepast moeten worden. Ter voorkoming van toetsing door de rechter aan 'niet voor toepassing gereed liggend' internationaal recht, werd in 1956 de inroepbaarheid van het internationale recht begrensd tot een ieder verbindende bepalingen.<sup>331</sup>

Begin jaren '80 van de vorige eeuw begint de effectuering van het internationale recht door de rechter van de grond te komen, om te beginnen in de jurisprudentie van de burgerlijke kamer van de Hoge Raad.<sup>332</sup> Die wordt geconfronteerd met delen van het familierecht die niet meer aansluiten bij moderne maatschappelijke opvattingen en bij de wijze waarop het EHRM artikel 8 en artikel 14 EVRM interpreteert. De grenzen van de *negative Gesetzgeber* komen dan snel in zicht.<sup>333</sup> Reeds in 1980 begint het te schuren als de Hoge Raad ter verwezenlijking van artikel 8 EVRM en 14 EVRM als 'geldend Nederlands recht aanneemt' dat op een specifiek punt<sup>334</sup> 'geen onderscheid mag worden gemaakt tussen wettige en natuurlijke kinderen'.<sup>335</sup> Hier bestaat de oplossing al niet uit het *buiten toepassing* laten van nationaal recht en het in plaats daarvan toepassen van internationaal recht. Er wordt gekozen voor het breder *van toepassing* verklaren van nationaal recht.<sup>336</sup> Daarmee bereikt de Hoge Raad dat het uiteindelijke resultaat conform het internationale recht is. Niet veel later blijkt de Hoge Raad inderdaad betekenis toe te kennen aan de negatieve grenzen van artikel 94 Grondwet.

<sup>328</sup> Zoals Behrendt (zie hoofdstuk II en paragraaf III.3.1) constateert: een wetgeving bevelende rechter is niet meer negatief.

<sup>329</sup> Zie voor de totstandkoming en achtergrond van artikel 94 Grondwet: Fleuren 2004, p. 176-23; De Wit 2012, p. 13-44.

<sup>330</sup> Aldus het rapport van de Commissie-Kranenburg (*Rapport van de Commissie van advies inzake nadere Grondwetwijziging betreffende de buitenlandse betrekkingen*, 's-Gravenhage, 1955). Fleuren 2004, p. 202-207; De Wit 2012, p. 34-37.

<sup>331</sup> Zie voor het begrip 'een ieder verbindend' in dit verband: VI.3.1.

<sup>332</sup> Voor de factoren die dat bewerkstelligd hebben: S.K. Martens, 'Incorporating the European Convention: the role of the judiciary', *European Human Rights Review*, 1998, p. 5-14; Van Dijk 1988.

<sup>333</sup> De Wit 2012, p. 114-151.

<sup>334</sup> De zus van een overleden moeder kon niet worden aangemerkt als bloedverwant in de zin van de wet omdat het kind uitsluitend een natuurlijke en niet een wettige kind was. Natuurlijke kinderen hadden volgens het recht slechts één bloedverwant: de moeder.

<sup>335</sup> HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/463, *LJN* AC6789.

In 1984 constateert de Hoge Raad dat de onmogelijkheid om na een echtscheiding beide ouders de gezamenlijke ouderlijke macht<sup>337</sup> te laten behouden in strijd komt met artikel 8 EVRM.<sup>338</sup> Dat betekent echter niet, zo vervolgt de Hoge Raad, dat een verzoek van ouders om gezamenlijk tot voogd benoemd te worden, kan worden toegewezen. Die constructie past namelijk niet in het stelsel van de wettelijke voogdijregeling. En dan:

‘Aan artikel 94 Grondwet kan de rechtbank wel de bevoegdheid ontlenuen, het wettelijk voorschrift van artikel 1:161 lid 1 BW buiten toepassing te laten, indien toepassing ervan in het gegeven geval niet verenigbaar is met artikel 8 EVRM, maar niet de bevoegdheid om een niet bij de wet voorziene en in het wettelijke systeem niet passende voogdijregeling te treffen.’<sup>339</sup>

Dit is een redelijk scherp onderscheid tussen het negatief buiten toepassing laten van nationale wettelijke voorschriften en (niet binnen het wettelijk systeem passende) rechtsvorming.<sup>340</sup> Het wordt evenwel in dit geval niet volgehouden *ten koste* van de effectuering van het internationale recht. Door bij een echtscheiding helemaal géén besluit te nemen over het ouderlijk gezag blijft de in het huwelijk ontstane situatie voortbestaan en blijven ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen. Zowel aan de *negative Gesetzgeber* als aan de *wirksame Garantie* kan voldaan worden.

De 1984 verzonnen ‘list’ werkt wel voor gescheiden ouders, maar niet voor nooit gehuwde ouders. Zij hebben onder artikel 8 EVRM evenwel ook recht op gezamenlijke ouderlijke macht. In 1986 treft de Hoge Raad in de zogenaamde *Lentebeschikkingen*<sup>341</sup> voor hen een regeling. Deze beschikkingen voorzien in een vrij gedetailleerde en uitgebreide voorziening om het nationale recht in lijn met het internationale te brengen. Dat alles gebeurt zonder dat het twee jaar eerder gesignaleerde verschil tussen het wel toegestane buiten toepassing laten en het de rechter niet vrij staande treffen van een nieuwe regeling een zichtbare rol speelt in de motivering van de Hoge Raad, laat staan een beperkende. De Hoge Raad lijkt gewoon te doen wat nodig is voor een bevredigend eindresultaat. Wat de omvang van de rechtsvorming betreft, zijn de *Lentebeschikkingen* uitzonderlijk gebleken. Aan het bieden van oplossingen met een dergelijke omvang heeft de Hoge Raad zich – bij mijn weten – niet meer gezet. Wel is duidelijk geworden dat de grenzen van de negatieve uitspraakbevoegdheden kennelijk niet zo absoluut zijn, dat ze nooit zouden kunnen worden doorbroken ten gunste van de verwezenlijking van het internationale recht. Kelsensiaans geformuleerd: in de *Lentebeschikkingen* wint de *wirksame Garantie* het van de *negative Gesetzgeber*, en niet zo’n beetje ook.

<sup>336</sup> Vgl. De Wit 2012, p. 118-119. Zij beschrijft (p. 124) ook de tegenovergestelde techniek, namelijk het verenigen van het toepassingsbereik van een nationale wettelijke bepaling in HR 4 juni 1982, NJ 1983/32, LJN AG4397 (*Veto huwelijk*).

<sup>337</sup> Ik gebruik macht en gezag in dit verband door elkaar.

<sup>338</sup> HR 4 mei 1984, NJ 1985/510, LJN AG4807 (*Gezamenlijke ouderlijke macht*).

<sup>339</sup> Zie r.o. 3.3 van het arrest.

<sup>340</sup> Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2010, p. 18-19.

<sup>341</sup> HR 21 maart 1986, NJ 1986/585-588, LJN AC9283, AC9284, AC9285 en AC9286 (*Lentebeschikkingen*).

De jurisprudentie van de (burgerlijke kamer van) de Hoge Raad bevat zowel een arrest waarin het concept van de negatieve wetgever als een norm gebruikt wordt, als een serie beschikkingen van twee jaar later, die weliswaar uitzonderlijk zijn maar desalniettemin aantonen dat het concept van de negatieve wetgever onder omstandigheden behoorlijk kan wijken. Tussen deze twee polen in bekleedt de Hoge Raad tegenwoordig de gematigde positie van een 'reluctant positive legislator'.<sup>342</sup> Het *Arbeidskostenforfait*-arrest staat daarvoor symbool. Het buiten toepassing laten is nog altijd de hoofdregel en moet zonder meer gebeuren wanneer dat een oplossing is in de voorliggende casus. Baat dat belanghebbende niet, dan is er wel rechtsvorming mogelijk, mits die niet te ingrijpende keuzes vergt of de rechter te veel in politiek vaarwater brengt. *Arbeidskostenforfait* laat zich begrijpen als een balans tussen de *negative Gesetzgeber* en de *wirksame Garantie*.

#### IV.3.1.2 Grondslag van de rechtsvormende bevoegdheid

Duidelijk is dus, dat artikel 94 Grondwet geen *verbod* is op alles wat anders of meer is dan het buiten toepassing laten van nationaal recht, wanneer het om het verwezenlijken van internationaal recht gaat. Artikel 94 Grondwet moet, zo blijkt uit *Arbeidskostenforfait* worden begrepen als een hoofdregel. Niet als een absolute grens. Een andere vraag is wat dan in positieve zin de grondslag is voor de rechtsvorming. Als artikel 94 Grondwet het niet verbiedt, wat maakt het mogelijk?<sup>343</sup>

In *Optierecht Nederlanderschap* constateerde de Hoge Raad dat 'aan artikel 94 Grondwet in verband met artikel 26 IVBPR' geen grond kon worden ontleend om mannen eenzelfde recht toe te kennen als de wet reeds aan vrouwen deed.<sup>344</sup> Daar lijkt artikel 94 Grondwet als grondslag voor de rechterlijke rechtsvorming te figureren. Het *Arbeidskostenforfait*-arrest zelf is kort over deze kwestie: het probleem met buiten toepassing laten is 'dat het belanghebbende niet baat.' Dat is de reden waarom moet worden gezien of er rechtsvormend nog een wel mouw aan te passen valt. De Hoge Raad had, omdat het om artikel 26 IVBPR en artikel 1 Eerste Protocol juncto 14 EVRM gaat, kunnen verwijzen naar artikel 13 EVRM en artikel 2 IVBPR: het recht op effectieve rechtsbescherming respectievelijk een daadwerkelijk rechtsmiddel. De advocaat-generaal had wel op artikel 2 IVBPR gewezen. De Hoge Raad noemt geen artikelen maar spreekt wel van 'effectieve rechtsbescherming'. Als de Hoge Raad de artikelen genoemd had, was dat een argument geweest om deze artikelen te construeren als *aanvullingen* op artikel 94 Grondwet, zoals Bloembergen doet.<sup>345</sup> Gevolg van deze benadering is wel dat er dan verschil ontstaat in het internationale recht tussen die verdragen die een met artikel 13 EVRM of artikel 2 IVBPR vergelijkbare versterking bevatten en verdragen die dat niet hebben en dus op de goede trouw uit artikel 26 van het Weens Verdragenverdrag zijn aangewezen.

<sup>342</sup> Uzman, Barkhuijsen & Van Emmerik 2010.

<sup>343</sup> Wie wil weten hoe dit echt zit, raadplege het nog te verschijnen proefschrift van J. Uzman.

<sup>344</sup> HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230, LJN AG4874 (*Optierecht Nederlanderschap*).

<sup>345</sup> A.R. Bloembergen in zijn annotatie bij HR 12 mei 1999, NJ 2000/170, LJN AA2756 (*Arbeidskostenforfait*).

Ik meen zelf dat er in dit verband geen bijzondere grondslag voor rechtsvorming nodig is. Wanneer duidelijk is dat artikel 94 Grondwet geen verbod op rechtsvorming bevat, mag de ‘oude bron der natuur’, zoals Opzoomer de rechterlijke rechtsvorming noemde,<sup>346</sup> weer gaan stromen. Daarin past ook het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen de rechtsvorming die voortvloeit uit het systeem van de wet of in ieder geval uit de ‘wel in de wet geregelde gevallen’. Dat is een onderscheid dat sterk doet denken aan het kader voor de rechtsvorming dat de Hoge Raad eerder gaf in het arrest *Quint/Te Poel*.<sup>347</sup> In dat arrest was van doorwerking van internationaal recht geen sprake.

Dat er geen bijzondere grondslag voor de rechtsvorming is vereist in die gevallen waarin de te vullen leemte het gevolg is van de doorwerking van internationaal recht, wil nog niet zeggen dat het geen verschil maakt of de rechtsvorming een leemte betreft die door de rechter in het licht van maatschappelijke veranderingen gevoeld wordt of dat het tekort ontstaat na het opvolgen van het gebod van artikel 94 Grondwet. Maar dat verschil heeft dan betrekking op de *grenzen* van de rechtsvormende taak, niet op de *grondslag* ervan. Het is heel goed voorstelbaar dat het effectueren van internationaal recht in het algemeen of van grondrechten in het bijzonder, extra gewicht in de schaal legt bij de in *Arbeidskostenforfait* beschreven afweging.

### IV.3.1.3 Conclusie

Het oorspronkelijke juridische *frame* van de in paragraaf IV.2 beschreven casus is dat van de rechter als *negative Gesetzgeber*: artikel 94 Grondwet wijst in die richting. Dat artikel heeft een achtergrond die veel overeenkomsten vertoont met Kelsens benadering. Zowel het geven van een wetgevingsbevel als rechterlijke rechtsvorming zijn ieder op hun manier *positiever* dan buiten toepassing laten. Voor de discussie over het wetgevingsbevel is het daarom interessant te bezien hoe de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak verantwoord heeft tegenover het negatieve ideaal van artikel 94 Grondwet.

In 1984 leek de burgerlijke kamer van de Hoge Raad vast te houden aan een uit artikel 94 Grondwet af te leiden beperking van de uitspraakbevoegdheden: *wel* het negatieve buiten toepassing laten, *niet* het treffen van een nieuwe regeling. Twee jaar later wees de burgerlijke kamer echter de *Lentebeschikkingen*, waarmee de Hoge Raad zich kennelijk onder hetzelfde artikel 8 EVRM bevoegd achtte tot rechtsvorming van een ongekeerde omvang. Deze twee uitersten komen bij elkaar in het *Arbeidskostenforfait*-arrest: buiten toepassing laten als een hoofdregel, recht vormen als dat niet te ingrijpende keuzes vraagt of de rechter in politiek vaarwater brengt.

<sup>346</sup> ‘Er werd recht gesproken vóór er wetten waren en het maken van wetten heeft de oude bron der natuur niet verstoort’, C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk*, ‘s Gravenhage: Gebr. Belinfante 1884, p. 71.

<sup>347</sup> HR 30 januari 1959, NJ 1959/548, LJN AI1600 (*Quint/Te Poel*).

Dat artikel 94 Grondwet meer positieve uitspraken kennelijk niet *verbiedt*, is nog iets anders dan dat er ook een *bevoegdheid* bestaat om dat soort uitspraken te doen. Ik meen dat geen bijzondere grondslag voor rechterlijke rechtsvorming vereist is. Constructies waarbij artikel 13 EVRM als aanvulling op artikel 94 Grondwet de rechter een bevoegdheid tot rechtsvorming verleent, acht ik niet nodig. De algemene bevoegdheid, die als min of meer eigen aan de rechtsprekende functie naar voren komt in *Quint/Te Poel*, volstaat. Wie de grondslag voor rechtsvorming in dit geval wel afleidt uit het internationale recht, kan dit argument ook in stelling brengen voor het formele wetgevingsbevel. Wat door artikel 94 Grondwet niet verboden wordt, en zelfs misschien door het nationale recht niet mogelijk gemaakt wordt, kan mogelijk wel geboden zijn in het kader van de *wirksame Garantie* van het internationale recht. Oftewel: artikel 2 IVBPR lezen als een verplichting voor de rechter om formele wetgevingsbevelen te geven. Dit is een van de argumenten van Clara Wichmann in de later te bespreken SGP-casus.

#### IV.3.2 De flexibele grenzen van de rechtsvormende taak

Opzoomer noemde rechterlijke rechtsvorming een ‘oude bron der natuur’ die door de codificatiegedachte niet gedempt zou worden. Dat is nog wat anders dan dat een rechter in een motivering toegeeft uit die bron te drinken. Een arrest van de civiele kamer uit 1984 geldt in de literatuur als de eerste openlijke vermelding van ‘de rechtsvormende taak’.<sup>348</sup> In dat arrest constateert de Hoge Raad dat het wegnemen van de betwiste ongelijke behandeling een keuze vergt die ‘mede in aanmerking genomen de aard van de daarbij betrokken belangen, niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter valt.’ De Hoge Raad wijst daarvoor naar de wetgever. Het is in dit geval ‘aan de wetgever te bepalen op welke wijze het best aan het beginsel van artikel 26 IVBPR kan worden voldaan.’ Waarna de Hoge Raad de partijen heenzendt met lege handen. Uit de motivering valt overigens niet op te maken of de reparerende wetswijziging, die destijds al bij de Eerste Kamer lag, een rol heeft gespeeld.<sup>349</sup>

‘Abstineren’ met de ‘keuzeformule’<sup>350</sup>, zoals deze figuur is gaan heten, komt sindsdien met regelmaat voor in de jurisprudentie van zowel de Hoge Raad als van andere rechterlijke colleges. Uzman en Stolker vermoeden zelfs dat dit *het* favoriete gezichtspunt van de Hoge Raad is om de rechtsvormende taak te begrenzen.<sup>351</sup> Dat is vaak in negatieve zin: de keuzeformule en het abstinieren

<sup>348</sup> HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230, LJN AG4874 (*Optierecht Nederlandschap*). Volgens De Lange is dit arrest ook de eerste keer. R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. UvA), Zwolle 1991, p. 194. Eerder zijn wel passages aan te wijzen die al moeizaam passen in een subsumptie-ideaal van rechtspraak: het min of meer expliciet ‘omgaan’ van de jurisprudentie zonder wetswijziging en erkenningen van vormen van precedentwerking. Zie R.J.P. Kottentagen, *Van precedent tot precedent* (diss. EUR), Arnhem 1986.

<sup>349</sup> Rijkswet op het Nederlandschap 1984, *Stb.* 1984/628.

<sup>350</sup> De Boer 1995, p. 1029.

<sup>351</sup> Uzman & Stolker 2009, p. 482.

komen doorgaans *samen* voor.<sup>352</sup> In de literatuur werd geconstateerd dat niet altijd even duidelijk is wanneer volgens de Hoge Raad de grenzen bereikt zijn. De Hoge Raad ‘heeft veel vrijheid’, constateerde Vranken, maar motiveert met name daar waar hij besluit daarvan *geen* gebruik te maken zijn keuze maar matig.<sup>353</sup> Wellicht in reactie op dit soort kritiek is de Hoge Raad er in *Arbeidskostenforfait* goed voor gaan zitten en heeft hij inzage gegeven in het afwegingskader. Niet eerder had de Hoge Raad zijn leer zo duidelijk gemotiveerd.<sup>354</sup> Daarmee heeft de Hoge Raad zich een nieuwe vorm van kritiek op de hals gehaald. Met overwegingen als die uit *Arbeidskostenforfait*, die feitelijk de op termijnstelling vormen, zou de Hoge Raad onacceptabel uit zijn klassieke rol vallen.

#### IV.3.2.1 Flexibele grenzen

Uit de uitgebreide motivering van *Arbeidskostenforfait* volgt dat de rechter op zichzelf wel in het voorliggende rechtstekort zou kunnen voorzien, maar dat dit op dit moment nog te bezwaarlijk is. Dat valt goed te begrijpen als een verschil tussen de grenzen van de rechtsvormende *bevoegdheid* en het *beleid* waarmee de rechter van die bevoegdheid gebruik wil maken.<sup>355</sup> Dat heeft kritiek uitgelokt. De lege handen van de klager die op zich gelijk heeft, passen al moeilijk bij effectieve rechtsbescherming en in de verdragsrechten die dat uitdrukken.<sup>356</sup> Dat wordt nog eens extra pijnlijk als de lege handen niet worden gemotiveerd met de absolute grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter maar met een soort ‘staatsrechtelijke hoffelijkheid’ waarmee de wetgever op de eerste hand zit.<sup>357</sup> Daarnaast is er meer fundamentele kritiek gekomen op de kennelijk flexibele, of dynamische grenzen van de rechtsvormende taak. Bunschoten toont zich teleurgesteld in de combinatie van het abstineren met de keuzeformule en het vervolgens dreigen met rechtsvorming in *Arbeidskostenforfait*. ‘Zo verschrompelt de principiële argumentatie en lijkt het niet geven van een bevel slechts te berusten op een opportuniteitskeuze.’<sup>358</sup> Bovend’Eert brengt de rechtsstaat zelf in stelling tegen de voorlopige abtinentie. Óf de rechter is bevoegd tot rechtsvorming en dan moet hij daartoe overgaan, óf de rechter is niet bevoegd om de benodigde politieke keuzes te maken en dan heeft het geen zin om aan te kondigen dat de grens kan schuiven. Dat is ‘niet goed te rijmen met het uitgangspunt dat het wezen van de rechterlijk functie is dat de rechter slechts op grond van rechtmatigheidscriteria tot een bindende beslissing kan komen.’<sup>359</sup> Schutte formuleert vergelijkbare kritiek tegen het hele idee van de rechtsvormende

<sup>352</sup> Een van de weinige uitspraken waarin de Hoge Raad het over de grenzen van zijn rechtsvormende taak heeft, zonder te constateren dat de grenzen zouden worden overschreden als hij verder zou gaan: HR 1 december 2000, NJ 2001/390, LJN AA8717.

<sup>353</sup> J.B.M. Vranken, ‘Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters’ *NJB* 2000/1, p. 1-5.

<sup>354</sup> Martens 2000, p. 750-751. *Arbeidskostenforfait* haalt inmiddels de handboeken als de ‘standaardoverweging’ van het leerstuk van de rechtsvormende taak van de rechter. Van der Pot 2006, p. 824.

<sup>355</sup> Martens 2000, p. 750-751; Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 55-56; G. Boogaard, ‘Verhullend bevelen, wetgevingsbevelen en de rol van de Nederlandse rechter’, *TBP*, 2008/8, p. 478-483; A.M.M.M. Bots & D.E. Bunschoten (red.), *Jurisprudentiebundel Staatsrecht Ars Aequi* 2011, p. 483.

<sup>356</sup> Zie bijvoorbeeld De Boer 1995 en Martens 2000.

<sup>357</sup> Uzman & Stolker 2009, p. 485.

<sup>358</sup> Bunschoten 2004, p. 517.

<sup>359</sup> Bovend’Eert 2009, p. 41-42.

taak. Rechtspreken gaat bij hem over ‘rechtsbescherming door rechtstoepassing’ en dus knaagt de discussie over de grenzen van de rechtsvormende taak aan de *raison d’être* van de Hoge Raad.<sup>360</sup> De Hoge Raad raakt verzeild in institutionele afwegingen waar hij niet thuis hoort, volgens Schutte. ‘De “rechtsvormende taak” blijkt dan al snel een schaamlap voor ondergeschiktheid aan regering en wetgever en hun politieke agenda.’ Samengevat komt de kritiek erop neer dat de Hoge Raad met (de motivering van) het *Arbeidskostenforfait*-arrest uit zijn klassieke, rechtsstatelijke rol valt, en prooi wordt van of zich inlaat met allerlei politieke opportuniteitsafwegingen.

Aan deze kritiek valt een aantal dingen op. Dat de Hoge Raad zich in *Arbeidskostenforfait* ongemeen ver in de raadkamer laat kijken, kan niet wegnemen dat de grenzen van de rechtsvormende taak al veel langer voorlopig geformuleerd werden. Verwijzing naar wetgeving-in-voorbereiding als argument voor abstineren kwam reeds vaker voor. Royer heeft daar het bekend geworden beeld van het respect voor de broedende kip bij genoemd.<sup>361</sup> Daarbij merkte hij al op dat blijken van dit respect evenzovele signalen aan de wetgever zijn dat het anders wordt als het broeden te lang duurt, stopt of windeieren oplevert. De Boer signaleerde reeds het verschil tussen rechtsvorming die ontoelaatbaar is en rechtsvorming die alleen maar bezwaarlijk is.<sup>362</sup> En in de discussie over rechterlijk overgangsrecht maakte de figuur van het *prospective overruling*, of ‘omgaan in futuro’ (grotendeels de spiegelbeeldige formulering van een op termijnstelling van de wetgever) al in 1950 onderdeel uit van het debat.<sup>363</sup> Kortom: wat in *Arbeidskostenforfait* expliciet in een arrest verzameld staat, is maar tot op beperkte hoogte nieuw. Vooral *dat* het expliciet wordt, is nieuw.

De flexibiliteit van de grenzen blijkt ook uit de onderlinge vergelijking van de uitkomsten van de rechtsvormende taak jurisprudentie. Het lukt (mij) niet of nauwelijks om die overtuigend te veralgemenen in de klassieke zin, dat wil zeggen het construeren van regels die de Hoge Raad kennelijk hanteert bij het begrenzen van zijn rechtsvormende taak. De bredere casus van *Arbeidskostenforfait* illustreert dat. Juist bij de arbeidskosten had het hof gemeend zich te kunnen verlaten op wat ‘eenvoudig’ en ‘in lijn met de bedoeling van de wetgever’ was en daar valt, zeker bij wat de Hoge Raad in *Grijze kentekens* doet, wel wat bij voor te stellen. Bij *Grijze kentekens* had de Tweede Kamer mogelijk zijn kans al verspeeld door een betoog van de minister te negeren. Maar bij *Autokostenforfait* had de wetgever al sinds 1995 niet gereageerd op een signaal van de Hoge Raad, terwijl dit wel aangekomen was en de Hoge Raad juist in *Arbeidskostenforfait* aangeeft betekenis toe te kennen aan de gevallen waarin de wetgever op de hoogte is van

<sup>360</sup> C. Schutte, ‘De “rechtsvormende taak” van de rechter? Een kritische noot’, *AA* 2009, p. 676-680, 677.

<sup>361</sup> C. Lindo, ‘Interview met president van de Hoge Raad S. Royer’, *NJB* 1995, p. 886.

<sup>362</sup> De Boer 1995, p. 1028.

<sup>363</sup> J.M. Smits, ‘Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie’, in: *Tijd en onzekerheid* (BW-krant Jaarboek 16) Deventer: Kluwer 2000, p. 11-26 onder 3.4 (met verwijzingen); P.J. Wattel, ‘Conditional prospective non-overruling, alsmede judgment driven legislation’ *NJB* 1990, p. 528 (eveneens met verwijzingen).

de onrechtmatigheid. Een van de factoren die bijvoorbeeld wordt vermoed een rol te spelen in dit soort belastingzaken is de totale kosten voor de schatkist. Zo vermoedt Wattel dat dit verklaart waarom de Hoge Raad de kwestie met de studeerkamers<sup>364</sup> wel opgelost heeft en de autokosten aan zich voorbij laat gaan. Maar het totale bedrag dat met de grijze kentekens gemoeid was, ontliep het bedrag van de arbeidskosten niet veel. Zo zijn er nog meer factoren die wellicht tot meer rechtsvorming aanmoedigen, zoals de toegang tot de rechter of meer in het algemeen het ‘eigen tuintje’: het procesrecht. Maar ook dan wordt er soms op de wetgever gewacht.<sup>365</sup> Terwijl dat evenmin een harde regel is: ook de broedende kip wordt niet altijd gelijk behandeld. Soms is zelfs een voorontwerp al voldoende om afstand<sup>366</sup> te houden.<sup>367</sup> Soms rechtvaardigt juist de premature status van de politieke discussie de ruimte voor de rechter om in te grijpen.<sup>368</sup>

Dat het zo moeilijk is om de casus van paragraaf IV.2 te plaatsen in een algemeen schema van *hard and fast rules* over de grenzen van de rechtsvormende taak bevestigt wat de presidenten Martens en Ras reeds aangaven: de concrete casus maakt het overwegende verschil voor de grenzen van de rechtsvormende taak.<sup>369</sup> Daarbij verliest het benaderen van rechtspraak als het digitaal toepassen van algemene regels zijn verklarende kracht en winnen andere benaderingen, zoals die van Bloembergen. Hij (an)noteert in de *Nederlandse Jurisprudentie* onder *Arbeidskostenforfait* dat een belangenafweging van geval tot geval gemaakt wordt en dus telkens verschillend kan uitvallen. Of zoals de benadering van Uzman en Stolker, die de kwestie zien als het hanteren van gezichtspunten. Er zijn hier geen algemene regels, maar de argumenten die kennelijk gewicht in de schaal leggen kunnen wel in kaart worden gebracht.<sup>370</sup>

#### IV.3.2.2 Institutionele politiek

De kritiek op *Arbeidskostenforfait* is vermoedelijk op meer gericht dan alleen het flexibele karakter van de grenzen van de rechtsvormende taak. De Hoge Raad lijkt in *Arbeidskostenforfait* openlijk aan institutionele politiek te doen, namelijk door de kwestie te onbelangrijk te vinden om de toch al geïrriteerde verhouding met de bewindslieden nog verder onder druk te zetten. De uiteindelijk geweigerde rechtsvorming werd door het hof niet geheel ten onrechte ‘eenvoudig’ en ‘in lijn met de bedoeling’ van de wetgever geacht: meer aftrekken om een netto-inkomensvoordeel te genereren. Technisch gezien was de rechtsvorming helemaal niet zo ingewikkeld. Martens vermoedt ook dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* heeft laten zien dat ‘de goede verhoudingen in de Trias hem veel waard zijn. Dat is uit het oogpunt van *raison d’état* ongetwijfeld verstandig beleid’.<sup>371</sup> In lijn hiermee past de verwijzing van de Hoge Raad naar de ‘geringe

<sup>364</sup> HR 8 juli 1988, *BNB* 1988/302, *LJN* ZC3875.

<sup>365</sup> HR 31 januari 1990, *BNB* 1990/228, *NJ* 1990/403.

<sup>366</sup> HR 17 januari 1997, *NJ* 1997/483, *LJN* ZC2248.

<sup>367</sup> Met als argument dat de rechter – geweld of ongewild – de lopende discussie tussen regering en Staten-Generaal over een wetsontwerp niet wil beïnvloeden door zich er ook in te mengen. HR 3 april 1992, *NJ* 1993/286, *LJN* ZC0566.

<sup>368</sup> HR 6 januari 1998, *NJ* 1988/367, *LJN* AA9342 (*Pikmeer II*).

<sup>369</sup> H.E. Ras, *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988* Een portret, 1988, p. 80-81, geciteerd in: De Boer 1995, p. 1028; Martens 2000, p. 754, noot 4.

<sup>370</sup> Stolker 1993; Uzman & Stolker 2009. Voor de aard van het gebruik van *topoi*: Smith 2007, paragraaf 4.6.2 en 4.6.3.

<sup>371</sup> Martens 2000, p. 751.

ernst' van de onrechtmatigheid bij het beoordelen van de termijn waarbinnen de wetgever de kwestie had opgelost. Niet elke onrechtmatigheid is de Hoge Raad kennelijk zijn politieke krediet waard. Dus is het relevant dat het hier om netto een paar honderd gulden inkomensvoordeel gaat voor een kleine groep gevallen tegenover fanatiek protesterende bewindslieden die vinden dat het gelijkheidsbeginsel hen teveel beknelt in hun wens om niet-fiscale doelstellingen bij fiscale regelingen te mengen. Ook hier geldt dat wat uit *Arbeidskostenforfait* misschien duidelijk blijkt, ook van andere uitspraken vermoed kan worden.<sup>372</sup>

*Dat* de Hoge Raad hier aan institutionele politiek doet, is iets anders dan de vraag hoe dat rechtsstatelijk gewaardeerd moet worden. Of het vaker gebeurt, maakt die vraag niet wezenlijk anders. Betoont de Hoge Raad zich hier laf, partijdig of afhankelijk? In beginsel zou een rechter zich niet mogen hoeven afvragen of zijn uitspraak irritatie opwekt bij andere staatsmachten.<sup>373</sup> Als iets onrechtmatig is, en de rechter heeft bevoegdheden, dan moet de rechter optreden. Als iets niet onrechtmatig is, dan niet. Als hij geen toetsingsbevoegdheid heeft, dan kan de rechter zich er überhaupt niet over uitlaten. Dit zou passen in de kritiek die Bovend'Eert op *Arbeidskostenforfait* heeft. Tegenover dit ideaal van onverschrokken rechtshandhaving zou ik het volgende willen stellen.

In de eerste plaats zou een rechter die ter gelegenheid van alles wat onrechtmatig genoemd kan worden *rücksichtslos* en voortdurend op de tenen van zijn rechtsgenoten of collega-staatsmachten staat, snel het gezag verliezen dat hij in belangrijke zaken graag gehad zou hebben. Dat is weliswaar een feitelijk argument, maar niet daarom minder waar. In een meer rechtsstatelijk perspectief kan, in de tweede plaats, ook gewezen worden op de spanning *binnen* de verschillende beginselen van de rechtsstaat. Achter de irritatie van bewindslieden over de toetsing van fiscale wetgeving aan het gelijkheidsbeginsel kan irritatie van de volksvertegenwoordiging zitten. Respect voor het functioneren van een democratie is evenzeer een element van de rechtsstaat als de onverschrokken rechtshandhaving. Uit het element van het machtsevenwicht volgt verder dat de macht gedeeld is, en de rechter, zelfs de rechter, dus ook niet alles kan maken wat hij wel zou willen. Zo beschouwd kan institutionele politiek, waarbij de rechter zich afvraagt of het verstandig is te interveniëren, worden gewaardeerd als een uitdrukking van *checks and balances*. Dit is te meer van belang in een situatie als die van het *Arbeidskostenforfait*, waar de rechter optreedt ter handhaving van artikel 26 IVBPR. Dat artikel vergt ongebruikelijk veel rechtsvorming bij zijn toepassing, terwijl het praktisch onmogelijk is voor de wetgever om het verdrag op te zeggen.

Ik acht het, kortom, rechtsstatelijk niet onverdedigbaar dat de Hoge Raad zich rekenschap geeft van de goede verhoudingen in de Trias en verstandig omgaat met zijn gezag. Dat is zeker het geval wanneer de rechter gevraagd wordt een in een verdrag vastgelegd gelijkheidsbeginsel te handhaven tegen de situatie dat 5 tot 10 procent van de belastingplichtigen met inkomsten uit arbeid een netto-inkomensvoordeel van een paar honderd gulden mislopen. In die gevallen uitsluitend uitspreken van een inhoudelijk oordeel past prima. Evenzeer

<sup>372</sup> Zie paragraaf III.6.

<sup>373</sup> Van den Eijnden 2011, p. 458.

lijkt het mij niet onverstandig van de Hoge Raad om na *Arbeidskostenforfait* eenzelfde soort strakke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel niet te herhalen bij de nieuwe Wet IB. Dat is althans wat geconcludeerd kan worden uit de *Kinderopvang*-arresten. Het is heel goed mogelijk dat de Hoge Raad ook daarin een 'kwestie van geringe ernst' heeft gezien, zoals later ook van *Arbeidskosten* is geconcludeerd, en dat de Hoge Raad daarom de wetgever niet opnieuw aan het werk heeft willen zetten.

Welke motieven precies een rol hebben gespeeld, zal speculeren blijven als de motivering er niets over zegt en de beraadslaging in raadkamer geheim is en blijft. Het gaat er mij hier echter om aannemelijk te maken *dat* het gebeurt, en om te verdedigen dat de Hoge Raad er goed aan doet om wijs beleid te voeren ten aanzien van zijn interventies. De grens van de toelaatbaarheid van institutionele politiek ligt daar waar de Hoge Raad niet meer zelf *verstandig* is, maar de *angst* voor de consequenties gaat regeren. Dat is, wat mij betreft, het moment waarop de rechtsstaat begint te disfunctioneren.

#### IV.3.2.3 Conclusie

De op termijnstelling van de wetgever in de vorm waarin dat in het *Arbeidskostenforfait*-arrest gebeurt, veronderstelt flexibele grenzen van de rechtsvormende taak. Anders is er immers niets om mee te dreigen. Juist dat flexibele karakter heeft de Hoge Raad kritiek opgeleverd als zou dat niet in zijn klassieke rol van digitale rechtsoordelen en rechtsbescherming door rechtstoepassing passen. De kritiek moet worden toegegeven dat dit inderdaad niet het geval is. Wel valt de Hoge Raad dan al een tijdje uit zijn rol. Al eerder bleken de grenzen van de rechtsvormende taak flexibel te zijn doordat de Hoge Raad enige voorlopigheid in de markering ervan aanbracht. Daarbij was ook niet onbekend dat de wetgever, als 'broedende kip', op terughoudendheid kon rekenen van de rechtsvormende rechter. Dat waren ook signalen aan de wetgever.

De wijze waarop de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak begrenst, past dan misschien niet in de klassieke benadering van digitale toepassing van regels. Hij past wel in de wijze waarop de grenzen van de rechtsvorming telkens van geval tot geval voorwerp zijn van afweging tussen verschillende gezichtspunten.

Van een andere categorie is de kritiek die niet zozeer gericht is op het openlijk flexibel zijn van de grenzen van de rechtsvormende taak, maar op het laten meewegen van een specifiek gezichtspunt: de opportuniteit van de interventie, het perspectief waarin de Hoge Raad zich afvraagt wat in het kader van *raison d'état* verstandig is en of de onrechtmatigheid in kwestie hem de eventueel verstoorde verhoudingen waard zijn. Deze gedachte botst ook met de klassieke benadering van rechtspraak. Mij lijkt het evenwel vanuit de rechtsstaatelementen democratie en machtsverhouding acceptabel dat de Hoge Raad zich met dergelijke institutionele politiek inlaat. Dat hij daarvan in arresten blijk geeft is evenmin een probleem. Dat wordt het pas als niet de verstandigheid maar de angst regeert.

### IV.3.3 Van signalen aan de wetgever tot een materieel wetgevingsbevel

Soms zijn motiveringen, over de ruggen van de partijen heen, ‘signalen aan de wetgever’. Dat inzicht wordt reeds lang vanuit verschillende perspectieven verkondigd. C.H.F. Polak merkte het op als NJV-voorzitter in het kader van efficiency. Het zou verspilling zijn, zo stelde hij, als de wetgever geen gebruik zou maken van de ervaringen van rechters.<sup>374</sup> In die lijn past het oude voorbeeld van minister Van Hall die gerechtsambtenaren vroeg lijstjes met verbeterpunten bij te houden. De communicatie tussen rechter en wetgever is ook wel geanalyseerd in een meer verklarend perspectief. Na een speltheoretische analyse van de interactie tussen Hoge Raad en wetgever, vermoedt Van Geffen dat de handelwijze van de Hoge Raad in politiek gevoelige casuïstiek het best verklaard kan worden met de mogelijkheid dat er eigenlijk onvoldoende juridische argumenten zijn om de status quo te handhaven, maar dat de Hoge Raad het toch laat bij een ‘signaal aan de wetgever’.<sup>375</sup> Ten slotte maken raadsheren er zelf ook geen geheim van signalen te willen geven. In een toespraak stelde de toenmalige president van de Hoge Raad, Davids, dat zijn college inderdaad met enige regelmaat signalen aan de wetgever wil geven. Daaronder bevindt zich een in dit verband belangrijke categorie: ‘signalen waar de wetgever iets mee moet.’ Dan denkt Davids niet uitsluitend aan wetgevingsbevelen, maar ook aan een dialoog in de eigenlijke zin: ‘al was het maar om aan te geven waarom de wetgever er niets mee doet.’<sup>376</sup>

In het kader van de in hoofdstuk II verdedigde conformeringsplicht zal de verantwoordelijke regelgever in beginsel op elke onrechtmatigheid moeten reageren en het regelbestand moeten aanpassen. Zo beschouwd is de jurisprudentie vol signalen die aanleiding voor regelgevende actie zouden moeten zijn. Als dat allemaal materiële wetgevingsbevelen zijn, zou het begrip, wat mij betreft, zijn onderscheidende kracht verliezen. Niet elk (normatief) verband tussen een rechterlijke uitspraak en een wetwijziging maakt van het eerste een materieel wetgevingsbevel. Bovendien gaat de aansluiting met de praktijk dan voor een belangrijk deel verloren. Het ene signaal is het andere immers niet. Wat de Hoge Raad in 1995 over de autokosten opmerkte is toch iets anders dan wat de Belastingkamer in *Arbeidskostenforfait* duidelijk wil maken. Om de definitie van het materiële wetgevingsbevel nader in te regelen, zal eerst een aantal onderscheidingen worden aangebracht.

#### IV.3.3.1 Onderscheidingen

Een eerste verschil kan worden gemaakt tussen communicatie uitsluitend of bij voorkeur via de uitspraken, ofwel het zoeken naar andere middelen. De Raad van State heeft zich hierin vooruitstrevend betoond. Na een symposium<sup>377</sup> maakte de Raad van zijn bevoegdheid gebruik om ongevraagd te adviseren op welke punten

<sup>374</sup> C.H.F. Polak, ‘Hulp voor de wetgever’, *NJB* 1976, p. 909-913.

<sup>375</sup> S. van Geffen, *The Court rules* (diss. UT) 2001, p. 151-152.

<sup>376</sup> W.J.M. Davids ‘Communicatie tussen wetgevende en rechterlijke macht’, *NJB* 2006/39, p. 2237-2241.

<sup>377</sup> Symposium op 24 februari 2005 onder de titel: Terugkoppelen naar de Wetgever.

Een gelijknamige congresbundel is uitgegeven door de Raad van State in 2006; Tjeenk Willink e.a. 2006.

Zie ook het themanummer van *RegelMaat*: *RegelMaat* 2006/6. Zie met name: J.H. van Kreveld, ‘Terugkoppelen vanuit de rechtspraak naar de wetgever’, *RegelMaat* 2006, p. 186-196.

de wetgeving verbeterd kon worden.<sup>378</sup> De Hoge Raad bleek tijdens dat symposium terughoudender.<sup>379</sup> Van Amersfoort, raadsheer in de Belastingkamer van de Hoge Raad<sup>380</sup>, liet weten dat de Hoge Raad het bepaald niet vanzelfsprekend vindt om terug te koppelen op een wijze die de Raad van State voor ogen stond.<sup>381</sup> Zelf achtte hij specifiek ‘conflictoplekkende voorschriften’ weinig geschikt om meer over te zeggen dan voor de rechtsprekende functie nodig is. Een zeer bijzondere categorie in dit verband is de interactie tussen de Centrale Raad van Beroep en de wetgever over de directeur-grootaandeelhouder. In 1980 signaleerde de Raad een probleem dat eigenlijk door de wetgever zou moeten worden opgelost.<sup>382</sup> De toenmalige voorzitter van de CRvB, W.H. Schippers, liet na verloop van tijd in een interview in het *Nederlands Juristenblad* weten het ‘bepaald niet uit te sluiten’ dat de Raad zijn jurisprudentie zou wijzigen en zou interveniëren.<sup>383</sup> Dat was kennelijk bedoeld om een reactie uit te lokken.<sup>384</sup> De CRvB herhaalde de aankondiging later in een uitspraak en intervenieerde uiteindelijk een half jaar na het interview, vijf en een half jaar na het eerste signaal.<sup>385</sup>

Ten tweede kan er binnen alle signalen aan de wetgever verschil in duidelijkheid gemaakt worden. Het signaal der signalen is ongetwijfeld het *obiter dictum* in het *Harmonisatiewet*-arrest waarin de Hoge Raad, alvorens te motiveren waarom hij er niets aan kan doen, toch even glashelder opmerkt dat de betrokken wet wel degelijk in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>386</sup> Dat raakte een open zenuw in de Eerste Kamer, alwaar men vergelijkbare bezwaren onder politieke druk in had moeten slikken. Uiteindelijk heeft de rechterlijke procedure wel geleid tot meer overgangsrecht, hoewel minister Deetman inhoudelijk is blijven volhouden dat hij het niet met de Hoge Raad eens was. Het extra overgangsrecht motiveerde hij, nota bene, met de onrust die ontstaan was door de in eerste instantie toewijzende uitspraak van een kortgedingrechter.<sup>387</sup> Advocaat-generaal Moltmaker heeft de Belastingkamer nog wel eens geadviseerd een dergelijke opmerking ten overvloede te plaatsen. Dat deed de Belastingkamer toen niet.<sup>388</sup> Tegenover het vernietigende *obiter dictum* in het *Harmonisatiewet*-arrest staan talloze meer cryptische voorbeelden. President Royer, van de eerder beschreven broedende kip, stelde dat de Hoge Raad met het uiten van respect ook aangeeft dat dit in de toekomst wel eens anders zou kunnen komen te liggen. Dat inzicht beperkte Royer evenwel tot ‘de goede verstaander.’

<sup>378</sup> Advies en nader rapport: *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, nr. 169.

<sup>379</sup> Zie de interventie van advocaat-generaal Hartkamp, Tjeenk Willink e.a. 2006, p. 63.

<sup>380</sup> Sinds 1998. Dus wel tijdens *Arbeidskostenforfait*, maar niet rechtstreeks bij dat arrest betrokken.

<sup>381</sup> P.J. van Amersfoort, ‘Kanttekeningen bij de terugkoppeling van rechter naar wetgever’, *RegelMaat* 2006, p. 197.

<sup>382</sup> CRvB 29 februari 1980, *RSV* 1980/222: ‘Weliswaar zou het in de vorige alinea overwogene eveneens kunnen worden aangevoerd tegen aanvaarding van een arbeidsovereenkomst van directeurs-grootaandeelhouders van een naamloze vennootschap, maar – gegeven de voorgeschiedenis – zal te dien aanzien slechts de wetgever kunnen ingrijpen.’

<sup>383</sup> J.F. Bruinsma & N.J.H. Huls, ‘De Centrale Raad van Beroep’, *NJB* 1985, p. 1-9, p. 5.

<sup>384</sup> A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Over de taak van de rechter in het sociale zekerheidsrecht en ambtenarenrecht’ *Sociaal Recht*, 1988, p. 36-41.

<sup>385</sup> CRvB 4 oktober 1985, *RSV* 1986/21.

<sup>386</sup> HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469, *LJN* AD5725 (*Harmonisatiewet*), r.o. 3.1.

<sup>387</sup> J.A. Peters, ‘Het Harmonisatiewet-arrest ofwel: de plaats van de rechter’, in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Canon van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 207-211.

<sup>388</sup> HR 23 december 1992, *BNB* 1993/103, *LJN* ZC5181.

Ten derde kan er verschil worden gemaakt tussen een dreigende onrechtmatigheid en de gevallen waarin de rechter op enigerlei wijze onrechtmatige regelgeving constateert. Voorbeelden van het eerste zijn niet dik gezaaid. De hierboven besproken uitspraak uit 1995 over het autokostenforfait is een voorbeeld. Daar wijst de Hoge Raad terzijde op een vraagstuk dat in deze procedure verder niet beantwoord wordt, maar verder ook geen behandeling behoeft omdat de conclusie in het voorliggende geval geen verschil kan maken. De eerder opgevoerde ‘goede verstaander’ zal snel vermoeden dat als de Hoge Raad in een ander geval die kwestie wel zal moeten beslissen, er een constatering van een onrechtmatigheid te verwachten valt. Maar het staat er niet. Strikt genomen is er nog niets aan de hand. Een beroemd voorbeeld in deze categorie is het zogenaamde *Homohuwelijk*-arrest.<sup>389</sup> Enerzijds gaf de Hoge Raad aan zelf niet bereid te zijn om een burgerlijk huwelijk mogelijk te maken voor paren van hetzelfde geslacht. Het was zeker in vraagstukken die zozeer in de gevoelige maatschappelijke belangstelling staan niet aan de rechter om een oplossing te bieden. Dan vervolgt de Hoge Raad:

‘Het vorenstaande laat onverlet de mogelijkheid dat het onvoldoende gerechtvaardigd is dat een bepaald rechtsgevolg wel aan het huwelijk wordt verbonden maar niet aan het duurzaam samenleven van twee personen van hetzelfde geslacht. Een vraagstuk van deze aard – dat doorgaans door de wetgever zal kunnen worden opgelost – is in deze procedure niet aan de orde.’<sup>390</sup>

De Hoge Raad dreigt hier met een onrechtmatigheid en wijst verder enigszins losjes naar de wetgever. Het is een vraagstuk dat *doorgaans* door de wetgever zal *kunnen* worden opgelost. De Hoge Raad houdt, met andere woorden, zijn handen behoorlijk vrij voor het geval er in een nieuwe procedure nieuwe problemen aan hem worden voorgelegd.

Als de onrechtmatigheid vaststaat en relevant is, kan in de vierde plaats een onderscheid worden gemaakt naar de juridische status van de constatering. Het meest stevig is een verklaring voor recht dat, bijvoorbeeld, een regeling onverbindend is.<sup>391</sup> Maar wat is de situatie als de Hoge Raad constateert dat toetsing aan een verdragsnorm hem voor een rechtstekort plaatst dat hij niet wil opvullen, waarna de norm vervolgens niet inroepbaar wordt geacht?<sup>392</sup> De onrechtmatigheid wordt wel geconstateerd, maar verdwijnt technisch gesproken weer als de norm eigenlijk niet ingeroepen kan worden. Het *obiter dictum* uit het *Harmonisatiewet* staat op vergelijkbare grond. Toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel zou een onrechtmatigheid hebben opgeleverd, maar

<sup>389</sup> HR 19 oktober 1990, *RvdW* 1990/176, *LJN* AD1260 (*Homohuwelijk*).

<sup>390</sup> Zie r.o. 3.6 van het arrest.

<sup>391</sup> Zie bijvoorbeeld HR 16 mei 1983, *NJ* 1984/361, *LJN* AG4641 (*Bullenbaai*).

<sup>392</sup> HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230, *LJN* AG4874 (*Optierecht Nederlandschap*).

de conclusie van het arrest is juist dat de Harmonisatiewet niet getoetst mag worden aan het ongeschreven rechtszekerheidsbeginsel.<sup>393</sup> Minder wankel is het onrechtmatigheidsoordeel als de zaak later strandt in de fase van de remedie. Dat kan zijn, omdat een formeel wetgevingsbevel niet toewijsbaar is of omdat de rechter zich verplicht ziet te abtineren. De onrechtmatigheid blijft dan staan als rechtsoordeel in de motivering. Dat de rechter hierbij ook afziet van het bieden van effectieve rechtsbescherming verhoogt eveneens de druk op de wetgever. Er is niet alleen sprake van een regeling die niet deugt, maar de rechter laat 'onrecht' passeren zonder er iets aan te doen. Die laatste druk kan de rechter overigens verminderen door in enig 'noodverband' te voorzien. De tijdelijke oplossing die de Hoge Raad trof bij de discriminatoire regeling van de griffierechten is daarvan een voorbeeld.<sup>394</sup>

In de vijfde plaats kan het meer of minder duidelijk zijn dat de wetgever de aangewezen instantie is om in het geconstateerde rechtstekort te voorzien. De inzet van de 'keuzeformule' zal vaak naar de wetgever verwijzen, maar niet elk abtineren verwijst naar de wetgever. Zijn er bijvoorbeeld grote problemen met de uitvoering te verwachten dan zou een andere, rechtmatige koers van het landsbestuur ook gerealiseerd kunnen worden door een gecoördineerd ingrijpen vanuit de regering. Dat kan zonder dat de wetgever eraan te pas komt. Soms ligt het probleem veel duidelijker op het bordje van de wetgever. In *Naamrecht* overweegt de Hoge Raad: 'Het is derhalve slechts aan de wetgever om te bepalen op welke wijze op het onderhavig terrein het best aan het beginsel van artikel 26 kan worden voldaan.'<sup>395</sup> Soms merkt de Hoge Raad op dat een wettelijk stelsel 'alleen door de wetgever' in lijn met een verdrag gebracht kan worden.<sup>396</sup> Een andere manier om duidelijk te maken dat het op de weg van de wetgever ligt om de geconstateerde onrechtmatigheid te verhelpen, is door, zoals in *Autokostenforfait* te overwegen dat ervan uit gegaan wordt dat een aangekondigd voorstel ter reparatie zal worden ingediend.

In de zesde plaats kan verschil worden gemaakt naar de mate waarin de rechter enige dreiging inbouwt. Dreiging ontstaat, als de Hoge Raad voorlopig afziet van bezwaarlijke rechtsvorming. De voorlopigheid komt in verschillende vormen voor. Het 'voorschansdisproportioneel' uit *Autokostenforfait* is een voorbeeld. Daarmee is gezegd dat het voorlopig buiten de orde is, maar dat tijdsverloop dat anders kan maken. De Hoge Raad dreigt op enig moment tot de rechtsvorming over te gaan die nu nog te bezwaarlijk is. Andere voorlopige formuleringen zijn daar waar de Hoge Raad overweegt dat er 'thans' geen grond meer is om in te grijpen.<sup>397</sup> Of wanneer de Hoge Raad concludeert dat het voorzien in een

<sup>393</sup> Van Houten 1997, p. 286 pleit voor het altijd constateren van een onrechtmatigheid door de rechter, juist omdat zo een 'signaal' naar de wetgever blijft bestaan. 'Van het constateren van strijd kan een signaal uitgaan naar de wetgever; een signaal dat achterwege blijft wanneer de vraag naar de verenigbaarheid in het midden wordt gelaten.'

<sup>394</sup> HR 30 september 1992, *BNB* 1993/30, *LJN* ZC5110 (*Griffierechten*). Geheel buiten toepassing laten 'voert te ver'. Het treffen van een regeling ook. Zolang dat nog niet gebeurd is, zal de Griffier van de Hoge Raad griffierechten terugbetalen.

<sup>395</sup> HR 23 september 1988, *NJ* 1989/740, *LJN* AD0437 (*Naamrecht*).

<sup>396</sup> HR 19 januari 1990, *NJ* 1991/213, *LJN* AD1009.

<sup>397</sup> HR 6 oktober 1993, *BNB* 1993/332, *LJN* ZC5469 (*Zware metalen*).

rechtstekort ‘vooralsnog aan de wetgever [dient] te worden overgelaten.’<sup>398</sup> Een schoolvoorbeeld over de regeling van de kroongetuige:

‘Het ligt dus op de weg van de wetgever aan de bestaande onzekerheid omtrent de toelaatbaarheid van het ‘fenomeen van de kroongetuige’ een einde te maken. Niet kan worden uitgesloten dat een eventueel uitblijven van een wettelijke regeling te eniger tijd tot een andere afweging zal leiden bij de beoordeling van toekomstige gevallen waarin de vraag naar de toelaatbaarheid van ‘de kroongetuige’ aan de Hoge Raad wordt voorgelegd.’<sup>399</sup>

In al deze gevallen is duidelijk dat er een termijn gaat lopen. Te eniger tijd zal het oordeel anders kunnen uitvallen, of zelfs moeten uitvallen. Op dit punt komen de kwalificaties ‘op termijnstelling van de wetgever’ en ‘onverbindend verklaring op termijn’ in beeld.<sup>400</sup> De Lange noemt een arrest een op termijnstelling als de Hoge Raad opmerkt ‘niet als eerste’ een keuze te willen maken.<sup>401</sup> Voor Van Houten maakt de overweging dat het ‘niet uitgesloten is dat een eventueel uitblijven van de in het vooruitzicht gestelde wettelijke maatregel te eniger tijd tot een andere afweging zal leiden’ van een arrest een termijnstelling.<sup>402</sup> Daarbij is wel geadviseerd<sup>403</sup> dat de Hoge Raad preciezer zou mogen zijn in het bepalen van de duur van de termijn. De Afdeling deed reeds ervaring op met het preciseren van een termijnstelling, toen zij overwoog ervan uit te gaan dat het kiesrecht voor Arubanen voor het Europees Parlement geregeld zou zijn voor de volgende Europese verkiezingen.<sup>404</sup> Die datum stond reeds vast.

In de zevende plaats kan nog een ander onderscheid gemaakt worden. Van *Arbeidskostenforfait* is ook vaak gezegd dat het een op termijnstelling betreft.<sup>405</sup> Dat kan slaan op de expliciete mededeling van de Hoge Raad dat er *nu* niet in de kwestie zal worden voorzien, maar dat dit later anders zal moeten uitvallen als de wetgever niet reageert. In die zin is het niet anders dan de hiervoor beschreven gevallen. Maar de termijnstelling kan ook slaan op de verwachting van de Hoge Raad dat met de nodige spoed een wetsvoorstel zal worden ingediend. Dat maakt verschil. Het eerste kan ook worden gelezen als een aankondiging van rechtsvorming. De wetgever krijgt een periode waarin deze, als hij wil, een kwestie kan regelen. Als de termijn ongebruikt verstreken is, heeft de Hoge Raad zonder veel gezagsverlies de mogelijkheid om te constateren dat de wetgever het kennelijk toch aan de rechter heeft willen overlaten, om daarna alsnog tot rechtsvorming over te gaan. De tweede mededeling, de verwachting dat er spoedig een reparerend wetsvoorstel zal worden ingediend, is anders. Dat is geen aankondiging van *wat de rechter zal gaan doen*, maar betreft *wat de wetgever moet gaan doen*. Aan beide wordt een termijn verbonden.

<sup>398</sup> HR 14 juli 2000, *BNB* 2000/306, *LJN* AA6513.

<sup>399</sup> HR 30 juni 1998, *NJ* 1998/799, *LJN* ZD1191 r.o. 5.2.3.

<sup>400</sup> De Wit 2012, p. 291.

<sup>401</sup> De Lange 1999, p. 17, over HR 15 oktober 1997, *BNB* 1997/380, *LJN* AA3318.

<sup>402</sup> Van Houten 1997, p. 286, over HR 31 januari 1990, *BNB* 1990/288, *LJN* ZC4218.

<sup>403</sup> Wattel en Happé, respectievelijk als advocaat-generaal en als annotator bij HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/289, *LJN* ZC8146.

<sup>404</sup> ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80, *LJN* AZ3202 (*Kiesrecht Arubanen*).

<sup>405</sup> Van der Pot 2006, p. 831.

Daarmee komt *Arbeidskostenforfait* het meest indringend op het terrein van het wetgevingsinitiatief.

### IV.3.3.2 Materieel wetgevingsbevel of niet?

Het verbaast niet dat *Arbeidskostenforfait* allerwegen feitelijk telt als een wetgevingsbevel of iets wat daar heel dicht in buurt komt. Wattel constateert dat de Hoge Raad de prioriteiten van de wetgever heeft vastgesteld en noemt het arrest een 'krachtig peremptoir'.<sup>406</sup> Happé spreekt van 'een duidelijke, niet mis te verstane opdracht aan de wetgever'.<sup>407</sup> De redactie van *VakstudieNieuws* vond dat ook, en sprak later van een 'aanzegging' van de Hoge Raad in de richting van de wetgever.<sup>408</sup> Meussen noemt het arrest een 'aanwijzing in de richting van de wetgever'.<sup>409</sup> *Arbeidskostenforfait* heet verder een 'zacht bevel', omdat het geen 'hard afdwingbaar bevel tot wetgeving' betreft maar daar door de 'dreigende toon wel in de buurt komt'.<sup>410</sup> Maar is het ook een materieel wetgevingsbevel? Een materieel wetgevingsbevel is eerder omschreven als de constatering van een (dreigende) schending van een wetgevingsplicht, die tevens het product is van voor de wetgever bindende rechterlijke rechtsvorming.<sup>411</sup>

Dat het in *Arbeidskostenforfait* om rechtsvorming gaat, is duidelijk. In het arrest veronderstelt de Hoge Raad zelf dat de wetgever nog bekend moet raken met de door de Hoge Raad geconstateerde onrechtmatigheid. Pas als er dan niets gebeurt, is de rechter weer aan zet. Die constructie past niet bij de evidente gevallen. Een gemeenteraad mag bekend worden verondersteld met de verplichting een inspraakverordening vast te stellen. Maar dat de forfaitaire regeling van de arbeidskosten niet deugt, is het gevolg van het verwerpen van een verdedigbaar standpunt. De conclusie dat het om rechtsvorming gaat, wordt verder ondersteund door de wijze waarop de Hoge Raad uiteindelijk de termijnstelling handhaaft: er is geen verplichting om de kwestie ook met terugwerkende kracht te regelen. Kortom: in *Arbeidskostenforfait* bedoelt de Hoge Raad rechtsvormend een mogelijkheid voor de wetgever af te sluiten.

Vervolgens is het de vraag in hoeverre uit het arrest voldoende duidelijk blijkt dat het om de (dreigende) schending van een *wetgevingsplicht* gaat. In het geval van *Arbeidskostenforfait* is dat voldoende duidelijk. De Hoge Raad richt zich tot de regering die met de nodige spoed een wetsvoorstel moet indienen, niet in het kader van staatsrechtelijke hoffelijkheid, maar om te voldoen 'aan de op de Staat rustende verdragsverplichtingen op dit punt'. Uit het arrest valt voldoende duidelijk op te maken dat de Hoge Raad meent dat de wetgever verplicht is de Wet IB 64 aan artikel 26 IVBPR te conformeren.

<sup>406</sup> P.J. Wattel in zijn annotatie bij HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271, *LJN* AA2756 (*Arbeidskostenforfait*).

<sup>407</sup> Annotator R.H. Happé onder HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/289, *LJN* ZC8146. Hij vond datzelfde overigens van het *Tandartsvrouw*-arrest, dat toch summierder was.

<sup>408</sup> *VakstudieNieuws* 1999/24.3. De redactie vond dat overigens ook van *Autokostenforfait*.

<sup>409</sup> Meussen 2006, p. 78.

<sup>410</sup> Gerards 2008, p. 191, noot 139. Zie ook Bunschoten 2004, p. 516-517.

<sup>411</sup> Hoofdstuk II.

Blijft over de vraag of de rechtsvorming van de Hoge Raad ook bindende rechtsvorming is, dan wel dat de wetgever ruimte had een dialoog aan te gaan over de aftrekregeling. In hoofdstuk II is geconstateerd dat de verbindendheid voor de wetgever van rechterlijke rechtsvorming zich maar met moeite in het algemeen laat afleiden uit het Nederlandse staatsrecht. Maar in de *Arbeidskostenforfait*-casus wekt weinig tot niets de indruk dat de Hoge Raad het zelf voor mogelijk hield dat de staatssecretaris gemotiveerd bij zijn standpunt was gebleven. De vraag is of de wetgever ermee bekend is, niet of hij overtuigd is. Als de wetgever stil was blijven zitten zou er gewoon zijn overgegaan tot de rechtsvorming die de hoven zich al veroorloofd hadden: de 4% extra bijtelling achterwege laten en een aftrekpost van 1050 gulden toestaan. Dat maakt een eventuele wens bij de wetgever om een dialoog aan te gaan weinig zinvol. En er is ook weinig tot niets dat erop wijst dat de wetgever die dialoog *wilde* aangaan, althans niet over de specifieke regelingen. In de antwoorden op de onmiddellijk na de uitspraak gestelde schriftelijke vragen is geen spoor van politiek verzet meer te vinden. Bovendien lag reeds een nieuwe Wet IB klaar om naar de Raad van State te worden gestuurd. De werkelijke confrontatie ging over de vraag of de Hoge Raad dit soort oordelen zou herhalen tegenover de nieuwe Wet IB 2001. Dat heeft de Hoge Raad niet gedaan. Maar die interactie is – voor zover ik kan overzien – niet verlopen door het openlijk afwijken van het rechtsoordeel van de Hoge Raad. Het is dus misschien wel een dialoog in de meer ruime zin, maar niet in de specifieke zin die tegenover het materiële wetgevingsbevel staat.

Kortom, de casus is minder geschikt om na te gaan in hoeverre de wetgever de rechtsvorming van de Hoge Raad als bindend heeft gekwalificeerd. Althans, niet duidelijk is of de wetgever de forfaitaire regelingen heeft aangepast omdat hij het rechtsoordeel van de Hoge Raad overnam, of dat dit gebeurde omdat het nieuwe voorstel voor de Wet IB toch al een oplossing bood. De SGP-casus is, zoals zal blijken, voor het beoordelen van de binding van de wetgever aan de rechterlijke rechtsvorming geschikter. Andersom is er echter ook niets in deze casus dat erop wijst dat de wetgever de arresten van de Hoge Raad als een opmaat naar een constitutionele dialoog heeft opgevat of serieus heeft overwogen in weerwil van het door de Hoge Raad gegeven oordeel *wel* vast te houden aan de oude forfaitaire regelingen. In het licht van de conclusies in hoofdstuk VI over de SGP-zaak op dit punt, ga ik er hier vanuit dat sprake is van een materieel wetgevingsbevel.

#### *IV.3.3.3 Signalen en bevelen*

*Arbeidskostenforfait* is dus een materieel wetgevingsbevel, maar dat arrest was in een aantal opzichten bijzonder. Het kwam van alle ‘signalen aan de wetgever’ het meest op het terrein van het initiatief de wetgever. Waar ligt de grens? In 1995 maakte de Hoge Raad al een opmerking over de autokosten, maar de termijn om er wat aan te doen is pas met *Autokostenforfait* gaan lopen. Een verklaring kan het hierboven in de derde plaats gemaakte onderscheid zijn: het verschil tussen de constatering van een onrechtmatigheid en het ten overvloede opmerken van een problematische kwestie. Overigens pikte de regering, blijkens de antwoorden op de vragen van Senator Stevens, het signaal uit 1995 wel reeds op als een reden om de wetgeving aan te passen.

Dat is ook het algemene beeld: de wetgever lijkt er niet op gebrand om signalen zo snel mogelijk als vrijblijvend terzijde te leggen. In alle mij bekende gevallen, en uit de overzichten<sup>412</sup> blijkt dat de wetgever de wet eigenlijk altijd aanpast. Er is wel verschil in de snelheid waarmee dat gebeurt. Het samenspel tussen de fiscale rechter en de fiscale wetgever wordt nog weleens als een geoliede machine beschouwd, in tegenstelling tot de samenwerking in de overige combinaties.<sup>413</sup> Maar ook bij die overige combinaties is het goed zoeken naar voorbeelden waarin het geduld van de rechter opdraait en hij expliciet overgaat tot de rechtsvorming waarmee hij eerder dreigde.

In de praktijk blijkt de wetgever niet heel precies in het maken van een onderscheid tussen een signaal aan de wetgever en een materieel wetgevingsbevel. En de rechter blijkt niet heel agressief in het handhaven van termijnen. Dat maakt het moeilijk om te bepalen waar precies de grens ligt tussen een materieel wetgevingsbevel en een signaal aan de wetgever. Het zal van geval tot geval bepaald moeten worden. De hierboven voorgestelde onderscheidingen zijn gezichtspunten om in een concreet geval te beoordelen of sprake is van een constatering van een geschonden wetgevingsplicht. Vaak zal het moeilijk zijn om op basis van de motivering vast te stellen dat het specifiek *aan de wetgever* is om het benodigde recht te vormen. Vereist is dat wel. Bij materiële wetgevingsbevelen gaat het immers om de (dreigende) schending van een *wetgevingsplicht*.

#### IV.3.3.4 Conclusie

In de grote hoeveelheid casuïstiek rond het idee van communicatie tussen rechter en wetgever is op verschillende manieren onderscheid aan te brengen. Door de terugkoppeling in de officiële vonnissen, arresten en uitspraken te onderscheiden van de in een jaarverslag of in een ongevraagd advies gemaakte opmerkingen. Door de expliciete oordelen in de richting van de wetgever te onderscheiden van wat voor ‘de goede verstaander’ is weggelegd. Door de dreigende of mogelijke onrechtmatigheid te onderscheiden van de gevallen waarin de onrechtmatigheid vaststaat. Door de verklaring voor recht te onderscheiden van een rechtsoordeel dat wordt gegeven bij de inroepbaarheid van de norm, of bij de toewijsbaarheid van de vordering. Door binnen de redenen om te abtineren te onderscheiden tussen de gevallen waarin uit de uitspraak zelf duidelijk blijkt dat de wetgever aan zet is, en de gevallen waarin dat nog open ligt. En ten slotte, door de signalen te rubriceren naar de mate waarin ze dreiging bevatten. Dat doen alle arresten met enige voorlopigheid in de formulering waarmee de grenzen van de rechtsvormende taak worden getrokken. Iets valt dan bijvoorbeeld ‘vooralsnog’ buiten de grenzen van de rechtsvormende taak. In zulke gevallen gaat het soort termijn functioneren dat deze arresten zo sterk doet lijken op formele wetgevingsbevelen: de rechter bepaalt het begin van de termijn, de duur en de sanctie. Daarbij kan de rechter het laten bij de enkele aankondiging van rechterlijke rechtsvorming. De rechter kan ook expliciet zijn gezag verbinden een termijn waarbinnen de regering een voorstel moet doen, of de wetgever een resultaat moet bereiken.

<sup>412</sup> De Boer 1995, De Wit 2012 en (nog te verschijnen) Uzman 2013.

<sup>413</sup> Over de verhouding tussen de fiscale wetgever en de fiscale rechter ‘een vlotte partij, aan weerszijden’ Stolker 1993, p. 65. Zie ook De Boer 1995, p. 1027-1034

Van dat laatste is het *Arbeidskostenforfait* een voorbeeld. Het arrest is dan ook een materieel wetgevingsbevel. Althans, voorzover het aankomt op de vereisten dat voldoende duidelijk moet zijn dat sprake is van een schending van een wetgevingsplicht, waarbij die schending het resultaat is van rechterlijke rechtsvorming. Dat is het geval. Of de rechtsvorming ook bindend was voor de wetgever kan niet helemaal met zekerheid worden beantwoord. Wel ligt het heel erg voor de hand en zijn er geen signalen dat de wetgever bewust afgezien heeft van de mogelijkheid in dit geval een dialoog aan te gaan.

Dat wil niet zeggen dat alle signalen aan de wetgever een materieel wetgevingsbevel zijn. Gebruikmakend van de eerder gemaakte onderscheidingen stel ik deze nadere grenzen: het signaal moet duidelijk zijn en naar de wetgever wijzen. Alles wat in jaarverslagen staat, onduidelijk is of geen onrechtmatigheid constateert, valt af. Het toevoegen van enige dreiging is op zichzelf geen vereiste voor een materieel wetgevingsbevel. Wel zal dat helpen bij het vaststellen van de wetgever als de adreassaant van de geschonden plicht. Sterker gezegd: daar waar er in de richting van de wetgever met rechtsvorming gedreigd wordt die vooralsnog bezwaarlijk is, zal het niet veel moeite kosten om een constatering van de wetgevingsplicht aan te wijzen.

#### IV.4 Conclusie

Dit hoofdstuk is een analyse van de op termijnstelling van de wetgever uit *Arbeidskostenforfait*. Daarvoor is eerst de onderliggende casus uitgewerkt, zowel in juridische als in politieke zin. Het *Arbeidskostenforfait*-arrest kwam naar voren als het hoogtepunt in een confrontatie tussen de Belastingkamer en de fiscale wetgever. Eveneens bleek het eigenlijke conflict niet te gaan over deze specifieke forfaitaire regeling, maar over de ruimte voor de fiscale wetgever om bij een nieuwe Wet IB niet-fiscale doelen na te streven en daarmee een ongelijke behandeling te rechtvaardigen. In de confrontatie van *Arbeidskostenforfait* wint de Hoge Raad, zij het, dat het toch nog wel even duurt voordat de onrechtmatige regeling uiteindelijk uit de wereld is. In het grotere conflict wint de wetgever: de Hoge Raad lijkt de intensiteit van de toetsing uit *Arbeidskostenforfait* niet te hebben volgehouden.

In de kern, zo bleek bij het bespreken van de casus, bestaat de op termijnstelling van de wetgever uit het dreigen met rechtsvorming. Dat is in het tweede deel van dit hoofdstuk uitgewerkt in drie kwesties. In de eerste plaats is de vraag behandeld waarom artikel 94 Grondwet, dat de rechter in de richting van een negatieve wetgever wijst, zich niet verzet tegen rechtsvorming in het algemeen. De conclusie is dat artikel 94 Grondwet moet worden gelezen als de hoofdregel en niet als een verbod op de uitzondering. Dat betekent dat de aan artikel 94 Grondwet, of daarachter, aan het concept van de negatieve wetgever ontleende bezwaren tegen het wetgevingsbevel aan kracht verliezen. De Hoge Raad heeft die grens met zijn rechtsvorming immers al gepasseerd.

De tweede kwestie is een bespreking van de aard van de dreiging, namelijk de openlijke erkenning dat er rechtspolitieke keuzes zijn die de rechter eigenlijk niet, maar als het niet anders kan toch wel wil maken. In de casus rondom

*Arbeidskostenforfait* laat de Hoge Raad expliciet de opportuniteit van zijn interventie meewegen: hij rechtvaardigt zijn terughoudend met de geringe ernst van de onrechtmatigheid. Daarmee valt de Hoge Raad op twee punten openlijk uit de klassieke rol van logische en digitale rechtmatigheidsoordelen. Dat blijkt ook uit kritiek van behartigers van deze klassieke rol juist op *Arbeidskostenforfait*. Deze kritiek overtuigt niet. De rechterlijke functie is al op meer punten adequaat geanalyseerd als een afweging van belangen en als het gebruik van gezichtspunten. Dat kan ook hier. Bovendien meen ik, dat een rechter die oog heeft voor de institutionele en politieke dimensie waarin hij moet functioneren zijn plaats in de rechtsstaat goed inschat. Het is op zichzelf een uitdrukking van het beginsel van machtsevenwicht, wanneer de rechter de intensiteit van zijn interventie afweegt tegen de ernst van kwestie en de verwachte heftigheid van de reacties. Dat kan natuurlijk minder openlijk dan in *Arbeidskostenforfait* gebeurde. De vraag is wel, welk doel daar dan mee gediend is.

De derde kwestie is de vraag of *Arbeidskostenforfait* een materieel wetgevingsbevel is. Dat blijkt het geval. Daarvoor is meer in uitgebreide zin stilgestaan bij de positie van het materiële wetgevingsbevel binnen de bestaande literatuur over signalen aan de wetgever. Niet elk signaal is een materieel wetgevingsbevel. Waar de grens tussen beide precies ligt, zal van geval tot geval moeten worden bepaald. In dit hoofdstuk is een serie criteria aangereikt om verschil te maken tussen verschillende signalen. Terugkoppelend naar de algemene discussie over het wetgevingsbevel levert dit hoofdstuk de volgende conclusies op.

In de eerste plaats blijkt de Hoge Raad zich zeer indringend op het terrein van het wetgevingsinitiatief te willen begeven, tot de opmerking dat er met de nodige spoed een voorstel moet liggen aan toe. Anders dan eerdere en vergelijkbare arresten verbindt de Hoge Raad zijn gezag aan de verplichting de wet te wijzigen. Terwijl de staatssecretaris – eveneens anders dan eerdere en vergelijkbare gevallen – voor de Hoge Raad de regeling nog inhoudelijk verdedigt.

In de tweede plaats blijkt die interventie van de Hoge Raad niet tot een aanwijsbare versnelling in het wetgevingsproces te leiden. De wetgever betwist niet de verplichting om de wet aan te passen, maar neemt de ruimte om de regelingen in samenhang met elkaar te bestuderen en plaatst de Hoge Raad voor het voldongen tijdsverloop van twee jaar. Terwijl het samenspel tussen de Belastingkamer en de fiscale wetgever nog geldt als een ‘vlotte partij’. Signalen van de civiele kamer belanden in trager malende molens. Dit biedt enig zicht op de risico’s die de rechter loopt als hij zijn gezag verbindt aan het wetgevingsinitiatief. Het veelvoudige vermogen van de politiek om vanwege een serie sympathieke redenen uiteindelijk niets te doen, kan moeilijk overschat worden.

In de derde plaats wordt het de vraag waarom de rechter, die mag wat hij in *Arbeidskostenforfait* doet – een materieel wetgevingsbevel geven – niet gewoon een formeel bevel geeft. Dat is de vraag van de volgende *casestudy*.



# Wetgeving bevelen

Over het *Waterpakt*-arrest en het formele wetgevingsbevel

### V.1 Inleiding

In Nederland vindt relatief veel (intensieve) varkenshouderij plaats. Dat levert een grote bedrijfstak en veel 'niet-geplaatste mestproductie'<sup>414</sup> op: 'grote hopen mest die lagen te stinken naast de varkensstallen'.<sup>415</sup> De plaatsingsruimte op en in Nederlandse landbouwgrond is onder andere begrensd door de maximaal toegestane nitraatwaarden in het grond- en oppervlaktewater. Daarmee is één van de belangrijkste eigenschappen van de casus van dit hoofdstuk gegeven: aanscherping van de normen voor nitraatwaarden, zoals in deze casus het geval is bij de implementatie van de Nitraatrichtlijn,<sup>416</sup> raakt rechtstreeks grote economische belangen. Het gaat hier om Unietrouw<sup>417</sup> die meer vereist dan het strafbaar stellen van de jacht op vogelsoorten die hier niet voorkomen.

Een tweede eigenschap van de casus is dat de boerenbelangen goed georganiseerd zijn en zich stevig kunnen roeren. Mestregulering is een politiek netelige kwestie.<sup>419</sup> Dat was het al lang voordat de Europese Unie zich er met de Nitraatrichtlijn mee bemoeide. De problemen bestonden daarvoor al. In 1984 greep minister Braks (CDA) ten langen leste in met een interimwet om de verdere groei van de intensieve veehouderij zoveel mogelijk te voorkomen.<sup>420</sup> In 1987 volgde de Meststoffenwet, met een complex stelsel van mestproductierechten.<sup>421</sup> Onder minister Van Aartsen (VVD), na de varkenspest van 1997 en tijdens het eerste paarse kabinet, kwam de Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) tot stand.<sup>422</sup> De Whv ontnam varkenshouders zonder compensatie een deel van hun zogenaamde varkensrechten. Bij de uitvoering van de wet kwam minister Apotheker (D66) dusdanig in de politieke problemen dat hij zijn ontslag aanbood.

Het vertrek van minister Apotheker was mede het gevolg van de felle acties van de Nederlandse Vakbond Varkenshouders (NVV) aangevoerd door Wien van den Brink, bijgenaamd de radicale varkensvoorman. Zijn acties waren niet alleen op de politiek gericht en bestonden uit meer dan met tractoren oprukken naar het Binnenhof. Ook de gang naar de rechter werd veelvuldig gemaakt, met een serie staatsrechtelijk interessante uitspraken tot gevolg. Een van de belangrijkste

<sup>414</sup> Voor een goede introductie van de ambtelijke terminologie in kwestie, zie de Kamerbrief van staatssecretaris Bleker: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 037, nr. 23.

<sup>415</sup> 'Het einde van het mestoverschot komt in zicht', *De Volkskrant* 2 november 2001.

<sup>416</sup> Richtlijn 91/676 EEG, vastgesteld op 12 december 1991, inzake de bescherming van water tegen verontreiniging door nitraten uit agrarische bronnen (*PbEG* 1991, L 375/1). Later kwamen daar de eisen uit de zogenaamde Waterrichtlijn (richtlijn 2000/60/EG) bij (*PbEG* 2000, L 327).

<sup>417</sup> Het beginsel van loyale samenwerking uit artikel 4 VEU.

<sup>418</sup> HvJ EG 15 maart 1990, nr. C-339/87, *Jur.* 1990, p. I-00851 (*Commissie t. Nederland*).

<sup>419</sup> Een korte zoektocht door de digitale krantenarchieven steunt deze stelling.

<sup>420</sup> Interimwet beperking varkens- en pluimveehouderijen, *Stb.* 1985/1.

<sup>421</sup> Wet van 27 november 1986, houdende regelen inzake het verhandelen van meststoffen en de afvoer van mestoverschotten, *Stb.* 1986/598.

<sup>422</sup> Wet van 9 april 1998, houdende regels inzake een stelsel van varkensrechten en een heffing terzake het houden van varkens, *Stb.* 1998/236.

procedures leidde tot de erkenning van staatsaansprakelijkheid voor een formele wet op basis van het eigendomsrecht uit artikel 1 Eerste Protocol EVRM, althans voor de wijze waarop de wet in een individueel geval onredelijk bezwarend is.<sup>423</sup> Mestregulering is niet alleen economisch ingrijpend en politiek gevoelig, het kan ook kostbaar uitpakken voor de overheid.

Aan dit alles herinnert advocaat-generaal Langemeijer de Hoge Raad wanneer deze uit een andere hoek wordt gevraagd te interveniëren, namelijk door natuurorganisaties, consumentenorganisaties en particuliere eigenaren van waterputten met te veel nitraat (verder: *Waterpakt*). 'Zoals de Hoge Raad heeft gemerkt, verzetten agrarische bedrijven zich in rechte tegen de voorgenomen maatregelen ter implementatie van de Nitraatrichtlijn.'<sup>424</sup> *Waterpakt* vroeg de civiele rechter de Staat te bevelen de Nitraatrichtlijn na te leven. In cassatie staat vast dat dit formele wetgeving vereist, namelijk het aanpassen van de Meststoffenwet. Daarmee ligt in het *Waterpakt*-arrest de vraag naar het formele wetgevingsbevel zuiver voor, en is een *casestudy* rondom dit arrest gerechtvaardigd binnen dit proefschrift. Meer in het algemeen is het formele wetgevingsbevel in het Nederlandse recht het onderwerp van dit hoofdstuk.

### *Opzet van dit hoofdstuk*

Allereerst zal, in paragraaf V.2, het verloop van de procedure van *Waterpakt* worden beschreven. De rode draad is de mars door de nationale instanties, en parallel daaraan de Europese inbreukprocedure. Op welke manier lukt het *Waterpakt* om de civiele rechter dusdanig bij de handhaving van een richtlijn te betrekken dat het op een wetgevingsbevel aankomt? En welke argumenten gebruiken de verschillende instanties voor of tegen een dergelijk bevel?

Paragraaf V.3 bespreekt vervolgens vier kwesties, die tot op zekere hoogte voortvloeien uit de casus en relevant zijn in het kader van dit proefschrift. De eerste kwestie is een inkadering van *Waterpakt* in de 'rechtsconceptie' van de bevelende rechter en in de hiervoor richtinggevende arresten van de Hoge Raad (paragraaf V.3.1). Paragraaf V.3.2 brengt de ervaringen met het formele wetgevingsbevel in de lagere jurisprudentie in kaart, inclusief het in de doctrine gevoerde debat. Paragraaf V.3.3 is gewijd aan het vervolg op *Waterpakt* in de arresten van de Hoge Raad en de *impact* ervan op de lagere jurisprudentie. Paragraaf V.3.4, ten slotte, diept de Unierechtelijke dimensie van deze casus uit. Heeft de Hoge Raad in dit geval van voldoende Unietrouw blij gegeven en kan het Hof van Justitie zelf eigenlijk wetgevingsbevelen geven?

Afgesloten wordt, in paragraaf 4, met een opsomming van de belangrijkste bevindingen en een terugkoppeling naar de algemene discussie over het wetgevingsbevel.

<sup>423</sup> HR 16 november 2001, NJ 2002/469, LJN AD5493 (*Whv VI*); De Lange 1999, p. 5: 'De casus van de Whv is een absolute goudmijn voor de rechtenstudie.' Zie zijn oratie (De Lange 1999) voor verdere verwijzingen.

<sup>424</sup> Zie de conclusie onder 2.29 bij HR 21 maart 2003, NJ 2003/691, LJN AE8462 (*Waterpakt*).

## V.2 Casus

Zoals de boerenbelangen zich verzetten tegen een Staat die in hun ogen te veel doet (of te weinig compenseert), zo heeft de Staat aan de andere kant te maken met instellingen en organisaties die zich juist inspannen voor complete naleving van de Nitraatrichtlijn en de kwaliteit van grond- en oppervlaktewater in het algemeen. In deze casus zijn dat met name de Europese Commissie, belast met toezicht op de naleving van richtlijnen,<sup>425</sup> en de organisaties achter Waterpakt 'sinds jaar en dag met de Staat in overleg terzake van het te voeren nitraatbeleid'.<sup>426</sup>

De Europese Commissie en Nederland raken snel na het verstrijken van de termijnen uit de richtlijn met elkaar in discussie binnen de zogenaamde administratieve fase van de inbreukprocedure.<sup>427</sup> Op 3 augustus 1999 brengt de Commissie, na Nederland herhaaldelijk in gebreke te hebben gesteld, een 'met redenen omkleed advies' uit. Met een dergelijk advies kan de Europese Commissie, als het advies niet naar tevredenheid opgevolgd wordt, overgaan naar de juridische fase van de inbreukprocedure en Nederland voor het Hof van Justitie dagen wegens het niet voldoen aan de verplichtingen uit de Nitraatrichtlijn.<sup>428</sup>

Nog voordat de Europese Commissie overschakelt naar de rechter, zet Waterpakt die stap. Waterpakt sommeert de Staat in december 1997 te gaan voldoen aan een aantal specifieke normen uit de richtlijn: de maximale hoeveelheid nitraat in grond- en oppervlaktewater en de maximale hoeveelheid stikstof uit dierlijke mest die per jaar per hectare op of in de bodem mag worden gebracht. Na een kennelijk onbevredigende reactie spant Waterpakt bij de Rechtbank Den Haag een civiele procedure tegen de Staat aan. De eis is een verklaring voor recht en een veroordeling om binnen een door de rechtbank vast te stellen termijn te voldoen aan enkele materiële normen uit de Nitraatrichtlijn.

### V.2.1 De rechtbank

De rechtbank wijst in november 1999 vonnis.<sup>429</sup> Via artikel 3:305a BW, het recht op collectieve actie, is Waterpakt ontvankelijk vanwege de belangen waar de organisaties blijkens hun statuten voor opkomen. Dat via die route geen schadevergoeding te voldoen in geld kan worden geëist (artikel 3:305a lid 3 BW), betekent voor de rechtbank dat ze des te meer belang hebben bij de gevraagde verklaring voor recht. De parallelle inspanningen van de Europese Commissie zijn voor de rechtbank geen reden om eerst af te wachten. De omvang van het geschil wordt wel begrensd door de directe werking van de richtlijn. Rechterlijke toetsing aan de bepalingen die Nederland tot de vaststelling van actieprogramma's verplichten acht de rechtbank niet mogelijk. De bepalingen zijn onvoldoende precies om direct te kunnen werken. Wel kan de rechtbank iets met de verplichting 'in elk geval maatregelen te nemen om te waarborgen dat' aan

<sup>425</sup> Krachtens artikel 17 VEU (sinds 1 december 2009).

<sup>426</sup> Rb. Den Haag 24 november 1999, *JM* 2000/4, *LJN* AA4128, r.o. 3.7.

<sup>427</sup> Ex artikel 258 e.v. VWEU, zie verder paragraaf V.3.4.6-3.4.7.

<sup>428</sup> Voor een beschrijving van het verloop van deze gang van zaken, zie de conclusie van de advocaat-generaal bij *Waterpakt*, onder 1.

<sup>429</sup> Rb. Den Haag 24 november 1999, *JM* 2000/4, *LJN* AA4128

een aantal specifieke normen moet worden voldaan. Die normen zijn voldoende onvoorwaardelijk om rechtstreeks door de rechter te kunnen worden toegepast. Zo positioneert de Nederlandse civiele rechter zich naast het Hof van Justitie als een handhaver van de Nitraatrichtlijn. In een dergelijke positionering ligt de kiem van een procedure over het formele wetgevingsbevel. Als, tenminste, de rechtbank van mening is *dat* de Staat niet aan zijn richtlijnverplichtingen voldoet.

Dat is het geval. De rechtbank verklaart voor recht dat de Staat onrechtmatig handelt jegens Waterpakt door niet te waarborgen dat tussen 18 december 1998 en 18 december 1999 per landbouw- of veehouderijbedrijf per hectare niet meer dierlijke mest op of in de bodem wordt gebracht dan die welke 210 kg stikstof bevat. De Staat handelt onrechtmatig door de Nitraatrichtlijn niet, of in ieder geval onvoldoende uit te voeren.

Ten aanzien van de vraag of de rechter naast een inhoudelijk oordeel ook nog een bevel kan geven, voert de Staat aan dat formele wetgeving nodig zal zijn. De landsadvocaat meent dat de rechter niet bevoegd is de vaststelling daarvan te bevelen. De rechtbank volgt dat betoog niet, maar laat het vervolgens bij een (niet door een dwangsom bekrachtigde) veroordeling om ‘zodanige maatregelen te nemen’ dat wordt gewaarborgd dat in het jaar 2002 in ieder geval wel aan de norm voldaan wordt. De keuze van de middelen wordt aan de Staat gelaten. Ten principale blijkt de rechtbank echter geen tegenstander van een formeel wetgevingsbevel. Dat blijkt uit deze passage uit de uitspraak van de rechtbank:

‘Zou de rechtbank niet bevoegd zijn om een dergelijke verplichting op te leggen ingeval de Staat op onderdelen zou kunnen of moeten kiezen voor formele wetgeving en daarin nalatig is geweest, dan zou de mogelijkheid van benadeelden om het onrechtmatige nalaten van de Staat te laten redresseren ernstig worden beperkt.’<sup>430</sup>

Het dragende argument voor de toelaatbaarheid van een formeel wetgevingsbevel is voor de rechtbank de effectiviteit van de rechtsbescherming: het moet ook mogelijk zijn om een onrechtmatig wetgevend nalaten van de Staat te redresseren. In plaats van te wachten op wat de instellingen van de Europese Unie gaan doen, trekt de rechtbank zich in een volgende overweging ook het ‘nuttig effect’ van de Nitraatrichtlijn aan. Dat zou ernstig worden verzwakt als de benadeelden genoeg zouden moeten nemen met een verklaring voor recht. De rechtbank verklaart het gegeven bevel uitvoerbaar bij voorraad. De Staat gaat in hoger beroep, gevolgd door Waterpakt.

### V.2.2 *Het gerechtshof*

In hoger beroep is inmiddels duidelijk dat de Europese Commissie op 28 augustus 2000 Nederland voor het Hof in Luxemburg heeft gedaagd. Anderzijds is ook duidelijk dat de Meststoffenwet enigszins is aangescherpt en dat meer wetgeving in voorbereiding is. In het fabelachtige taalgebruik van de discussie

<sup>430</sup> Zie r.o. 3.23 van het rechtbankvonnis.

over de grenzen van de rechtsvormende taak: de kip is aan het broeden en de vos is actief. De Staat bepleit bij het gerechtshof dat de nationale civiele rechter zich uit deze aanstaande confrontatie terugtrekt; Waterpakt betoogt dat dit rechtswijgering zou zijn. Het gerechtshof probeert kool en geit te sparen.<sup>431</sup> Ter voorkoming van tegenstrijdige uitspraken en in het belang van een doelmatige verdeling tussen de verschillende rechters acht het gerechtshof het ‘geraden’ om de behandeling van de grieven tegen de gegeven verklaring voor recht aan te houden tot het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan.<sup>432</sup> Het gerechtshof trekt zich dus niet zo ver terug dat er voor de concrete klagers niets meer overblijft, zoals in de in hoofdstuk IV beschreven gevallen wel voorkwam. Dat had, in lijn met *Arbeidskostenforfait*, gekund met de overweging dat het gerechtshof ervan uitging dat de Staat zo nodig met wetgeving zou reageren op een eventueel veroordelend arrest van het Hof van Justitie. Het gerechtshof geeft met de overweging dat tegenstrijdige uitspraken moeten worden voorkomen aan dat het niet van plan is inhoudelijk andere conclusies te trekken dan het Hof zal doen. In plaats daarvan handhaaft het hof zich kennelijk als een soort Europese restrechter om te bezien of na de interventie van het Hof van Justitie nog iets te doen valt.

Het gevolg van het aanhouden van het inhoudelijke deel van de procedure is dat het gerechtshof zal moeten oordelen over de grieven van de Staat tegen het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde bevel van de rechtbank. De Staat had, stelliger nog dan bij de rechtbank, betoogd dat het om een wetgevingsbevel ging, gericht aan de formele wetgever. Volgens de Staat kan de implementatie van de richtlijn ‘alleen tot stand komen door wijziging van de Meststoffenwet dan wel door het tot stand brengen van andere formele wetgeving.’ Waterpakt ontkende dat maar kon, aldus het gerechtshof, niet aangeven hoe de Nitraatrichtlijn anders dan met formele wetgeving een voor burgers bindende uitwerking zou kunnen krijgen. Zo komt vast te staan dat het om een wetgevingsplicht gaat en daarmee krijgt het gegeven bevel het karakter van een formeel wetgevingsbevel. Zo’n bevel acht het gerechtshof niet acceptabel. In een verder weinig onderbouwde overweging stelt het hof:

‘Het staat de rechter op grond van zijn staatsrechtelijke positie niet vrij in het proces van formele wetgeving in te grijpen conform de strekking van deze vordering. Deze strekking verzet zich ook tegen het bevelen van materiële wetgeving omdat deze ten nauwste is verweven met formele wetgeving.’<sup>433</sup>

Uiteindelijk verzet de ‘staatsrechtelijke positie’ van de rechter zich tegen het formele wetgevingsbevel. Waarom dat precies het geval is, wordt niet helder. Het *proces* van formele wetgeving lijkt de beslissende factor te zijn. Daarin kan een beroep op de machtenscheiding worden herkend, met een processuele definitie van de wetgevende functie: de rechter moet zich niet alleen onthouden van de *vaststelling* van wetten, maar zich ook onthouden van een interventie *voordat* de wetten zijn vastgesteld. Althans, in ieder geval voor zover dat formeel bevelend ingrijpen betreft.

<sup>431</sup> Hof Den Haag, 2 augustus 2001, *JM* 2001/119, *LJN* AL2957.

<sup>432</sup> Zie r.o. 6 van het arrest.

<sup>433</sup> R.o. 9 van het arrest.

Tegen dit arrest stelt Waterpakt beroep in cassatie in. Door het verloop van de procedure ligt bij de Hoge Raad heel scherp de vraag naar de toelaatbaarheid van het formele wetgevingsbevel voor. Het gaat immers enkel om het door het gerechtshof vernietigde bevel van de rechtbank *omdat* het een wetgevingsbevel was. In cassatie moet beoordeeld worden of een formeel bevel toelaatbaar is, tegen de achtergrond van een door de formele wetgever geschonden wetgevingsplicht.<sup>434</sup>

### V.2.3 De Hoge Raad

Advocaat-generaal Langemeijer concludeert tot cassatie. Om verschillende redenen vindt hij de afwijzing van het formele wetgevingsbevel door het hof te algemeen en te stellig. Allereerst is het alleen al vanwege de ‘eenheid van het sanctierecht’ beter om onder artikel 6:168 BW per geval te bezien of er zwaarwegende maatschappelijke omstandigheden zijn waarom een onrechtmatige situatie moet worden geduld. Daarnaast acht hij het pleidooi van de Staat dat de wetgever de vrijheid moet hebben om er ‘vooralsnog van af te zien de richtlijn (geheel) te implementeren’ in strijd met het Unierecht. En dan begint de uitkomst van de redenering voor de hand te liggen: ‘Niet goed valt in te zien waarom de burgerlijke rechter niet een bevel aan de Staat zou mogen geven om uitvoering te geven aan deze richtlijnbevelen.’ Omdat het om Unierecht gaat komt aan artikel 94 Grondwet hier geen betekenis toe. Mocht de Hoge Raad tot een ander oordeel willen komen dan zijn prejudiciële vragen aangewezen, aldus de conclusie.

Hierna volgt de passage waarin de advocaat-generaal de Hoge Raad eraan herinnert dat implementatie van de Nitraatrichtlijn niet bij *deze* procedure betrokken boerenbelangen raakt. Meer in het algemeen gaat het Langemeijer om de belangen van niet bij de procedure betrokken derden. Zij zijn voor hem reden om het geven van een formeel wetgevingsbevel te clausuleren en te voorzien van extra waarborgen. De waarborgen moeten verzekeren dat de rechter alleen die wetgevingsplichten handhaaft waarvan met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat de belangen van derden eerder en afdoende zijn gewogen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door voor een bevel een gekwalificeerde schending van een wetgevingsplicht te eisen, of te wachten totdat het Hof van Justitie heeft vastgesteld dat Nederland een wetgevingsplicht niet nakomt.

De Hoge Raad kiest niet voor de genuanceerde benadering van de advocaat-generaal maar voor de stellige redenering van het hof, zij het, dat de Hoge Raad bepaald omstandiger motiveert.<sup>435</sup> De meest centrale overwegingen van de Hoge Raad zijn deze:

‘Wetten in formele zin worden ingevolge art. 81 Gr.w vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende

<sup>434</sup> Vgl. de opmerkingen van de advocaat-generaal in de conclusie onder 2.23. De Hoge Raad gaat er ook van uit dat de Nitraatrichtlijn een wetgevingsplicht voor de formele wetgever bevat, zie r.o. 3.4.

<sup>435</sup> HR 21 maart 2003 NJ 2003/691, LJN AE8462 (*Waterpakt*).

verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn. Ook ingeval de wetgever heeft nagelaten binnen de implementatietermijn van een richtlijn wetgeving vast te stellen om het vereiste resultaat te bereiken, en indien moet worden aangenomen dat de Staat daarmee onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog die 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, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden. 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 implementatie van een richtlijn, het wil laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure.

[...]

Voor de beoordeling van de hiervoor in 3.4 bedoelde vraag is evenmin van belang dat de rechter formele wetgeving, als zij eenmaal is tot stand gekomen, op grond van art. 94 Gr.w buiten toepassing moet laten, voor zover zij in strijd is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Het buiten toepassing laten van formele wetgeving op deze grond heeft een ander karakter dan een bevel wetgeving tot stand te brengen: het buiten toepassing laten geldt immers alleen jegens de eiser(s) in de procedure en het heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken, terwijl met een bevel formele wetgeving tot stand te brengen wordt beoogd een algemeen, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen.<sup>436</sup>

Door te verwijzen naar de attributie, in artikel 81 van de Grondwet, van de wetgevende macht aan regering en Staten-Generaal brengt de Hoge Raad de machtscheiding zelf in stelling. Daarbij wordt gekozen voor een processuele definitie van de wetgevende functie: de rechter moet niet alleen afzien van het *vaststellen* van de wetten maar mag ook niet treden in het wetgevingsinitiatief. De vraag 'of en wanneer' een wet tot stand moet komen, moet onder alle omstandigheden aan de wetgever blijven. Ook wanneer – zoals hier in cassatie – vaststaat *dat* er formele wetgeving moet worden vastgesteld. Met de toevoeging van de opmerking over de 'verdeling van bevoegdheden' stelt de Hoge Raad vermoedelijk dat het beginsel van *machtsevenwicht* niet tot een ander oordeel leidt.

<sup>436</sup> R.o. 3.5 van het arrest.

In de tweede plaats activeert de Hoge Raad meerdere malen een abstract onderscheid tussen ‘politieke besluitvorming/beoordeling’ en dat ‘wat de rechter vrijstaat’. Het argument heeft de retorische kracht van de klassieke *political question-doctrine*. Wat politiek is, moet dat natuurlijk blijven. Een rechter die zich daar in mengt zou een *judicial activist* zijn. Bij wat niet politiek is, mag de rechter doen wat nodig is. Zou hij dat niet doen, dan zou hij terecht van rechtsweigeren kunnen worden beschuldigd. Dat is ongeveer het *frame* dat de Hoge Raad gebruikt. Op zichzelf is dat geen nieuw maar een oud en beproefd uitgangspunt. Opvallend is wel de *combinatie* van het uitgangspunt dat de Staat onrechtmatig handelt door geen wetgeving tot stand te brengen en de stelling dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht het voorwerp van politieke besluitvorming is en moet blijven. De Hoge Raad realiseert zich openlijk de eerder in hoofdstuk III gesignaleerde overlap tussen ‘recht’ en ‘politiek’: iets kan zowel onrechtmatig zijn en vragen om effectieve rechtsbescherming als het voorwerp van politieke besluitvorming en vragen om terughoudendheid van de rechter. De Hoge Raad kiest het politieke perspectief, hoewel hij daarna redelijk omstandig uiteenzet langs welke wijzen het Unierecht nog altijd nuttig effect heeft: directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid. Hoewel er geen rechtstreekse bescherming is tegen de politieke vrijheid om onrechtmatig te (blijven) handelen, zijn het ook geen wetgevingsplichten die iedere rechtsbescherming moeten missen.

In de derde plaats beroept de Hoge Raad zich op artikel 94 Grondwet en het verschil in karakter tussen het buiten toepassing laten van een reeds tot stand gekomen wet en het bevelen een wet tot stand te brengen: inmiddels herkenbaar als het vocabulaire van de *negative Gesetzgeber*. Dat onderscheid werkt zeker niet in het voordeel van Waterpakt of de toewijsbaarheid van een formeel wetgevingsbevel, als dat gericht is op het tot stand brengen van nieuwe normen. Maar de Hoge Raad plaatst het onderscheid niet terug op de plek waar het voor de *Lentebeschikkingen* stond.<sup>437</sup> Meer dan aan het feit dat buiten toepassing laten *negatief* is en wetgeving bevelen *positief*, kent de Hoge Raad gewicht toe aan de belangen van derden. Dat het buiten toepassing laten van een wettelijke regeling formeel slechts geldt voor en tussen de betrokken partijen is geen onhandigheid die samenhangt met de onmogelijkheid voor de civiele rechter om wetgeving te vernietigen. Het draagt bij aan de toelaatbaarheid van de uitspraakbevoegdheid. Weliswaar heeft een bevel ook geen onmiddellijke gevolgen voor derden, maar het *beoogt* wel een voor hen geldende regeling tot stand te brengen. Dat is voor de Hoge Raad reeds voldoende om tot niet-toewijsbaarheid van het wetgevingsbevel te concluderen.

Na deze fundamentele motivering tegen het wetgevingsbevel wikkelt de Hoge Raad twee andere punten af: het civiele recht en het Unierecht. In de eerste plaats, ten aanzien van het civiele recht, moet hier kennelijk een van de uitzonderingen aan de orde zijn als bedoeld in de hoofdregel van 3:296 BW. Ten aanzien van het Unierecht ziet de Hoge Raad evenmin problemen. Aan het arrest *Francovich*<sup>438</sup> ontleent de Hoge Raad de overweging dat de nationale rechter ‘in

<sup>437</sup> In het arrest HR 4 mei 1984 NJ 1985/510, LJN AG4807 (*Gezamenlijke oudertelijke macht*), zie paragraaf IV.3.3.1.

<sup>438</sup> HvJ EG 19 november 1991, nr. C-6/90 & C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357, NJ 1994/2 (*Francovich*).

het kader van zijn bevoegdheden' de volle werking van het gemeenschapsrecht moet verzekeren. Uit het arrest *Van Schijndel*<sup>439</sup> citeert de Hoge Raad vervolgens de stelling dat 'het kader van de bevoegdheden' van de rechter een nationaal kader is. Daarmee is de cirkel rond: als er naar nationaal recht geen bevoegdheid bestaat om wetgevingsbevelen te geven, is er naar Europees recht ook geen verplichting.

Ten overvloede merkt de Hoge Raad nog op dat het Hof van Justitie zelf geen formele wetgevingsbevelen kan geven. Wel stelt de Hoge Raad zich de werking van een materieel wetgevingsbevel voor, als het Hof van Justitie in een inbreukprocedure vaststelt dat de Staat een op hem rustende verplichting niet is nagekomen. 'In dat geval', zo voegt de Hoge Raad eraan toe, 'is deze Staat gehouden de maatregelen te nemen ter uitvoering van het arrest van het Hof.' Deze verplichtingen scheppende constatering van het Hof worden door de Hoge Raad dus onderscheiden van het geven van een bevel om formele wetgeving vast te stellen. Het eerste kunnen noch de Hoge Raad, noch het Hof van Justitie. Het tweede kan het Hof van Justitie wel, maar is hier verder bij de Hoge Raad niet aan de orde.

#### V.2.4 Afloop

De door de Hoge Raad geschetste situatie heeft zich voorgedaan. Op 2 oktober 2003 spreekt het Hof van Justitie uit dat het Koninkrijk der Nederlanden niet voldaan heeft aan een aantal verplichtingen uit de Nitraatrichtlijn 'door niet de noodzakelijke wettelijke en bestuurlijke bepalingen vast te stellen'.<sup>440</sup> Van enig formeel bevel tot het vaststellen van de wettelijke en bestuurlijke bepalingen is in het arrest van Hof van Justitie geen sprake. Wel activeert de uitspraak de (tegenwoordig) in artikel 260 lid 1 VWEU vastgelegde verplichting voor een lidstaat om 'die maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof.'

In dit geval had de regering al op de ('veroordelende') conclusie van de advocaat-generaal bij het Hof van Justitie gereageerd door een wetsvoorstel in te dienen. Beoogd werd om bestaande stelsels van mestproductie- en varkensrechten niet te laten verlopen. Daarmee werd, aldus de regering, 'ruimte gecreëerd voor een verantwoorde besluitvorming over de mogelijke gevolgen voor het samenstel van instrumenten van de mestwetgeving en het aanstaande arrest van het Hof van Justitie'.<sup>441</sup> Na het arrest van het Hof van Justitie bericht de regering de Tweede Kamer dat Nederland 'ter voldoening aan het arrest' de wetgeving zo snel mogelijk in overeenstemming zal moeten brengen met de Nitraatrichtlijn. De Europese Commissie heeft de taak daarop toe te zien, voegt de regering daaraan toe, en de Commissie heeft Nederland tot 1 januari 2006 de tijd gegeven om de wetgeving op orde te brengen. 'Alles wordt in het werk gesteld om zo spoedig mogelijk aan de Nitraatrichtlijn te voldoen'.<sup>442</sup>

<sup>439</sup> HvJ EG 24 december 1995, nr. C-430/93, *Jur.* 1995, p. I-4705, NJ 1997/116 (*Van Schijndel*).

<sup>440</sup> HvJ EG 2 oktober 2003, nr. C-322/00, NJ 2004/474 (*Commissie t. Nederland*). Op 7 november 2002 had advocaat-generaal Léger in hoofdzaak ook zo geconcludeerd.

<sup>441</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 29 001, nr. 3, p. 1. De wet haalde in juni 2004 het *Staatsblad*, in nr. 246.

<sup>442</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 28 385 en 26 729, nr. 39, p. 11-12.

Dit beterschapsargument voert de Staat aan in het nog aangehouden deel van de procedure van Waterpakt, namelijk over de door de rechtbank geconstateerde onrechtmatigheid van het handelen van de Staat. Het gerechtshof had het oordeel opgeschort totdat het Hof van Justitie uitspraak zou hebben gedaan in de inbreukprocedure. De Staat erkent het arrest van het Hof van Justitie en heeft inmiddels maatregelen genomen, concludeert het gerechtshof.<sup>443</sup> Waterpakt meende nog belang te hebben bij de verklaring voor recht, om de achterban te kunnen laten weten dat alles niet voor niets was geweest. Het hof vindt dat belang onvoldoende om de verklaring voor recht te handhaven. De positie van Europese rechter, waarin het hof zich plaatste door eerst af te wachten wat Luxemburg zou oordelen, lijkt te betekenen dat het gerechtshof toeziet of het gedrag van de Staat conform de uitspraak van het Hof van Justitie is. Als de Staat de onrechtmatigheid erkent en beterschap betoont, ontvalt het belang aan de vordering nog met een verklaring voor recht de zijde van Hof van Justitie te kiezen.

Blijft over de procedure van de eigenaren van waterputten die het water uit hun put niet hebben kunnen drinken en daarom aangewezen waren op betaalde voorzieningen. Dat was de onderliggende, meer klassieke procedure. Die strandt bij het hof op het relativiteitsvereiste: de ingeroepen normen hebben niet de strekking een onbeperkte groep derden drinkbaar grondwater te verzekeren. De kosten van de procedure, ten slotte, moeten volledig door de achterban van Waterpakt betaald worden.

Nadien is de Meststoffenwet gewijzigd om met de Europese Commissie gemaakte afspraken over het zogenaamde vierde actieprogramma in wetgeving om te zetten.<sup>444</sup> De wet stond ruim zeven maanden na indiening van het voorstel in het Staatsblad. De looptijd van het vierde actieprogramma is tot 2013. Inmiddels ligt, met het oog op het vijfde actieprogramma weer een ingrijpende wetwijziging voor die ‘invoering stelsel verantwoorde mestafzet’ belooft.<sup>445</sup> De regering hoopt dat de wet het Staatsblad nog voor 1 januari 2013 haalt. De vraag is, of dat realistisch is en of er niet andermaal problemen met de Europese Commissie zullen ontstaan over de naleving van de Nitraatrichtlijn. Het is echter geen vraag meer of de Staat in dat geval dan ook nog voor een formeel wetgevingsbevel van de nationale civiele rechter heeft te vrezen.

### V.2.5 Conclusie

Het forum dat Waterpakt kreeg bij de rechtbank bestond uit de combinatie van de ontvankelijkheid van natuurorganisaties onder artikel 3:305a BW, uit de inroepbaarheid van delen van de Nitraatrichtlijn en uit de bereidheid van de rechtbank om zich in de kwestie te mengen, ondanks dat de Europese Commissie er reeds mee bezig was. De procedure van Waterpakt loopt uiteindelijk vast in de weigering van het hof om zich eerder of anders over de inhoud van de kwestie uit te laten dan het Hof van Justitie, op de weigering van de Hoge Raad om

<sup>443</sup> Hof Den Haag 27 oktober 2005, *LJN* AU5626.

<sup>444</sup> *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 945, nr. 1-12; *Kamerstukken I* 2009/10-2010/11, 31 945, nr. A-D en *Stb.* 2009/551.

<sup>445</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33 322, nr. 1-4, ingediend op 2 juli 2012.

formele wetgevingsbevelen te geven, op het beterschapsargument van de Staat en – voor de puteigenaren – op de relativiteitseis. Voor Waterpakt resteert de veroordeling in de kosten.

Bezien in de context is de casus van Waterpakt een politiek complexe, juridisch ingewikkelde en kostbare botsing van drie belangen: varkensboeren die voor hun broodwinning strijden, een Europese Commissie die wil dat richtlijnen correct worden geïmplementeerd en natuurorganisaties die zich de kwaliteit van het grondwater aantrekken. In de procedure van Waterpakt wordt slechts een deel van het probleem aan de rechter voorgelegd. Dat de Hoge Raad bij het afwijzen van de mogelijkheid om een formeel wetgevingsbevel te geven een grote rol toekent aan de belangen van derden, komt in dit licht niet onbegrijpelijk over.

De Hoge Raad doet veel meer dan *in dit geval* geen bevel geven. De deur gaat goed en grondig op slot voor het hele idee. Beperkte het hof zich tot de 'staatsrechtelijke positie', bij de Hoge Raad is het een combinatie van de machtenscheiding, het machtsevenwicht, de scheiding tussen politiek en recht en de belangen van derden die zich tegen het formele bevel verzet. Omgekeerd accepteerden de rechtbank en de advocaat-generaal het wetgevingsbevel in het kader van de effectieve rechtsbescherming in het algemeen en het nuttig effect van richtlijnen in het bijzonder, in tegenstelling tot de Hoge Raad, wel.

### V.3 Kwesties

De stelligheid waarmee hof en Hoge Raad het wetgevingsbevel afwijzen, is opmerkelijk. Al uit het vonnis van de rechtbank en uit de conclusie van de advocaat-generaal blijkt dat er beredeneerd anders over gedacht kan worden. De volgende vier paragrafen brengen de juridische context van het wetgevingsbevel verder in kaart. Paragraaf V.3.1 richt zich in zijn algemeenheid op de bevelende rechter en de belangrijkste relevante arresten van de Hoge Raad. Paragraaf V.3.2 verzamelt de ervaringen met het wetgevingsbevel in de lagere jurisprudentie (meer in het bijzonder die van mr. Wijnholt), aangevuld met opvattingen uit de literatuur. Paragraaf V.3.3 onderzoekt de *impact* van Waterpakt in latere en lagere jurisprudentie. Paragraaf V.3.4, ten slotte, gaat over de Europese dimensie. Schendt de Hoge Raad hier zijn Unierechtelijke plichten en wat kan het Hof van Justitie bijdragen aan de handhaving van een wetgevingsplicht?

#### V.3.1 De bevelende civiele rechter

Een bevelende rechter is in Nederland niet altijd vanzelfsprekend geweest. Het Burgerlijk Wetboek van 1838 had een sterke focus op verbintenissen uit overeenkomst en leunde op de oude gedachte uit het Romeinse privaatrecht dat vorderingen uitmonden in het betalen van schadevergoedingen: het *condemnatio pecuniaria*.<sup>446</sup> Een algemene civiele actie tot verbod en bevel bestond niet. Aan het eind van de 19e eeuw ontstond de gedachte dat rechtshandhaving niet alleen achteraf de geleden schade verrekent maar ook bestaat uit 'strijd tegen

<sup>446</sup> Van Nispen 1978, p. 35.

onrecht in potentie'. Van Nispen construeert een 'conceptie in het rechtsdenken' die aan de basis van het rechterlijk bevel staat.<sup>447</sup> De doorbraak van die conceptie in de jurisprudentie kwam aan het einde van de Tweede Wereldoorlog.<sup>448</sup> Toen overwoog de Hoge Raad dat artikel 1401 BW (oud), het oude kernartikel over de onrechtmatige daad, ook een grondslag kan zijn voor 'maatregelen van preventie voor het geval ernstig dreigt, dat onrecht staat te geschieden'. De preventieve rechtsbescherming tegen onrechtmatige daden staat tegenwoordig in artikel 3:296 BW. Dat artikel geldt inmiddels als een uitgangspunt van het huidige executierecht, namelijk dat een rechthebbende 'in een zo gering mogelijk aantal gevallen genoegzaam behoeft te nemen met een andere prestatie dan het hem oorspronkelijk toekomende'.<sup>449</sup> Daarmee is de rechtsconceptie ontwikkeld tot het tegenovergestelde van het oude BW. Bevelen dat eiser alsnog het hem oorspronkelijk toekomende verwerft is het ideaal, de schade vergoeden de verlegenheidsoplossing. Deze rechtsconceptie is een belangrijke bouwsteen voor het formele wetgevingsbevel: als de wetgever een wetgevingsplicht schendt dan gaat het bewerkstelligen dat die wet alsnog tot stand komt boven het vergoeden van de schade. Maar kan de rechtsconceptie vanuit de situatie waarin twee burgers tegen elkaar procederen zomaar worden doorgetrokken naar bevelen aan bestuursorganen of aan een wetgever? Paragraaf V.3.1.1 onderzoekt de overstap naar bestuursorganen, paragraaf V.3.1.2 de stap naar wetgeving. Paragraaf V.3.1.3 trekt een conclusie.

### V.3.1.1 Rechterlijk bevel aan bestuursorganen

De vraag of de rechter bestuursorganen kan bevelen speelt een centrale rol in het zogenaamde *Rijbewijs*-arrest.<sup>450</sup> De casus bestond uit de weigering van een Commissaris van de Koningin om een rijbewijs te verstrekken. Desgevraagd bevelen zowel de president in eerste aanleg als later in hoger beroep het gerechtshof de afgifte van een rijbewijs. In cassatie voerde de Commissaris aan dat de rechterlijke macht – zelfs al was sprake van een rechtsplicht – niet bevoegd was hem een bevel te geven. Uit de onrechtmatigheid volgde volgens de Commissaris niet de bevoegdheid om het bestuur te bevelen. De Hoge Raad verwierpt dit argument in het *Rijbewijs*-arrest volledig. De 'door de rechter te eerbiedigen vrijheid van bestuur' is volgens de Hoge Raad niet in het geding, omdat het gaat om handelen waarvoor de wet het bestuursorgaan geen ruimte laat. Het bestaan van een rechtsplicht is voor de Hoge Raad in dit geval wel voldoende voor de bevoegdheid om een bevel te geven. Het *Rijbewijs*-arrest trekt de rechtsconceptie achter het rechterlijk bevel door naar bestuursorganen.

Tegenover het *Rijbewijs*-arrest staat het *Lucky Luyk*-arrest. De casus betrof de nogal gevoelig liggende ontruiming van een kraakpand in de Jan Luykenstraat te Amsterdam. De eigenaar vorderde ontruiming. Nadat het hof een door de president gegeven bevel tot ontruiming van een kraakpand in stand liet en uitvoerbaar bij voorraad verklaarde, casseerde de Hoge Raad. Er was geen sprake van een 'geschreven of ongeschreven rechtsplicht tot het verrichten van de bevolen handeling'.<sup>451</sup> In relatief duidelijke bewoordingen geeft de Hoge

<sup>447</sup> Van Nispen 1978, p. 38.

<sup>448</sup> Van Nispen 1978, 49-51; HR 18 augustus 1944, NJ 1944-45/598. Vgl. Stein/Rueb 2007, p. 251.

<sup>449</sup> Stein/Rueb 2007, p. 335.

<sup>450</sup> HR 9 mei 1958, NJ 1960/475 (*Rijbewijs*).

<sup>451</sup> HR 21 januari 1983, NJ 1983/252, LJN AG4526 (*Lucky Luyk*), r.o. 3.6.

Raad aan dat de president en het hof de vrijheid van de burgemeester te veel beknot hebben met hun bevel. Een burgemeester, en zeker een burgemeester van Amsterdam, moet de vrijheid houden om zelf de politie-inzet over de stad te verdelen. Bovendien is het aan de burgemeester om in te schatten of de ontruiming van dit kraakpunt niet zoveel repercussies voor de openbare orde heeft dat daarom van ontruiming, in ieder geval in de door de president en het hof bevolen termijn, moet worden afgezien. Voor dit soort afwegingen is volgens de Hoge Raad te weinig ruimte gelaten aan het bestuur. Opvallend is dat de Hoge Raad nauwelijks uitlegt waar president en hof ten onrechte een plicht tot uitruiming hebben aangenomen. Het gaat de Hoge Raad om het resultaat en om de staatsrechtelijke duiding daarvan: 'Bij aanvaarding van 's Hof's opvatting zou de verantwoordelijkheid ter zake van een en ander van de burgemeester naar de rechterlijke macht worden verschoven in een mate die niet in ons staatsbestel past.'<sup>452</sup>

Het lijkt, alsof de Hoge Raad hier zijn koers niet wijzigt. Er is immers geen rechtsplicht en dus valt er niets te bevelen. De motivering in *Lucky Luyk* is evenwel van een ander soort dan in *Rijbewijs*. De redenering verloopt andersom, niet vanuit een analyse van de verplichtingen maar vanuit de consequenties van een rechterlijk bevel. *Als* de rechter de ontruiming zou gebieden dan zou hij in een zeer gevoelige en complexe situatie verantwoordelijkheid overnemen. En die verantwoordelijkheid wil de Hoge Raad in dit geval niet. Dat laat zich goed begrijpen als een vorm van institutionele politiek. Er zijn goede redenen voorstelbaar waarom de Hoge Raad in dit gevoelige Amsterdamse kraakconflict geen rol voor zichzelf wenst.

In *Lucky Luyk* wikkelt de Hoge Raad het niet geven van een bevel af naar het niet bestaan van een verplichting. De vraag is of dat anders zou zijn geweest als in cassatie had moeten worden uitgegaan van de verplichting *dat* er moest worden ontruimd. Gezien de opbouw van de motivering acht ik het niet uitgesloten dat dan was gebeurd wat in *Waterpakt* gebeurde: dat dan nog steeds het geven van een bevel te politiek zou zijn en te veel verantwoordelijkheid bij de rechter zou leggen.

### V.3.1.2 Rechterlijk bevel aan de (formele) wetgever

In 1969 maakte de Hoge Raad in algemene bewoordingen duidelijk dat wetgeving niet buiten het bereik van het gewone recht over onrechtmatige daad valt. De Hoge Raad overwoog dat 'geen rechtsregel de toepasselijkheid van artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek op de uitvaardiging van een dergelijke beschikking'<sup>453</sup> uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt, en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid niet meebrengt dat artikel 1401 bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn.<sup>454</sup> De fundamentele toepasselijkheid van artikel 1401 BW (oud) op de wetgevende functie opent de weg naar het formele wetgevingsbevel: bevelen werden immers uit artikel 1401 BW (oud) afgeleid. Annotator Drion constateert

<sup>452</sup> Zie r.o. 3.4 van het arrest.

<sup>453</sup> In casu was een ministeriële regeling uitgevaardigd waarmee de verkoop van *pocketbooks* in drogisterijen en supermarkten vergunningsplichtig en daarmee feitelijk onmogelijk gemaakt werd.

<sup>454</sup> HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316, *LJN* AC4903 (*Pocketbooks II*).

onder *Pocketbooks II*: ‘Als het een onrechtmatige daad van de Staat is om in strijd met de Grondwet bepaalde gedragingen bij een wettelijke regeling te verbieden en daardoor met sancties te dreigen tegen overtreding ervan, zal degene, jegens wie dit onrechtmatig is, ook van te voren — in geval van reële dreiging — een verbod kunnen vragen.’<sup>455</sup>

Een volgende bouwsteen voor de waarschijnlijkheid van het formele wetgevingsbevel is het *Trias*-arrest.<sup>456</sup> Daarin wordt het constitutioneel toetsingsverbod uitgelegd op een wijze die zich niet meer tegen het formele wetgevingsbevel verzet. Althans, het relevante toetsingsverbod uit artikel VI.4 van de Staatsregeling van Aruba stond een oordeel van de rechter over een geschonden wetgevingsplicht volgens de Hoge Raad niet in de weg. In de casus van dat arrest heeft Aruba het vertrouwen gewekt dat het, bij landsverordening, een overheidsgarantie zou verstrekken voor het realiseren van een hotel met watersportfaciliteiten door Trias NV. Als er vervolgens helemaal geen garantstelling komt, lijdt Trias schade die zij vanwege een schending van het gewekte vertrouwen vergoed willen zien. Het Gemeenschappelijk Hof kent die schade toe en Aruba gaat in cassatie. Daar stelt het land zich op het standpunt dat het toetsingsverbod de rechter niet alleen verhindert achteraf iets van een landsverordening te vinden, maar ook belet om vooraf het niet of niet tijdig tot stand brengen ervan te beoordelen. Die redenering wordt door de Hoge Raad verworpen. Het toetsingsverbod verbiedt de rechter slechts de verbindende kracht aan producten van de wetgever te ontnemen en belet het hof niet het *uitblijven* van een landsverordening onrechtmatig te oordelen.<sup>457</sup> Polak constateert dat de Hoge Raad hier de mogelijkheid van het formele wetgevingsbevel open houdt.<sup>458</sup>

Tien jaar later staan tegenover *Pocketbooks II* en *Trias* arresten die een andere kant op wijzen. In de eerste plaats ‘stuit’ de Hoge Raad in *Kooren Maritiem* de verdere relativisering van het constitutioneel toetsingsverbod. In *Kooren Maritiem* wordt ook de toetsing van het uitvaardigen, handhaven en uitvoeren van een wet in formele zin in strijd met het toetsingsverbod geacht.<sup>459</sup> In *Tegelen* wordt het toetsingsverbod zelfs weer wat opgerekt,<sup>460</sup> zodat het zich tegen een bevelend interveniëren in de wetgevingsprocedure gaat verzetten. Dat gebeurt als volgt. De gemeente Tegelen meende dat zij zonder het vereiste ‘open overleg’<sup>461</sup>

<sup>455</sup> H. Drion, annotatie bij HR 24 januari 1969, NJ 1969/316, LJN AC4903 (*Pocketbooks II*). Eenzelfde verband tussen *Pocketbooks II* en het wetgevingsbevel werd door W.C.L. van der Grinten geconstateerd in zijn annotatie onder dit arrest in *Ars Aequi*, zie AA 1969, p. 266.

<sup>456</sup> HR 19 februari 1993, NJ 1995/704, LJN ZC0875 (*Trias*).

<sup>457</sup> Zie r.o. 3.3 van het arrest. Vergelijk advocaat-generaal Koopmans: ‘Het toetsingsverbod voorziet vooral in het beschermen van verbindende kracht van producten van de formele wetgever; en beoogt niet los daarvan immuniteit van overheidsgedrag te verzekeren’ (overweging 5).

<sup>458</sup> J.E.M. Polak, ‘Kroniek van het bestuursrecht’, NJB 1993, p. 1467-1472, p. 1468.

<sup>459</sup> HR 14 april 2000, NJ 2000/713, LJN AA5527 (*Kooren Maritiem*), r.o. 3.4.1.

<sup>460</sup> Deze ‘oprekking’ van het toetsingsverbod is in de literatuur overigens sterk bekritiseerd. Zie: C.A.J.M. Kortmann, ‘Nogmaals: is een wetsvoorstel onschendbaar?’, AA 2000, p. 107-110.

<sup>461</sup> Artikel 281 lid 1 van de Gemeentewet en artikel 2 Wet algemene regels herindeling (Wet arhi) vereisen dat.

door de provincie Limburg in een herindelingstraject met Venlo terecht was gekomen. Gemeentelijke herindeling geschiedt bij formele wet. In kort geding deelde de president dit oordeel en gelastte hij de provincie de besluitvorming zo lang op te schorten als nodig was om alsnog 'open' over de herindeling te overleggen.<sup>462</sup> Op de staatsrechtelijke complicaties van het treffen van een dergelijke voorziening gaat de president nauwelijks in. Hij merkt alleen op: 'dat zich zwaarwegende maatschappelijke belangen verzetten tegen het treffen van een dergelijke voorziening, daarvan heeft de Provincie de president vooralsnog niet kunnen overtuigen.'

In hoger beroep stelt het hof de staatsrechtelijke complicaties wel centraal. 'Het betreft derhalve een procedure voor het handelen van en tussen overheden met betrekking tot de voorbereiding van wetgeving ten aanzien van een bestuurlijke aangelegenheid.' Daarop stuit niet alle rechterlijke bemoeienis af, maar het maakt in de ogen van het hof wel dat slechts sprake is van een 'marginale bevoegdheid' tot ingrijpen. In zijn vonnis heeft de president volgens het hof onvoldoende blijk gegeven van dit uitgangspunt. Overigens meent het hof inhoudelijk dat niet gezegd kan worden dat er sprake is van onrechtmatig handelen van de zijde van de provincie Limburg. De gemeente Tegelen tekent cassatieberoep aan tegen dit arrest. Een van de cassatiemiddelen bestrijdt de door het hof geformuleerde maatstaf van een 'marginale bevoegdheid tot ingrijpen'. De advocaat-generaal Mok is het met het hof eens dat ingrijpen van de rechter in dit soort procedures zeldzaam maar niet uitgesloten moet zijn: 'Onder (betrekkelijk uitzonderlijke) omstandigheden kan voor zulk een voorziening wel iets te zeggen zijn (...). Rechterlijk ingrijpen zal beter begrepen worden, naarmate duidelijker is dat bij de voorbereiding of opstelling een ernstige fout (...) is gemaakt.'

De Hoge Raad stelt zich echter op een principieel standpunt waarbij elke ingreep in het wetgevingsproces, ook in ernstige gevallen, uitgesloten wordt.<sup>463</sup> De redenering van de Hoge Raad is gebouwd op het toetsingsverbod. Omdat het toetsingsverbod zich *achteraf* ook tegen toetsing van de gevolgde procedure verzet<sup>464</sup>, mag de rechter zich daar ook *vooraf* geen oordeel over veroorloven. Zou de rechter zich al tijdens de procedure uitspreken dan zou 'de vraag of procedurevoorschriften zijn geschonden en, zo ja, welke gevolgen daaraan moeten worden verbonden, in feite wordt onttrokken aan de beoordeling door de formele wetgever, aan wie dit oordeel bij uitsluiting toekomt.' Deze redenering vertoont overeenkomsten met de motivering van *Lucky Luyk*. Niet de eventuele schending van de regels staat centraal, maar de consequenties wanneer de rechter zich ermee zou bemoeien. Bij *Lucky Luyk* zou de rechter de verantwoordelijkheid voor een gevoelige afweging in een kwestie van openbare orde overnemen, in *Tegelen* meent de Hoge Raad dat hij het oordeel over de vraag of de gevolgde procedure juist was in feite aan de formele wetgever zou onttrekken.

<sup>462</sup> Pres. Rb. Maastricht 17 september 1997, KG 1997/317, LJN AH7308.

<sup>463</sup> HR 19 november 1999, NJ 2000/160, LJN AA1056 (*Tegelen*).

<sup>464</sup> HR 27 januari 1961, NJ 1963/248, LJN AG2059 (*Van den Bergh/Staat*).

### V.3.1.3 Conclusie

Formele wetgevingsbevelen hebben enige tijd in de rede gelegen. Nadat bevelen van de civiele rechter mogelijk werden, zijn verschillende van de argumenten die *voor* het wetgevingsbevel pleiten<sup>465</sup> in arresten van de Hoge Raad terug te vinden. Met name voor de redenering waarmee een formeel wetgevingsbevel de effectiviteit van de rechtsbescherming tegen geschonden wetgevingsplichten dient, zijn aanknopingspunten te vinden in het *Rijbewijs*-arrest. *Pocketbooks II* wijst op allesbehalve een uitzonderingspositie voor de wetgevende functie. Bovendien maakt de uitleg van het constitutioneel toetsingsverbod in *Trias* ruimte voor het oordeel dat ook de formele wetgever een wetgevingsplicht schendt.

Daartegenover staan *Lucky Luyk* en *Tegelen* als voorbeelden van arresten die niet redeneren vanuit wat nodig of nuttig is voor de effectiviteit van de rechtsbescherming, maar vanuit de vraag wat het betekent voor de constitutionele en feitelijke positie van de rechter als die zich ermee zou bemoeien, zowel wat het geven van een bevel als het überhaupt uitspreken van een (on)rechtmatigheidsoordeel betreft. Dat blijkt uiteindelijk het perspectief waarin de Hoge Raad het formele wetgevingsbevel afwijst.

### V.3.2 Lagere jurisprudentie en literatuur

Dat de koers van de Hoge Raad niet eenduidig in de richting van het afwijzen van een formeel wetgevingsbevel wees, verklaart waarom de lagere jurisprudentie tussen *Pocketbooks II* en *Waterpakt* een gevarieerd beeld laat zien. Paragraaf V.3.2.1 laat zien hoe de lagere rechter de broedende kip in de regel niet stoort met een bevel. Tenzij er niet of onvoldoende gebroed wordt. De voorbeelden daarvan komen grotendeels op de naam van Wijnholt, als president van de rechtbank Den Haag. Paragraaf V.3.2.2 en V.3.2.3 beschrijven twee casus die het hoogtepunt vormen van een regelgeving bevelende rechter. Ze zijn, ter ere van Wijnholt, op zijn persoonlijke naam gezet. Voor een compleet beeld van de stand van het recht in de lagere jurisprudentie vermeldt paragraaf V.3.2.4 nog andere uitspraken. Paragraaf V.3.2.5 gaat over de in de literatuur verdedigde standpunten over het wetgevingsbevel, paragraaf V.3.2.6 trekt een conclusie.

#### V.3.2.1 De broedende kip

Het toestemming verlenen voor het toevoegen van fluorverbindingen aan drinkwater (met het oog op het voorkomen van tandbederf) geschiedde in 1973 op basis van een ondeugdelijke grondslag, aldus de Hoge Raad.<sup>466</sup> Het arrest had tot gevolg dat de beslissing om fluoridering van drinkwater toe te staan niet meer door de regering (bij AMvB) of door de minister (bij beschikking) kon worden genomen, maar onder ogen moest worden gezien door de formele wetgever, en dus ook door de volksvertegenwoordiging. Daarmee is deze uitspraak een goed voorbeeld van het soort interactie tussen rechter en wetgever dat in hoofdstuk III is beschreven als de *second-look-doctrine*: het terugleggen van de afweging in het politieke domein, zonder als rechter zelf al een positie in te nemen over de inhoudelijke toelaatbaarheid. Tevens lijkt de Hoge Raad

<sup>465</sup> Zie hoofdstuk III.

<sup>466</sup> HR 22 juni 1973, NJ 1973/386, LJN AD2208 (Fluoridering).

hier het legaliteitsbeginsel te ontwikkelen in de eerder beschreven materiele, democratische richting.<sup>467</sup> De vraag naar de fluoridering van drinkwater wordt immers specifiek teruggelegd in de handen van de volksvertegenwoordiging.

Omdat bij het kabinet en drinkwaterleidingbedrijven de wens tot fluoridering niet dooft, wordt in december 1973 bij de Tweede Kamer een wetsontwerp ingediend om de Waterleidingwet te wijzigen en te voorzien van een grondslag voor het fluorideren van drinkwater.<sup>468</sup> Nog voor de Tweede Kamer zich daarover kan uitspreken, eist een aantal particulieren in kort geding een bevel tot intrekking van het wetsontwerp. Als grondslag herhalen eisers het inhoudelijke argument uit het *Fluoridering*-arrest, namelijk dat de fluoridering in strijd is met artikel 8 EVRM. De president wijst de vordering resoluut en in algemene termen af. Een bevel tot intrekking van een wetsontwerp moet worden afgewezen wegens 'onverenigbaarheid met het staatsrechtelijk bestel'.<sup>469</sup> De motivering bestaat uit de inmiddels herkenbare argumenten: de attributie van de wetgevende macht aan regering en Staten-Generaal, het negatieve karakter van de uitspraakbevoegdheden bij de doorwerking van het internationale recht en de belangen van niet bij deze procedure betrokken derden, die misschien juist wel prijs stellen op gefluorideerd drinkwater. Ten slotte lijkt de president te constateren dat het soort geschil misschien wel ongeschikt is voor de civiele rechter. De eis is 'ver buiten de grenzen van hetgeen *deze* eisers op grond van *hun* eventuele rechten zouden vermogen te eisen' (cursivering in origineel). Daarmee is het vonnis een schoolvoorbeeld van alles wat er tegen een formeel wetgevingsbevel valt in te brengen.<sup>470</sup> Alleen een referentie aan de politieke dimensie van de gevraagde interventie ontbreekt. Een dergelijke referentie werd door de Rechtbankpresident in Haarlem gemaakt in een vergelijkbare zaak.

Inzet van dat geding was de zeer snelle behandeling van het zogenaamde 'Schipholwetje', gevolg van de problemen die de Hoge Raad zag in opvang van asielzoekers op Schiphol-Oost.<sup>471</sup> Aldaar was sprake van vrijheidsbeneming zonder wettelijke grondslag. Vier dagen later ligt er een voorstel in de Tweede Kamer, een week later bereikt het de Eerste Kamer. De Stichting Eurasyt eist dan van de President van de Rechtbank Haarlem dat hij de wetgevingsprocedure stillegt of tenminste vertraagt om meer ruimte te creëren voor overleg met maatschappelijke partners over deze wet. Daarvoor doet de Stichting onder andere een beroep op de troonrede van dat jaar, waarin 'zorgvuldige wetgeving' was beloofd. De president weigert.<sup>472</sup> Hoewel de gang van het wetsvoorstel, in de woorden van de president, 'qua tempo opvallend afwijkt van hetgeen in het algemeen gebruikelijk is als het gaat om de tijd gemoeid met de behandeling van wetsontwerpen' wordt hem toetsing gevraagd aan spelregels die betrekking hebben op de werkwijze van het parlement. 'Dit betekent meer in het bijzonder voor de Eerste Kamer, dat het aan die Kamer staat die mate van zorgvuldigheid bij haar wetgevende arbeid te hanteren die evenredig is aan het soortgelijk

<sup>467</sup> Zie paragraaf III.2.1 en aldaar voor verdere verwijzingen.

<sup>468</sup> *Kamerstukken II* 1972/73, 12 378, nr. 1-3.

<sup>469</sup> Pres. Rb. Den Haag 6 maart 1974, *AB* 1974/139.

<sup>470</sup> Het wetsvoorstel haalde het uiteindelijk niet. De effectief reeds door de Hoge Raad uitgeschakelde AMvB werd – in het kader van een opruimplicht – daarna ingetrokken.

<sup>471</sup> HR 9 december 1988, *NJ* 1990/265, *LJN* AC1164.

<sup>472</sup> Pres. Rb Haarlem 19 december 1988, *KG* 1989/68, *LJN* AH2538.

gewicht van de materie die de inhoud vormt van het wetsontwerp en aan de daarbij in het spel zijnde en tegen elkaar af te wegen belangen.<sup>473</sup>

De motivering van de Haarlemse president om niet te interveniëren in een lopende wetgevingsprocedure heeft het karakter van de klassieke *political question doctrine*: handhaving van de parlementaire spelregels is een domein waar de rechter niet in kan treden, zodat een voor een bevel noodzakelijk (voorlopig) oordeel over de onrechtmatigheid niet tot stand kan komen. De Haarlemse president voegde er wel aan toe dat in ‘extreme omstandigheden, die zich hier niet voordoen’ een ander oordeel denkbaar was. Zo’n laatste toevoeging is dogmatisch moeilijk in te passen, omdat niet onmiddellijk valt in te zien waarom in extreme omstandigheden geen sprake zou zijn parlementaire spelregels die zich bevinden in een domein waar de rechter niet in kan treden. Die kritiek is ook in de literatuur geuit.<sup>474</sup> In de kern is het dezelfde kritiek als die gericht is tegen het *beleid* van de rechter ten aanzien van de grenzen van de rechtsvormende taak.<sup>475</sup>

In hoofdstuk IV bleek reeds dat de Hoge Raad de wetgever, als een broedende kip, ruimte wil laten door vanwege een lopende procedure of een aangekondigd wetsvoorstel voorlopig af te zien van rechterlijke rechtsvorming. Uit deze en andere<sup>476</sup> jurisprudentie blijkt dat de lagere rechter ook weigert te bevelen dat het broeden moet stoppen of moet worden uitgesteld. Dit gebeurt met alle argumenten die later door de Hoge Raad tegen het formele wetgevingsbevel in stelling worden gebracht. Niet elk op regels broedend orgaan werd overigens met rust gelaten. De meest indringende interventie was het bevel om bij de totstandkoming van een AMvB over lerarensalarissen eerst met een commissie te overleggen.<sup>477</sup>

### V.3.2.2 *Wijnholt en de huisartsentarieven*

Een broedende kip niet verbieden verder te broeden is iets anders dan bevelen het broeden te bespoedigen of te beginnen. Een van de meest vergaande regelgeving bevelende uitspraken deed zich voor in de confrontatie tussen de Landelijke Huisartsvereniging (LHV) en de Staat. Inzet waren de huisartsentarieven, die niet door de Staat zelf werden vastgesteld maar door het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg (COTG). De minister beschikte wel over aanwijzingsbevoegdheden. De tarieven die het COTG vaststelt worden door Wijnholt aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften en de bevoegdheid van de minister om aanwijzingen te geven acht hij voldoende om de Staat verantwoordelijk te houden voor het resultaat. Het geschil betrof de berekeningen. Het COTG maakte bij het berekenen van de huisartsentarieven voor particuliere patiënten gebruik van een zogenaamd ‘verrichtingental’. Hoe hoger dat getal, hoe minder de huisartsen verdienden. In 1987 hanteerde het COTG een getal van 3,5 – wat sinds 1971 hetzelfde was. De LHV wilde met

<sup>473</sup> Zie r.o. 3.9 van het rechtbankvonnis.

<sup>474</sup> Van Houten 1997, p. 72.

<sup>475</sup> Zie paragraaf IV.3.2.2.

<sup>476</sup> Pres. Rb. Den Haag 19 september 1990, NJ 1991/553, LJN AD1221; Pres. Rb. Den Haag 11 mei 1989, KG 1989/232, LJN AH2706.

<sup>477</sup> Pres. Rb. Den Haag 3 oktober 1977, NJ 1978/170, LJN AB7033.

de minister om de tafel om over de redelijkheid van dit getal te overleggen. Wijnholt acht dat inderdaad zorgvuldig en beveelt de Staat om binnen twee weken met de LHV in overleg te treden en binnen vier weken na aanvang van dat overleg 'een beslissing over dit onderwerp te nemen.'<sup>478</sup>

Na dit overleg geeft het kabinet inderdaad toe dat het verrichtingengetal voor 1985 lager moet liggen, namelijk op 2,9. Tegelijkertijd wordt er besloten om geen aanwijzing te geven, onder andere omdat er geen geld was om de uit de verlaging van het verrichtingencijfer volgende verhoging van de salarissen van de huisartsen te dekken. De LHV spant wederom een kort geding aan tegen de Staat. Wijnholt constateert dat de verlaging van het cijfer voor 1985 feitelijk ook moet gelden voor 1986 en 1987 en dat de huisartsen dus al tenminste twee jaar minder verdienen dan wat ze 'op grond van het geldende beleid redelijkerwijs mochten verwachten.'<sup>479</sup> Dat is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wijnholt beveelt de Staat om binnen vier weken een aanwijzing aan het COTG te geven om zijn regels aan te passen aan een lager verrichtingengetal. De termijn van vier weken wordt onder andere gemotiveerd om de regering in staat te stellen eerst met het parlement te overleggen – daartoe bestond overigens ook een wettelijke plicht.

Tegen het formele wetgevingsbevel dat hij hier feitelijk geeft, ziet Wijnholt weinig bezwaren. Het gaat immers om een bevel om een einde te maken aan 'onmiskerbare onrechtmatige toestand.' Een bevel tot wetgeving van zodanige aard kan moeilijk in strijd worden geacht met de grondslagen van ons rechtsbestel. Opvallend is ten slotte de dwangsom die Wijnholt aan zijn bevel verbindt: 100.000 gulden per dag, te verbeuren aan ieder der eisers. De uitspraak ademt op alle punten dat de maat vol is voor Wijnholt en dat hij hier in een uiterste geval naar het *ultimum remedium* grijpt. Precies zoals de voorstanders van het wetgevingsbevel zich dat voorstellen: in uitzonderlijke situaties tegenover een evident onrechtmatige nalatigheid en dan met een forse dwangsom de calculatie verstoren.

In hoger beroep volgt het hof Wijnholt op alle punten.<sup>480</sup> Het handelen van de Staat (erkennen dat een verrichtingengetal te laag is er dan niets mee doen) is volgens het hof 'onmiskensbaar onrechtmatig.' Het wetgevingsbevel acht het hof toelaatbaar omdat het hier niet om formele wetgeving gaat. Daar ligt voor het hof de grens. Bij formele wetgeving is het parlement betrokken en de autonomie daarvan kan niet 'door een rechterlijk bevel worden beknot.' Ook tegen het opleggen van de dwangsom heeft het hof geen bezwaar. Er bestaat immers geen rechtsregel die dat verbiedt en de Staat gaf zelf aan rechterlijke uitspraken 'in beginsel' op te volgen. Het argument om geen dwangsom aan de Staat op te leggen kan dus ook omgekeerd gebruikt worden: de Staat heeft kennelijk niets te vrezen van een opgelegde dwangsom.

<sup>478</sup> Pres. Rb. Den Haag 20 januari 1987, KG 1987/83, LJN AH1554 (*Huisartsentarieven I*).

<sup>479</sup> Pres. Rb. Den Haag 21 mei 1987, KG 1987/243, LJN AH1713 (*Huisartsentarieven II*).

<sup>480</sup> Hof Den Haag 10 september 1987, NJ 1988/694, LJN AC1600.

Het hof laat Wijnholts bevel de huisartsentarieven te repareren passeren omdat het parlement weliswaar verplicht geconsulteerd moest worden, maar niet degene is die de regelgeving moet vaststellen. Niet lang na de huisartsentarieven steekt Wijnholt de *Rubicon* over en richt zich formeel bevelend tot de formele wetgever.

### V.3.2.3 *Wijnholt en het kostwinnersbeginsel*

Inzet was, net als bij *Waterpakt*, een Europese richtlijn. In dit geval ging het om de Derde richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen (de 'Derde Richtlijn'), die eind 1984, na een termijn van zes jaar, geïmplementeerd moest zijn. Zoals zo vaak lag het niet aan de goede bedoelingen maar schortte het wel aan de resultaten. Het voornemen bestond om de implementatie van deze richtlijn te laten samenvallen met een meeromvattende herziening van het sociale zekerheidsrecht per 1 januari 1985. Daarbij zou onder andere een einde worden gemaakt aan het zogenaamde kostwinnersbeginsel uit de Wet Werkloosheidsvoorziening (WWV): dat gehuwde vrouwen alleen recht hebben op een uitkering waar zij ofwel als kostwinner zijn aan te merken ofwel duurzaam gescheiden van hun echtgenoot leven. Nadat duidelijk is geworden dat de integrale herziening van de WWV niet op tijd gereed zou zijn om aan de implementatietermijn van de Derde Richtlijn te voldoen, bericht de staatssecretaris aan de Tweede Kamer de kwestie per 1 maart 1985, maar met terugwerkende kracht tot 23 december 1984, te regelen.

Zoals bij *Waterpakt*, vindt een belangenorganisatie dat dit te traag gaat, en wendt zich tot de rechter. De FNV vordert, namens enkele vrouwen, in kort geding een buitenwerkingstelling<sup>481</sup> van het kostwinnersbeginsel per 22 december 1984. Wijnholt weigert dat, omdat buitenwerkingstelling overgangsrecht noodzakelijk maakt dat hij niet wil vaststellen als rechter. 'Het is aan de wetgever om te bepalen welk overgangsrecht hier zal gelden.'<sup>482</sup> De inzet van de FNV was dus niet primair de wijziging van de wet, maar het realiseren van een gelijke toegang tot de werkloosheidsuitkering. Wijnholt is het inhoudelijk met de eis eens, maar stuit bij het realiseren ervan op de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter. Van daaruit steekt hij over naar het wetgevingsbevel.

Daarbij is relatief veel aandacht voor de verplichtingen die in dit geval op de wetgever rusten. Ter voorkoming van de vraag naar de directe werking van de Derde Richtlijn, neemt Wijnholt allereerst aan dat de norm uit de richtlijn dezelfde is als het nationale beginsel van gelijke behandeling en als artikel 26 IVBPR. Het kostwinnersbeginsel uit de WWV is daarmee in strijd, en dat leidt tot onzekerheid. Op basis van de rechtszekerheid construeert Wijnholt een wetgevingsplicht: 'de bestaande onzekerheid eist dat de Staat onverwijld overgaat tot aanpassing van de WWV aan het beginsel van gelijke behandeling.' In de tweede plaats construeert Wijnholt een conformeringsplicht. Uit het nationale beginsel dat mannen en vrouwen gelijk moeten worden behandeld

<sup>481</sup> Deze figuur ontstond overigens nadat bij de president van de Haagse rechtbank een bevel tot intrekking van de Prijzenbeschikking (een ministeriële regeling) was gevorderd. De president kon zich daar wat bij voorstellen maar achtte het 'voorschands te ver gaan', waarna buiten werking stelling volgde. Pres. Rb. Den Haag 7 november 1980, NJ 1980/606, LJN AC0017. De Hoge Raad heeft dat later geaccordeerd: HR 1 juli 1983, AB 1984/103, LJN AD5666 (*Prijzenbeschikking Medisch specialisten*).

<sup>482</sup> Pres. Rb. Den Haag 17 januari 1985, AB 1985/154, LJN AC8661.

volgt een conformeringsplicht: ‘Deze norm houdt voor de Staat de verplichting in om de wettelijke bepalingen die strijdig zijn met het beginsel in te trekken.’

Ten aanzien van de toelaatbaarheid van het wetgevingsbevel overweegt Wijnholt dat de rechter ‘in het algemeen zich er van dient te onthouden op enigerlei wijze in het proces van wetgeving in te grijpen.’ Maar in zeer bijzondere omstandigheden acht hij het ‘rechtens geoorloofd en praktisch wenselijk’ om het af en toe toch te doen. De bijzonderheid van dit geval acht hij aanwezig omdat het gaat om een ‘grondbeginsel van ons recht’ en omdat de Staat een ‘zeer ruime termijn’ heeft laten verstrijken zonder daarvoor een bevredigende verklaring te geven. Ook hier dus weer de retoriek van het *ultimum remedium*. Aanvullend wijst Wijnholt nog op de verplichtingen van de rechter onder Europees recht, nu het immers om de implementatie van een Europese richtlijn gaat. Hij acht het ‘hoogstwaarschijnlijk’ dat het Hof van Justitie schending van de verplichting zal constateren en een termijn zal stellen. ‘Een bevel van dezelfde strekking is te beschouwen als een spoedvariant van de maatregel van het Hof.’ Wijnholt doet precies het tegenovergestelde van wat de Hoge Raad later in *Waterpakt* zal doen. De Hoge Raad zal zich later afzijdig houden onder verwijzing naar wat het Hof van Justitie volgens hem ook niet kan, terwijl Wijnholt in de samenloop met en de aard van de Europese handhaving juist ruggensteun voor een eigen interventie ziet.

De Staat wordt (uitvoerbaar bij voorraad) bevolen ‘de door de Staat beoogde wijziging te realiseren voor 1 maart 1985.’ Feitelijk bekrachtigt en versterkt Wijnholt de reeds door de staatssecretaris genoemde streefdatum. Als het hof in hoger beroep uitspraak doet, op 13 maart 1985<sup>483</sup>, is de termijn echter reeds verstreken en ligt er alleen nog maar een ingediend wetsvoorstel.<sup>484</sup> Zou het hof het oordeel van Wijnholt volgen, dan zou meteen een van de meest complexe vraagstukken van het formele wetgevingsbevel op tafel kunnen komen: wat te doen met de formele wetgever die een door de rechter bevolen termijn niet haalt? Zo ver komt het bij het hof niet, omdat het vonnis van Wijnholt vernietigd wordt. Het hof corrigeert op twee punten: de schending van de wetgevingsplichten was gebaseerd op toetsing aan beginselen en dat verdraagt zich niet met artikel 120 Grondwet. En in de tweede plaats was het geven van een formeel wetgevingsbevel aan de formele wetgever ontoelaatbaar. Het hof gebruikt daarbij een aan het concept van de negatieve wetgever ontleend verschil tussen het blokkeren van onrechtmatige producten en het bevelend beëindigen van onrechtmatig nalaten. Aanvullend stelt het hof dat de Grondwet de voor het wetgevingsbevel benodigde bevoegdheid niet toekent.

Het hof wikkelt de kwestie uiteindelijk af zoals het later in *Waterpakt* ook zal doen: via het Hof van Justitie en via de beloofde beterschap van de wetgever. Er worden prejudiciële vragen gesteld, waarna het Hof van Justitie na anderhalf jaar laat weten dat de Derde Richtlijn inderdaad rechtstreekse werking had op

<sup>483</sup> Hof Den Haag 13 maart 1985, NJ 1985/263, LJN AH0629 (WWV II).

<sup>484</sup> Op 6 februari 1985, Kamerstukken II 1984/85, 18 1849, nr. 1-3.

de gevraagde punten en kon worden ingeroepen om toepassing van iedere met die richtlijn strijdige situatie te beletten. Bij gebreke aan uitvoeringsregelingen hebben vrouwen per die datum recht op dezelfde behandeling als mannen.<sup>485</sup> Inmiddels heeft de wetgever het gewraakte onderdeel van de WWV dan al aangepast. De aanpassing haalde op 24 april 1985 het Staatsblad<sup>486</sup> en werkte terug tot 23 december 1984.

#### V.3.2.4 Overige bevelen

De door het hof gegeven motivering voor de afwijzing van het wetgevingsbevel is zo breed, dat die meer raakt. Als het onderscheid tussen de negatieve en de positieve wetgever strikt moet worden doorgevoerd, dan zou ook het bevel aan (uiteindelijk) het COTG hebben moeten worden afgewezen, in ruil voor het afwikkelen van schadeclaims van individuele huisartsen. Evenzeer sluit het argument dat de Grondwet niet voorziet in de vereiste bevoegdheid meer uit dan alleen het wetgevingsbevel. Van den Burg wijst in zijn annotatie bijvoorbeeld op het ontbreken van een grondslag onder de bevoegdheid een regeling buiten werking te stellen.<sup>487</sup>

Blijkens de latere jurisprudentie is het beslissende punt de betrokkenheid van de Staten-Generaal. Het Hof Den Haag beval de Staat nog wel om een circulaire van de hoofdinspecteur van de Gezondheidszorg aan te passen.<sup>488</sup> En als de opvolger van Wijnholt later weigert de totstandkoming van een AMvB te bevelen omdat hij daarmee de Raad van State zou kunnen schofferen,<sup>489</sup> corrigeert het hof dat.<sup>490</sup> De Raad van State zal immers 'geen onrechtmatige wetgeving mogen bevorderen en zal derhalve, als de rechter in kort geding een bepaald stuk wetgeving onmiskenbaar onrechtmatig acht, in zijn adviezen daarmee rekening behoren te houden.' Ook bevelen tot het aanpassen of nieuw vaststellen van een ministeriële regeling worden in de lagere rechtspraak voor mogelijk gehouden<sup>491</sup> en ook gegeven. Soms expliciet met de motivering dat het niet om formele wetgeving gaat maar om lagere regelgeving: 'dienaangaande is een bevel mogelijk.'<sup>492</sup>

Het respect dat het parlement krijgt is niet altijd weggelegd voor lagere vertegenwoordigende lichamen. De Rechtbank Dordrecht constateerde dat een Woonverordening in strijd was met de Woonruimtetwet 1947 en dat de gemeente met de vaststelling ervan een onrechtmatige daad heeft gepleegd, maar oordeelde dat het 'binnen de beleidsvrijheid van de gemeente valt te beoordelen of en in hoeverre zij de Verordening zal intrekken.' Daarmee ontkende de rechtbank dus het bestaan van de algemene conformeringsplicht. Maar in ruil daarvoor werd

<sup>485</sup> HvJ EG 4 december 1986, nr. 71/85, *Jur.* 1986, p. 03855, *NJ* 1987/846.

<sup>486</sup> *Stb.* 1985/230.

<sup>487</sup> F.H. van der Burg, annotatie bij Hof Den Haag 13 maart 1985, *AB* 1985/253, *LJN* AH0629 (*WWV II*).

<sup>488</sup> Hof Den Haag 6 maart 1986, *KG* 1986/232, *LJN* H1152.

<sup>489</sup> Pres. Rb. Den Haag 18 oktober 1990, *AB* 1991/86, *LJN* AH3298 (*NOvA I*).

<sup>490</sup> Hof Den Haag 7 maart 1991, *NJ* 1992/40, *LJN* AB9700 (*NOvA II*).

<sup>491</sup> Pres. Rb. Den Haag 2 november 2000, *KG* 2000/234, *LJN* AA8043.

<sup>492</sup> Pres. Rb. Den Haag 1 augustus 1997, *KG* 1997/273, *LJN* AH7267.

de betrokken gemeente bevolen om de onverbindend geoordeelde bepalingen niet meer toe te passen en moest de gemeente dit op dezelfde wijze bekend maken als de bewuste verordening destijds bekend was gemaakt.<sup>493</sup> Daarmee zijn, ondanks dat de gemeente volgens de Rechtbank Dordrecht niet verplicht is tot aanpassing van de verordening zelf, de belangen die daarmee gediend zouden zijn (rechtszekerheid ten aanzien van de verdere toepassing ervan en ten aanzien van de bekendheid van het geldende recht) wel gewaarborgd. Dat maakt van deze uitspraak van de Rechtbank Dordrecht een geval waarin de rechter tot op grote hoogte wel in staat was om effectieve rechtsbescherming te bieden zonder een formeel wetgevingsbevel te hoeven geven.

De President van de Rechtbank Haarlem achtte het echter op zichzelf niet ongeoorloofd om de democratisch verkozen raad van de gemeente Haarlem eventueel te bevelen een verordening tot stand te brengen. Hij overweegt dat voor een wetgevingsbevel aan de gemeente ruimte moet zijn ‘wanneer vaststelling van de betreffende wetgeving voor een bepaalde datum onmiskenbaar door een hogere regeling wordt voorgeschreven en de inhoud van de vast te stellen wetgeving door deze regeling in voldoende mate geconcretiseerd is.’<sup>494</sup> Dat is eigenlijk de klassieke gedachte van effectieve rechtsbescherming die in het voordeel van het wetgevingsbevel wordt uitgelegd. Inmiddels herkenbaar als de rechtsconceptie dat de rechter niet moet afwachten om daarna te kunnen vaststellen hoe groot de schade is, maar als het nog kan moet proberen bij te dragen aan het daadwerkelijk verwezenlijken van waar eiser recht op heeft. Wie ergens toe verplicht is, kan daartoe door de rechter veroordeeld worden, zoals artikel 3:296 BW zegt en de Hoge Raad in het *Rijbewijs*-arrest redeneerde.

### V.3.2.5 Doctrine

De rechtsgeleerde literatuur voorafgaand aan *Waterpakt* was verdeeld. Tegenstanders groeperen zich rond het arrest van hof na het door Wijnholt gegeven wetgevingsbevel. Onder de voorstanders is de benadering van de President van de Rechtbank Haarlem een populaire verwijsplaats.<sup>495</sup>

De meer principiële argumentaties zijn niet in alle gevallen even omstandig. Verkade houdt het kort en is om staatsrechtelijke redenen tegen een wetgevingsbevel omdat het wetgevingsinitiatief aan de wetgevende organen is voorbehouden en dat ook moet blijven.<sup>496</sup> De buitenwerkingstelling is in zijn ogen het maximaal haalbare (of: ‘minimaal aangepaste’) wat een rechter kan doen. Van der Burg maakt er in zijn annotatie onder de WWV-uitspraak van het Hof Den Haag niet veel woorden aan vuil: ‘Dat de rechter geen opdrachten kan geven aan

<sup>493</sup> Rb. Dordrecht 28 juni 1981, *NJ* 1981/437, *LJN* AD6564.

<sup>494</sup> Pres. Rb. Haarlem 10 oktober 1985, *AB* 1986/176, *LJN* AH0867 (*Winkelsluitingstijden*).

<sup>495</sup> Bijvoorbeeld: Van Buuren 1987, p. 80 en Bok 1991, p. 174-178.

<sup>496</sup> Verkade 1984, p. 565.

de wetgevende macht lijkt mij juist. Hier ligt een duidelijke beperking van de rechtsmacht van de gewone rechter.<sup>497</sup> De meest inhoudelijke betwisting van het wetgevingsbevel komt van Flinterman, zoals ingebracht tijdens de beraadslaging op de jaarvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging in 1987.<sup>498</sup> Tegen de gedachte dat de rechter een verbod geeft aan een wetgever die nog wat moet ondernemen, formuleert Flinterman het bezwaar dat we meer vertrouwen moeten stellen in het democratisch proces en de rechter dus moet afwachten waar de discussie in de volksvertegenwoordiging toe leidt. Ten aanzien van het idee dat de rechter de wetgever zou bevelen wetgeving tot stand te brengen, formuleert Flinterman hetzelfde bezwaar. Daaraan voegt hij toe dat de vraag 'of' wetgeving tot stand moet komen misschien wel juridisch is, maar de vragen van het 'wanneer' en het 'hoe' de rechterlijke handhaving van de wetgevingsplichten doorgaans toch weer zo politiek maken dat de rechter zich er gewoon in het algemeen niet mee moet inlaten. Ten slotte formuleert Flinterman een wezenlijke vraag: 'Wat is toch het voordeel daarvan [van een wetgevingsbevel, GB] voor de individuele burger of de rechtzoekende maatschappelijke groepering? Een rechterlijk verbod in deze context wekt slechts illusies en daaraan bestaat toch weinig behoefte.' Hij waarschuwt voor de reputatieschade als gevolg van niet-opgevolgde wetgevingsbevelen. Toch is hij niet onder alle omstandigheden tegen. Als de wetgevende kanalen echt verstopt raken, is een formeel wetgevingsbevel van de rechter denkbaar. Daarvan is, ondanks toenemend monisme in Nederland, volgens Flinterman (nog) geen sprake.

Aan de zijde van de voorstanders wordt ook niet altijd even uitgebreid beargumenteerd waarom een formeel wetgevingsbevel toelaatbaar is. Waar De Boer de mogelijkheden voor de rechter inventariseert om iets aan discriminerende overheidsregelingen te doen, komt het wetgevingsbevel voorbij als de op een na laatste mogelijkheid.<sup>499</sup> Hij plaatst het na het buiten toepassing laten, het aanvullen van de wet (tot aan de grenzen van de rechtsvormende taak), het uitleggen van de wet, het voor recht verklaren dat de wet onrechtmatig is en het bevel tot handelen in strijd met de wet, maar nog voor de schadevergoeding wegens onrechtmatige wetgeving. Het bevel tot wetgeving verdedigt De Boer als iets wat 'dogmatisch mogelijk moet zijn'.

Meer onderbouwde pleidooien voor de mogelijkheid van het wetgevingsbevel, in ieder geval tegen het categorisch uitsluiten ervan, komen van Van Buuren en Polak in hun preadviezen voor dezelfde NJV-vergadering als waar Flinterman intervenieerde. Na de interventie van Flinterman oordeelde Van Buuren dat een wetgevingsverbod aan een broedende kip inderdaad voorbarig is, maar ten aanzien van het wetgevingsbevel aan een stilzittende of trage wetgever sloot hij zich aan bij de benadering van de President van de Rechtbank Haarlem. Wel achtte hij het zorgvuldig om daarbij in kort geding de eis te stellen dat het

<sup>497</sup> F.H. van den Burg, annotatie bij Hof Den Haag 13 maart 1985, *AB* 1985/253, *LJN* AH0629. In zijn annotatie onder de uitspraak van de President van de Rechtbank Haarlem neemt Van der Burg overigens een ruimer standpunt in ten aanzien van materiële wetgeving niet zijnde een wet in formele zin:

F.H. van den Burg, annotatie bij Pres. Rb. Haarlem 10 oktober 1985, *AB* 1986/176, *LJN* AH0867.

<sup>498</sup> Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereeniging deel 2, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 29-31.

<sup>499</sup> De Boer 1985, p. 84-87.

onderliggende onrechtmatigheidsoordeel ‘onmiskbaar’ is.<sup>500</sup> In het verlengde daarvan oordeelde Van Buuren het in een bodemprocedure niet uitgesloten dat een bevel tot intrekking van een regeling gegeven werd, waar in kort geding een buitenwerkingstelling het maximaal haalbare zou zijn geweest.<sup>501</sup> Polak gaat nog een stapje verder. Hij redeneert vanuit het *Rijbewijs*-arrest en het *Pocketbooks II*-arrest. Zoals er van een gebonden beschikking sprake kan zijn, zo kan er gebonden regelgeving zijn. Er is daarmee geen sprake van een ‘boven de wetgever’ stellen of ‘op het terrein van de wetgever komen’.<sup>502</sup> In het geval van gebonden regelgeving moet de rechter in beginsel de mogelijkheden hebben die hem bij de gebonden beschikking ook ten dienste staan. Dat betekent dat ook een verbod om een wet verder tot stand te brengen niet principieel uitgesloten moet worden.

Hoewel de vertrekpunten verschillend zijn, komen de betogen onder de streep dicht bij elkaar. Flinterman keert zich in algemene zin tegen het wetgevingsbevel, maar blijft dat niet volhouden tegenover het idee van de volstrekt verstopte politieke kanalen. Polak meent dat in beginsel de rechter gewoon het recht moet handhaven zoals hij andere onrechtmatige daden tegen gaat, maar stelt zich een wetgevingsbevel in de praktijk ook alleen in een extreem geval voor. Bevelen dat een lopende wetgevingsprocedure moet stoppen, is bij Polak alleen dan aan de orde wanneer de situatie zo extreem is dat de parlementaire discussie een wassen neus genoemd kan worden.<sup>503</sup> Dat verschilt niet zo veel van de verstopte politieke kanalen van Flinterman.

### V.3.2.6 Conclusie

De argumenten die de Hoge Raad gebruikt in *Waterpakt* werden al gebruikt in de lagere jurisprudentie om vorderingen af te wijzen waarmee de rechter in een lopend wetgevingsproces zou interveniëren. Voor *Waterpakt* lag er dus al wel een grens, zij het iets ‘verder’. Over het bevelen in een nog niet gestarte of te traag verlopende procedure denken de lagere rechters verdeeld. Wijnholt is op dit punt de eerste die voor de hoofdprijs ging: hij koppelde een dwangsom aan een formeel wetgevingsbevel en gaf ook een bevel in de richting van de formele wetgever. Het eerste werd door het hof geaccepteerd, het tweede ging te ver. In de lagere jurisprudentie ontwikkelde zich de lijn dat lagere regelgevers in beginsel wel en de formele wetgever niet bevolen kon worden regels vast te stellen. De doctrine was verdeeld, en liet voor- en tegenstanders van wetgevingsbevelen zien. Voor zover dat mogelijk is om te stellen, is de algemene teneur evenwel in het voordeel van (de mogelijkheid van) wetgevingsbevelen. Hoewel iedere voorstander zich haast om op te merken dat andere criteria uit het onrechtmatige daadsrecht en een terughoudende opstelling van de rechter de daadwerkelijke inzet van een dergelijk bevel tot extreme situaties moeten beperken.

<sup>500</sup> Van Buuren 1987, p. 80.

<sup>501</sup> Van Buuren 1987, p. 81.

<sup>502</sup> Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 2, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 61.

<sup>503</sup> Polak 1987b, p. 168.

De casus van het kostwinnersbeginsel is tot op redelijk grote hoogte vergelijkbaar met de casus van *Waterpakt*. In beide gevallen wordt de rechter geconfronteerd met een wetgever die niet op tijd aan de verplichtingen uit een EU-richtlijn voldoet. In beide gevallen pakt de eerste rechter door, en houdt het hof de boot af. Dat het Hof Den Haag geen bevelen in de richting van de formele wetgever accepteerde, was dus al bekend. Dat bevelen echter zo principieel moeten worden afgewezen als de Hoge Raad doet, niet. De vraag is dan ook of *Waterpakt* de eenmalige terugtrekking uit een politiek complex dossier is, of het begin van een nieuwe lijn die een einde maakt aan de praktijk in de lagere jurisprudentie. Dat is de kwestie van de *follow up* van *Waterpakt*.

### V.3.3 De redenering uit *Waterpakt* nadien

De dragende overwegingen van *Waterpakt* zijn ruim en fundamenteel. Dat had snel verder strekkende gevolgen dan voor de rechtsverhouding waarin ze gegeven waren. Ten tijde van *Waterpakt* had de rechtbank juist het in hoofdstuk II beschreven formele bevel gegeven om bij AMvB een minimumloon voor jeugdigen in te voeren.<sup>504</sup> Het soort bevel dat in de lagere jurisprudentie wel vaker voorkwam. Het bevel was uitvoerbaar bij voorraad, maar na het wijzen van *Waterpakt* schorst het hof in een incident in de procedure de ten uitvoer legging van het vonnis.<sup>505</sup> Partijen moeten eerst reageren op toelaatbaarheid van een bevel een AMvB tot stand te brengen in het licht van *Waterpakt*.

De Hoge Raad heeft aan zijn bezwaren vastgehouden in provinciale verhoudingen en in de context van het gewone internationale recht, waar geen Commissie een inbreukprocedure bij een Hof van Justitie kan starten (paragraaf V.3.3.1). In de lagere jurisprudentie zijn de teugels nog verder aangetrokken (paragraaf V.3.3.2) maar de doctrine is niet overtuigd (V.3.3.3). Paragraaf V.3.3.4 trekt een conclusie.

#### V.3.3.1 Latere arresten

De Stichting De Faunabescherming meende dat de Provincie Friesland te ruim gebruik maakte van de Flora- en Faunawet, althans, er werd door de provinciale vrijstellingsverordening meer doden en verontrusten van vogels toegestaan dan de bedoeling was van de Europese Vogel- en Habitatrichtlijnen. De Faunabescherming vorderde in kort geding een bevel jegens de provincie om de vrijstellingsverordening in te trekken, te bekrachtigen met een dwangsom van 100.000 euro per dag. Een formeel wetgevingsbevel is – meer nog dan bij *Waterpakt* – de enige effectieve voorziening die de Faunabescherming kan eisen.<sup>506</sup> Verklaringen voor recht kunnen in kort geding niet gevorderd worden en de wel te eisen buitenwerkingstelling biedt geen uitkomst. Althans, in de woorden van het *Arbeidskostenforfait*, het baat de belanghebbenden niet. Immers, een bevel om jegens eisers niet op te treden op basis van de buiten werking gestelde regeling is niet wat de Faunabescherming wil. Het is de bedoeling dat jegens *anderen* een vrijstelling van een *verbod* buiten werking wordt gesteld

<sup>504</sup> Rb. Den Haag 11 december 2002, *JAR* 2003/10, *LJN* AF1787.

<sup>505</sup> Hof Den Haag 8 januari 2004, *Gst.* 2004/149, *LJN* AO9246.

<sup>506</sup> Vergelijk de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.6.

en – in het verlengde daarvan – wordt opgetreden. Een buitenwerkingstelling heeft nu juist niet het gevolg dat een regeling wordt ‘gewijzigd of ingetrokken’ zoals de Hoge Raad nog in *Waterpakt* overwoog.<sup>507</sup> In situaties als deze zou een bevoegdheid tot het schorsen van de vrijstellingsverordening de aangewezen bevoegdheid met de vereiste *erga omnes* effecten zijn, maar daarover beschikt de civiele rechter niet. Het formele wetgevingsbevel is hier dan eigenlijk de enige uitspraakbevoegdheid die past bij een eventuele wens om een voorziening te treffen tegen een dergelijke onrechtmatigheid. Tegelijkertijd is het een zaak waarin de belangen van derden bijzonder duidelijk op tafel liggen: zij zijn niet zozeer degenen die te maken zullen krijgen met neveneffecten die mogelijk nu nog niet duidelijk zijn, maar *dat* zij daarmee te maken zullen krijgen is juist de inzet van het geschil.

De voorzieningenrechter en in hoger beroep het hof menen dat de vrijstellingsverordening niet of onvoldoende onrechtmatig is. Daarbij weigert het hof ook op principiële gronden (het democratisch bestel van een provincie en de staatsrechtelijke ordening in het algemeen) om een formeel wetgevingsbevel aan Provinciale Staten te geven. Tegen dit standpunt formuleert de Faunabescherming een cassatiemiddel, onder andere met de stelling dat *Waterpakt* over formele wetgeving ging en hier alleen materiële wetgeving van een decentrale overheid aan de orde is. Bij *Waterpakt* ging het bovendien om het vaststellen van nieuwe regels terwijl het hier om het intrekken van onrechtmatige gaat. In lagere jurisprudentie werd een dergelijk bevel wel mogelijk geacht.

De Hoge Raad<sup>508</sup> herhaalt letterlijk de relevante overwegingen uit *Waterpakt*. Daarmee is duidelijk dat wat voor de formele wetgever geldt, ook opgaat voor Provinciale Staten. Tevens stelt de Hoge Raad een bevel tot het intrekken van een onrechtmatige regeling gelijk met een bevel tot het vaststellen van een nieuwe regeling. In het licht van de *negative Gesetzgeber* betekent dit dat de Hoge Raad zich nog verder terugtrekt en de grens legt bij alles waar een wetgever aan te pas moet komen. Verder constateert de Hoge Raad in dit geval een ‘belangenafweging die is voorbehouden aan de gekozen vertegenwoordigers in provinciale staten.’ Deze verwijzing naar de verkozen volksvertegenwoordigers is preciezer en formeler dan de ‘politieke besluitvorming’ waar de Hoge Raad in *Waterpakt* ruimte voor vroeg. Overigens ziet de Hoge Raad in deze zaak geen reden om zich, ondanks de onmogelijkheid een bevel te geven, over de inhoud van de zaak uit te laten. De volgorde van de cassatiemiddelen gaf daar ook geen aanleiding voor. De advocaat-generaal had er evenwel geen moeite mee de bespreking van de middelen om te draaien en eerst te constateren dat er inhoudelijk een gegrond doch vergeefs cassatiemiddel was voorgesteld. De Hoge Raad onthoudt zich van een dergelijk signaal aan de Staten van Friesland.

<sup>507</sup> Zie r.o. 3.5 van het arrest. Zie verder de moeilijkheden waar de Amsterdamse voorzieningenrechter in verzeild raakte toen deze onrechtmatig gebruik van de toerismebepaling via de buitenwerkingstelling wilde tegengaan. G. Boogaard, ‘Een carrousel van conformeren - Over de toerismebepaling uit de Winkeltijdenwet’, AA 2012, p. 573-581.

<sup>508</sup> HR 1 oktober 2004, NJ 2004/679, LJN A08913 (*De Faunabescherming/ Fryslân*).

In de later uitgebreider te bespreken SGP-casus houdt de Hoge Raad eveneens vast aan zijn weigering een formeel wetgevingsbevel te geven.<sup>509</sup> Daarmee is duidelijk dat wetgevingsbevelen ook uitgesloten zijn, wanneer er *niet* kan worden verwezen naar de mogelijkheden onder het Unierecht en van het Hof van Justitie. Andersom blijkt ook dat het geen verschil maakt dat in casu sprake was van een schending van het Vrouwenverdrag en van het IVBPR die het met aanmerkelijk minder effectieve ‘eigen’ toezichtmechanismen moeten stellen, en daarmee de nationale rechter in een bijzondere verantwoordelijkheid plaatsen: de Hoge Raad geeft principieel geen formele wetgevingsbevelen.<sup>510</sup>

Wel houdt de Hoge Raad het in het *SGP*-arrest voor mogelijk ‘dat de rechter uitsprekt dat de wijze waarop de SGP bij de kandidaatstelling voor algemeen vertegenwoordigende organen haar opvatting in de praktijk brengt, niet kan worden aanvaard.’<sup>511</sup> De Staat schendt daarmee, naar het oordeel van de Hoge Raad, artikel 7 van het Vrouwenverdrag. Het is duidelijk dat het op de weg van de formele wetgever ligt om maatregelen te treffen. Daarmee is de uitspraak van de Hoge Raad dat het onaanvaardbaar is om de handelwijze van de SGP te accepteren toch een antwoord op de vraag of de wet tot stand moet komen, zoals die door het *Waterpakt*-arrest gereserveerd werd voor de ‘politieke besluitvorming’. Kennelijk maakt de Hoge Raad hier verschil tussen het formeel *bevelend* geven van het antwoord, en het enkele *uitspreken* van het antwoord op de vraag of een wet tot stand moet worden gebracht. Dat is de redenering van het materiële wetgevingsbevel. Ik kom daar in hoofdstuk VI uitgebreid op terug.

### V.3.3.2 Lagere rechtspraak

De Hoge Raad heeft zijn redenering uit *Waterpakt* volgehouden en op andere casus toegepast. Dat is duidelijk overgekomen in de lagere jurisprudentie. In de eerste plaats klopt men bij de Rechtbank en het Hof Den Haag inmiddels vergeefs aan voor een bevel en voor alles wat daar op neerkomt.<sup>512</sup> Het Hof Den Haag is teruggekomen op zijn oordeel dat de regelstellende bevoegdheid van de regering wel voorwerp kan zijn van een rechterlijk bevel. Het bevel om de AMvB met een jeugdminimumloon tot stand te brengen wordt vernietigd. Hoewel de bewuste regelgeving geen medewerking van de Staten-Generaal of van Provinciale Staten vereist, en in die zin minder politiek is, blijven ‘de bezwaren die kleven aan een bevel van de rechter een algemeen verbindend voorschrift tot stand te brengen van dien aard dat de rechter daartoe niet bevoegd moet worden geacht.’<sup>513</sup> Dan heeft het hof het oog op de ‘afweging van vele belangen’ bij het tot stand brengen van een voorschrift, terwijl bij de rechter slechts een beperkt deel daarvan voorligt. Bovendien, zo herhaalt het hof wat het in de casus *Waterpakt* ook stelde: de materiële wetgeving is in dit geval ten nauwste verbonden met de formele wetgeving waarop zij berust. Dat betekent echter niet dat er wel ruimte zou bestaan een zelfstandige AMvB te bevelen. Inmiddels wijst het hof een bevel om een AMvB te laten wijzigen af met de enkele stelling dat het de rechter niet

<sup>509</sup> HR 9 april 2010, NJ 2010/388, LJN BK4547.

<sup>510</sup> Zie r.o. 4.6.2 van het arrest.

<sup>511</sup> Zie r.o. 4.5.5 van het arrest.

<sup>512</sup> Hof Den Haag 5 juni 2008, LJN BD6256; Rb. Den Haag 21 december 2005, LJN AU8406.

<sup>513</sup> Hof Den Haag 24 maart 2005, JAR 2005/98, LJN AT3175, r.o. 2.2.

vrijstaat de Staat te gelasten wetgeving tot stand te brengen ‘hetzij in formele, hetzij in materiële zin.’<sup>514</sup> In lijn daarmee is de regelstellende bevoegdheid van de minister eveneens veilig voor een bevel van het Hof Den Haag.<sup>515</sup> Ook daarmee zijn de belangen van derden gemoeid, terwijl ze niet betrokken zijn bij de procedure waarin het bevel gevraagd en gegeven zou worden. Voor het Hof Den Haag zijn de belangen van derden dus al voldoende afwijzingsgrond voor een formeel bevel. Of de Hoge Raad ook van mening is dat bestuurswetgeving niet bevolen kan worden, is nog geen uitgemaakte zaak. Wel ligt het voor de hand dat de Hoge Raad zich in geen enkel initiatief tot regelgeving wil mengen met een bevelend dictum.

Een kip het broeden verder beletten deed de rechter ook voor *Waterpakt* al niet. Nadien wijst hij dergelijke vorderingen af met de letterlijke formuleringen van *Waterpakt*, zoals toen het Kamerlid Wilders (PVV) de verdere behandeling van de goedkeuring van het ESM-verdrag tot na de verkiezingen van 12 september 2012 wilde laten uitstellen.<sup>516</sup> In het algemeen zijn de overwegingen van *Waterpakt* aan een gestage opmars bezig in de jurisprudentie. Zelfs zo, dat ze soms meer gaan betekenen dan oorspronkelijk bedoeld. Het lijkt alsof gebeurt waar Kortmann in zijn noot onder *Faunabescherming* voor waarschuwde: de overwegingen zijn zo fundamenteel en verstrekkend geformuleerd dat zij zich in potentie tegen heel wat rechtsbescherming kunnen keren.<sup>517</sup> Een voorbeeld is de Rechtbank Amsterdam die weigert artikel 53a lid 2 WWB buiten werking te stellen. Daarvoor citeert hij uitgebreid uit *Waterpakt* om te concluderen: ‘een vordering die een algemene strekking heeft’, zoals de voorliggende, ‘gaat de taak van de rechter in het Nederlandse staatsbestel te buiten.’<sup>518</sup> Dan lijkt het alsof de hele figuur van de buitenwerkingstelling niet meer tot de mogelijkheden behoort na *Waterpakt*. Dat was niet de bedoeling van de Hoge Raad. Evenzeer gaat het Hof Amsterdam wel erg ver als het de *Waterpakt*-retoriek over de ‘evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden over de verschillende staatsorganen’ gebruikt om te concluderen dat aan de burgerlijke rechter in zijn algemeenheid geen oordeel toekomt omtrent de onrechtmatigheid van het niet uitvaardigen door de wetgever van een wet in formele zin.<sup>519</sup> Daarmee zou het *Trias*-arrest achterhaald zijn, en dat lijkt mij niet de bedoeling. Ook niet van de Hoge Raad overigens, zoals blijkt uit het *SGP*-arrest.

### V.3.3.3 Doctrine

Zoals de lagere rechtspraak zich verenigd heeft in het afwijzen van alles waar de combinatie ‘bevel’ en ‘regelgeving’ in voorkomt, zo heeft de doctrine zich inmiddels grotendeels verenigd in een afwijzing van *Waterpakt*. Grootste steen des aanstoots is het niet ontkennen van de verplichting wetgeving tot stand

<sup>514</sup> Hof Den Haag 27 maart 2012, *LJN* BV9880, r.o. 3.17.

<sup>515</sup> Rb. Den Haag 28 maart 2012, *LJN* BW3098, waarin de rechtbank weigert te bevelen een ministeriële regeling aan te passen omdat dat ‘een wet in materiële zin, een resultante van politieke besluitvorming’ is (r.o. 5.4); Hof Den Haag (KG 06/379) waarin het hof weigert de minister een bevel te geven van zijn bevoegdheid onder 53a Wwb gebruik te maken.

<sup>516</sup> Rb. Den Haag 1 juni 2012, *JB* 2012/174, *LJN* BW7242.

<sup>517</sup> C.J.A.M. Kortmann, annotatie bij Hoge Raad 1 oktober 2004, *LJN* A08913 (*De Faunabescherming/ Fryslân*), AA 2005, p. 80-82.

<sup>518</sup> Rb. Amsterdam 27 mei 2008, *LJN* BK6619, r.o. 4.10.

<sup>519</sup> Hof Amsterdam 25 oktober 2007, *NJF* 2007/523, *LJN* BB6504, r.o. 4.8.4. Vgl. Rb. Den Haag 11 juli 2012, *NJ* 2012/579, *LJN* BX0977, waarin de *Waterpakt*-overwegingen gebruikt worden om een terughoudende toetsing te motiveren.

te brengen, onder een gelijktijdige afwijzing van het formele wetgevingsbevel met het argument dat ook ‘de vraag of’ een wet tot stand moet worden gebracht het voorwerp van politieke besluitvorming is en moet blijven. ‘Fundamenteel onjuist’ oordeelde Backes, omdat de rechter de wetgever hier een vrijheid laat die helemaal niet bestaat. ‘De nationale wetgever is slechts uitvoerder en heeft inhoudelijk niets meer te beslissen.’<sup>520</sup> *Waterpakt* ‘gaat toch wel erg ver,’ aldus Polak. De rechter moet discretie van andere staatsmachten respecteren. ‘Maar die discretie is er niet bij de vraag of er een wet in formele zin tot stand moet komen in een situatie dat een Europese richtlijn dat dicteert (en daar moest in cassatie van worden uitgegaan!)’<sup>521</sup> Inhoudelijk houdt Polak vast aan zijn op rechtsbescherming geënte positie waarin de mogelijkheid van het wetgevingsbevel als een uitzonderlijk middel voor uitzonderlijke omstandigheden beschikbaar moet blijven.<sup>522</sup> De belangen van derden worden immers ‘in wezen’ ook door een buitenwerkingstelling geraakt, en bij heel wat rechtsbescherming tegen bestuursoptreden zijn eveneens belangen van derden betrokken zonder dat de rechter om die reden nalaat bescherming te verlenen. Bok, verdediger van de lijn van de President van de Rechtbank Haarlem, heeft zich evenmin door de argumenten uit *Waterpakt* laten overtuigen. ‘Ook ik ben van mening,’ schrijft hij, ‘dat de rechter niet mag treden in het politieke besluitvormingsproces van de formele wetgever. De Hoge Raad miskent echter, dat in sommige gevallen – met name: bij de implementatie van EG-recht – van de besluitvormingsvrijheid van de wetgever niet veel overblijft, althans wat betreft de vraag of wetgeving tot stand moeten worden gebracht en eventueel ook: voor welke datum.’<sup>523</sup> De Hoge Raad laat hier ten diepste, zo luidt de kritiek, welbewust de vrijheid om onrechtmatig te handelen. De rode draad in deze reacties is dat de Hoge Raad ten onrechte de Trias Politica heeft ingezet. Schutgens stelt een andere benadering voor: de zogenaamde *materiële* Trias-conceptie. Het probleem zit niet in de rechter die een bevel geeft, maar eventueel in een rechter die te snel tot een schending van een wetgevingsplicht concludeert. ‘Glasheldere wetgevingsplichten’ zijn zeldzaam, en alles wat de Hoge Raad in *Waterpakt* aanvoert is reden om dat zo te houden. Maar *als* ze zich voordoen moet de rechtsbescherming voorrang hebben.<sup>524</sup> Daar waar alle belangen van derden reeds elders (meer of minder democratisch gelegitimeerd) zijn afgewogen, valt niet meer in te zien dat de rechter nog iets meer of anders zou moeten meewegen dat niet reeds is meegewogen door degene die bevoegd is om een wetgevingsplicht te creëren.

Hoewel kritische reacties getalsmatig de overhand hebben, is de weigering om wetgeving te bevelen ook verdedigd. In hoofdzaak langs twee lijnen. In de eerste plaats door te betwisten dat wetgevingsplichten er in de praktijk

<sup>520</sup> Ch. Backes, annotatie bij HR 21 maart 2003, AB 2004/39, LJN AE8462. Vgl. T. Koopmans, annotatie bij HR 21 maart 2003, NJ 2003/691, LJN AE8462.

<sup>521</sup> Polak 2004, p. 171.

<sup>522</sup> Polak 2004, p. 175.

<sup>523</sup> Bok 2006, p. 111.

<sup>524</sup> Schutgens 2009, p. 254-259.

ooit glashelder bijliggen. Meijer en Wissink menen dat er altijd nog wel wat te kiezen valt, al was het maar wetstechnisch.<sup>525</sup> Besselink meent, vergelijkbaar met wat Flinterman eerder opmerkte, dat ‘pure rechtsoordelen’, zoals de dwingende conclusie dat er sprake is van een schending van een glasheldere wetgevingsplicht, alleen in de theorie van Kelsen bestaan. Meer specifiek meent Besselink dat het in de casus van Waterpakt inhoudelijk nog geen uitgemaakte zaak was dat er wetgeving tot stand moest worden gebracht.<sup>526</sup> Dat onderbouwt hij met een serie uitspraken van het Hof van Justitie waarin dit de vrijheid van de lidstaten onder de Nitraatrichtlijn benadrukte. In de inbreukprocedure over de Nitraatrichtlijn verdedigde Nederland zich ook inhoudelijk.

De tweede verdediging van *Waterpakt* is een wezenlijk andere, namelijk een institutionele. Hij begint bij Bunschotens pleidooi om het wetgevingsbevel niet volledig af te wikkelen via de vraag of de betrokken regelsteller discretionaire ruimte heeft bij het beantwoorden van de vraag of een wet tot stand moet worden gebracht. Er blijven immers, ook bij glasheldere wetgevingsplichten, bezwaren bestaan: ‘het wezenlijke karakter van de functie van wetgeving’ en ‘de wortels van de rechtsstaat’. Het eerste zou met een wetgevingsbevel worden verloochend, en aan de tweede zou worden geknaagd.<sup>527</sup> In een vergelijkbare benadering noemt Besselink wetgevingsbevelen *in abstracto* een vorm van onderwerping van de wetgever.<sup>528</sup> Dit soort institutionele bezwaren geldt ook als de wetgevingsplicht glashelder is, of het rechtsoordeel puur is.

Bunschoten is overigens geen volstreekte tegenstander van het wetgevingsbevel, maar hij zoekt de grondslag daarvoor niet in afwezigheid van discretionaire ruimte bij de regelgever maar in decentrale verhoudingen. Waar een decentrale wetgever in medebewind wordt geroepen algemeen verbindende voorschriften vast te stellen, is een wetgevingsbevel voorstelbaar. Een gemeentelijke regelgever die zijn verplichtingen niet nakomt, kan immers ook al het voorwerp worden van bestuurlijk toezicht. De Hoge Raad is Bunschoten niet gevolgd in deze genuanceerde institutionele benadering. Althans, in *Faunabeheer* speelt de omstandigheid dat het daar om medebewind ging geen enkele kenbare rol.

#### V.3.3.4 Conclusie

Na *Waterpakt* heeft de Hoge Raad zijn afwijzende koers doorgezet. Niet alleen de formele wetgever kan niets bevolen worden, ook andere vertegenwoordigende lichamen mogen in hun wetgevende functie niet gecommandeerd worden. Of het daarbij gaat om een bevel een regeling tot stand te brengen, of een bevel een regeling in te trekken, is niet relevant. Evenmin was beslissend dat het in *Waterpakt* om een zaak van Unierecht ging. Ook daar waar niet doorverwezen kan worden naar Europese handhavingsmechanismen, maar waar artikel 2 IVBPR

<sup>525</sup> Meijer & Wissink 2007. Dat miskent echter de mogelijkheid om een formeel bevel te geven waarin de rechter deze keuzes niet zelf maakt, maar enkel beveelt dat ze gemaakt worden. Besselink 2004a, p. 236, zou een dergelijk leeg bevel zinloos vinden.

<sup>526</sup> Besselink 2004a, p. 235-236. Polak (2004, p. 173 noot 11) vraagt zich af of Besselink hiermee miskent dat in cassatie moest worden uitgegaan van een geschonden wetgevingsplicht. Uit het vervolg van het artikel van Besselink valt op te maken dat hij zich dat wel degelijk realiseerde.

<sup>527</sup> Bunschoten 2004 p. 522.

<sup>528</sup> Besselink 2004a, p. 234.

eerder een bijzondere verantwoordelijkheid bij de nationale rechter legt, behoort een formeel bevel niet tot de mogelijkheden. Of een bevel ook is uitgesloten in de richting van minder direct democratisch gelegitimeerde ambten met regelgevende bevoegdheden is nog geen door de Hoge Raad expliciet uitgemaakte zaak. De lagere jurisprudentie is er al wel uit, en wijst dat soort bevelen over de hele linie af wegens de ook aan bestuurswetgeving verbonden gevolgen voor derden. Vermoedelijk voorspellen de lagere rechters de jurisprudentie van de Hoge Raad daarmee correct, gezien het gewicht dat de Hoge Raad eerder toekende aan de belangen van derden.

In de staatsrechtelijke doctrine is de koers van de Hoge Raad met weinig instemming ontvangen. Het voornaamste punt van kritiek is de categorische uitsluiting van het wetgevingsbevel, terwijl er juist bij *Waterpakt* in cassatie van moest worden uitgegaan dat sprake was van een schending van een wetgevingsplicht. In die gevallen nog spreken van enige vrijheid voor de wetgever, zoals de Hoge Raad doet, heeft tot veel dogmatisch onbegrip geleid. Ook vanuit de hoek waarin het Unierecht wordt beoefend is de nodige kritiek gekomen uit op de handelwijze van de Hoge Raad. Voor een deel valt die samen met de nationale kritiek. De ruimte die de Hoge Raad de wetgever wil laten bestaat naar Europees recht niet.<sup>529</sup> Daarnaast is een aantal specifieke Europese argumenten ingebracht. De bespreking daarvan is een kwestie apart.

#### V.3.4 De Unierechtelijke dimensie

Wat het Unierecht betreft, zijn in dit verband twee deelvragen van belang. Heeft de Hoge Raad van voldoende Unietrouw blijk gegeven, of had hij wel moeten bevelen, desnoods met het Unierecht als grondslag voor de bevoegdheid? Dat is het onderwerp van de paragrafen V.3.4.1-V.3.4.5. Ten tweede: heeft de Hoge Raad gelijk als hij aan het einde van de motivering van het *Waterpakt*-arrest stelt dat het Hof van Justitie zelf ook geen wetgevingsbevel kan geven? Daarover gaan de paragrafen V.3.4.6 en V.3.4.7. Afgesloten wordt met een conclusie in paragraaf V.3.4.8.

##### V.3.4.1 De Europese rol van de Hoge Raad

In de *Waterpakt*-casus ontleende de rechtbank aan het Unierecht een extra argument voor het wetgevingsbevel. De rechtbank legde aan haar vonnis niet alleen de rechtsbescherming in het algemeen maar ook het nuttig effect van de Nitraatrichtlijn ten grondslag. De administratieve inleiding van een inbreukprocedure door de Europese Commissie was voor de rechtbank geen reden om af te wachten. Volgens Van Ooik en Prechal was dat terecht. Althans, van de latere verwijzing naar de Europese infractieprocedure menen zij dat die 'geenszins op zijn plek' is en dat hof en Hoge Raad daarmee 'miskennen dat de Nederlandse rechter zelf een rol zou moeten spelen'.<sup>530</sup> De Hoge Raad, of de nationale rechter in het algemeen, had dat inderdaad kunnen doen. Rechters beschikken immers over een nationaal en een Europees mandaat. In het *Waterpakt*-arrest kiest de Hoge Raad nadrukkelijk voor een rol als nationale instantie en niet voor een rol als Europese rechter.<sup>531</sup> Vooral uit de opmerking van de Hoge Raad dat de Staat

<sup>529</sup> Van Ooik & Prechal 2004, p. 23; Meijer 2007, p. 192-193.

<sup>530</sup> Van Ooik & Prechal 2004, p. 24, noot 83.

<sup>531</sup> Meijer & Wissink 2007, nr. 14.

de vrijheid moet hebben om het op een inbreukprocedure aan te laten komen, blijkt die principiële nationale oriëntatie.

Ook als nationale rechter moet de Hoge Raad evenwel oordelen over de vraag of het Europese recht in dit geval tot het geven van een wetgevingsbevel verplicht. Of de Hoge Raad daar een juist oordeel over velde, is voorwerp van discussie. Voor zover ik kan overzien, heeft het Hof van Justitie zich nog niet rechtstreeks uitgelaten over een casus zoals die bij de Hoge Raad in *Waterpakt* voorlag. Volgens velen hadden prejudiciële vragen onder andere daarom voor de hand gelegen.<sup>532</sup> De Hoge Raad meende kennelijk dat sprake was van een zogenaamde *acte clair*: prejudiciële vragen naar de bekende weg.<sup>533</sup>

Als de Hoge Raad had gemeend dat een wetgevingsbevel naar nationaal recht niet helemaal uitgesloten was – zoals door velen bepleit – zou de vraag naar de werking van het zogenaamde assimilatiebeginsel<sup>534</sup> zijn gerezen. Dat beginsel schrijft voor dat een zuiver nationale wetgevingsplicht niet gunstiger mag worden behandeld dan een Europese, bijvoorbeeld door nationale wetgevingsplichten wel met een rechterlijk bevel te versterken en richtlijn niet.<sup>535</sup> Probleem wordt dan wat als de relevante nationale vergelijkingsmaatstaf moet gelden. De mogelijkheid om een gemeenteraad te bevelen planregels vast te stellen? Hoe dan ook, de voorstanders van een beperkte bevoegdheid voor het wetgevingsbevel zullen de mogelijkheid onder ogen moeten zien dat het Hof van Justitie via het assimilatiebeginsel een breder toepassingsbereik creëert dan deze voorstanders misschien zelf voor ogen staat. Of het Hof zich daarbij zal laten overtuigen dat een richtlijn onvoldoende glashelder is, blijft de vraag.

Doordat de Hoge Raad geen nationale grondslag voor een wetgevingsbevel ziet, gaat het om de vraag of het Europese recht wel een bevoegdheid of een verplichting bevat om de implementatie te bevelen. Volstrekt uitgesloten is dat niet. De uitgangspunten zijn dat het Unierecht rechtstreeks werkt<sup>536</sup>, ‘uit eigen hoofde’ voorrang heeft<sup>537</sup> en aanspraak kan maken op loyale medewerking van organen van de lidstaten<sup>538</sup>, waaronder de rechter. Er bestaat wel een beginsel van procedurele autonomie, maar nationale bepalingen mogen de uitoefening van het gemeenschapsrecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.<sup>539</sup> En meer nog: er geldt een Europees beginsel van effectieve rechtsbescherming dat eigen eisen stelt.<sup>540</sup> Op grond van dat beginsel is de nationale rechter verplicht allerhande begrenzingen achterwege te laten, ook als die van constitutionele aard zijn. Bijvoorbeeld de regel dat een Engelse rechter een *Act of Parliament*

<sup>532</sup> Ch. Backes, in zijn annotatie bij HR 21 maart 2003, AB 2004/39, LJN AE8462; T. Koopmans, in zijn annotatie bij HR 21 maart 2003, NJ 2003/691, LJN AE8462; M. de Jong, in haar annotatie bij HR 21 maart 2003, JB 2003/120, LJN AE8462; Meijer & Wissink 2007. Zie verder Bunschoten 2004, p. 516; Van Ooik & Prechal 2004, p. 24; Meijer 2007, p. 195.

<sup>533</sup> Kapteyn 2008, p. 495-499; Van Harten 2011, p. 153-167.

<sup>534</sup> Of het ‘gelijkwaardigheidsbeginsel’ of ‘non-discriminatiebeginsel’.

<sup>535</sup> HvJ EG 16 december 1976, nr. C-33/76, Jur. 1976, p. 1989 (Rewe). Zie Meijer 2007, p. 59-63.

<sup>536</sup> HvJ EG 5 februari 1963, nr. C-26/62, Jur. 1963, p. 3 (Van Gend & Loos).

<sup>537</sup> HvJ EG 15 juni 1964, nr. C-6/64, Jur. 1964, p. 1203 (Costa/ENEL).

<sup>538</sup> De Unietrouw uit artikel 4 lid 3 VEU.

<sup>539</sup> HvJ EU 16 december 1976, nr. C-33/76, Jur. 1976, p. 1989 (Rewe) en HvJ EG 9 november 1983, nr. C-199/82 Jur. 1983, p. 3595 (San Giorgio). Zie Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 35-43.

<sup>540</sup> Te beginnen bij HvJ EG 15 mei 1986, nr. C-222/84, Jur. 1986, p. 1651 (Johnston). Zie Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 43-48.

voor verenigbaar met het Unierecht moet houden tot het tegendeel blijkt.<sup>541</sup> Of de verplichting over een bepaalde rechtsvraag eerst het standpunt van het *Corte Costituzionale* te vernemen.<sup>542</sup> Het Europese beginsel van effectieve rechtsbescherming brengt meer in positieve zin de verplichting mee om een stelsel van overheidsaansprakelijkheid wegens (gekwalficeerde) schending van het Unierecht in het nationale (proces)recht te erkennen en te respecteren.<sup>543</sup> Welk orgaan van de Staat de onrechtmatigheid precies begaat, en of die bestaat uit een doen dan wel een nalaten, maakt niet uit. De verplichting de schade te vergoeden kan 'niet afhankelijk zijn van nationale regels inzake de verdeling van bevoegdheden tussen de constitutionele machten', omdat de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht dan in gevaar zou komen.<sup>544</sup>

### V.3.4.2 De breekijzer-redenering

Met dit soort uitgangspunten als breekijzers kan een redenering worden opgezet waarin alle constitutionele bezwaren van de Hoge Raad verdampen in het licht van de effectiviteit van het Unierecht.<sup>545</sup> Het Unierecht is immers in staat om uit eigen naam alles opzij te zetten wat het nuttig effect hindert. En overheidsaansprakelijkheid is de kiem van het wetgevingsbevel; in het nationale recht is het rechterlijk bevel ook ontwikkeld uit de gewone onrechtmatige daad.<sup>546</sup> Daarvoor is enkel de rechtsconceptie vereist dat vooraf voorkomen van onrechtmatigheid met een bevel meer is dan het achteraf vergoeden van de schade. Van den Bossche zet zo'n betoog op en concludeert:

'Het – enkel – toekennen van een zak geld aan gelaedeerden (de equivalente vergoeding) is weliswaar een optie, indien en voor zover deze adequaat is ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van de rechten van benadeelde particulieren is verzekerd, doch leidt in Waterpakt-achtige zaken niet tot een substantiële, rechtstreekse en onmiddellijke *wettelijke* rechtsbescherming en brengt – meer nog – als zodanig *gerechtelijke* artikel 10 EG-schade toe.'<sup>547</sup>

Het lijkt haar uitsluitend te gaan om wat bijdraagt aan de verwezenlijking van het Europese recht. Met die insteek kan de conclusie inderdaad weinig anders luiden dan dat de Hoge Raad op een wetgevingsbevel had moeten uitkomen. De grondslag en verplichting kunnen in deze optiek rechtstreeks aan het Unierecht ontleend worden.<sup>548</sup> Van den Bossche gaat nog een stap verder en meent dat de Hoge Raad zelf, door *geen* wetgevingsbevel te accepteren, het Unierecht

<sup>541</sup> HvJ EG 19 juni 1990, nr. C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433, *NJ* 1992/761 (*Factortame*).

<sup>542</sup> HvJ EG 9 maart 1978, nr. C-106/77, *Jur.* 1978, p. 629, *NJ* 1978/656 (*Simmenthal II*).

<sup>543</sup> HvJ EG 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357, *NJ* 1994/2 (*Francovich*). Zie Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 373-373.

<sup>544</sup> HvJ EG 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-01029 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame III*).

<sup>545</sup> Besselink 2004b, p. 1439-1440; Van Ooik & Prechal 2004.

<sup>546</sup> Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 356-357.

<sup>547</sup> Van den Bossche 2006, p. 130.

<sup>548</sup> Zij spreekt van '10 EG-bevelen'. Voorheen was de Unietrouw als 'gemeenschapstrouw' opgenomen in artikel 10 EG-verdrag.

dusdanig gekwalificeerd schendt dat aan de voorwaarden voor onrechtmatige rechtspraak voldaan is.<sup>549</sup>

In een variant van de breekijzer-redenering berust de kritiek niet op de wens dat de Hoge Raad in *Waterpakt* een bevel had moeten geven, maar op de schade voor de effectiviteit van het Unierecht die elders kan ontstaan. Van Gestel en Groenhuijsen formuleren dergelijke kritiek. Daar waar het Unierecht aan kaderbesluiten in de derde pijler rechtstreekse werking onthield<sup>550</sup> en de Commissie geen inbreukprocedure kon starten, ontwaren zij een ‘patstelling’ die met een wetgevingsbevel zou kunnen worden doorbroken.<sup>551</sup> Schutgens wees mijn inziens terecht op de samenhang tussen de rechtstreekse werking van bepalingen en de inroepbaarheid bij de rechter. Bepalingen die niet rechtstreeks werken kunnen niet worden ingeroepen door een particulier en dus kan de civiele rechter de conclusie dat sprake is van onrechtmatig nalaten niet trekken. Aan een bevel kan daarmee niet meer worden toegekomen.<sup>552</sup> Van Gestel en Groenhuijsen noemen dit ‘een vicieuze cirkel’, die zij zelf doorbreken met het beginsel van loyale samenwerking. Daarbij lijken zij zelfs zo ver te gaan, dat de problemen met de inroepbaarheid van niet-rechtstreeks werkende kaderbesluiten kunnen worden opgelost met een wetgevingsbevel. Het niet opvolgen van een wetgevingsbevel zou immers een zelfstandige onrechtmatige daad zijn, en daarmee is de toegang tot de rechter veiliggesteld.<sup>553</sup> Met dat laatste ben ik het eens. Maar ik beschouw het wel als een merkwaardige omdraaiing om de keuze kaderbesluiten *niet* rechtstreeks te laten werken en dus *niet* rechtstreeks door de rechter te laten toepassen, uit te leggen als een uitnodiging aan de rechter om zelf een loket voor private inbreukprocedures te openen.

#### V.3.4.3 De procedurele autonomie

Op de breekijzer-redenering, waarin geen constitutioneel bezwaar kan opwegen tegen enige bijdrage aan de verwezenlijking van het Unierecht, valt het nodige af te dingen. In de eerste plaats kunnen de genoemde arresten van het Hof van Justitie wel worden gebruikt om een ‘Europees’ wetgevingsbevel op te baseren, maar er zijn ook relevante verschillen tussen de casus van die arresten en de casus van *Waterpakt*. De stelling uit *Brasserie du Pêcheur*, bijvoorbeeld, dat nationale constitutionele bevoegdheidsverdelingen opzij kunnen worden gezet, geldt omdat het omgekeerde de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht in gevaar zou kunnen brengen. Naar het voorkomt, wordt nergens in Europa een formeel wetgevingsbevel gegeven zoals het door *Waterpakt* gevraagd werd. Evenzeer werd in *Factortame* wel van de nationale rechter gevraagd om een nationale formele wet voor minder onschendbaar te houden dan het eigen constitutionele recht voorschreef, maar dat was in een situatie waarin iedere

<sup>549</sup> HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, *Jur.* 2003, p. I-10239, *NJ* 2004/160 (*Köbler*).

<sup>550</sup> Dat gold voor de zogenaamde derde pijler krachtens 34 lid 2 onder b EU-verdrag.

<sup>551</sup> R.A.J. van Gestel & M.S. Groenhuijsen, ‘Geen rechterlijk bevel tot wetgeven, of toch...?’, *NJB* 2006, p. 2050-256.

<sup>552</sup> R.J.B. Schutgens, ‘Bevel tot omzetting van kaderbesluiten blijft onmogelijk’, *NJB* 2007, p. 1061-1062.

<sup>553</sup> R.A.J. van Gestel & M.S. Groenhuijsen, ‘Naschrift’, *NJB* 2007/892, p. 1062-1063.

vorm van rechtmatigheidstoetsing geblokkeerd werd.<sup>554</sup> In *Francovich* vestigt het Hof weliswaar overheidsaansprakelijkheid voor schending van Unierecht, maar merkt het Hof ook op dat de nationale rechter 'in het kader van zijn bevoegdheden' belast is met het verzekeren van de volle werking van het gemeenschapsrecht. De Hoge Raad citeert die specifieke frase in *Waterpakt* en verwijst verder naar het arrest *Van Schijndel*.<sup>555</sup> De Hoge Raad leidt er een conclusie uit af die haaks staat op de breekijzer-redenering: 'Aangenomen moet worden dat de taak van de rechter de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren te dezen slechts kan worden vervuld binnen het kader van de voor hem bestaande bevoegdheden en dat deze bevoegdheden worden bepaald door het nationale recht.'<sup>556</sup> Voor de Hoge Raad staat de procedurele autonomie centraal en hij zwijgt volledig over de mogelijkheid van de breekijzer-redenering.

#### V.3.4.4 De procedurele rule of reason

Ook op de enkele inzet van het beginsel van procedurele autonomie valt het nodige af te dingen. Allereerst omdat de motivering van de Hoge Raad, net als de breekijzer-redenering, op enige selectiviteit berust. Besselink laat zien dat het citaat uit *Francovich*-arrest waarschijnlijk slaat op vraagstukken van rechtmachtsverdeling tussen verschillende soorten rechters en niet, zoals de Hoge Raad doet voorkomen, op de *begrenzing* van nationale uitspraakbevoegdheden in het algemeen.<sup>557</sup> Het *Van Schijndel*-arrest<sup>558</sup> waar de Hoge Raad naar verwijst, doet ook iets anders dan het vestigen van een heldere regel dat de grenzen van het nationale (proces)recht in het algemeen beslissend zijn. Het *Van Schijndel*-arrest creëert, samen met het *Peterbroeck*-arrest<sup>559</sup>, een afwegingskader dat in de literatuur de 'procedurele rule of reason' heet. Het is bedoeld om de spanning tussen het beginsel van procedurele autonomie en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in de praktijk op te lossen met een afweging.<sup>560</sup> Afgewogen moeten worden de belangen die ten grondslag liggen aan de nationale bepaling die 'het probleem' vormt en de verwezenlijking van het Unierecht in dat specifieke geval. Van een dergelijke afweging tussen het beginsel van machtscheiding en het nuttig effect van een richtlijn geeft het *Waterpakt*-arrest geen of nauwelijks blijk. In die afweging had kunnen meewegen in hoeverre het beginsel van machtscheiding gerelativeerd wordt als elke discretionaire ruimte aan de zijde van de wetgever ontbreekt. Aan de andere kant had kunnen meewegen dat de afwijzing van het formele wetgevingsbevel niet betekent dat het Unierecht van elke doorwerking verstoken blijft. Naast de mogelijkheid van een materieel wetgevingsbevel blijven de instrumenten rechtstreekse werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid ongemoeid. De Hoge Raad wijst in het *Waterpakt*-arrest nog wel even op dat laatste, maar doet dat niet kenbaar als onderdeel van een afweging onder de 'procedurele rule of reason'.

<sup>554</sup> 'Een wezenlijk verschil met de situatie in *Waterpakt*', Meijer 2007, p. 194.

<sup>555</sup> Zie r.o. 3.6 van het arrest.

<sup>556</sup> Zie r.o. 3.6 van het arrest.

<sup>557</sup> Besselink 2004b, p. 1443-1444.

<sup>558</sup> HvJ EG 14 december 1995, nr. C-431/93, *Jur.* 1995, p. I4705, *NJ* 1997/116 (*Van Schijndel*).

<sup>559</sup> HvJ EG 14 december 1995, nr. C-312/93, *Jur.* 1995, p. I-4599, *NJ* 1997/115 (*Peterbroeck*).

<sup>560</sup> Meijer 2007, p. 68-73; Zie Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 48-55.

De afwikkeling via de ‘procedurele *rule of reason*’ kan niet wegnemen dat rechtstreekse werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid in de casus van Waterpakt geen soelaas bieden. Er wordt door de eisers geen schade geleden die vergoed kan worden, een rechtstreekse werking zou de varkensboeren tot niets verplichten en richtlijnconforme interpretatie veronderstelt iets wat conform te interpreteren valt. Meijer trekt na een eigen afweging deze conclusie:

‘Enerzijds is de conclusie dat de afwezigheid van een wetgevingsgebod de rechtsbescherming en volle werking van het gemeenschapsrecht niet volledig in de weg staat. Anderzijds zal hierdoor de bescherming en verwezenlijking van bepaalde EG-normen – met name normen die een meer algemeen belang beschermen – zwak kunnen zijn.’<sup>561</sup>

#### V.3.4.5 Vanwaar de leemte?

De kern van de discussie over het wetgevingsbevel op Unierechtelijke grondslag wordt mijns inziens geraakt door de constatering dat er een specifieke leemte ontstaat ‘in Waterpakt-achtige situaties’. Voor Van den Bossche is dat onbestaanbaar en moeten er wetgevingsbevelen worden gegeven. Meijer is voorzichtiger maar beschouwt het niet geven van wetgevingsbevelen wel als een nadeel voor de rechtsbescherming van het algemeen belang. De Hoge Raad, op zijn beurt, rechtvaardigt de leemte met een verwijzing naar zijn positie onder nationaal recht en naar de positie van het Hof van Justitie. Daarmee is het minder een leemte en eerder een absolute grens van de rechterlijke functie.

Er is nog een andere manier om tegen de leemte aan te kijken: niet vanuit wat nodig is om de leemte te vullen maar gericht op de *oorzaak* van de leemte. Dan springt in het oog dat het bij ‘Waterpakt-achtige situaties’ niet of moeizaam om ‘rechten van particulieren’ gaat en dat er ook geen schade gevorderd wordt of kan worden. Zowel Waterpakt als Faunabeheer (en Clara Wichmann) passeerden de ontvankelijkheid via artikel 3:305a BW, de collectieve actie. Via dat artikel wordt het soort eisen van relativiteit omzeild, dat de puteigenaren later wel in de problemen bracht. De puteigenaren werden uiteindelijk niet ontvankelijk verklaard omdat de Nitraatrichtlijn niet de drinkbaarheid van het putwater van een onbepaalde groep derden beschermt. Vergelijkbare eisen van relativiteit worden door het Hof van Justitie zelf ook gesteld bij overheidsaansprakelijkheid.<sup>562</sup>

In deze benadering krijgt de leemte een principiële karakter. De breekijzerredenering steunt grotendeels op arresten waarin het wel om rechten van particulieren ging.<sup>563</sup> De reden dat duidelijkheid over het wetgevingsbevel

<sup>561</sup> Meijer 2007, p. 194-195.

<sup>562</sup> HvJ EG 12 oktober 2004, nr. C-222-02, *Jur.* 2004, p. I-9425, *NJ* 2005/323 (*Peter Paul*); Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 351-352.

<sup>563</sup> Besselink 2004b, p. 1450-1452.

in de jurisprudentie van Hof van Justitie ontbreekt, is omdat de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie zich tot nu toe vooral beperkte tot schadevergoedingsmogelijkheden.<sup>564</sup> Jans, Prechal en Widdershoven wijzen in dit verband op artikel 340 VWEU, waarin de aansprakelijkheid van EU-instellingen wordt geregeld. Dat artikel heeft het uitsluitend over het ‘vergoeden van schade.’ Om die reden menen Jans, Prechal en Widdershoven dat van het Hof van Justitie niet al te revolutionaire stappen in de richting van het wetgevingsbevel verwacht hoeven te worden.<sup>565</sup> Hier tegenover sluit artikel 3:305a BW een eis tot schadevergoeding te voldoen in geld juist uit.

Wat mij betreft maakt het veel verschil of een bevel wordt gegeven ter voorkoming van schade die anders later aan de eiser vergoed had moeten worden, of dat er meer uit een soort verlegenheid naar het bevel wordt gegrepen, ter compensatie van de afwezigheid van schade of de onmogelijkheid zo’n vordering onder artikel 3:305a BW toe te wijzen. Op dit belangrijke punt lopen de WWV-casus en de Waterpakt-casus uit elkaar. Wijnholt gaf een bevel omdat hij problemen voorzag met de rechtsvormende taak en het benodigde overgangsrecht als hij zelf een einde zou maken aan het kostwinnersbeginsel. Het Hof vernietigde het wetgevingsbevel, maar kon de kwestie uiteindelijk afwickelen via prejudiciële vragen en de directe werking van de richtlijn. De leemte valt op deze manier behoorlijk mee. Bij Waterpakt is het principieel anders, omdat die rechtsgang buiten de klassieke bedding van individuele rechten en schade treedt en meer de gedaante van *public law litigation* aanneemt.<sup>566</sup> De leemte ontstaat *daardoor* en is *daarom* veel groter. De stap naar het wetgevingsbevel is in dit geval veel groter dan hij lijkt. Er ligt een rolwisseling van de rechter onder.

Zelfs hierop kan worden afgedongen. Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft zich na *Waterpakt* wel bevoegd geacht om de Commissie in plaats van tot een schadevergoeding in geld tot een vergoeding in natura te verplichten, ‘in een voorkomend geval in de vorm van een bevel om iets te doen of na te laten.’<sup>567</sup> De casus ging om een beweerde inbreuk op het merkenrecht, en raakte dus geen vraagstukken van regelgevende aard. Bovendien verwees het Gerecht uitdrukkelijk naar de ‘geldende algemene beginselen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben’, om te rechtvaardigen dat er voor meer ruimte was dan voor een vergoeding in geld. Verder gaan dan de optelsom van deze beginselen ligt daarmee niet voor de hand.<sup>568</sup> Zelfs al zou het arrest van het Gerecht het soort revolutionaire stap zijn dat Jans, Prechal en Widdershoven niet verwachten, dan nog maakt binding aan de procesrechtelijke gemene deler in de Unie wetgevingsbevelen – voor zover ik kan zien – uiterst onwaarschijnlijk.

<sup>564</sup> Prinssen 2004, p. 206.

<sup>565</sup> Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 348 en p. 356-357.

<sup>566</sup> Zie hoofdstuk III.4

<sup>567</sup> GvEA EG 10 mei 2006, nr. T-279/03 (*Galileo International Technologies t. Commissie*), punt 60-63.

<sup>568</sup> Zoals eerder opgemerkt: Besselink 2004b, p. 1448.

<sup>569</sup> Zie r.o. 3.6 van het arrest.

### V.3.4.6 De Europese inbreukprocedure

Als uitsmijter merkt de Hoge Raad in het *Waterpakt*-arrest op zich in het goede gezelschap van het Hof van Justitie te bevinden.<sup>569</sup> Dat Hof kan ook geen wetgevingsbevelen geven. Helemaal juist is dat niet. In het verleden heeft het Hof in het kader van een goede rechtsbedeling, bij wijze van voorlopige maatregel, de Europese Commissie ‘gelast’ binnen zeven dagen een ‘groeifactor voor biggen’ weer op een bijlage van een richtlijn te laten plaatsen. Een ‘daad van wetgeving’, aldus het commentaar, terwijl het initiatiefrecht daarvoor bij de Commissie ligt.<sup>570</sup> De Hoge Raad heeft in *Waterpakt* echter stellig het oog op de mogelijkheden van het Hof van Justitie in een inbreukprocedure. In de *Waterpakt*-casus liep een dergelijke procedure naast de civiele.<sup>571</sup> En dan heeft de Hoge Raad wel gelijk. Het Hof van Justitie gelast in dergelijke procedures geen daden van wetgeving.

Een inbreukprocedure is een Europees handhavingsmechanisme waarin het Hof van Justitie centraal staat.<sup>572</sup> Dat Hof wordt gevraagd zich over de nakoming van verdragsverplichtingen door een lidstaat uit te spreken. Een andere lidstaat kan het initiatief daartoe nemen, maar die laten dat in de regel over aan de Europese Commissie.<sup>573</sup> De Commissie heeft hierin een uit de behartiging van het algemeen belang afgeleide taak.<sup>574</sup> Er is geen sprake van een verplichting om alle zaken voor het Hof te brengen. Eerder het omgekeerde. De procedure is ingericht op het voorkomen dat een procedure tot in Luxemburg doorgaat. Inzet is primair het in beweging krijgen of houden van lidstaten en niet het vaststellen of compenseren of vergelden van verdragsschendingen. Bovendien zal de Commissie bij de keuze een kwestie voor het Hof te brengen ongetwijfeld de na afloop van de procedure resterende verhoudingen met de betrokken lidstaat in het oog houden. Kortom: in verhouding tot het aantal aanmaningsbrieven dat de Commissie stuurt, komt het relatief zelden tot een inbreukarrest.<sup>575</sup>

Een complete inbreukprocedure begint met het moment waarop de Commissie uit de zelf verzamelde informatie of na een externe melding op de hoogte raakt van een mogelijke inbreuk. Daarna volgen doorgaans informele contacten. Leiden die tot niets, dan begint de zogenaamde administratieve of precontentieuze fase waarin de Commissie meer formeel de discussie met een lidstaat zoekt door het sturen van aanmaningsbrieven. Levert ook dat onvoldoende op, dan kan de Commissie overgaan tot het uitbrengen van een zogenaamd ‘met redenen omkleed advies’, zoals artikel 258 VWEU dat voorschrijft: een ‘duidelijke uiteenzetting van de gronden die de Commissie tot de overtuiging hebben gebracht dat de betrokken Staat een der krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.’<sup>576</sup> Daarbij mag de Commissie zich in een voorkomend geval ook uitlaten over de wijze waarop wel kan worden voldaan

<sup>570</sup> President HvJ EG 8 april 1987, nr. 65/87, *SEW* 1998 7/8, p. 465-473. (*Pfizer t. Commissie*). Het in de tekst opgevoerde commentaar is van *SEW*-annotator G.M. Borchardt.

<sup>571</sup> Zie hierboven, paragraaf V.2.

<sup>572</sup> Voor een algemene introductie Kapteyn 2008, p. 441-450; Eijsbouts e.a. 2010, p. 282-287; Joris & Van der Jeught 2010.

<sup>573</sup> Artikel 258 en artikel 259 VWEU.

<sup>574</sup> Artikel 17 lid 1 VEU.

<sup>575</sup> Kapteyn 2008, p. 444.

<sup>576</sup> HvJ EG 19 december 1961, nr. 7/61, *Jur.* 1961, p. 317 (*Commissie t. Italië*).

<sup>577</sup> HvJ EG 12 juli 1973, nr. 7/72, *Jur.* 1973, p. 814 (*Commissie t. Duitsland*).

aan de verplichtingen<sup>577</sup> en moet de Commissie een termijn stellen. Deze termijn bepaalt het moment waarop de Commissie een procedure bij het Hof aanhangig kan maken en fixeert de toetsing van het Hof.<sup>578</sup> De Commissie kan nadien het ‘voorwerp van geschil’ niet meer wijzigen en een lidstaat kan een procedure voor het Hof niet meer ontlopen door alsnog aan de verplichtingen te voldoen. De Commissie kan een zaak wel laten vallen. Is eenmaal de stap naar het Hof gezet, dan eindigt de administratieve fase en begint de contentieuze.

Bij het beoordelen van een inbreuk heeft het Hof zogenaamde ‘unlimited jurisdiction’: het Hof beoordeelt het geheel van de handelwijze van een lidstaat en beoordeelt ook, alle feiten in overweging nemend, of aan die lidstaat voldoende redelijke termijnen zijn gesteld.<sup>579</sup> Dat betekent niet dat het Hof veel ruimte laat voor rechtvaardigingsgronden. Politieke moeilijkheden of complexe wetgevingsprocedures vormen geen deugdelijk excuus. Alleen het stellen van een zogenaamde ‘absolute onmogelijkheid’ zou enige kans moeten maken.<sup>580</sup> Als het Hof de Commissie volgt, wijst het een inbreukarrest dat de inbreuk declaratoir vaststelt.<sup>581</sup> Het Hof kondigt het dictum van het inbreukarrest aan met de formulering dat het iets gaat ‘verklaren’. Voor andere dicta bestaat geen verdragsgrondslag. Er kan niets vernietigd of bevolen worden. De vaststelling van een inbreuk activeert wel de in artikel 260 lid 1 VWEU vastgelegde verplichting, dat een Staat die maatregelen moet nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof. Een zuiver declaratoir arrest moet dus wel worden ‘uitgevoerd’, zoals het Hof zelf ook – declaratoir – formuleert.<sup>582</sup> Bovendien kan het Hof sturen in de formulering van de inbreuk. Als het Hof verklaart dat Portugal niet aan de op hem rustende verdragsverplichtingen voldoet door ‘wetsdecreet nr. 48 051 van 21 november 1976’ niet in te trekken, is wel duidelijk wat er moet gebeuren.<sup>583</sup> Het Hof kan zich ook in meer positieve zin op wetgeving richten als het bijvoorbeeld verklaart dat Frankrijk een inbreuk pleegt door een specifiek artikel uit de *Code Civil* ook te laten gelden voor bedragen onder de 500 euro.<sup>584</sup> Zelf spreekt het Hof in dit verband van ‘uitvoering van een arrest die een wetwijziging impliceert’.<sup>585</sup> Dergelijke arresten zijn – als sprake is van rechterlijke rechtsvorming – materiële wetgevingsbevelen in de door mij voorgestelde definitie.<sup>586</sup> De binding van de relevante regelgever aan de rechtsvorming verloopt via artikel 260 lid 1 VWEU.

Met een inbreukarrest eindigt de contentieuze procedure en begint de verplichting voor de lidstaat het arrest uit te voeren. Lidstaten hebben nog nooit openlijk geweigerd een inbreukarrest uit te voeren.<sup>587</sup> Wel is er in de praktijk een waaier

<sup>578</sup> HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-456/03, *Jur.* I-05335 (*Commissie t. Italië*).

<sup>579</sup> Kapteyn 2008, p. 444.

<sup>580</sup> Eijsbouts e.a. 2010, p. 285-286.

<sup>581</sup> Eijsbouts e.a. 2010, p. 286.

<sup>582</sup> HvJ EG 10 maart 1970, nr. 7/69, *Jur.* 1970, p. 111, r.o. 5.

<sup>583</sup> HvJ EG 14 oktober 2004, nr. C-275/03 (*Commissie t. Portugal*).

<sup>584</sup> HvJ EG 25 april 2002, nr. C-52/00, *Jur.* 2002, p. I-03827 (*Commissie t. Frankrijk*).

<sup>585</sup> HvJ EG 18 juli 2006, nr. C-199/04, *Jur.* 2006, p. I-06885, NJ 2007/497 (*Commissie t. Frankrijk*), punt 77 en HvJ EG 10 januari 2008, nr. C-70/06, *Jur.* 2008, p. I-00001, NJ 2008/38 (*Commissie t. Portugal*), punt 52.

<sup>586</sup> Zie paragraaf II.3

<sup>587</sup> Kapteyn 2008, p. 446.

aan redenen waarom het er ondanks de goede bedoelingen nog niet helemaal van is gekomen. In zo'n geval kan de Commissie op grond van artikel 260 lid 2 VWU een nieuwe inbreukprocedure starten. Voorwerp van geschil is dan het niet nakomen van de verplichting een inbreukarrest uit te voeren. Artikel 260 lid 1 VWEU bevat geen termijnen, en het Hof geeft in de eerste inbreukprocedure geen dicta waaraan een termijn kan worden verbonden. Ter gelegenheid van tweede inbreukprocedures heeft het Hof echter wel de mogelijkheid om zich over het tempo van de uitvoering van zijn eigen arresten uit te laten. Er 'dient onverwijld met de uitvoering van een arrest te worden begonnen en deze dient zo spoedig mogelijk te worden voltooid'.<sup>588</sup> Een tweede inbreukprocedure is tevens een gelegenheid om verplichtingen inhoudelijk te preciseren. Frankrijk bleek een eerste inbreukarrest onvolledig te hebben uitgevoerd omdat het dacht te mogen volstaan met een wijziging van de administratieve praktijk. Dat had een wetswijziging moeten zijn.<sup>589</sup>

Belangrijker nog dan dit soort declaratoire aanscherpingen van materiële wetgevingsbevelen, zijn de dwangsommen waarmee het Hof de naleving van zijn arresten in tweede termijn kan bevorderen.<sup>590</sup> Deze executie voegt een nieuwe dimensie toe aan de discussie over Luxemburgse wetgevingsbevelen. Eén van de grote verschillen tussen het materiële en het formele wetgevingsbevel, en volgens voorstanders een van de grote voordelen van het formele, is de mogelijkheid om na een formeel bevel door te kunnen pakken met een dwangsom. Ten tijde van *Waterpakt* was nog niet echt duidelijk hoe ver het Hof van Justitie wilde gaan met het opleggen van dwangmiddelen. Sinds 1993 waren dwangsommen en forfaitaire sommen mogelijk, maar het duurde tot 2000 voordat voor het eerst een dwangsom werd opgelegd, aan Griekenland voor de tijd die het nog langer zou duren om een inbreukarrest uit 1992 uit te voeren.<sup>591</sup> De inzet was vrij specifiek: een stortplaats op Kreta was in strijd met twee richtlijnen en het niet opruimen van de stortplaats ging Griekenland vanaf het tweede inbreukarrest 20.000 euro per dag kosten. Griekenland verbeurde uiteindelijk een totaalbedrag van 4.720.000 euro, wat ook daadwerkelijk betaald werd.<sup>592</sup> In november 2003, dus na *Waterpakt*, volgde Spanje, dat onvoldoende maatregelen had genomen ter uitvoering van een arrest over de kwaliteit van het zwemwater.<sup>593</sup> Toen Spanje uiteindelijk aan de verplichtingen voldeed, zag de Commissie af van de inning van de verbeurde dwangsom.<sup>594</sup> Daarna namen de financiële sancties in de inbreukprocedure een dermate hoge vlucht dat het de vraag wordt hoe overtuigend het argument van de Hoge Raad dat het Hof van Justitie ook geen wetgeving kan bevelen nog is.

<sup>588</sup> HvJ EG 14 januari 1988, nr. 277-230/85, *Jur.* 1988, p. 1 (*Commissie t. België*), punt 11.

Vgl. HvJ EG 13 juli 1998, nr. 169/87, *Jur.* 1998, p. 4093 (*Commissie t. Frankrijk*), punt 14.

<sup>589</sup> HvJ EG 13 juli 1998, nr. 169/87, *Jur.* 1998, p. 4093 (*Commissie t. Frankrijk*), punt 11-12.

<sup>590</sup> Artikel 260 lid 2 VWEU. Artikel 260 lid 3 VWEU maakt het sinds het Verdrag van Lissabon mogelijk om bij de implementatie van een richtlijn al in de eerste ronde een dwangsom te vorderen. Zie verder Peers 2012.

<sup>591</sup> HvJ EG 4 juli 2000, nr. C-387/97, *Jur.* 2000, p. I-5047, NJ 2000/731 (*Commissie t. Griekenland*).

<sup>592</sup> Aldus het persbericht van de Commissie IP/05/1644, Joris & Van der Jeught 2011, p. 442.

<sup>593</sup> HvJ EG 25 november 2003, nr. C-278/01, *Jur.* 2003, I-14141 (*Commissie t. Spanje*).

<sup>594</sup> Ten onrechte, aldus Peers 2012, p. 56.

### V.3.4.7 Executie van inbreukarresten

Een belangrijke stap, wat het optuigen van de dwangmiddelen bij de uitvoering van inbreukarresten betreft, is een tweede inbreukarrest uit 2005. In *Waterpakt* heeft de Hoge Raad het over de eventuele wens van de Staat om het 'te laten aankomen op een inbreukprocedure'.<sup>595</sup> Frankrijk had die gedachte op een wat grotere schaal toegepast. In 1991 werd een inbreuk geconstateerd wegens onvoldoende controle op de visserij.<sup>596</sup> De oudste Europese verordening die Frankrijk volgens het Hof schond, dateerde al van bijna 10 jaar daarvoor. De regels beoogden de visstand in de Atlantische oceaan op peil te houden 'via technische maatregelen voor de bescherming van jonge exemplaren van mariene organismen'. Dat wil zeggen: netten mogen niet te fijnmazig zijn en ondermaatse vis mag niet verhandeld worden. Na het eerste inbreukarrest uit 1991 volgde de lange administratieve fase van een tweede inbreukprocedure. De Commissie stuurde – onverplicht – twee keer een met redenen omkleed advies en bracht de zaak ten langen leste weer bij het Hof voor de vaststelling van een tweede inbreuk, inclusief de oplegging van een dwangsom van 316.500 euro per dag.

Advocaat-generaal Geelhoed meent dat Frankrijk met enkel een op de toekomst gerichte dwangsom veel te gemakkelijk weggkomt met decennia *freeriding*.<sup>597</sup> Het gebrek aan controle had de visstand tekort gedaan en daarmee het gezamenlijk belang geschaad. Daarnaast wordt het beginsel van loyale samenwerking ernstig bedreigd als een lidstaat de eigen vissers feitelijk toestaat de ondermaatse vis te vangen en te verhandelen die hun collega's uit meer consciëntieuze landen hebben moeten laten zwemmen. Bovendien moet het Hof volgens Geelhoed ook aan zichzelf denken. Het niet uitvoeren van inbreukarresten tast de kern van de rechtsorde van de gemeenschap aan en is een ernstige bedreiging voor de geloofwaardigheid. Als lidstaten zelf zouden kunnen bepalen of, wanneer en hoe ze aan een inbreukarrest voldoen, dan zou het gezag van deze arresten volgens Geelhoed 'volledig worden ondermijnd'.<sup>598</sup> Hij adviseert daarom niet alleen de gevraagde dwangsom op te leggen, maar ook een forfaitaire som van 111,5 miljoen euro, het bedrag dat Frankrijk in een jaar zou verbeuren aan dwangsommen. Eigenlijk adviseert Geelhoed de dwangsom met terugwerkende kracht voor een jaar op te leggen in de vorm van een boete voor calculerend gedrag ten koste van het gezag van inbreukarresten.

Op deze conclusie van Geelhoed komen nogal wat reacties van interveniërende regeringen. Zij werpen een veelheid aan bezwaren op. Het Verdrag spreekt letterlijk van een dwangsom *of* een forfaitaire som, het Hof treedt buiten de grondslag van het geding als het meer zou doen dan de Commissie vroeg<sup>599</sup> en dit zou een onvoorzienbare punitieve sanctie zijn. Frankrijk wees zelfs op de ongelijkheid die zou ontstaan als Griekenland niet en Frankrijk wel 'uit het niets' met een forfaitaire som geconfronteerd zou worden. Van Duitse zijde werd een

<sup>595</sup> Zie r.o. 3.4 van het arrest.

<sup>596</sup> HvJ EG 11 juni 1991, nr. C-64/88, *Jur.* 1991, p. I-2727 (*Commissie t. Frankrijk*). Zie voor meer context: Wannerås 2006, p. 50-52.

<sup>597</sup> Geelhoed stelt dat de Franse autoriteiten eigenlijk alleen in naam en formeel meewerkten met de Commissie. Zie punt 86 van de eerste Conclusie in HvJ EG 12 juli 2005, nr. C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263, *NJ* 2006/145 (*Commissie t. Frankrijk*).

<sup>598</sup> Zie punt 7 van de tweede Conclusie HvJ EG 12 juli 2005, nr. C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263, *NJ* 2006/145 (*Commissie t. Frankrijk*).

<sup>599</sup> De Commissie hanteerde het beleid dat uitsluitend dwangsommen werden gevorderd.

interessant principieel bezwaar ingebracht: met de door Geelhoed voorgestelde ontwikkeling zou het Hof zich op een terrein begeven waar overwegingen van politieke opportuniteit een belangrijke rol spelen. Om die reden zou het Hof zich hier terughoudend moeten opstellen. Geelhoed toonde zich, in een tweede conclusie, niet onder de indruk van de ingebrachte bezwaren. Het woordje 'of' in 'dwangsom of forfaitaire som' kan ook een inclusieve betekenis hebben. De materiële bezwaren zouden misschien opgaan als het een strafvorderlijke of civiele procedure zou betreffen. Maar het gaat hier om een soort executieprocedure. Tegenover het Duitse bezwaar stelt Geelhoed dat het bepalen van een passend antwoord op een voortdurende schending 'niet afhankelijk is van enige overweging van politieke aard, maar zich geheel bevindt binnen de context van de rechterlijke procedure'.<sup>600</sup> Die reactie gaat helaas maar zeer beperkt in op het Duitse bezwaar.

Het Hof volgt Geelhoed.<sup>601</sup> In reactie op de Duitse bezwaren stelt het Hof zich formeel op. Nu de Commissie de zaak aan het Hof heeft voorgelegd, is het voortduren van de schending en het bepalen van een passende sanctie voorwerp van 'een procedure in rechte waarin politieke overwegingen geen rol spelen.' Wat een passende sanctie is, hangt samen met het beoordelen van de ernst en de duur van de inbreuk en 'dus valt deze beoordeling buiten de politieke sfeer'.<sup>602</sup> Als aard, ernst en duur van de schending dat rechtvaardigen, zulks ter beoordeling van het Hof, dan kunnen een forfaitaire som en een dwangsom cumuleren.<sup>603</sup> Tegenover de meer procesrechtelijke bezwaren stelt het Hof het karakter van de procedure. Het betreft geen civiel geding of een strafproces, maar moet worden begrepen als een bijzondere executieprocedure.<sup>604</sup> Daarin is enkel relevant met welke economische sanctie het gedrag van nalatige lidstaten beïnvloed kan worden: zowel de concrete inbreuk als het voorkomen van inbreuken in het algemeen. De forfaitaire som die Geelhoed voorstelde, wordt door het Hof wel verlaagd tot 20 miljoen euro, in combinatie met een dwangsom van een ruime 57 miljoen euro per half jaar.

Sinds dit arrest heeft de Commissie beleid ontwikkeld waarin bij tweede inbreukprocedures in beginsel zowel een forfaitaire som als een dwangsom worden gevorderd.<sup>605</sup> Waar aan een eerste inbreukarrest geen dwangsom gekoppeld is, dreigt dus altijd wel een boete als de uitvoering van het arrest te lang duurt. Dwangsommen en forfaitaire sommen kunnen aardig in de papieren lopen.<sup>606</sup> Voor het niet tijdig implementeren van richtlijnen wegens politieke verwickelingen in het nationale wetgevingsproces – een belangrijke categorie

<sup>600</sup> Zie punt 25 van de tweede Conclusie in HvJ EG 12 juli 2005, nr. C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263, *NJ* 2006/145 (*Commissie t. Frankrijk*).

<sup>601</sup> HvJ EG 12 juli 2005, nr. C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263, *NJ* 2006/145 (*Commissie t. Frankrijk*); Wannerås 2006, p. 52-54.

<sup>602</sup> Zie punt 90 van het arrest.

<sup>603</sup> Zie punt 86 van het arrest.

<sup>604</sup> Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer. Zie punt 11 van de tweede Conclusie in HvJ EG 12 juli 2005, nr. C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263, *NJ* 2006/145 (*Commissie t. Frankrijk*).

<sup>605</sup> Joris & Van der Jeught 2011, p. 434-435.

<sup>606</sup> Zie het overzicht van Joris & Van der Jeught 2011, p. 440-441. Het Expertisecentrum EU-recht van het ministerie van Buitenlandse Zaken heeft uitgerekend dat de dwangsom voor Nederland minimaal 4.403,70 euro per dag is en maximaal 264.222 euro. De boete is minimaal 3,6 miljoen en maximaal ruim 21 miljoen euro.

langdurig slepende inbreuken<sup>607</sup> – is met het Verdrag van Lissabon een verkorte route geïntroduceerd.<sup>608</sup> Wanneer een lidstaat niet kan meedelen iets gedaan te hebben, is het mogelijk al bij de eerste inbreukprocedure een dwangsom of een forfaitaire som te vorderen. Het Hof kan in die gevallen niet meer doen dan de Commissie vraagt, en de Commissie heeft aangegeven in die gevallen alleen dwangsommen te vorderen.<sup>609</sup>

In ieder geval is het beeld aanmerkelijk veranderd sinds de Hoge Raad in *Waterpakt* de onmogelijkheden van het Hof van Justitie aanhaalde als argument. Over de uitvoering van eerste inbreukarresten hangt inmiddels de schaduw van een forse forfaitaire som, waarbij het Hof van Justitie geen bijzondere positie voor de nationale wetgever accepteert. Ook de ‘uitvoering van een arrest die een wetwijziging impliceert’ werd gewoon met een dwangsom van 19.392 euro per dag verzwaaard, hoewel Portugal wees op een regeringswissel en op de eigen agenda van de volksvertegenwoordiging.<sup>610</sup> En Frankrijk zag de vaststelling van het onvoldoende aanpassen van zijn *Code Civil* voorzien van een dwangsom van 31.000 euro per dag.<sup>611</sup> Bovendien is het inmiddels juist bij het volledig niet-implementeren van richtlijnen mogelijk om meteen in de eerste ronde een dwangsom op te leggen. Daarmee is, hoewel het Hof nog steeds geen echte formele wetgevingsbevelen aan de nationale wetgever kan geven, de kracht van het argument van de Hoge Raad toch bepaald minder geworden.

Dat is overigens iets anders dan het omgekeerde, namelijk dat de Hoge Raad tot formele wetgevingsbevelen zou moeten overgaan *omdat* het Hof van Justitie – in de termen van *public law litigation* – de grens tussen de *issuance phase* en de *enforcement phase* heeft overschreden door niet alleen te verklaren wat er moet gebeuren maar alternatieven ook met dwangsommen te bedreigen.<sup>612</sup> In de verwerping van het Duitse argument dat het Hof zich bij de executie van Europese plichten te veel met overwegingen van politieke opportuniteit zou moeten inlaten, kan voor enige steun worden gevonden voor een betoog dat de Hoge Raad in *Waterpakt* te snel een politieke dimensie detecteert. Het Hof toonde immers weinig begrip voor het betoog dat de rechter bij de handhaving van plichten ruimte voor politieke overwegingen zou moeten laten, zoals de Hoge Raad in *Waterpakt* juist wel deed.

Ik meen echter dat in de huidige executie van inbreukarresten door het Hof van Justitie te weinig zelfstandige grond ligt voor de nationale rechter om tot het geven van formele wetgevingsbevelen over te gaan. In de eerste plaats is het Hof weliswaar streng voor lidstaten die zich beroepen op nationale moeilijkheden van constitutionele en politieke aard, maar het Hof wordt geactiveerd door de

<sup>607</sup> Kapteyn 2008, p. 446-447.

<sup>608</sup> Artikel 260 lid 3 VWEU.

<sup>609</sup> Peers 2012, p. 47. Peers vraagt zich af of dat terecht is nu het Hof zich in de zaak tegen Frankrijk uitgesproken heeft voor een benadering als executievraagstuk waarin dat gepast is wat nodig is om een lidstaat in een specifiek of in het algemeen tot implementatie te bewegen.

<sup>610</sup> HvJ EG 10 januari 2008, nr. C-70/06, *Jur.* 2008, p. I-00001, *NJ* 2008/38 (*Commissie t. Portugal*).

<sup>611</sup> HvJ EG 18 juli 2006, nr. C-119/04, *Jur.* 2006, p. I-06885, *NJ* 2007/497 (*Commissie t. Frankrijk*).

<sup>612</sup> Zie paragraaf III.4. In de *issuance phase* stippelt de rechter de te volgen koers uit, in de *enforcement phase* gaat het over bevelen, dwangsommen en executie.

Commissie. De Commissie heeft zelf beperkte middelen, heeft een taak in het kader van het *algemeen* belang, staat onder een zekere politieke controle van het Europees Parlement en zal zich altijd rekenschap moeten blijven geven van haar relatie met de lidstaten. Daarvan gaat een matigende werking uit die politiek onhoudbare inbreukprocedures wellicht voorkomt. Dat wordt alles anders als elke belangenorganisatie een inbreukprocedure zou kunnen opstarten.

Bovendien zijn de Europese ervaringen tot nog toe geen aanbeveling. Inbreukarresten met financiële sancties zijn wel alle uitgevoerd, maar van enige zichtbare verbetering in de algemene *compliance* is nog geen sprake – voor zover dat beoordeeld kan worden.<sup>613</sup> Wel is een nieuwe generatie problemen ontstaan: executiegeschillen. In Portugal was de gewraakte wet uiteindelijk ingetrokken en daarmee meende Portugal aan zijn verplichtingen te hebben voldaan, in ieder geval die uit het tweede inbreukarrest waaraan een dwangsom gekoppeld was. De Commissie stelde evenwel dat nog altijd niet voldaan was aan de verplichtingen uit het eerste inbreukarrest en vorderde bij beschikking betaling van de dwangsom. Het Gerecht van Eerste Aanleg was het met Portugal eens en verklaarde de invorderingsbeschikking nietig.<sup>614</sup> Voor een nieuwe beoordeling van de vraag of Portugal aan zijn verplichtingen voldeed, verwees het Gerecht de Commissie door naar een nieuwe inbreukprocedure. Los van de vraag of het Gerecht in dit geval tot een juiste conclusie kwam, is het onvermijdelijk dat aan een inbreukarrest dat enkel bedoeld is als ultiem middel om een lidstaat ‘in beweging te krijgen’, andere eisen worden gesteld dan aan een inbreukarrest op basis waarvan forse dwangsommen verbeurd worden. Dat brengt Joris en Van der Jeught tot een ‘punt van zorg’: ‘voor lidstaten is niet altijd even duidelijk welke maatregelen zij moeten nemen om uitvoering te geven aan een arrest van het Hof. Het Hof beschikt ter zake over een beperkte bevoegdheid en kan een lidstaat geen concrete maatregelen opleggen.’<sup>615</sup> Zo kan de versterking van de executie van inbreukarresten met dwangsommen en forfaitaire sommen gaan werken als een argument tegen declaratoire en negatieve uitspraken over bestaande inbreuken en als een argument voor het geven van meer concrete en meer positieve oordelen over wat de vereiste te nemen maatregelen zijn: als een argument voor een formeel en inhoudelijk gedetailleerd wetgevingsbevel.

Executiegeschillen kunnen overigens ontsporen en uitlopen op een grotere bedreiging voor het gezag van de Europese rechtsorde en het Hof van Justitie dan het enkele niet stipt opvolgen van een declaratoir inbreukarrest. Frankrijk raakte eveneens in conflict met de Commissie over de inning van de dwangsommen wegens te weinig controle op het vangen van ondermaatse vis. Parijs betaalde de eerste 57 miljoen maar meende daarna aan zijn verplichtingen te voldoen. De Commissie vond van niet en vorderde bij beschikking betaling van een tweede

<sup>613</sup> Peers 2012, p. 57-59.

<sup>614</sup> GvEA 29 maart 2011, nr. T-33/09 (*Portugal t. Commissie*).

<sup>615</sup> Joris & Van der Jeught 2010, p. 443.

57 miljoen. In dit geval meende het Gerecht dat de Commissie wel in haar recht stond.<sup>616</sup> Tegen deze uitspraak staat nog hoger beroep bij het Hof open. Mocht Frankrijk hoe dan ook blijven weigeren de verbeurde dwangsom over te maken, dan zou de Commissie volgens Peers het bedrag kunnen inhouden op betalingen aan Frankrijk. De vraag wat er moet gebeuren als Frankrijk vervolgens eenzelfde bedrag inhoudt op de afdrachten aan de Unie, beschouwt Peers als prematuur. Het zou mij niet verbazen als die vraag toch gaat spelen als de Commissie eenvoudig 57 miljoen landbouwsubsidie inhoudt wegens het niet betalen van een door Frankrijk betwiste dwangsom. Het Hof meent met financiële middelen de afwegingen in lidstaten te kunnen sturen. Het doel van de sancties is immers om op een lidstaat 'economische druk uit te oefenen om hem er toe te brengen een einde te maken aan de geconstateerde niet-nakoming'.<sup>617</sup> Dat zal waar zijn. Tegelijkertijd blijft overeind, zoals Geelhoed ook beseftte, dat de uitvoering van inbreukarresten uiteindelijk afhankelijk is van de medewerking van nationale politieke actoren.<sup>618</sup> Het is geen executie die berust op een duidelijk overwicht, zoals het geval is wanneer een enkele particulier meent zich niet aan een rechterlijke uitspraak te hoeven houden. Die particulier moet in het oog houden dat zijn bezittingen ook daadwerkelijk en desnoods onder politiebegeleiding kunnen worden opgehaald en verkocht. Zoals het in nationale verhoudingen de vraag is of het beginsel van machtscheiding wel ruimte biedt voor een dergelijk overwicht van de rechter over de wetgever, is het naar Europees recht de vraag in hoeverre het karakter van het beginsel van loyale *samenwerking* voor een dergelijke verhouding ruimte laat. Met andere woorden: het is zeer twijfelachtig of het verstandig is om onbepert op te schalen met dwangmiddelen zonder dat op voorhand duidelijk is wie er aan het langste eind gaat trekken. Om die reden is het nog veel te vroeg om uit de Europese praktijk een aanbeveling voor de nationale af te leiden.

#### V.3.4.8 Conclusie

*Waterpakt* raakt een aantal vragen van Europeesrechtelijke aard. Zij zijn in deze paragraaf besproken. In de eerste plaats heeft de Hoge Raad niet gekozen voor een rol als Europese rechter. Integendeel zelfs. De Hoge Raad acht de vrijheid van de Staat om het op een inbreukprocedure te laten aankomen een argument om niet te interveniëren. In de tweede plaats stelt de Hoge Raad geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, hoewel dat niet onlogisch zou zijn geweest en de advocaat-generaal dat adviseerde. Beide punten zijn opvallend vanuit de erkende traditie van *Europafreundlichkeit* van de Nederlandse rechtspraak.<sup>619</sup> Kennelijk heeft die traditie haar grenzen. De Hoge Raad wil ver meegaan met de effectuering van het Unierecht, maar niet door middel van wetgevingsbevelen. Door daarover geen prejudiciële vragen te stellen handhaaft de Hoge Raad op dit punt zijn (feitelijke) autonomie.<sup>620</sup>

In de derde plaats is het de vraag of de Hoge Raad, door geen vragen te stellen,

<sup>616</sup> GvEA 19 oktober 2011, nr. T-139/06 (*Frankrijk t. Commissie*).

<sup>617</sup> HvJ EG 12 juli 2005, nr. C-304/02, *Jur.* 2005 p. I-6263, *NJ* 2006/145 (*Commissie t. Frankrijk*) punt 91.

<sup>618</sup> Joris & van der Jeught 2010, p. 444.

<sup>619</sup> Zoals die, overigens *na* Waterpakt, culmineerde in het *Rusttijden*-arrest, HR 2 november 2004, *NJ* 2005/80, *LJN* AR1797 (*Rusttijden*). Zie T. Barkhuysen, H.M. Griffioen & W.J.M. Voermans, 'Artikel 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004, p. 2289-2290.

<sup>620</sup> Van Harten 2011, p. 139-182.

een onwenselijk antwoord heeft vermeden. Vanuit het Europese recht kunnen verschillende posities worden ingenomen. Een benadering waarin de effectiviteit van het Unierecht alles vermag zou tot het een wetgevingsbevel kunnen leiden. Andersom kan, zoals de Hoge Raad doet, het beginsel van procedurele autonomie centraal worden gesteld. In dat geval is voor een wetgevingsbevel geen ruimte als die naar nationaal recht ook niet bestaat. Tussen deze benadering bevindt zich de mogelijkheid van een afweging onder de ‘procedurele *rule of reason*’. Daarin zal de machtscheiding moeten worden afgewogen tegen het nadeel voor de effectiviteit van het gemeenschapsrecht. Hoe die afweging zal moeten uitvallen voor het formele wetgevingsbevel is moeilijk te zeggen. Ten slotte heb ik gewezen op het karakter van de leemte die ontstaat in ‘Waterpakt-achtige situaties’. Die heeft ook te maken met een onderliggende rolwisseling van de rechter, van klassiek naar meer in de richting van *public law litigation*. Deze rolwisseling maakt het onwaarschijnlijker dat het Hof van Justitie desgevraagd tot een Europees wetgevingsbevel had geconcludeerd, zeker gezien de binding aan de beginselen die de lidstaten gemeen hebben. Al met al heeft de Hoge Raad naar mijn oordeel uiteindelijk inhoudelijk niet ten onrechte geconcludeerd dat het Unierecht niet tot het geven van een formeel wetgevingsbevel verplicht.

In de vierde plaats is de positie van het Hof van Justitie onder de loep genomen. Dat Hof kan inderdaad, zoals de Hoge Raad al opmerkte, in inbreukprocedures geen formele wetgevingsbevelen geven. Wel materiële. Bovendien heeft het Hof, grotendeels na *Waterpakt*, de beschikking gekregen over een stelsel van financiële sancties waarover de Nederlandse rechter pas zou beschikken als hij wel formele wetgevingsbevelen zou mogen geven. Dat maakt het argument van de Hoge Raad minder overtuigend. Maar de ervaringen die inmiddels in Europees verband zijn opgedaan, vormen geen onmiddellijke aanbeveling. In de procedures waarin financiële sancties zijn opgelegd, is weliswaar voldaan aan de verdragsverplichtingen. In die zin zijn de sancties dus effectief. Van betere Unietrouw over de gehele linie is echter geen sprake. Wel ontstaat er druk op het Hof om zich gedetailleerder en positiever uit te laten over de maatregelen waarmee een inbreuk opgeheven moet worden. Gebeurt dat niet, dan zullen de executiegeschillen die nu ontstaan zich vaker gaan voordoen. De vraag is of de naleving van het Unierecht daarmee gediend is.

#### **V.4 Conclusie**

Dit hoofdstuk vertelt het verhaal van het formele wetgevingsbevel. Het verhaal begint met de casus van het *Waterpakt*-arrest, waarvan de juridische en politieke uitwerking een ingewikkeld polycentrisch conflict laat zien. Er zijn grote economische boerenbelangen die niet alleen politiek goed georganiseerd zijn, maar zich bij de rechter ook met succes kunnen beroepen op de bescherming van hun recht op eigendom. Mestregulering is daarmee kostbaar en complex. Daarnaast gaat het om Europese verplichtingen, waar de Europese Commissie op toeziet en waarbij het Hof van Justitie ingeschakeld kan worden. In deze zaak was de Europese Commissie reeds in beweging gekomen en werd Nederland uiteindelijk voor het Hof gedaagd. Bij dit alles komen dan de natuurorganisaties,

die deels uit naam van het algemeen belang en deels uit naam van eigenaren van waterputten met te veel nitraat, een beroep op de civiele rechter doen om met een formeel wetgevingsbevel te interveniëren. Tegen deze achtergrond is de uiteindelijke strategie van het gerechtshof om eerst op het Hof van Justitie te wachten, dan te bezien of de Staat een eventueel inbreukarrest voldoende serieus oppakt en vervolgens te beoordelen of er nog wel voldoende belang bij de vordering overblijft, zeer begrijpelijk. Maar omdat er een uitvoerbaar bij voorraad verklaard bevel van de rechtbank lag moest het gerechtshof zich toch al deels uitspreken, waarna daar beroep in cassatie tegen kon worden ingesteld. In dat cassatieberoep volgt het *Waterpakt*-arrest, waarin de Hoge Raad zich bepaald niet beperkt tot het voorliggende geval maar het formele wetgevingsbevel ten gronde afwijst.

Vanuit deze casus werkt dit hoofdstuk vier kwesties verder uit. De eerste kwestie is een inpassing van *Waterpakt* in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het *Rijbewijs*-arrest, dat een formeel bevel aan een bestuursorgaan accepteerde, het *Pocketbooks II*-arrest, dat de wetgevende functie onder het gewone recht van onrechtmatige daad bracht, en het *Trias*-arrest, dat wetgevend nalaten onder de dekking van het constitutioneel toetsingsverbod weghaalde, lijken voor te sorteren op een formeel wetgevingsbevel. Daartegenover staan echter het *Lucky Luyk*-arrest en het *Tegelen*-arrest, waarin de Hoge Raad niet redeneerde vanuit de effectieve rechtsbescherming, maar vooral oog had voor de verantwoordelijkheid die hij op zich nam als hij een bevel zou geven en voor wat hij 'in feite' aan het oordeel van de formele wetgever onttrok als hij zich over een wetsvoorstel zou uitlaten.

Bij wijze van tweede kwestie bespreekt dit hoofdstuk de ervaringen uit de lagere jurisprudentie met het formele wetgevingsbevel en de opstelling van de doctrine. Voor twee casus is apart aandacht: de inzet van het formele bevel met een dwangsom in de richting van (uiteindelijk) het COTG waarmee de afweging van de Staat om niets te doen werd gecorrigeerd, en de enige keer dat de formele wetgever door de rechter bevolen is. Uiteindelijk ontwikkelt zich in de lagere jurisprudentie een lijn waarin de formele wetgever niet, maar andere regelgevers wel bevolen kan worden. De doctrine is, hoewel niet helemaal eensgezind, overwegend op de hand van de mogelijkheid van het formele wetgevingsbevel.

De conclusie luidt dat de stelligheid van *Waterpakt* niet aansluit op eerdere arresten van de Hoge Raad, niet op de lagere jurisprudentie sinds *Pocketbooks II* en ook niet op de doctrine. De kritische ontvangst van *Waterpakt* verbaast daarom niet. Desalniettemin heeft de Hoge Raad de lijnen doorgetrokken. Dat wordt als derde kwestie besproken. Na de afwijzing van een formeel bevel in de richting van de formele wetgever ter handhaving van een Europese wetgevingsplicht, volgde *Faunabeheer*, waarin ook een bevel aan Provinciale Staten tot het intrekken van een verordening voor onmogelijk werd gehouden. Het *SGP*-arrest, ten slotte, bepaalde dat het allemaal niet anders is bij overig internationaal recht. Alleen de vraag of ook het wetgevingsinitiatief van de regering veilig is,

moet de Hoge Raad nog beantwoorden. De lagere jurisprudentie wijst dergelijke bevelen inmiddels ook al af.

Waar de Hoge Raad de mogelijkheid om in een executoriale verhouding met een wetgever te geraken fundamenteel afsluit, ontwikkelt de jurisprudentie van het Hof van Justitie zich wel in die richting. Dat is de vierde kwestie van dit hoofdstuk. Hoewel het Hof strikt genomen geen formele bevelen kan geven, is het de inbreukprocedures gaan optuigen met forfaitaire sommen en dwangsommen. De betrokkenheid van een democratisch gelegitimeerde wetgever maakt daarin voor het Hof geen verschil.

Terugkoppelend naar de algemene discussie over het wetgevingsbevel levert dit de volgende conclusies op. In de eerste plaats illustreert de casus van het *Waterpakt*-arrest de complexiteit achter het enkele verzoek van een natuurorganisatie om de naleving van de Nitraatrichtlijn te bekrachtigen met een formeel bevel. De Hoge Raad zou de Staat bevelen in te grijpen in de boerenbelangen die even daarvoor nog rechtsbescherming bij dezelfde Hoge Raad gezocht hadden. Het is voorstelbaar dat met een formeel wetgevingsbevel in dit geval, in de woorden van het *Lucky Luyk*-arrest, 'de verantwoordelijkheid ter zake van een en ander van de wetgever naar de rechterlijke macht zou worden verschoven in een mate die niet in ons staatsbestel past.'

In de tweede plaats laat de in dit hoofdstuk besproken casuïstiek zien hoe de eerder in hoofdstuk III ontwikkelde argumenten voor en tegen het formele wetgevingsbevel in de praktijk gebruikt worden. Aan de zijde van de voorstanders en in de voorbeelden uit de jurisprudentie spelen de op rechtsbescherming geënte argumenten een grote rol. Aan de zijde van de tegenstanders en in de jurisprudentie sinds *Waterpakt* is het politieke, of democratische karakter van het wetgevingsinitiatief belangrijk. Het concept van de negatieve wetgever komt wel voor, maar het zijn vooral de belangen van niet bij de procedure betrokken derden die de meest prominente rol vervullen, zowel in de afwijzing van de formele wetgevingsbevelen door de Hoge Raad als in de latere lagere jurisprudentie. Op die grond is het waarschijnlijk dat ook het wetgevingsinitiatief van de veel minder direct democratisch gelegitimeerde regering of minister door de Hoge Raad afgeschermd zal worden.

In de derde plaats bieden de in dit hoofdstuk besproken voorbeelden enig zicht op de praktijk van het formele wetgevingsbevel. Enerzijds is Wijnholts interventie bij de huisartsentarieven een voorbeeld van een geval waarin de Staat afzag van het voldoen aan zijn verplichtingen om de enkele reden dat de staatsfinanciën ergens anders voor gebruikt werden. Die afweging werd succesvol doorbroken met een dwangsom: effectieve rechtsbescherming in de praktijk. Anderzijds laat het geval van de WWV zien dat een formeel bevel in de richting van de formele wetgever geen garantie biedt dat de wet binnen de gestelde termijn tot stand komt, ondanks dat die termijn gesteld was op een door de staatssecretaris zelf genoemde datum: politiek in de praktijk. Het Hof van Justitie geeft geen

formele bevelen, maar bedreigt nationale wetgevers wel met dwangsommen. De ervaringen daarmee zijn nog te pril om echte conclusies aan te verbinden. Vooralsnog lijkt het Hof uiteindelijk succesvol in het bereiken van de gewenste resultaten in de specifieke gevallen. Tegelijkertijd dreigt een nieuwe generatie problemen over het verbeuren en invorderen van dwangsommen.

In de vierde plaats blijft het – ondanks alles – opmerkelijk dat de Hoge Raad het formele wetgevingsbevel zo radicaal afwijst. Mogelijk heeft dat iets te maken met de beschikbaarheid van een alternatief: het materiële wetgevingsbevel. Vooral als dat niet alleen kan via de dreiging met rechtsvorming, zoals in *Arbeidskostenforfait*, maar ook met een verklaring voor recht. Dat is het onderwerp van de volgende *casestudy*.





# Verklarend verplichten

Over het SGP-arrest en de bevelende verklaring voor recht

### VI.1 Inleiding

Toen ds. Kersten in 1922 de eerste Kamerzetel voor de SGP ooit veroverde, zette hij onmiddellijk zijn tanden in het gezantschap bij de Heilige Stoel. Over het vrouwenkiesrecht, dat de confessionelen zeer tot ongenoegen van de oprichters van de SGP bij de *Pacificatie van 1917* niet hadden geblokkeerd,<sup>621</sup> was Kersten in zijn *maiden speech* enigszins dubbel. Hij merkte op dat 'zoovele vrouwen, soms tegen haar overtuiging in, stemden en rechtsch stemden, en aan de linkerzijde een nederlaag bezorgden als niemand had durven denken'.<sup>622</sup> Daaruit blijkt dat hij zeker niet blind was voor de voordelen van stemmende vrouwen. Het *Program der Staatkundig Gereformeerde Partij* van 1918 was wel helder: 'vrouwenkiesrecht strijdt met de roeping der vrouw, en stemdwang met de vrijheid der burgers'.<sup>623</sup>

Het accent van de inspanningen van de SGP-fractie lag vooral bij het tweede punt, de stemdwang.<sup>624</sup> In 1917 was eveneens een opkomstplicht ingevoerd die, in ieder geval in de ogen van de SGP, onvoldoende rekening hield met gewetensbezwaarde vrouwen. Toen in 1970 de opkomstplicht uiteindelijk werd afgeschaft, waren de gewetensbezwaren van en tegen stemmende vrouwen in staatkundig gereformeerde kringen inmiddels grotendeels gedoofd. Binnen de SGP is de discussie verplaatst naar de grenzen van vrouwelijke deelname aan het politieke leven. Het huidige *Program van Beginselen* brandmerkt het vrouwenkiesrecht nog altijd als 'het resultaat van revolutionair emancipatiestreven',<sup>625</sup> en dat is voor de staatkundig gereformeerde verstaander allesbehalve een aanbeveling. De uitoefening van het actief kiesrecht wordt echter expliciet aan het individuele vrouwelijke geweten gelaten. Het lidmaatschap van vertegenwoordigende lichamen of het bekleden van publieke ambten wordt nog wel met zoveel woorden in strijd met 'de roeping der vrouw' geacht. Buiten de SGP is steeds meer discussie ontstaan over de toelaatbaarheid van dit vrouwenstandpunt. En nu het eeuwfeest van de SGP in zicht komt, lijken de SGP-vrouwen andermaal voorwerp van overheidsinterventie. Niet om ze het actief kiesrecht te laten uitoefenen, maar om hun passief kiesrecht 'te verzekeren'. Geen opkomstplicht, dit keer, maar (misschien) een kandidaatstellingsplicht, althans, een plicht voor de SGP om vrouwen te kandideren.

Een belangrijke aanjager van deze overheidsinterventie is de Hoge Raad, die een arrest van het hof en daarmee een verklaring voor recht in stand liet dat de Staat onrechtmatig handelt. Blijkens de motivering bestaat die onrechtmatigheid uit het niet optreden tegen de SGP. Eveneens is duidelijk dat wel optreden het

<sup>621</sup> Dölle 2006, p. 99.

<sup>622</sup> *Handelingen II 1922/23*, p. 351; Fieret 1990, p. 91-92.

<sup>623</sup> Artikel 13; Fieret 1990, p. 279.

<sup>624</sup> Fieret 1990, p. 88-100.

<sup>625</sup> Artikel 10. Zie [www.sgp.nl](http://www.sgp.nl).

vaststellen van wetgeving behelst. Ondanks dat de uitspraak van de Hoge Raad geen formeel wetgevingsbevel is, maar enkel een declaratoir in stand laat, heet het allerwegen dat het arrest van de Hoge Raad moet worden 'uitgevoerd'. Daarmee zijn de SGP-casus, het *SGP*-arrest, deze figuur van de bevelende verklaring voor recht en de daaruit voortvloeiende kwesties relevant binnen een studie naar het wetgevingsbevel. Ze zijn dan ook het onderwerp van dit hoofdstuk.

### *Opzet van dit hoofdstuk*

Allereerst zal, in paragraaf VI.2 de casus van de SGP geanalyseerd worden. De beschrijving volgt het verloop van de civiele procedure van stichting Proefprocessenfonds Clara Wichmann (verder: Clara Wichmann) tegen de Staat, tegen de achtergrond van de politieke discussie daarover.

Paragraaf VI.3 bespreekt vervolgens vier kwesties, die tot op zekere hoogte voortvloeien uit de casus en relevant zijn in het kader van dit proefschrift. In de eerste plaats is het de vraag hoe een instructienorm in de richting van de wetgever, wat artikel 7 Vrouwenverdrag blijkt te zijn, inroepbaar is bij de civiele rechter. Op het eerste gezicht lijkt het criterium 'een ieder verbindend' uit artikel 93 en 94 Grondwet bedoeld om dit te voorkomen. Paragraaf VI.3.1 onderzoekt welke factoren de inroepbaarheid van het Vrouwenverdrag bevorderd hebben. Gegeven de inroepbaarheid van het Vrouwenverdrag, ontstaat een geschil dat een *inzet* heeft die sterk lijkt op wat in hoofdstuk III is beschreven als de typische inzet van *public law litigation*. Paragraaf VI.3.2 werkt deze gedachte verder uit, toegespitst op de vraag hoe Clara Wichmann ontvankelijk kan zijn, hoe het in dit geval zit met de belangen van niet bij deze procedure betrokken 'derden' en wat de vergelijking met *public law litigation* oplevert voor de moeilijkheden die in de SGP-casus ontstaan bij de remedie.

Paragraaf VI.3.3 stelt de vraag in hoeverre het *SGP*-arrest kan worden aangemerkt als een materieel wetgevingsbevel. Daarbij gaat het met name om twee vragen die een uitwerking vormen van de in hoofdstuk II gepresenteerde definitie. In de eerste plaats: hoe duidelijk moet uit de uitspraak van de rechter blijken dat sprake van is van een (dreigende) schending van een wetgevingsplicht? Verder behandelt paragraaf VI.3.3 de eerder doorgeschoven vraag of de rechtsvorming – in dit geval – bindend is of blijkt voor de wetgever. Met andere woorden: is het *SGP*-arrest een materieel wetgevingsbevel of onderdeel van een dialoog waarin de wetgever nog altijd de ruimte heeft om op basis van een eigen interpretatie van het Vrouwenverdrag geen maatregelen tegen de SGP te treffen? Paragraaf VI.3.4 beantwoordt ten slotte de vraag of er van het EHRM wetgevingsbevelen te verwachten zijn.

Afgesloten wordt, in paragraaf VI.4, met een opsomming van de belangrijkste bevindingen en een terugkoppeling naar de algemene discussie over het wetgevingsbevel.

## VI.2 Casus

Hoewel de opvattingen van de SGP over deelname van vrouwen aan het politieke leven sinds de oprichting verschoven zijn, nam de maatschappelijke acceptatie van het stellen van enige beperking aan vrouwelijke deelname aan het politieke leven sneller af. In 1979 was de SGP voorwerp van Kamervragen omdat de kiesvereniging Putten vrouwen had geweerd van een openbare bijeenkomst ter voorbereiding van de eerste verkiezingen voor het Europees Parlement. Minister Wiegel (VVD) antwoordde dat dit wel discriminatie maar niet strafbaar was.<sup>626</sup> Waar in Putten vrouwen van bijeenkomsten geweerd werden, verwierf in Den Haag een enkele vrouw het lidmaatschap van de kiesvereniging. Begin jaren '90 trok de SGP, na enig aarzelen, de teugels aan. In 1997 resulteerde dat in een volwaardig lidmaatschap dat enkel voor mannen open stond (behoudens voor de vrouwen die reeds lid waren), terwijl nieuwe vrouwelijke gegadigden alleen buitengewoon, doch niet-stemhebbend lid konden worden.

Ondertussen verlegden tegenstanders de strijd naar de rechter.<sup>627</sup> In 1993 deed Karin Berfelo, 'gegriefd in haar vrouw-zijn',<sup>628</sup> aangifte tegen de SGP. Het Openbaar Ministerie vervolgde niet. In de daartegen gerichte klachtprocedure oordeelde het Hof Den Haag precies zoals Wiegel eerder gedaan had: wel discriminatie, niet strafbaar.<sup>629</sup> Althans, niet onder artikelen 137f en 429quater van het Wetboek van Strafrecht. De civiele rechter leek eveneens de beker aan zich voorbij te willen laten gaan. In een procedure van Yvonne Franssen, 'persoonlijk vernederd en bedreigd',<sup>630</sup> oordeelde de Haagse rechtbank dat zij geen, althans onvoldoende SGP-vrouw en daarom niet-ontvankelijk was.<sup>631</sup> De SGP verwachtte zelf veel onheil van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb).<sup>632</sup> Dat bleek echter mee te vallen. Toen mevrouw Grabijn-van Putten (een van de vrouwen die het reeds in 1984 gelukt was om lid te worden van de Haagse kiesvereniging) de statutaire uitsluiting van het vrouwenlidmaatschap aan de Commissie Gelijke Behandeling voorlegde, achtte de Commissie zich niet bevoegd omdat de interne regels van partijen buiten de reikwijdte van de Awgb vielen.<sup>633</sup> Het werd uiteindelijk het Vrouwenverdrag dat de SGP in serieuze problemen bracht.

<sup>626</sup> *Handelingen II* 1978/79, p. 5232-5233; Post 2010, p. 137-138.

<sup>627</sup> C. Flinterman & M. Shuteriqi, 'De SGP, vrouwen en het recht', *NJCM-Bulletin* 2002, p. 336-343.

<sup>628</sup> 'Ik ben gegriefd in mijn vrouw-zijn', *Reformatorisch Dagblad* 3 september 1993.

<sup>629</sup> Hof Den Haag 30 november 1995, *NJ* 1996/324, *LJN* AD2441.

<sup>630</sup> Franssen wil volwaardig SGP-lid zijn, *Reformatorisch Dagblad* 2 november 1995.

<sup>631</sup> De SGP had bij conclusie van antwoord gevraagd of Franssen de grondslag kon onderschrijven, waarop zij niet was ingegaan. Hierdoor 'hield de rechtbank het ervoor dat zij die grondslag niet kan onderschrijven'. Rechtbank Den Haag 1 november 1995, zoals geciteerd in het verslag uit het *Reformatorisch Dagblad* van 2 november.

<sup>632</sup> Post 2010, p. 191.

<sup>633</sup> CGB 27 december 2001, oordeelnummer 2001-150.

### VI.2.1 Aanloop

Het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, hier kortweg het (VN-)Vrouwenverdrag, werd op 18 december 1979 aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties.<sup>634</sup> Nederland ondertekende in 1985 en ratificeerde in 1991.<sup>635</sup> De bedreiging voor de SGP werd door de partij reeds tijdens de goedkeuring ingezien. SGP-fractievoorzitter Van der Vlies betreunde de afwezigheid van een voorbehoud voor de positie van politieke partijen als die van hemzelf. Staatssecretaris Ter Veld (PvdA) wees echter op de terughoudendheid die de wetgever in dit verband paste. Het Vrouwenverdrag moest immers in samenhang worden gelezen met andere verdragen, in het bijzonder de grondrechtenverdragen. Het kabinet zag 'thans' geen reden om maatregelen te treffen, maar dit moest niet worden begrepen als 'een principieel nooit'.<sup>636</sup> Het overtuigde de SGP niet. In beide kamers stemden de staatkundig gereformeerde fracties tegen de goedkeuring van het Vrouwenverdrag.

Deze tegenstem heeft niet kunnen verhinderen dat Nederland sinds 1991 gebonden is aan artikel 7 van het Vrouwenverdrag. Dat artikel luidt als volgt:

De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, nemen alle passende maatregelen om discriminatie van vrouwen in het politieke en openbare leven van het land uit te bannen, en verzekeren vrouwen in het bijzonder het recht op gelijke voet met mannen:

- (a) hun stem uit te brengen bij alle verkiezingen en volksstemmingen, en verkiesbaar te zijn in alle openbaar gekozen lichamen;
- (b) deel te nemen aan de vaststelling van het overheidsbeleid en aan de uitvoering hiervan, alsook openbare ambten te bekleden en alle openbare functies op alle overheidsniveaus te vervullen;
- (c) deel te nemen aan niet-overheidsorganisaties en verenigingen op het gebied van het openbare en politieke leven van het land.

Bij de totstandkoming van de Awgb werd, met name door D66-kamerlid Groenman, gevraagd of wel in voldoende middelen was voorzien om tegen de SGP op te treden. Daarbij lag de focus op de (toen nog dreigende) formele uitsluiting van vrouwen van het partijlidmaatschap. Groenman wees de regering op het Vrouwenverdrag. De regering meende dat daaraan werd voldaan. Eventuele aanvullende bescherming kon, aldus minister Dales (PvdA), altijd nog gevraagd worden aan de rechter onder artikel 1 Grondwet. Ten aanzien van het Vrouwenverdrag meende minister Hirsch Ballin (CDA) dat Nederland pas in de problemen zou komen wanneer, over de hele linie genomen, vrouwen zouden worden uitgesloten van het politieke leven. Hij interpreteerde het Vrouwenverdrag dus niet zo dat die ook de aanwezigheid van kleine afwijkende partijen uitsloot. Voor verdere interpretatie en handhaving van artikel 7 Vrouwenverdrag verwees hij naar de rechter, ter gelegenheid waarvan hij dat artikel rechtstreeks werkend

<sup>634</sup> *Trb.* 1980/146; de Nederlandse vertaling verscheen in *Trb.* 1981/61.

<sup>635</sup> Voor de parlementaire goedkeuring: *Kamerstukken II*, 1984/85-1989/90, 18 950 (R 1281), nr. A-C, 1-11; *Kamerstukken I*, 1990/91, 18 950 (R 1281), nr. 72-72b; Rijkswet van 3 juli 1991 ter goedkeuring van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van Vrouwen (New York, 18 december 1979), *Stb.* 1991/355.

<sup>636</sup> *Kamerstukken II* 1988/89, 18 950, nr. 9, p. 14 en *Handelingen II* 1988/89, p. 4869 en 4871.

achtte.<sup>637</sup> In antwoord op Kamervragen sprak Hirsch Ballin – onder verwijzing naar de parlementaire behandeling van de goedkeuringswet<sup>638</sup> en de recente parlementaire geschiedenis van de Awgb – zelfs van ‘het Nederlandse beleid ter uitvoering van artikel 7 onder c van het VN-Vrouwenverdrag’: terughoudendheid jegens politieke partijen en handhaving in eerste instantie via de rechter. De vraag naar de jegens de SGP te nemen maatregelen ‘hoeft dus pas beantwoord te worden als zou blijken dat zich een situatie voordoet waarin, ook nadat een beroep is gedaan op de rechter die artikel 7 van het desbetreffende verdrag in acht kan nemen, tot de conclusie moet worden gekomen dat niet voldaan is aan het principe van de toegang van vrouwen tot het politieke leven inclusief organisaties.’<sup>639</sup>

Deze terughoudendheid werd door wisselende kabinetten, waaronder die met een overigens weinig SGP-*freundliche* paarse signatuur, volgehouden. Ook tegen min of meer juridische oordelen in. In 1997 verscheen de eerste nationale<sup>640</sup> rapportage over de naleving van het Vrouwenverdrag door Nederland.<sup>641</sup> De commissie bestond, op de eerder genoemde voorzitter en naamgever Groenman na, uitsluitend uit juristen. Specifiek over de SGP constateerde de commissie dat het in de procedures bij de rechter eigenlijk niet of nauwelijks over het Vrouwenverdrag was gegaan, terwijl daar wel het fundamenteel probleem zat.

‘Artikel 7 kan niet anders geïnterpreteerd worden dan dat deze uitsluiting in strijd is met het Verdrag. Dat impliceert niet alleen dat een wettelijk verbod tot uitsluiting aan de orde is, maar tevens dat van de overheid een actief beleid gevraagd wordt om aan deze discriminatoire situatie een einde te maken met de middelen die haar ten dienste staan. Daarbij kan gedacht worden aan de bevoegdheid die de overheid heeft om een ontbindingsvordering in te stellen en aan de mogelijkheid om subsidies te onthouden aan organisaties die handelen in strijd met het Verdrag.’<sup>642</sup>

In een kabinetsreactie<sup>643</sup> hield de regering de boot af. Er was te weinig sprake geweest van een afweging met de grondrechten die de SGP juist beschermden. Eenzelfde reactie viel het oordeel van de *Committee on the Elimination of Discrimination Against Women* (CEDAW) ten deel. Ook het CEDAW constateerde in de aanwezigheid van de vrouwen uitsluitende SGP strijd met het Vrouwenverdrag en deed de dringende aanbeveling daar wetgevend tegen op te treden.<sup>644</sup> Hoewel

<sup>637</sup> *Handelingen II* 1992/93, p. 3524.

<sup>638</sup> Meer specifiek: *Kamerstukken II* 1986/87, 18 950, nr. 6, p. 14.

<sup>639</sup> *Aanhangsel Handelingen II*, 1993/94, nr. 87. De wissel naar een Paars kabinet heeft dit beleid niet veranderd: minister Sorgdrager verwees exact naar dit antwoord van Hirsch Ballin als een verwoording van (ook) haar beleid: *Aanhangsel Handelingen II*, 1993/94, nr. 761.

<sup>640</sup> Deze nationale rapportageverplichting was opgenomen in artikel 3 van de Rijkswet ter goedkeuring van het VN-vrouwenverdrag, (*Stbl.* 1991/355).

<sup>641</sup> *Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997*.

<sup>642</sup> *Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997*, p. 60.

<sup>643</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 25 893, nr. 2.

<sup>644</sup> Zie de *Concluding Remarks* van het CEDAW over het tweede en derde Nederlands rapport: (34.)

The Committee notes with concern that in the Netherlands there is a political party represented in the Parliament which excludes women from membership which is a violation of article 7c of the Convention. (35.) The Committee recommends that the State party take urgent measure to address this situation, including through the adoption of legislation that brings the membership of political parties into conformity with the obligations under article 7.

oordelen van CEDAW ook wel eens ‘CEDAW-jurisprudentie’ worden genoemd,<sup>645</sup> legde de regering het CEDAW-standpunt ten aanzien van de SGP relatief gemakkelijk terzijde.<sup>646</sup> Ook nu gold dat de zaken anders zouden liggen wanneer niet alleen naar het Vrouwenverdrag maar ook naar andere grondrechten werd gekeken. In ieder geval lag er geen taak voor de wetgever. ‘Ondanks de conclusie van het Comité meent de regering dat met de huidige wetgeving wordt voldaan aan de verplichtingen op grond van artikel 7 van het VN-Vrouwenverdrag.’<sup>647</sup> Staatssecretaris Verstand (D66) betreurde het vrouwenstandpunt van de SGP en deed een moreel appel om het te wijzigen. Maar ze bleef tamelijk fel in de weigering om maatregelen te nemen. ‘De regering is van mening dat zij uiterst terughoudend moet zijn in het nemen van maatregelen tegen politieke partijen. Die horen toch vooral thuis in totalitaire staten.’<sup>648</sup> Daarbij herhaalde zij dat, als partijen al niet zelf tot inkeer kwamen, eerst ‘de rechter’ aan het woord was en daarna pas eventueel de regering.

Tegenover de zich inmiddels ophopende rechtsgeleerde opinies dat artikel 7 Vrouwenverdrag in ieder geval noopte tot maatregelen tegen de uitsluiting van het vrouwenlidmaatschap door de SGP, hield de regering een positie vol die kan worden gekenmerkt als een dialogisch: binnen een redelijke marge inhoudelijk en gemotiveerd van mening verschillen en op basis van een eigen opvatting (blijven) handelen. ‘De rechter’ lijkt hierin een bijzondere positie te hebben, omdat de regering telkens stelt dat de zaken anders kunnen komen te liggen als die zich ermee zou gaan bemoeien. De rechter hield zich echter afzijdig. Daar brachten de procedures van een aantal organisaties, aangevoerd door Clara Wichmann, verandering in. De procedure begint bij de civiele rechter, maar vertakt snel naar de bestuursrechter en gaat later door naar het EHRM.

### VI.2.2 De rechtbank

Bij de rechtbank is Clara Wichmann niet-ontvankelijk in haar procedure tegen de SGP,<sup>649</sup> maar wel ontvankelijk in de procedure tegen de Staat.<sup>650</sup> Eveneens mag zij zich daar beroepen op artikel 7 van het Vrouwenverdrag. Dat artikel legt de Staat volgens de rechtbank ‘een duidelijke verplichting’ op om een ‘specifiek resultaat te bereiken’ en is dus een ieder verbindend in de zin van de Grondwet. Clara Wichmann heeft, zo concludeert de rechtbank, de mogelijkheid om de Staat in rechte te betrekken en het standpunt daar te verdedigen.<sup>651</sup> Daarmee verklaart de rechtbank de *Nebenbühne der Politik* voor geopend.

Inzet is de vraag of de Staat voldoet aan het Vrouwenverdrag. Meer dan de regering altijd gedaan heeft, kent de rechtbank bij het beantwoorden van die

<sup>645</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2001/02, 28 009, nr. 2, p. 35.

<sup>646</sup> Voor juridische kritiek hierop: I. Boerefijn & M de Boer ‘Vrouwenverdrag verplicht tot aanpakken SGP’, *De Volkskrant* 18 oktober 2001.

<sup>647</sup> Brief van 1 oktober 2001 inzake het verslag van het CEDAW en de behandeling van de 2<sup>de</sup> en 3<sup>de</sup> Nederlandse rapportage (SOZA-01-825) (niet gedrukt).

<sup>648</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 009, nr. 7, p. 12-13.

<sup>649</sup> Rb. Den Haag 7 september 2005, *NJ* 2005/474, *LJN* AU2091.

<sup>650</sup> Rb. Den Haag 7 september 2005, *NJ* 2005/473, *LJN* AU2088.

<sup>651</sup> Zie r.o. 3.44 van het rechtbankvonnis.

vraag gewicht toe aan de standpunten van het CEDAW, dat immers een grondslag in het verdrag heeft.<sup>652</sup> Andersom volgt de rechtbank niet de redenering waarmee de regering zich telkens verdedigde tegen een beweerde schending van het Vrouwenverdrag. In die situaties stelde de regering zich, zoals hierboven bleek, in de regel op het standpunt dat de handhaving van het gelijkheidsbeginsel moest worden afgewogen tegen andere grondrechten. Volgens de rechtbank valt er echter niet zoveel af te wegen.<sup>653</sup> Met de sluiting van het Vrouwenverdrag heeft al een afweging plaatsgevonden, ten gunste van het handhaven van het gelijkheidsbeginsel.

Inhoudelijk constateert de rechtbank dat SGP-vrouwen *de facto* zijn uitgesloten van het passief kiesrecht, omdat zij als buitengewone leden nooit in aanmerking komen voor een plaats op de kandidatenlijst. In die situatie had de Staat niet mogen berusten, aldus de rechtbank. Op drie punten bestaat strijd met het Vrouwenverdrag.<sup>654</sup> In de eerste plaats de schending van een conformeringsplicht: de Staat handelt onrechtmatig door een (grond)wettelijke regeling van het passief kiesrecht die deze situatie accepteert en faciliteert ongewijzigd in stand te laten. In de tweede plaats handelt de Staat onrechtmatig door geen of onvoldoende maatregelen tegen de SGP te nemen. Dat zijn maatregelen die 'effect sorteren' en zowel *de jure* als *de facto* toewerken naar een situatie waarin vrouwen niet meer uit het politieke leven gebannen worden. In de derde plaats handelt de Staat onrechtmatig door het bestaan van de SGP niet alleen te tolereren, maar ook nog eens actief te subsidiëren.

De constatering dat de Staat onrechtmatig handelt door onvoldoende maatregelen te nemen tegen (het vrouwenstandpunt en het daarop gebaseerde handelen van) de SGP, staat los van de vraag welke maatregelen de rechter kan bevelen. Als zou blijken, zo overweegt de rechtbank, dat het nemen van maatregelen neerkomt op een wetswijziging, dan kan de rechter die niet bevelen.<sup>655</sup> Daarvoor citeert de rechtbank uitgebreid uit het *Waterpakt*-arrest. Het oordeel dat het onrechtmatig is als de Staat die maatregelen *niet* zou nemen, blijft dan echter wel staan, en kan eventueel ook in een verklaring voor recht worden opgenomen. De rechtbank acht een ander bevel wel mogelijk, namelijk ter stopzetting van de subsidie. Weliswaar geen garantie dat de met het Vrouwenverdrag strijdige situatie wordt opgeheven, maar het maakt in ieder geval een einde aan de 'derde' schending: het actief subsidiëren van het vrouwenstandpunt.

In het dictum geeft de rechtbank een verklaring voor recht 'dat de Staat in strijd met artikel 7 sub a en sub c Vrouwenverdrag handelt, en daarmee onrechtmatig jegens Clara Wichmann' en een bevel geen subsidie aan de SGP te geven 'zolang vrouwen niet op gelijke voet met mannen lid kunnen worden van die partij'. Technisch kan dat, door artikel 2 Wvpi buiten toepassing te laten jegens de SGP. Daarnaast lijkt tussen de regels<sup>656</sup> nog een andere maatregel te spelen: ontbinding van de vereniging SGP krachtens artikel 2:20 BW. Van die mogelijkheid zegt de

<sup>652</sup> Zie r.o. 3.18-3.23 van het rechtbankvonnis.

<sup>653</sup> Zie r.o. 3.25 van het rechtbankvonnis.

<sup>654</sup> Zie r.o. 3.34 van het rechtbankvonnis.

<sup>655</sup> Zie r.o. 3.37-3.39 van het rechtbankvonnis.

<sup>656</sup> Van r.o. 3.28 van het rechtbankvonnis, om precies te zijn.

rechtbank dat het een ‘reële passende maatregel’ is, ‘om een einde te maken te maken aan een situatie waarin de SGP vrouwen discrimineert.’ Dat kan alleen als het Openbaar Ministerie de ontbinding vordert. Ten aanzien daarvan voert de Staat een ‘extreem terughoudend’ beleid. Dölle proefde hier een ‘uitnodiging’ van de rechtbank om een vordering tot ontbinding te (laten) doen.<sup>657</sup>

### VI.2.3 De Afdeling

Minister Remkes (VVD) volgt het bevel van de rechtbank op en kent de SGP voor het jaar 2006 geen subsidie meer toe. De SGP en een aantal daaraan gelieerde organisaties tekenen rechtstreeks beroep aan tegen dit besluit bij de sector bestuursrechtspraak van de Rechtbank Den Haag. Dat levert voor hen niet veel op.<sup>658</sup> De bestuursrechter accepteert het besluit, omdat de minister onrechtmatig zou handelen als hij het bevel van de civiele rechter zou negeren. Voor een verdere beoordeling van de deugdelijkheid van de redenering van de civiele rechter ziet de bestuursrechter geen ruimte, zeker niet nu de minister in hoger beroep is gegaan.<sup>659</sup>

Die ruimte ziet de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, in het hoger beroep van de SGP tegen de uitspraak van de bestuursrechter, duidelijk wel.<sup>660</sup> ‘Uit de wettelijke competentiebepalingen vloeit voort dat de bindende kracht van het vonnis zich niet uitstrekt tot de door de bestuursrechter te verrichten toetsing,’ aldus de Afdeling.<sup>661</sup> Overigens had de civiele rechter niet de ‘aanvullende rol’ die de rechtbank dacht te hebben. Clara Wichmann wordt door de Afdeling – anders dan de civiele rechter verwacht had – wel ontvankelijk verklaard in een procedure tegen de subsidie voor de SGP.

De Afdeling deelt de conclusie van de civiele rechter over de rechtstreekse werking van de relevante delen van het Vrouwenverdrag, zij het dat de Afdeling iets zuiniger is.<sup>662</sup> Het passief kiesrecht voor vrouwen (artikel 7 onder a) is zonder meer een ieder verbindend. De plicht om passende maatregelen te nemen tegen vrouwendiscriminatie (artikel 7, aanhef) en de plicht om het lidmaatschap van politieke partijen te verzekeren (artikel 7 onder c) hangen daar dusdanig mee samen dat ook zij bij de rechter kunnen worden ingeroepen, maar dan slechts voor zover het lidmaatschap van een partij in de praktijk nodig is om op de kandidatenlijst te komen. De focus van de Afdeling ligt dus niet bij het verzekeren van toegang voor vrouwen tot alle geledingen van een partij, maar op de uitoefening van het passief kiesrecht. Dat is bepaald terughoudender dan de rechtbank, die het verzekeren van de beginselen van het Vrouwenverdrag in de interne regelingen van de SGP als een aparte plicht zag.

Ook op andere punten blijkt terughoudendheid van de Afdeling. Zo is het allereerst de vraag of het Vrouwenverdrag *noopt* tot het buiten toepassing laten van de

<sup>657</sup> Dölle 2006, p. 99-100.

<sup>658</sup> Rb. Den Haag 30 november 2006, *LJN* AZ5393.

<sup>659</sup> Zie r.o. 2.6-2.7 van de uitspraak van de rechtbank.

<sup>660</sup> ABRvS 5 december 2012 *AB* 2008/35, *LJN* BB9493.

<sup>661</sup> In r.o. 2.10 van de uitspraak van de ABRvS.

<sup>662</sup> Zie r.o. 2.11 van de uitspraak van de ABRvS.

Wsp<sup>663</sup>, terwijl de motivering van de civiele rechter eerder leek te berusten op de wens ‘in ieder geval iets’ te doen. Volgens de Afdeling is er geen verplichting om de SGP subsidie te onthouden. Het Vrouwenverdrag vereist immers slechts dat *in het algemeen* toegang van vrouwen tot een kandidatenlijst verzekerd moet zijn, en niet dat *alle* verenigingen die kandidatenlijsten laten indienen gelijkelijk toegankelijk zijn voor mannen en vrouwen. De Staat heeft ruimte om een vrouwonvriendelijke uitzondering op de vrouwvriendelijke hoofdregel te accepteren. De grenzen aan die ruimte heeft de wetgever met de in de Wsp opgenomen regeling niet overschreden. Ook hier formuleert de Afdeling terughoudend. De Wsp is niet een ‘evidente doorbreking’ van ‘de vereiste evenwichtige verhouding tussen het discriminatieverbod en het waarborgen dat vrouwen kunnen deelnemen aan politieke leven enerzijds, en het waarborgen van het adequaat functioneren van politieke partijen en hun daartoe toekomende rechten anderzijds.’<sup>664</sup>

Voor de minister resteert vervolgens de plicht uit het dictum om op het bezwaarschrift van de SGP te beslissen ‘met in achtname van de uitspraak’: artikel 2 Wsp niet buiten toepassing laten en (dus) de SGP subsidie toekennen. Dat dezelfde minister daarbij, zelfs al zou hij het inhoudelijk met de Afdeling eens zijn, nog altijd ook gebonden is aan het door de civiele rechter gegeven en uitvoerbaar bij voorraad verklaarde bevel om juist *geen* subsidie te geven, is voor de Afdeling geen zichtbaar punt van afweging meer.<sup>665</sup> Gelukkig – voor de minister in ieder geval – heeft deze situatie niet lang geduurd. Twee weken na de uitspraak van Afdeling wijst het Gerechtshof Den Haag arrest in het door de Staat ingestelde hoger beroep.<sup>666</sup> In dat arrest realiseert de civiele rechter zich dat de minister inmiddels ter uitvoering van de uitspraak van de Afdeling de subsidiëring van de SGP weer zal moeten hervatten. Van de juistheid van dat oordeel wil het hof verder uitgaan, nu blijkt dat Clara Wichmann ontvankelijk was bij de Afdeling en dat dus een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang elders open staat. Het bevel van de rechtbank om de subsidie te beëindigen wordt vernietigd. Wel overweegt het hof – spiegelbeeldig aan wat de Afdeling ten opzichte van de rechtbank had overwogen – dat het zich niet gebonden acht aan de motivering en de afweging van de Afdeling.<sup>667</sup> Ook hier zien we dus een dialoog ontstaan, zij het niet tussen de CEDAW en de wetgever, maar tussen het hof en de Afdeling.

#### VI.2.4 *Het gerechtshof*

Dat de Staat in hoger beroep gaat, is niet dankzij politieke kritiek op het vonnis van de rechtbank. Eerder het tegenovergestelde is het geval: ondanks het enthousiasme in de Tweede Kamer. Op een terughoudende opstelling van de fractie van het CDA en een afwijzende houding van die van ChristenUnie en SGP na, zijn alle fracties in de Tweede Kamer ‘blij’ tot ‘heel blij’ met het vonnis van

<sup>663</sup> Zie r.o. 2.12 van de uitspraak van de ABRvS.

<sup>664</sup> Zie r.o. 2.14.2 van de uitspraak van de ABRvS.

<sup>665</sup> Een door de civiele rechter gegeven bevel kan vervallen wegens gewijzigde omstandigheden.

Ik zou menen dat een dergelijk geval zich hier voordoet.

<sup>666</sup> Hof Den Haag 20 december 2005, NJ 2008/133, LJN BC0619.

<sup>667</sup> Zie r.o. 7.14 van het arrest.

de rechtbank.<sup>668</sup> Coalitiefractie D66 dringt zelfs aan op het niet instellen van hoger beroep. Als het hoger beroep toch komt, stelt de VVD-fractie Kamervragen over de wenselijkheid van een aantal formele grieven. Daarmee neemt immers de kans toe dat de rechter zich *niet* inhoudelijk over deze principiële zaak zou uitlaten.<sup>669</sup> Minister Remkes (VVD) antwoordt dat hij ook de ontvankelijkheid en de inroepbaarheid van artikel 7 van het Vrouwenverdrag principiële vragen vindt. Het contrast tussen de kennelijk principiële grief van de Staat dat de rechter zich niet over artikel 7 van het Vrouwenverdrag mag uitlaten, en het eerder door de regering ingenomen standpunt dat de implementatie van dat artikel verder aan de rechter kon worden overgelaten omdat het artikel rechtstreeks toepasselijk is, krijgt noch in de vraagstelling noch in de beantwoording verder aandacht.

In het arrest van het hof wel.<sup>670</sup> Hoewel het standpunt of de bedoeling van de regering en goedkeurende wetgever ten aanzien van de rechtstreekse werking van internationaal recht naar geldend Nederlands recht niet beslissend zijn, begint het hof met het reconstrueren van de opvatting van de wetgever. Het hof concludeert dat dit 'weliswaar niet doorslaggevend' is, doch 'een gezichtspunt oplevert waarmee het hof rekening moet houden'.<sup>671</sup> Zelf acht het hof het woordje 'verzekeren' een sterke indicatie dat het hier om inroepbaar verdragsrecht gaat. Nederland is als verdragspartij gehouden een bepaald resultaat tot stand te brengen. In dit geval gaat het om de vraag of vrouwen ten opzichte van mannen gelijk gehandeld worden. Niet ter discussie staat *dat* de vrouwen niet op gelijke voet worden behandeld. 'De rechter is dan ook in staat vast te stellen of de Staat de in artikel 7 Vrouwenverdrag genoemde rechten aan vrouwen heeft verzekerd en (dus) of de Staat zijn verplichtingen ingevolge dat artikel is nagekomen'.<sup>672</sup> Dat de maatregelen waarmee of de termijn waarbinnen dit resultaat bereikt moet worden niet uit de bepaling kan worden afgeleid, doet daar niet aan af. Ook het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de ontvankelijkheid van Clara Wichmann wordt overgenomen, zodat het hof, conform de wens van de VVD-fractie in de Tweede Kamer, toekomt aan wat de VVD 'de principiële vraag' noemde.

Het uiteindelijke antwoord daarop wijkt niet af van dat van de rechtbank: de Staat moet optreden tegen de SGP, ook al heeft de SGP inmiddels reeds besloten het partijlidmaatschap wel voor vrouwen open te stellen.<sup>673</sup> Toch is sprake van een aantal verschillen ten opzichte van het vonnis waarvan hoger beroep. In de eerste plaats lijkt het hof in discussie te gaan met de Afdeling als het overweegt dat het grote probleem schuilt in het *niet op gelijke voet* behandelen van

<sup>668</sup> Dölle 2006, p. 99-100.

<sup>669</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2005/06, nr. 724.

<sup>670</sup> Hof Den Haag 20 december 2007, NJ 2008/133, LJN BC0619.

<sup>671</sup> Zie r.o. 4.3 van het arrest.

<sup>672</sup> Zie r.o. 4.4 van het arrest.

<sup>673</sup> Het hof is niet onder de indruk van de daarmee ontstane mogelijkheid dat de vrouwen zelf kunnen gaan bijdragen aan het ontstaan van de twee derde meerderheid die nodig is om het *Program van Beginselen* te wijzigen. Eerder lijkt het hof daaraan de conclusie te verbinden dat het kennelijk niet zo principieel ligt (r.o. 6.11). Voor het hof is beslissend dat kandidaat-kamerleden als SGP-leden 'juridisch gebonden' (r.o. 1.5) zijn aan het vrouwenstandpunt, waarmee de SGP 'zonneklaar' (r.o. 5.2) de kandidaatstelling van vrouwen nog altijd effectief blokkeert.

vrouwen bij de kandidaatstelling. Daarmee is al sprake van een schending van artikel 7 onder a Vrouwenverdrag, het op gelijke voet met mannen verzekeren van het passief kiesrecht.<sup>674</sup> Dit is anders dan de door de Afdeling, en eerder door verschillende kabinetten, gegeven interpretatie van het Vrouwenverdrag, waarbij het enkel de vraag was of de SGP de verkiesbaarheid van vrouwen *in het algemeen* bedreigt.

In de tweede plaats is, voor zover bij de rechtbank sprake was van een uitnodiging aan de Staat om ontbinding van de SGP te vorderen, die uitnodigende toon in de overwegingen van het hof verdwenen.<sup>675</sup> Het is onaannemelijk dat het doel van de SGP strijdt met de openbare orde en ontbinding lijkt voorshands disproportioneel. De optie om ontbinding te vorderen en te verkrijgen is daarmee effectief van de baan. Ten derde breidt het hof de grondslag van de verplichtingen voor de Staat uit. Niet alleen artikel 7 Vrouwenverdrag bevat 'een opdracht tot handelen',<sup>676</sup> maar ook de artikelen 25 en 26 IVBPR doen dat.<sup>677</sup>

Ten vierde corrigeert het hof de conclusie van de rechtbank dat reeds bij de sluiting van het Vrouwenverdrag een afweging heeft plaatsgevonden tussen het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten, zoals de verenigingsvrijheid.<sup>679</sup> De Staat wordt daarmee gevolgd in het altijd ingenomen standpunt dat een dergelijke afweging moet plaatsvinden. Het hof wil ook, 'veronderstellenderwijs', wel aannemen dat de rechter in het staatsbestel geen grotere rol toekomt dan een marginale toetsing van die afweging. Daarna constateert het hof echter dat de Staat weliswaar veel ruimte bepleit voor een dergelijke afweging, maar niet aangeeft hoe die afweging dan is verlopen en welke denkbare maatregelen zozeer inbreuk maakten op de vrijheden van de SGP dat van een onverkorte handhaving van het gelijkheidsbeginsel moest worden afgezien. Dus brengt het hof de botsende grondrechten zelf in kaart. Aan de zijde van de SGP weegt, zij het minimaal want slechts in de buitenste schil, de vrijheid van godsdienst. De vrijheid van meningsuiting is in het geheel niet in geding, omdat niemand de SGP de mond wil snoeren. Vooral de verenigingsvrijheid pleit voor de SGP, doch ook daar slechts ter zake de vrijheid om bij het opstellen van kandidatenlijsten voor verkiezingen voor vertegenwoordigende lichamen vrouwen categorisch uit te sluiten. Zoals de belangen bij de Staat en de SGP vooral perifeer zijn, is aan de zijde van Clara Wichmann 'de kern' in nogal wat varianten in het geding.<sup>679</sup> Het gelijkheidsbeginsel is kennelijk zo belangrijk dat het, anders dan de verenigingsvrijheid, niet beperkt kan worden. Bovendien gaat het om 'de kern van het democratisch bestel', omdat het niet het beleid van een sportclub of een gezelligheidsvereniging betreft, maar dat van een politieke partij die een 'essentiële rol in een democratie' vervult.<sup>680</sup> Ook hier zet het hof een andere koers in dan de Afdeling. Waar de status van politieke partijen voor de Afdeling juist een extra argument was ten gunste van de verenigingsvrijheid, weegt

<sup>674</sup> Zie r.o. 5.3 van het arrest.

<sup>675</sup> Zie r.o. 5.6 van het arrest.

<sup>676</sup> Zoals de Staat volgens het hof terecht niet bestreden had, r.o. 5.4.

<sup>677</sup> Dat moet worden afgeleid, volgens het hof, uit de verwijzing naar artikel 2 IVBPR in artikel 25 IVBPR, zie r.o. 5.11 van het arrest.

<sup>678</sup> Zie r.o. 6.2-6.19 van het arrest.

<sup>679</sup> Over de verdere karakteristieken van deze afweging: M.J. Busstra, 'De afweging gewogen. Een analyse van twee tegenstrijdige uitspraken ten aanzien van de SGP en het vrouwenkiesrecht', *RMThemis* 2008, p. 235-242.

voor het hof zwaar dat *juist daar* vrouwen op gelijke voet met mannen moeten worden behandeld. Het resultaat van de belangenafweging van het hof is dat de verenigingsvrijheid van de (leden van de) SGP de plicht voor de Staat uit het Vrouwenverdrag niet opheft. Wel zal de Staat, bij het inzetten van een maatregel, moeten kiezen voor die maatregel die de minste inbreuk maakt op de grondrechten van de (leden van de) SGP.<sup>681</sup> Daarbij acht het hof zich ‘gesterkt’ door wat het CEDAW ervan vond.

Net als bij de rechtbank splitst het hof de vraag ‘of de Staat gehouden is maatregelen te nemen’ af van de vraag of de (civiele) rechter die maatregelen ook kan bevelen. De optie om te bevelen dat de subsidie voor de SGP gestopt wordt, is inmiddels door de Afdeling afgesloten. Daarmee is duidelijk dat er wetgevende maatregelen moeten worden getroffen. Iets anders is ‘moeilijk voorstelbaar’ en ‘bezwaarlijk valt in te zien’ dat het dan niet om formele wetgeving zal gaan. Dus valt er niets bevelen, zo leidt het hof uit *Waterpakt* af, ook niet een bevel om binnen een bepaalde termijn ‘een einde te maken aan de onrechtmatige toestand.’ Blijft over de vraag of een verklaring voor recht zinvol is. Dan overweegt het hof:

‘Dit [dat artikel 13 EVRM en artikel 2 lid 3 IVBPR niet verplichten om wel formele wetgevingsbevelen te geven, GB] is in ieder geval reeds zo omdat de burgerlijke rechter wel bevoegd is een verklaring voor recht te geven – de rechtbank heeft dit gedaan en het hof bekrachtigt dit oordeel – en verwacht mag worden dat de Staat, die rechterlijke beslissingen pleegt na te komen, daaraan de juiste gevolgtrekking zal verbinden door, ook zonder daartoe door dwangmiddelen of sancties te zijn gedwongen, de nodige wetgeving tot stand te brengen. De onderhavige rechtsgang voorziet dan ook wel degelijk in een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 2 lid 3 IVBPR (respectievelijk “daadwerkelijke rechtshulp” in de zin van artikel 13 EVRM).’<sup>682</sup>

Juist omdat de verklaring voor recht volgens het hof begrepen moet worden als een materieel wetgevingsbevel wordt voldaan aan de verplichting effectieve rechtsbescherming te bieden.

### VI.2.5 De Hoge Raad

Vlak voor het arrest van het hof kwam, sprak de Tweede Kamer over nieuwe aanbevelingen van het CEDAW om het hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank in te trekken en maatregelen tegen de SGP te nemen. Minister Plasterk (PvdA) verdedigde het ingestelde hoger beroep.<sup>683</sup> ‘Er zijn twee grondrechten in het geding, de discriminatie van vrouwen en de vrijheid van politieke organisatie of vereniging. De regering heeft gekozen voor een afweging van die twee grondrechten in hoogste instantie door de rechter.’ Daarmee leek de regering afstand te hebben gedaan van een eigen, afwijzende houding ten aanzien van

<sup>680</sup> Zie r.o. 6.17 van het arrest.

<sup>681</sup> Zie r.o. 6.19 van het arrest.

<sup>682</sup> Zie r.o. 7.4 van het arrest.

<sup>683</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 30 420, nr. 98, p. 7.

de vraag of er maatregelen tegen de SGP moeten worden genomen. Maar als die afweging van de rechter (het hof) dan luidt zoals hierboven beschreven, vindt minister Ter Horst (PvdA) het toch 'nogal wat' om de SGP wetgevend aan te pakken en het eigenlijk 'geen taak voor de overheid om zich te bemoeien met de inhoud van politieke partijen'.<sup>684</sup> De SGP was al in cassatie gegaan, de Staat doet dat ook. In de vijfde rapportage in de richting van het CEDAW verantwoordt de regering zich voor deze stap.<sup>685</sup> Het CEDAW wordt erop gewezen dat de uitspraak van de rechtbank om de subsidie te stoppen stipt was uitgevoerd, maar dat de hoogste relevante rechter (voor de gelegenheid aangeduid als het 'subsidy court') daar anders over dacht. Inmiddels ligt er een arrest van het hof dat de regering zo samenvat: (1) er is sprake van een schending van het Vrouwenverdrag door geen maatregelen tegen de SGP te nemen, (2) de Staat moet effectieve maatregelen nemen en daarbij de rechten van de SGP(-leden) zoveel mogelijk ontzien en (3) 'the measures to be taken must be laid down in an Act, but that it cannot order the State to take specific (legal) measures.' Het beroep in cassatie is met het oog op 'the importance of law formation' ingesteld en gericht op het verduidelijken van de relatie tussen het Vrouwenverdrag en andere constitutionele rechten. Bovendien verdient de relatie tussen de rechter, de wetgever en politieke partijen aandacht omdat het nog niet eerder is voorgekomen dat de wetgever op inhoudelijke gronden moest interveniëren in de interne organisatie van een politieke partij. Ten slotte wil de Staat graag het verschil met de uitspraak van de Afdeling nader verklaard zien. Hoewel het hier niet duidelijk staat, kan het 'verduidelijken' van de verhouding tussen het Vrouwenverdrag en de andere grondrechten weinig anders betekenen dat de regering nog altijd van mening is niet tot het nemen van maatregelen verplicht te zijn.

Naast deze politieke motivering voert de Staat in cassatie weer de juridische argumenten tegen de ontvankelijkheid van Clara Wichmann en de inroepbaarheid van Vrouwenverdrag aan. Daarmee ligt de vraag of de rechter zich überhaupt wel met deze kwestie mag bemoeien ook bij de Hoge Raad op tafel. Dat leidt niet tot een ander antwoord.<sup>686</sup> De Hoge Raad meent dat Clara Wichmann optreedt ter handhaving van een grondrecht en dat daarmee sprake is van voldoende gelijksoortigheid om de belangen te kunnen bundelen. Juist vanwege het algemene karakter, zo voegt de Hoge Raad daaraan toe, doet het er niet toe dat de SGP-vrouwen in kwestie de actie niet wensen.<sup>687</sup> Ten aanzien van de inroepbaarheid van de relevante delen van het Vrouwenverdrag verwijst de Hoge Raad naar wat de regering daar zelf ('terecht') over heeft gezegd bij de goedkeuring.<sup>688</sup> Bovendien neemt de Hoge Raad de overwegingen van de Raad van State op dit punt over, inclusief de beperking van de rechtstreekse werking van het recht om bij het lidmaatschap niet gediscrimineerd te worden, voor zover dit samenvalt met het effectief kunnen uitoefenen van het passief kiesrecht.

Over de vraag of de Staat in strijd met het Vrouwenverdrag handelt door niet tegen de SGP op te treden, is de Hoge Raad kort: dat is het geval. Zonder dat

<sup>684</sup> 'Ter Horst steunt SGP in vrouwenkwestie', *Elsevier* 21 december 2007.

<sup>685</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 30 420, bijlage bij nr. 41, p. 63-65.

<sup>686</sup> HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388, *AB* 2010/190, *LJN* BK4547. (De uitspraak in het cassatieberoep van de SGP tegen Clara Wichmann heeft een apart *LJN*-nummer: BK4549).

<sup>687</sup> Zie r.o. 4.3.2 van het arrest.

<sup>688</sup> Zie r.o. 4.4.2 van het arrest.

het Vrouwenverdrag beleidsruimte laat, is de Staat verplicht op te treden tegen situaties waarin vrouwen wel lid kunnen zijn, maar niet worden toegelaten tot de kandidaatstelling zelf.<sup>689</sup> De afwezigheid van beleidsvrijheid in het Vrouwenverdrag betekent echter niet er geen nadere afweging meer hoeft plaats te vinden met de andere grondrechten. Omdat de uitoefening van het passief kiesrecht de kern van het democratisch functioneren van de Staat raakt, staan de godsdienstvrijheid, de verenigingsvrijheid en de vrijheid van meningsuiting (hoewel die in dit geval volgens de Hoge Raad 'geen noemenswaardige zelfstandige rol' speelt) er niet aan in de weg 'dat de rechter uitsprekt dat de wijze waarop de SGP bij de kandidaatstelling voor de algemeen vertegenwoordigende organen haar opvatting in de praktijk brengt, niet kan worden aanvaard'.<sup>690</sup>

Over de status van deze 'uitspraak' laat de Hoge Raad zich verder niet meer uit. Wel is duidelijk dat het daar bij zal moeten blijven. Alles wat een formeel wetgevingsbevel is of daarop neerkomt kan niet door de rechter worden gegeven. Het niet maken van een keuze tussen de verschillende denkbare maatregelen is verder meer dan een kwestie van verlegenheid. Het kiezen van een maatregel vergt nog een afweging, volgens de Hoge Raad, en die afweging valt dermate samen met een afweging van politieke aard 'dat zij niet van de rechter kan worden verlangd'.<sup>691</sup> Vergeleken met de motivering van het *Waterpakt*-arrest valt op dat de Hoge Raad daar een vergelijkbare overweging gebruikte om ook 'de vraag of wetgeving tot stand moest worden gebracht' als te politiek terzijde te leggen.<sup>692</sup> In dit arrest spreekt de Hoge Raad wel uit *dat* de bestaande situatie onaanvaardbaar is, en daarmee *dat* Staat verplicht is om maatregelen te treffen, ook als duidelijk is dat het om wetgevende maatregelen zal moeten gaan. Het verschil zit kennelijk in het *bevelend* antwoord geven op de vraag versus het enkel *declaratoir* uitspreken van het antwoord. Het formele versus het materiële wetgevingsbevel.

In een eerste reactie laat minister Hirsch Ballin (CDA), die destijds bij de behandeling van de Awgb een interpretatie van artikel 7 Vrouwenverdrag huldigde die meer in de buurt van die van de Afdeling ligt, weten het door de Hoge Raad uitgesproken oordeel beslissend te achten. De tijd van afwegen *of* er maatregelen moeten worden genomen is voorbij, en de tijd van afwegen *welke* maatregelen gekomen. Tenzij de SGP, zoals hij hoopt, zelf bijbuigt.<sup>693</sup> Voor de SGP is de juridische race nog niet gelopen. Zij dienen een klacht in bij het EHRM. De SGP meent door het arrest van de Hoge Raad, in combinatie met de nu dreigende maatregelen slachtoffer te zijn van een schending van de godsdienstvrijheid, de verenigingsvrijheid en de vrijheid van meningsuiting, respectievelijk de artikelen 9, 11 en 10 van het EVRM.

Daarna blijft het een jaar stil. Het kabinet Rutte I treedt aan. In de politieke samenwerking waar dit kabinet op berust, speelt de SGP eerst zekerheidshalve en later, nadat een nieuwe Eerste Kamer is verkozen, een onmisbare rol. Ter

<sup>689</sup> Zie r.o. 4.5.1 van het arrest.

<sup>690</sup> Zie r.o. 4.5.5 van het arrest.

<sup>691</sup> Zie r.o. 4.6.2 van het arrest.

<sup>692</sup> Zie hoofdstuk 5.

<sup>693</sup> 'SGP "diep geraakt"' door vonnis Hoge Raad', *NRC-Handelsblad* 9 april 2010.

gelegenheid van de verkiezingen voor Provinciale Staten wordt de Afdeling gevraagd of de kieslijsten met een SGP-aanduiding erboven nog wel toegelaten mogen worden. De door de Hoge Raad ‘bevolen maatregelen’ laten immers op zich wachten. De Afdeling volgt die redenering niet.<sup>694</sup> In de eerste plaats wijst het arrest van de Hoge Raad in de richting van de wetgever, in de tweede plaats zou hiermee dan de afweging worden gemaakt, waarvan de Hoge Raad gezegd heeft dat die te politiek was om van de rechter te worden verlangd en in de derde plaats is de procedure van de goedkeuring van kandidatenlijsten bijzonder ongeschikt om tegen het vrouwenstandpunt op te treden. Opmerkelijk is dat de Afdeling niet kiest voor het onverkort volhouden dat het Vrouwenverdrag helemaal niet tot maatregelen jegens de SGP verplicht. Kennelijk voelt de Afdeling niet de behoefte om bij de eerste gelegenheid afstand van de Hoge Raad te nemen. Andersom voelt de Afdeling zich ook niet geroepen om het door de civiele rechter gecreëerde probleem op te lossen.

Ongeveer een jaar na het arrest van de Hoge Raad laat het kabinet bij monde van minister Donner (CDA) weten niet met maatregelen te komen, noch die verder voor te bereiden.<sup>695</sup> Hij had het hoofdbestuur van de SGP gevraagd of er ‘in juridische zin’ belemmeringen waren, dan wel of anderszins formele en specifieke criteria de toegang van vrouwen tot de kandidatenlijsten blokkeerden. Het bestuur had geantwoord dat dit niet het geval was. Wel werd herhaald dat het vrouwenstandpunt onderdeel uitmaakte van een meeromvattende manier van bijbelse politiek bedrijven waarbinnen elke kandidaat moet kunnen en willen functioneren. Met de brief ontstaat volgens minister Donner ruimte om op de uitspraak van het EHRM te wachten. Dat is volgens hem zelfs te kwalificeren als het uitvoeren van het arrest van de Hoge Raad. Er moet immers gekozen worden voor de minst ingrijpende maatregel. ‘De Hoge Raad zal de eerste zijn om aan te geven dat het laatste oordeel over de bescherming van grondrechten inderdaad in Straatsburg ligt als dat aangevochten wordt.’<sup>696</sup> Als het oordeel van het EHRM negatief uitvalt voor de SGP, zo voegt Donner daaraan toe, mag van de SGP verwacht worden dat ze zich voegt naar de nieuwe realiteit. Ook het voorbereiden van maatregelen is daarom niet nodig. Hierop komt felle kritiek van een deel van Tweede Kamer, maar de tegen de handelwijze van Donner ingediende moties<sup>697</sup> worden verworpen. Niet alleen door steun van coalitiepartij VVD en gedoogpartner PVV, maar ook door geduld aan de zijde van de SP.

Voor zover de SGP dacht hiermee tijd te hebben gekocht, viel het resultaat tegen. Voor zover de SGP hulp had verwacht, ook.

### VI.2.6 *Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*

Uit de overwegingen van het gerechtshof en die van de Hoge Raad is niet af te leiden met welke specifieke *bepalingen* het Vrouwenverdrag precies eventueel zou botsen. Het gaat telkens om ‘de grondrechten’ van (de leden van) de SGP waarbij naar de Grondwet, het IVBPR en het EVRM gewezen wordt. Daarbij wordt door het

<sup>694</sup> ABRvS 27 januari 2011, AB 2011/105, LJN BP2851.

<sup>695</sup> Kamerstukken II 2010/11, 28 481, nr. 8. De brief van de SGP is een bijlage bij dit nummer.

<sup>696</sup> Kamerstukken II 2010/11, 28 481, nr. 15, p. 26.

<sup>697</sup> Kamerstukken II 2010/11, 28 481, nr. 9-13.

hof direct en door de Hoge Raad indirect opgemerkt dat het IVBPR met artikel 2 (effectieve rechtsbescherming), 25 (kiesrecht) en 26 (gelijkheidsbeginsel) óók gewicht in de schaal legt aan de zijde van het door Clara Wichmann bepleite standpunt.<sup>698</sup> Aan de andere kant citeert de Afdeling juist uit de jurisprudentie van het EHRM om een terughoudende opstelling jegens politieke partijen te motiveren.<sup>699</sup> Op de mogelijk matigende werking van het EVRM werd ook in de juridische literatuur gewezen.<sup>700</sup> Minister Donner was eveneens van mening dat naleving van het EVRM voor de SGP pleitte. Er is sprake van botsende verdragsverplichtingen, klaagde hij tijdens het overleg over de uitvoering van het arrest van de Hoge Raad, die ‘over de arme rug van een minister’ wordt uitgevochten.<sup>701</sup> Het EHRM geraakte zo in de positie van de ultieme hoeder van met de uitvoering van het Vrouwenverdrag botsende grondrechten. Die positie wordt nog eens versterkt door Donners opmerking tijdens datzelfde overleg dat het EHRM in dezen ook moest worden gezien als de rechtseenheidkamer tussen de Hoge Raad en de Afdeling.

Tegen deze achtergrond doet het EHRM een snelle en verrassende uitspraak.<sup>702</sup> Het EHRM legt namelijk allesbehalve een strobreed in de weg als de Staat maatregelen tegen de SGP wil treffen. Het Hof sluit zich ferm aan bij ‘the advancement of the equality of the sexes’.<sup>703</sup> ‘Lending support’ aan het niet gelijk behandelen van mannen en vrouwen, zo lijkt het EHRM in de richting van de Afdeling te zeggen, is met deze grondbeweging in de ontwikkeling van de mensenrechten in strijd. De conclusie die de Hoge Raad had getrokken, namelijk dat de positie van de SGP onaanvaardbaar (‘unacceptable’) was, wordt door het EHRM overgenomen. Dat volgt niet alleen uit het Vrouwenverdrag maar ‘flows naturally’ uit artikel 3 van het Eerste Protocol in samenhang met artikel 14 EVRM.<sup>704</sup> In plaats van de afweging met de verenigingsvrijheid waar de SGP op hoopte, verklaart het EHRM de klacht ‘manifestly ill-founded’ en daarom niet ontvankelijk. Het lijkt, alsof het EHRM de SGP een vorm van misbruik van (klacht)recht verwijt. Verder dan dat wil het Hof zich – voorlopig – niet met de kwestie bemoeien:

‘That said, the Court must refrain from stating any view as to what, if anything, the respondent Government should do to put a stop to the present situation. The Court cannot dictate action in a decision on admissibility; it is, in any case, an issue well outside the scope of the present application.’<sup>705</sup>

<sup>698</sup> Het hof in r.o. 5.11 en de Hoge Raad in r.o. 4.5.5 van hun arresten.

<sup>699</sup> Zie r.o. 2.14.2 van de uitspraak van de Afdeling. De Afdeling beriep zich daarbij overigens op jurisprudentie (de zaken van ÖZDEP en Refah Partisi tegen Turkije) waarin veel ingrijpendere maatregelen dan het stoppen van een subsidie aan de orde was.

<sup>700</sup> M.J. Kanne & R. Nehmelman, annotatie bij Rb. Den Haag 7 september 2005, AB 2005/398, LJN AU2088, onder nr. 4. Zie verder: M.J. Kanne, ‘Het zit wel goed met de SGP’, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 315-322.

<sup>701</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 28 481, nr. 15, p. 31.

<sup>702</sup> EHRM 10 juli 2012, nr. 58369/10 (*Staatkundig Gereformeerde Partij t. Nederland*).

<sup>703</sup> Zie r.o. 73 van het arrest.

<sup>704</sup> Zie r.o. 77 van het arrest.

<sup>705</sup> Zie r.o. 78 van het arrest.

### VI.2.7 Conclusie

Dan staat hetzelfde soort spel weer op de wagen. Er komen verontwaardigde schriftelijke vragen van Heijnen (PvdA)<sup>706</sup> en Schouw (D66)<sup>707</sup> over wat de regering nu eindelijk eens gaat doen aan de SGP. Minister Spies (CDA) antwoordt dat er weer een brief naar het hoofdbestuur van de SGP is gegaan, terwijl zij zich tegelijkertijd beraadt op ‘maatregelen ter (nadere) uitvoering van het arrest van de Hoge Raad in het geval de SGP geen maatregelen neemt.’ In de kandidaatstelling voor de verkiezingen in september 2012 wil de minister niet ingrijpen. Daarvoor citeert ze uit de uitspraak van de Afdeling over de kieslijsten: het is aan de wetgever om aan de door de Hoge Raad aangenomen onrechtmatige situatie een einde te maken. De SGP laat weten geschokt, ontsteld, geraakt en nog zo wat te zijn, terwijl de krant van hun achterban, het *Reformatorisch Dagblad*, juristen aan het woord laat die vinden dat het allemaal zo niet had gehoeven,<sup>708</sup> zoals die krant overigens gedurende de hele procedure heeft gedaan.

Wel is de oorspronkelijk verdedigde positie dat er niet tegen de SGP behoefde te worden opgetreden, en dat dit Nederland zelfs het kenmerk van een totalitaire staat zou geven, bepaald afgekalfd. Niet alleen juristen in het publieke debat, Kamerleden, de Commissie-Groenman, het CEDAW, de rechtbank, het hof en de Hoge Raad wijzen die uitleg af, het EHRM heeft aan de schending van het Vrouwenverdrag feitelijk een schending van het EVRM toegevoegd. Blijft over het standpunt van de Afdeling. Maar dat is – voor zover zij meende dat de jurisprudentie van het EHRM in het voordeel van de SGP pleitte – gecorrigeerd door het EHRM. Bovendien blijkt de Afdeling in de uitspraak over de kandidatenlijsten met de aanduiding van de SGP erboven niet het onderste uit de kan te willen halen door onverkort vast te houden aan de eigen interpretatie van het Vrouwenverdrag. En ten slotte heeft de regering zelf het EHRM geplaats in de positie van rechtseenheidkamer. Het juridische net rondom de SGP heeft zich, kortom, gesloten. Dat geldt ook voor de wetgever.

### VI.3 Kwesties

De SGP-casus geeft in het kader van dit proefschrift aanleiding tot het uitwerken van de volgende kwesties: hoe kan het zijn dat de civiele rechter tegenover de wetgever is komen te staan terwijl wetgevingsplichten in beginsel niet inroepbaar zijn (paragraaf VI.3.1)? Is dit dan de *public litigation* zoals die in hoofdstuk III is geïntroduceerd en wat betekent dat dan voor de positie van ‘derden’ (paragraaf VI.3.2)? In de derde plaats is het de vraag hoe de hier gehanteerde figuur van de verklaring voor recht past in het in hoofdstuk II geïntroduceerde concept van het materiële wetgevingsbevel. Daarbij zijn twee vragen in het bijzonder van belang: maakt het verschil dat uit de verklaring voor recht zelf niet valt op te maken dat het om een geschonden wetgevingsplicht gaat en is de rechtsvorming wel bindend voor de wetgever (paragraaf VI.3.3)? Ten slotte is het hier de vraag of van het EHRM een wetgevingsbevel verwacht kan worden (paragraaf VI.3.4).

<sup>706</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 3215.

<sup>707</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 3217.

<sup>708</sup> ‘Hoogleraren vinden SGP-uitspraak Europees hof verwerptelijk’, *Reformatorisch Dagblad* 28 juli 2012.

### VI.3.1 De inroepbaarheid van wetgevingsplichten

Hierboven zijn de begrippen inroepbaarheid bij de rechter, rechtstreekse werking en rechtstreekse toepasselijkheid gebruikt als synoniemen van het begrip een ieder verbindend uit de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Die artikelen gelden als matigingen op de overigens zeer open verhouding van het Nederlandse constitutionele recht tot de internationale rechtsorde. Artikel 93 stelt publicatie-eisen en artikel 94 beperkt de inroepbaarheid van internationaal recht door particulariseren tot die bepalingen die 'een ieder verbindend' zijn. Publicatie-eisen dienen de kenbaarheid van het recht. Met de constructie van artikel 94 beoogde de grondwetgever te voorkomen dat burgers zich bij de rechter zouden beroepen op 'niet voor toepassing gereed liggend' internationaal recht.<sup>709</sup> Bepalingen die afhankelijk waren van uitwerking door wetgever en bestuur, moesten buiten het bereik van de rechter blijven, althans, burgers zouden er in rechte geen beroep op mogen doen. Daarmee ontstaat in beginsel een gesloten systeem. Alleen het internationale recht dat door de rechter *wel* kan worden toegepast kan gebruikt worden om nationaal recht *buiten* toepassing te laten. Al in hoofdstuk IV bleek dat met name 'lege' bepalingen zoals het gelijkheidsbeginsel uit artikel 26 IVBPR weliswaar geschikt zijn om, als waarborgnorm, te kunnen beoordelen wat *niet* mag, maar een nadere keuze vergen om te bepalen wat dan *wel* moet.<sup>710</sup> Daarmee kwam de rechter toch in het vacuüm terecht waarvoor de oorspronkelijke opzet van artikel 94 Grondwet hem wilde behoeden. Op die plek is inmiddels het leerstuk van de rechtsvormende taak van de rechter tot bloei gekomen.<sup>711</sup>

De beperking van de inroepbaarheid van internationaal recht tot een ieder verbindende bepalingen is niet alleen een kwestie van het voorkomen van verlegenheid bij de rechter als die recht moet toepassen dat daar eigenlijk (nog) niet voor geschikt is. Het criterium is ook een uitdrukking van machtscheiding en van machtsevenwicht.<sup>712</sup> Naarmate de rechter eerder aanneemt dat sprake is van een een ieder verbindende bepaling, worden zijn 'macht' en rol ten opzichte

<sup>709</sup> Fleuren 2004, in het algemeen, maar in het bijzonder p. 306-307 en p. 364-365; Vgl. De Wit 2012, p. 32-37.

<sup>710</sup> Vroeger werd een verschil tussen 'een ieder verbindend' en 'rechtsreeks werkend' in dit verband verdedigd. Artikel 26 IVBPR is dan wel het eerste, maar niet het laatste. Kortmann 2008, p. 183-184.

Verder: H.Ph.J.A.M. Hennekens, annotatie bij CRvB 3 juli 1986, AB 1987/299, LJN AM9384 (*Kerncentrale Borssele*): een ieder verbindend is 'burgers als normadressaat'; rechtstreeks werkend is 'geschikt voor toepassing zonder implementatie'. Vgl. AB 1987/ 299 en H.Ph.J.A.M. Hennekens, annotatie bij CRvB 14 mei 1987, AB 1987/543.

<sup>711</sup> Zie verder hoofdstuk IV.

<sup>712</sup> Zie de bespreking van Fleurens dissertatie door L.F.M. Besselink, *RMThemis* 2007, p. 119.

van wetgever en bestuur groter.<sup>713</sup> De Centrale Raad van Beroep heeft het begrip een ieder verbindend in het verleden gebruikt om enige tijd uit het vaarwater van de wetgever te blijven, onder een gelijktijdige aansporing in de richting van de politiek.<sup>714</sup> Daarmee ontstaat een figuur die vergelijkbaar is met het eerder besproken op termijn stellen van de wetgever. Deze benadering, de relatieve rechtstreekse werking genoemd,<sup>715</sup> is in de jurisprudentie de uitzondering gebleven.<sup>716</sup> Hoofregel is de zogenaamde dichotome benadering: de een ieder verbindendheid is een eigenschap van de bepaling en wordt in beginsel op basis van de inhoud voor eens en voor altijd vastgesteld. Sinds 1986 geldt als standaardoverweging voor de vraag of een bepaling een ieder verbindend is:<sup>717</sup> verplicht de bepaling de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?<sup>718</sup> In dit criterium valt ook weer op dat als het internationale recht zich tot de wetgever richt, de rechter daartussen niet thuishoort. Wetgevingsplichten uit verdragen kunnen in beginsel niet via de rechter worden gehandhaafd.

Het lijkt, kortom, juist de bedoeling van het begrip een ieder verbindend om een casus als die over de SGP te voorkomen. Artikel 7 Vrouwenverdrag lijkt niet het soort voor toepassing gereed liggende internationale recht waarvan het oorspronkelijk de bedoeling was dat het bij de rechter kon worden ingeroepen.<sup>719</sup> In de eerste plaats is het 'treffen van maatregelen' waar artikel 7 Vrouwenverdrag mee opent in de regel een aanwijzing voor de rechter om een beroep op die bepaling niet toe te staan.<sup>720</sup> In de tweede plaats laat artikel 7 Vrouwenverdrag zich niet zo duidelijk toepassen dat de Afdeling en de civiele rechter dezelfde conclusie trekken. In de derde plaats is voor hof en Hoge Raad wel duidelijk wat het te bereiken resultaat moet zijn (effectief toegang tot de kandidaatstelling voor SGP-vrouwen) maar loopt het vast bij het bepalen wat dan de maatregelen moeten zijn die de Staat moet treffen. In die zin laat artikel 7 Vrouwenverdrag

<sup>713</sup> Besselink & Wessel 2009, p. 50-51.

<sup>714</sup> Het ging om artikel 26 IVBPR versus het kostwinnaarsbeginsel. Zie De Wit 2012, p. 231-249. De Wit heeft overigens scherpe kritiek op een dergelijk gebruik van het begrip 'een ieder verbindend'. Besselink & Wessel 2009, p. 51, lijken deze handelwijze van de Centrale Raad juist te waarderen als een vorm van terughoudendheid jegens de wetgever.

<sup>715</sup> Zie voor een opsomming van vindplaatsen in de literatuur: Martens 2000, p. 756, noot 67. Deze leer is ook wel gebruikt om jurisprudentie van de Hoge Raad te verklaren. De Boer 1995, p. 1028.

<sup>716</sup> Fleuren stelt: vanaf het begin overheerste de dichotome benadering. Enkel een handvol bestuursrechtshof in de 20e eeuw heeft tijdelijk iets anders gedaan. Fleuren 2004, p. 303-304.

<sup>717</sup> Als partijen daarover niets zijn *overeengekomen*. Wat partijen beoogd hebben is niet (meer) beslissend, maar wel relevant.

<sup>718</sup> HR 30 mei 1986, NJ 1986/688, LJN AC9402 (*Collectieve acties spoorwegen*).

<sup>719</sup> Het is ook punt van discussie geweest in de juridische literatuur. J. Fleuren, 'De een ieder verbindende kracht van artikel 7 sub c VN-Vrouwenverdrag', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 323-327; M.J. Kanne & R. Nehmelman, annotatie bij Rb. Den Haag 7 september 2005, AB 2005/398, LJN AU2088, onder nr. 3; J.L.W. Broeksteeg, annotatie bij Hof Den Haag 20 december 2007, *Gst.* 2008/18, onder nr. 3.

<sup>720</sup> Fleuren 2004, p. 283-285. Fleuren bekritiseert dat overigens, duidelijkheid over wat het te bereiken resultaat moet volgens hem voldoende zijn.

zich dus niet toepassen. En ten vierde is dit een geschil waarin de rechter tegenover de wetgever komt te staan. Het sterkst is dat te zien bij de rechtbank, waarvan de verklaring voor recht uiteindelijk in stand blijft. Eén van de door de rechtbank geconstateerde schendingen van artikel 7 Vrouwenverdrag betrof de aanwezigheid en het niet wijzigen van een (Grond)wettelijk kiesrecht dat het praktiseren van het vrouwenstandpunt faciliteert. De rechtbank las in artikel 7 Vrouwenverdrag dus de geschonden wetgevingsplicht om een andersluidende regeling van het kiesrecht op te tuigen. Hof en Hoge Raad lezen in artikel 7 Vrouwenverdrag niet rechtstreeks de plicht *tot het aanwezig* hebben van een regeling met een bepaalde inhoud. Toch staan ook zij tegenover de wetgever, *omdat* de plicht uit het Vrouwenverdrag tot het treffen van maatregelen jegens de SGP zich tot de wetgever blijkt te richten. Uiteindelijk worden de vorderingen van Clara Wichmann grotendeels afgewezen omdat formele wetgevingsbevelen niet toewijsbaar zijn. Kennelijk was dus bij hof en Hoge Raad sprake van een door de wetgever geschonden conformeringsplicht. Dat is ook wat de Afdeling later constateert in de uitspraak over de vraag of de kandidatenlijsten van de SGP geweigerd moeten worden: de wetgever is adressaat van het arrest van de Hoge Raad. Zo beschouwd verplichtte artikel 7 Vrouwenverdrag, in de termen van *Collectieve Acties Spoorwegen*, de wetgever in dit geval tot het treffen van een nationale regeling met een bepaalde strekking: de SGP in lijn met de vooruitgang zetten. Maar waarom staat die conclusie dan niet aan de inroepbaarheid van artikel 7 Vrouwenverdrag in de weg? Ik zie een aantal factoren dat de inroepbaarheid van artikel 7 Vrouwenverdrag in het bijzonder en instructienormen in het algemeen bevordert.<sup>721</sup>

### VI.3.1.1 *Apellen en meelifen*

In de eerste plaats is er de wijze waarop de jurisprudentie met het begrip ‘bepalingen’ uit de Grondwet omgaat. Dat zijn zeker geen complete artikelen, maar kunnen afsplitsingen daarvan zijn. De Hoge Raad gaat in het arrest *Collectieve Acties Spoorwegen* redelijk ver, door in een lang en weinig concreet artikel 6 uit het Europees *Sociaal Handvest* de woorden ‘Staten [...] erkennen [...] het stakingsrecht’ te isoleren als een bij de rechter inroepbare bepaling. Op dezelfde manier splitsen in de SGP-casus alle rechters om te beginnen het eerste deel (maatregelen treffen ter uitbanning van vrouwendiscriminatie in het politieke leven) af van het tweede deel van artikel 7 Vrouwenverdrag (lidmaatschap van partijen en actief kiesrecht verzekeren). Met name de verzekering van het actief kiesrecht is vervolgens zonder veel moeite inroepbaar. Nadat een voldoende concreet deel van het artikel is afgesplitst, volgt het omgekeerde: de minder concrete delen ‘liften mee’ met de concrete. Bij de Afdeling, overgenomen door de Hoge Raad, lift artikel 7 aanhef en onder c, het lidmaatschap van politieke partijen, wegens nauwe samenhang mee met artikel 7 aanhef en onder a, het passief kiesrecht voor vrouwen.<sup>722</sup> Illustratief is de redenering van de advocaat-generaal.<sup>723</sup> Hij deconstrueert artikel 7 Vrouwenverdrag tot twee ‘regels’ (later: ‘verplichtingen’). Regel 1: de algemene opdracht om vrouwendiscriminatie uit te bannen. Regel 2: de plicht om a, b en c van artikel 7 te verzekeren. Regel 2 is een ieder verbindend. Vervolgens gebruikt de advocaat-generaal regel 1

<sup>721</sup> Zoals het hof ten aanzien van artikel 7 Vrouwenverdrag expliciet vaststelde: de bepaling behelst een ‘opdracht tot handelen’ (r.o. 5.3).

<sup>722</sup> R.o. 2.11 uit de uitspraak van de ABRvS, r.o. 4.4.2 van het arrest van de Hoge Raad.

<sup>723</sup> Overweging 2.26 en 2.27 van de conclusie in de cassatieprocedure van de Staat tegen Clara Wichmann.

om de betekenis van regel 2 in te kleuren, en daarmee ontstaat een voor Clara Wichmann inroepbaar recht: de opdracht om overal ongelijke behandeling bij de samenstelling van de kieslijsten door partijen uit te bannen. Hoe het precies zit, kan hier verder in het midden blijven. Van belang is dat de techniek van het ‘afpellen en meeliften’ eerder meer dan minder rechtstreeks werkend internationaal recht oplevert, en daarmee de kans vergroot dat instructienormen inroepbaar zijn die de rechter tegenover de wetgever plaatsen.

### VI.3.1.2 Dichotome benadering

In de tweede plaats profiteert Clara Wichmann van de dichotome benadering van de een ieder verbindendheid. Dat blijkt uit de overwegingen waarin de Afdeling en het hof wijzen op de andere bepalingen uit verdragen, die deels overlappen met artikel 7 Vrouwenverdrag en die reeds ‘een ieder verbindend’ zijn geoordeeld.<sup>724</sup> Tevens veroorzaakt de dichotome benadering dat artikel 7 Vrouwenverdrag in zijn algemeenheid en (dus) naar zijn inhoud moet worden beoordeeld, en niet naar wat het in een concreet geval betekent. Artikel 7 Vrouwenverdrag spreekt zelf niet over de wetgever of over wetgevende maatregelen. Bovendien zijn er situaties denkbaar waarin de complexe verhouding tussen rechter, wetgever en politieke partij helemaal niet aan de orde is. Stel dat de Kieswet een evident vrouwenonvriendelijke voorwaarde zou stellen, in de categorie ‘vrouwen mogen enkel vanaf plaats 50 op de lijst voorkomen’. Stel dat als gevolg daarvan een kandidatenlijst met een vrouwelijke lijsttrekker wordt afgekeurd door een hoofdstembureau. In dat geval is een eventueel daarop volgende rechterlijke procedure weinig complex: artikel 7 Vrouwenverdrag een ieder verbindend verklaren, de betrokken voorwaarde buiten toepassing laten en de kandidatenlijst alsnog goedkeuren. Zo beschouwd is artikel 7 Vrouwenverdrag aanhef en onder a, in de termen van het arrest *Collectieve Acties Spoorwegen*, ‘van dien aard dat het in de nationale rechtsorde als objectief recht kan functioneren’. De dichotome benadering verhindert dat de rechter de inroepbaarheid kan blokkeren in een casus waarin dat hem in het vaarwater van de wetgever brengt, terwijl hij zijn handen vrij houdt om in een ander geval wel te interveniëren. Ook dat werkt in het voordeel van de inroepbaarheid van het internationale recht.

### VI.3.1.3 De toepasbaarheid van wetgevingsplichten

In de derde plaats werkt nog iets anders in het voordeel van Clara Wichmann, namelijk de wijze waarop het in het *Collectieve Acties Spoorwegen* gestelde criterium wordt toegepast. De Hoge Raad geeft twee opties: of de bepaling verplicht de wetgever een regeling te treffen of de bepaling is geschikt om als objectief recht in de nationale rechtsorde te functioneren, wat betekent dat de rechter de bepaling kan ‘hanteren’. In de praktijk blijkt de rechter zich doorgaans te beperken tot de vraag of de bepaling geschikt is als objectief recht in de rechtsorde te functioneren.<sup>725</sup> Instructienormen zijn prima in staat om in de rechtsorde als objectief recht te functioneren. De rechter kan de plicht voor een gemeenteraad om een inspraakverordening vast te stellen zonder problemen hanteren, zeker in de gevallen waarin door de gemeenteraad helemaal niets is

<sup>724</sup> De ABRvS in r.o. 2.11, het hof in r.o. 4.5.

<sup>725</sup> Fleuren 2004, p. 263. Fleuren wijst erop dat bij de rechter daarbij bepalingen onvoldoende uitgewerkt acht, zonder dat naar de inhoud gezien sprake is van een opdracht aan de wetgever. Daarmee ontstaat een categorie bepalingen die niet in *Collectieve Acties Spoorwegen* is voorzien: die bepalingen die niet terzijde worden gelaten omdat ze zich zelf rechtstreeks tot de wetgever richten, maar die door de rechter aan de wetgever worden overgelaten. Zou de rechter zich houden aan de of/of-keuze van *Collectieve Acties Spoorwegen* dan zouden veel meer bepalingen inroepbaar zijn.

vastgesteld. Op dezelfde manier kan een plicht tot het treffen van maatregelen als objectief recht functioneren, ook als die plicht zich in een specifieke situatie tot de wetgever richt. Clara Wichmann profiteert hiervan, met name in de redenering van het hof. Het hof overweegt dat eigenlijk niet in geschil is *dat* de SGP de vrouwen ongelijk behandelt, waardoor – nu de daarvoor genoemde reden niet in de buurt van een objectieve rechtvaardiging komt – eveneens duidelijk is dat de Staat zijn verplichting om gelijke behandeling met maatregelen te verzekeren niet nakomt.<sup>726</sup> Dat overweegt het hof in het kader van de beoordeling van de inroepbaarheid. Het wetgevende karakter van de te nemen maatregelen, speelt geen rol bij het beoordelen van de rechtstreekse werking.

#### VI.3.1.4 Inroepbaar *living instrument*

In de vierde plaats kan worden gewezen op iets wat in de SGP-casus maar zijdelings speelt, maar wat wel meewerkt aan de inroepbaarheid van wetgevingsplichten: de positie van een externe interpretator. In dit concrete geval speelt de interpretatie en toepassing van artikel 7 Vrouwenverdrag van het CEDAW in de civiele jurisprudentie een aanvullende rol. Maar wel *nadat* is vastgesteld dat het om inroepbare bepalingen gaat, dus onafhankelijk van de vraag hoe het CEDAW artikel 7 Vrouwenverdrag uitgelegd heeft en of het daar niet een wetgevingsplicht van gemaakt heeft. Volgens de rechtbank ‘moet er betekenis aan worden toegekend’ en het hof ‘voelt zich erdoor gesterkt’.<sup>727</sup> De positie van het EHRM is in dit verband sterker. Dat Hof wordt door artikel 32 EVRM zelf aangewezen als de ultieme uitlegger van het EVRM. Daarbij beschouwt het zijn eigen interpretaties als ‘essentially declaratory’<sup>728</sup> en de Hoge Raad volgt dat standpunt.<sup>729</sup> Uitspraken van het Hof worden niet als besluiten van een volkenrechtelijke organisatie ieder voor zich op hun rechtstreekse toepasselijkheid onderzocht, maar die vraag wordt beantwoord ten aanzien van het uitgelegde EVRM artikel. Dit heet ‘incorporatie’: de uitleg van het EHRM voegt zich in (de betekenis van) de uitgelegde bepaling van het EVRM. Het praktische gevolg van de incorporatietheorie is dat het in theorie niet uitmaakt tegen welk land een uitspraak wordt gedaan door het EHRM. Als een Turkse jongen onder artikel 6 EVRM recht heeft op bijstand van een advocaat tijdens een politieverhoor, dan betekent datzelfde artikel 6 EVRM hetzelfde in de Nederlandse rechtsorde. Gevolg is ook, dat het EVRM in de Nederlandse rechtsorde betekent wat het volgens het EHRM betekent, terwijl alle relevante artikelen uit het EVRM reeds als een ieder verbindend zijn aangemerkt en het dichotome karakter daarvan betekent dat zij dat in beginsel blijven.

Hoewel het EHRM zijn eigen werkzaamheid als in essentie declaratoir beschouwt, staat dat er niet aan in de weg om tegelijkertijd het EVRM als een ‘living instrument’ te beschouwen, dat geïnterpreteerd moet worden in het licht van de huidige omstandigheden.<sup>730</sup> Als het EHRM nu uit artikel 2 EVRM, het recht op

<sup>726</sup> Zie r.o. 4.4 van het arrest.

<sup>727</sup> Zie r.o. 3.18-3.23 van het rechtbankvonnis en r.o. 5.10 van het arrest van het hof.

<sup>728</sup> EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74 (*Marckx t. België*), r.o. 58.

<sup>729</sup> Zoals de onvolprezen Dragstra en Nieuwenhuis concluderen uit HR 10 november 1989, NJ 1990/628, LJN AC1692. Zie HR 10 mei 1996, NJ 1996/578, LJN ZC2072 en HR 12 september 1997, RvdW 1997/168, LJN ZC2422. Vgl. Van Emmerik 2008, p. 5-6.

leven, de positieve verplichting tot het met straf bedreigen van levensdelicten afleidt, dan is in de Nederlandse rechtsorde een norm inroepbaar die dat stellig niet zou zijn geweest als Nederland een verdrag had gesloten waarin het was overeengekomen dat moord strafbaar moest worden gesteld. Ook langs deze weg kunnen wetgevingsplichten toch inroepbaar bij de rechter blijken, ondanks artikel 94 Grondwet.

### VI.3.1.5 Institutionele politiek

In de vijfde plaats kan niet worden uitgesloten dat er meer speelt dan een abstracte discussie over het toekennen van een bepaalde eigenschap aan een bepaling uit het Vrouwenverdrag. Van het arrest *Collectieve Acties Spoorwegen* zelf wordt door velen, waaronder de huidige president van de Hoge Raad,<sup>731</sup> gezegd dat de keuze om het stakingsrecht inroepbaar te maken mede was ingegeven doordat de wetgever te lang naliet dit prangende maatschappelijke vraagstuk te regelen. Het arrest was dus ook een kwestie van institutionele politiek, hoewel de motivering daarvan geen blijk geeft. Er zijn aanknopingspunten om ook ten aanzien van de SGP-casus te vermoeden dat enig ongeduld van de civiele rechter een rol heeft gespeeld, waarvan Clara Wichmann profiteerde.<sup>732</sup>

Uit de voorgeschiedenis bleek dat de regering de toenemende bezwaren tegen de handelwijze van de SGP, ook van het CEDAW, telkens afhield door te verwijzen naar een 'afweging met andere grondrechten'. Verder liet de regering de kwestie over aan de rechter omdat artikel 7 Vrouwenverdrag daar inroepbaar werd geacht. Het hof verzucht dat de Staat echter nergens inzichtelijk maakt hoe die afweging dan is verlopen.<sup>733</sup> Ook in de conclusie van de advocaat-generaal is een vorm van ongeduld te bespeuren, als hij opmerkt dat de Staat verdedigt niet tot wettelijk ingrijpen verplicht te zijn, maar tegelijk eveneens nalaat om *iets* te doen om de SGP op andere gedachten te brengen.<sup>734</sup> Bovendien heeft de regering in de richting van de Tweede Kamer herhaaldelijk betoogd dat het aan de rechter was om aanvullende bescherming onder artikel 7 Vrouwenverdrag te verlenen. Later gold de rechter als degene die *eerst* maar moest aangeven of er iets tegen de SGP moest gebeuren. Deze 'impasse' kan een motief hebben opgeleverd om te handelen zoals de civiele rechter heeft gehandeld. Daarbij was de een ieder verbindendheid van artikel 7 Vrouwenverdrag nodig om zich 'toegang' te verschaffen tot de kwestie.

Deze institutioneel politieke benadering zou een goede verklaring opleveren voor het feit dat de Hoge Raad, niet veel later, in een andere zaak een andere bepaling uit het Vrouwenverdrag *niet* een ieder verbindend achtte. Het ging om artikel 11 lid 2 Vrouwenverdrag, waarop eveneens door Clara Wichmann een beroep werd gedaan. Krachtens dat artikel moet Nederland het 'daadwerkelijk

<sup>730</sup> Zoals het hof is begonnen te doen sinds EHRM 16 december 1999, nr. 24724/94 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>731</sup> Zie paragraaf III.1.2.

<sup>732</sup> Vgl. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, annotatie bij ABRvS 5 december 2007, AB 2008/35, LJN BB9493, die zich kunnen voorstellen dat als de Hoge Raad 'geen zin' heeft om zich in deze 'politiek netelige kwestie' te begeven, de inroepbaarheid van het Vrouwenverdrag een nooduitgang kan vormen.

<sup>733</sup> Zie r.o. 6.14 van het arrest.

<sup>734</sup> Zie overweging 5.17 uit de conclusie van de advocaat-generaal in het cassatieberoep van de Staat.

recht van vrouwen op arbeid verzekeren' en in het kader daarvan 'passende maatregelen' nemen om zwangerschapsverlof met behoud van loon in te voeren of vergelijkbare sociale voorzieningen 'zonder dat dit leidt tot verlies van de vroegere werkkring, de behaalde anciënniteit of de hun toekomende sociale uitkeringen.' Rechtbank, hof en Hoge Raad zijn het met elkaar eens dat dit niet een ieder verbindend is. De rechtbank overwoog dat de bepaling 'geen directe en eenduidige voorschriften [bevat] over de wijze waarop de boogde doelstelling moet worden bereikt, hetgeen een beleidsvrijheid inhoudt. Evenmin is voorgeschreven welke prioriteitstelling de verdragsluitende Staten daarbij moeten hanteren.'<sup>735</sup> De rechtbank hechtte vervolgens ook nog betekenis aan het feit dat in artikel 11 tweede lid sprake is van 'passende maatregelen' en niet van 'alle passende maatregelen' zoals elders in het Vrouwenverdrag wel het geval is. Voor de hand ligt dat de rechtbank hierbij specifiek artikel 7 van het Vrouwenverdrag op het oog had. Ten overvloede merkte de rechtbank overigens op dat toetsing aan deze artikelen, als dat wel zou mogen, niet de door Clara Wichmann beweerde onrechtmatigheid zou opleveren. Er waren namelijk sterke aanwijzingen dat de geciteerde bepaling uitsluitend betrekking heeft op vrouwen in loondienst, en niet op de vrouwen waar Clara Wichmann voor opkwam. Deze toetsing-ten-overvloede is zeer opmerkelijk, omdat de rechter kennelijk toch uit de voeten kan met de betrokken bepaling.

Het hof volgt de rechtbank.<sup>736</sup> De in artikel 11 lid 2 aanhef en onder b Vrouwenverdrag 'neergelegde opdracht aan de verdragsstaten om 'passende maatregelen' te nemen wijst veeleer op een instructienorm,' overwoog het hof dat eerder had geconstateerd dat artikel 7 een 'opdracht aan de Staat' behelsde. Bovendien was nog te onduidelijk hoe lang het verlof dan zou moeten duren, welke vorm het zou moeten hebben en hoe hoog een uitkering zou moeten zijn. De advocaat-generaal vindt artikel 11 Vrouwenverdrag eveneens een positieve verplichting die nog nader moet worden ingevuld en de Hoge Raad sluit aan. 'Het oordeel van het hof dat het resultaat van de te nemen maatregelen in artikel 11 lid 2 onder b onvoldoende nauwkeurig omschreven is en dat deze bepaling derhalve ongeschikt is voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter, is dan ook juist.'<sup>737</sup>

Hoewel er uiteraard verschillen zijn aan te wijzen tussen artikel 7 en artikel 11 van het Vrouwenverdrag, lijkt mij artikel 11 prima geschikt om het eventueel structureel ontslaan van zwangere ambtenaren onrechtmatig te oordelen. Of om een bepaling uit het arbeidsrecht buiten toepassing te laten, die private werkgevers daarvoor ruimte biedt. Of om zelfs rechtsreeks door een ontslagen zwangere vrouw tegen haar werkgever te worden ingezet. Het hof lijkt zwaar te tillen aan het ontbreken van een precieze omlijning van duur en vorm en dergelijke vaagheden. Met de techniek van het afpellen en meeliften had het toch tenminste mogelijk moeten zijn om de frase 'een daadwerkelijk recht op arbeid' inroepbaar te achten en dat dan uit te leggen als 'staten erkennen het recht op zwangerschapsverlof'? Een goede, en wat mij betreft overtuigende verklaring voor het verschil in behandeling van de artikelen 7 en 11 zou zijn dat de regeling van het zwangerschapsverlof zich niet – naar het oordeel van

<sup>735</sup> Rb. Den Haag 25 juli 2007, *NJ* 2007/535, *LJN* BB0334.

<sup>736</sup> Zoals geciteerd in de conclusie van de advocaat-generaal.

<sup>737</sup> HR 1 april 2011, *NJ* 2011/354, *LJN* BP3044, r.o. 3.3.3.

de civiele rechter, althans – in de politieke impasse bevond waarin het passief kiesrecht van de SGP-vrouwen en het stakingsrecht zich wel bevonden. Of misschien wilden de verschillende rechters zo snel na de SGP-casus geen tweede geval van *public law litigation* entameren.

### VI.3.1.6 Conclusie

De constructie waarbij enkel die bepalingen van het internationale recht kunnen worden ingeroepen die een ieder verbindend zijn, was bedoeld om te voorkomen dat de rechter geconfronteerd zou worden met niet voor toepassing gereed liggend internationaal recht. Reeds uit hoofdstuk IV bleek dat het begrip dit niet voorkomen heeft, en eigenlijk ook niet kan voorkomen wanneer het dichotoom benaderd wordt, wanneer ook waarborgnormen een ieder verbindend zijn en wanneer het internationale recht normen bevat zoals artikel 26 IVBPR. In het gat dat dan ontstaat bloeit inmiddels het leerstuk van de (grenzen van de) rechtsvormende taak. De constructie van de artikel 93 en 94 Grondwet is niet alleen een kwestie van voorkomen van verlegenheid bij een rechter die wel in staat is nationaal recht wegens strijd met een waarborgnorm buiten toepassing te laten maar vervolgens met lege handen staat. Het is ook uitdrukking van machtscheiding en machtsevenwicht.

In de SGP-casus gaat het niet zozeer om de problemen die ontstaan bij een lege waarborgnorm die inroepbaar blijkt, maar om de vraag in hoeverre een beroep kan worden gedaan op internationale instructienormen, en dan met name de normen die uiteindelijk een plicht voor de wetgever zijn. De factoren die in de SGP-casus in meer of mindere mate de inroepbaarheid van de relevante delen van het Vrouwenverdrag en daarmee de uiteindelijke confrontatie met de wetgever hebben bevorderd zijn: de techniek van het afpellen en meeliften, de dichotome benadering, de incorporatie van interpretatie van andere instanties en de focus op de bruikbaarheid van een bepaling voor de rechter. Ten slotte is erop gewezen dat de rechter soms de grenzen van het begrip opzoekt vanwege verborgen institutioneel politieke redenen, en dat dit in de SGP-casus voorstelbaar is.

Is er een alternatief waarmee de rechter confrontaties met de wetgever kan voorkomen via het begrip ‘een ieder verbindend’? Ik meen van wel, en denk dat dat gezocht kan worden in (de herintroductie van) een beperkt gebruik van de relatieve rechtstreekse werking. Namelijk voor die gevallen waarin het handhaven van een wetgevingsplicht, of een instructienorm die als wetgevingsplicht blijkt uit te pakken, juist ook de primaire inzet van de procedure is. De Centrale Raad van Beroep overwoog ooit ten aanzien van artikel 7 onder a (1) IVESC (gelijke beloning) dat de rechtstreekse werking niet alleen van de bepaling zelf afhing, maar tevens van ‘de casus waarop en de context waarin toepassing van die verdragsbepaling wordt gevraagd voldoende gestructureerd en geconcretiseerd is om een dergelijke rechtstreekse en afdwingbare toepassing verantwoord te doen zijn.’<sup>738</sup> Bij de vraag of de toepassing van het verdragsrecht ‘verantwoord’ is, weegt de Centrale Raad onder andere mee of het bevoegd gezag ‘langs rechterlijke weg geroepen kan worden de ongelijkheid ongedaan te maken.’

### VI.3.2 *Het SGP-arrest als de Nederlandse Brown v. Board of*

<sup>738</sup> CRvB 16 februari 1989, AB 1989/164, LJN AN0328 (WIISO).

### *Education?*

Het *SGP*-arrest vertoont enige overeenkomst met *Brown v. Board of Education*. Ten diepste was *Brown* een afrekening met de *separate but equal-doctrine*. Met die doctrine mochten voorzieningen gescheiden blijven als ze maar gelijkwaardig waren. ‘Inherently unequal,’ aldus het Amerikaanse *Supreme Court*.<sup>739</sup> In het *SGP*-arrest, zoals ook door het EHRM opgevat, wordt ten diepste het vrouwenstandpunt van de SGP buiten de orde verklaard. ‘Unacceptable,’ volgens het EHRM. Volgens het vrouwenstandpunt van de SGP zijn vrouwen wel gelijkwaardig maar niet gelijk, bijvoorbeeld niet ten aanzien van een roeping tot enig regeerambt. Deze associatieve overeenkomst zal nooit de vele verschillen tussen het *SGP*-arrest en *Brown* kunnen verhullen. Al was het maar omdat het probleem waarvan het *Supreme Court* ‘eigenaar’ werd, veel omvangrijker en gecompliceerder was dan de relatief overzienbare kwestie waar de Hoge Raad nu zijn gezag aan verbonden heeft. Toch wil ik één overeenkomst overeind houden: beide zaken zijn voorbeelden van *public law litigation*. De mogelijkheid om bij de rechter een beroep te kunnen doen op een norm die tot het verzekeren van een bepaald resultaat verplicht, maakt de inzet in de *SGP*-casus vergelijkbaar met de typische inzet bij *public law litigation*. Niet het vergoeden van de schade van een onterecht niet op de lijst geplaatste vrouw, of het alsnog op de lijst zetten van een beschikbare vrouw is de inzet, maar het in de toekomst realiseren van een grondrecht door gewijzigd overheidsbeleid. Geen reparatie of compensatie achteraf, maar toekomstige prestatie van de overheid.

De vergelijking met *public law litigation* wil ik op twee manieren uitwerken. In de eerste plaats wordt het geschil niet alleen mogelijk gemaakt door de inroepbaarheid van artikel 7 Vrouwenverdrag, maar ook door de ontvankelijkheid van Clara Wichmann. In de tweede plaats wil ik bezien in hoeverre specifieke eigenschappen van de *SGP*-casus kunnen worden verhelderd met de karakteristieke eigenschappen van *public law litigation*.

#### *VI.3.2.1 De ontvankelijkheid van Clara Wichmann*

Zoals uit de voorgeschiedenis bleek, bleef de civiele rechter lange tijd afzijdig omdat er geen *SGP*-vrouw gevonden kon worden die wilde procederen tegen de *SGP*. De rechter was daar strikt in. Yvonne Franssen, die betoogde een heel eind te kunnen meekomen in de politieke visie van de *SGP*, werd toch onvoldoende staatkundig gereformeerd geacht om tegen de *SGP* te mogen procederen. Evenzo strandde de rechtszaak van Clara Wichmann tegen de *SGP* zelf in niet-ontvankelijkheid. ‘Dit belang is een belang dat alléén vrouwen aangaat die lid willen worden van de *SGP* en die dat als gevolg van het vrouwenstandpunt niet kunnen,’ overwoog de rechtbank.<sup>740</sup>

De handhaving van het Vrouwenverdrag bereikt de rechter via het collectieve actierecht van artikel 3:305a BW<sup>741</sup> in een procedure tegen de Staat. Daarmee krijgt het geschil ook de voor *public law litigation* typische partijstructuur: eiser en gedaagde vallen minder samen met de feitelijke slachtoffer en dader. Formeel bundelt Clara Wichmann de belangen van iedereen die slachtoffer is van het niet handhaven van het gelijkheidsbeginsel door de Staat en is de Staat de dader

<sup>739</sup> Zie verder hoofdstuk III.

<sup>740</sup> Rb. Den Haag 7 september 2005, *NJ* 2005/474, *LJN* AU2091, r.o. 3.6.

van het niet nemen van maatregelen tegen de SGP. Niet ver daarachter gaat het wel degelijk om de SGP-vrouwen die niet meer mogen worden tegengewerkt door de SGP. Dat geeft het hof ook toe als het overweegt dat de ‘inzet van deze procedure’ is dat de SGP-vrouwen niets meer in de weg wordt gelegd als zij zich kandidaat willen stellen voor hun partij.

Dat artikel 3:305a BW toegang verschaft aan Clara Wichmann ligt minder voor de hand, als bedacht wordt dat dit artikel een codificatie is van de zogenaamde *Nieuwe Meer*-jurisprudentie.<sup>742</sup> Daarmee kon opgekomen worden voor belangen die zelf geen stem hadden, zoals milieubelangen. *Waterpakt* is een voorbeeld van het representeren van milieubelangen. Nieuwenhuis annoteerde onder het *Nieuwe Meer*-arrest dat het wat hem betreft ook bij milieubelangen zou moeten blijven. Anders zou deze rechtsingang bijna eindeloze bemoeizucht faciliteren.<sup>743</sup> In de SGP-casus gaat het niet om belangen die geen stem hebben. Wat er verder ook zij van de veronderstelde gewetensnood van een ieder als de Staat niet tegen discriminatie optreedt, de SGP-vrouwen zelf hebben wel degelijk een stem. Dat was ook de boodschap van het vonnis van de rechtbank in de procedure van Clara Wichmann tegen de SGP: vind een SGP-vrouw die op de lijst wil staan, en ik zal naar je zaak kijken. In het *SGP*-arrest geeft Clara Wichmann niet een stem aan wie of wat zelf geen stem heeft, maar aan wie hem zelf niet rechtstreeks wil gebruiken.

Dit komt, zoals gezegd, in de eerste plaats omdat de ingeroepen norm het belang beschermt van een ieder en niet specifiek van de SGP-vrouwen. Maar het komt ook doordat bij de toepassing van artikel 3:305a BW aan Clara Wichmann geen eisen van representativiteit worden gesteld. Daarmee bedoel ik het volgende. Hoewel de mening van de SGP-vrouwen er *als SGP-vrouwen* niet toe doet, horen zij uiteraard wel bij de ‘een ieder’ voor wie Clara Wichmann zegt op te komen. Datzelfde geldt voor de SGP-mannen en voor iedereen die zich niet aan de SGP verbonden acht maar desalniettemin geen reden ziet om tegen die partij op te treden. De Hoge Raad eist echter niet dat Clara Wichmann onderbouwt voor welk percentage ‘een ieders’ wordt opgekomen. De Hoge Raad stelt dergelijke eisen niet en verwijst daarvoor naar de tekst van artikel 3:305a BW en naar het eerder gewezen *Plazacasa*-arrest.<sup>744</sup> Dat overtuigt niet volledig. In *Plazacasa* ging het om klassieke bundeling van belangen. De Stichting Baas in Eigen Huis stelde op te komen voor de auteursrechten van alle makelaars, terwijl een derde van de makelaars aangaf juist voorstander te zijn van waar de Stichting tegen opkwam. De Hoge Raad oordeelde in *Plazacasa* dat dit niet van belang was. Hij trekt die conclusie door in het *SGP*-arrest. Daarmee steekt de Hoge Raad de grens over tussen wat de advocaat-generaal meso-aggregatie en macro-aggregatie noemt. Het eerste was aan de orde bij *Plazacasa*, het tweede bij Clara Wichmann. Juist bij het tweede signaleerde Langemeijer een gevaar voor ‘ongebreidelde bemoeizucht’.<sup>745</sup> Als de Hoge Raad wel eisen van representativiteit

<sup>741</sup> Sinds 1994 in de wet, ingevoerd bij wet van 6 april 1994, *Stb.* 1994/269.

<sup>742</sup> HR 27 juni 1986, *NJ* 1987/743, *LJN* AD3741 (*Nieuwe Meer*).

<sup>743</sup> J.H. Nieuwenhuis, *AA* 1986, p. 641.

<sup>744</sup> HR 26 januari 2010, *NJ* 2011/673, *LJN* BK5756 (*Plazacasa*).

had ontwikkeld hadden daarmee 'al te ongerichte en abstracte belangen buiten de deur gehouden kunnen worden.'<sup>746</sup>

Maar dat doet de Hoge Raad dus niet. De waarborgen tegen ongebreidelde bemoeizucht liggen daarmee uitsluitend in de andere, meer procedurele voorwaarden van artikel 3:305a BW. Er moet voorafgaand overleg plaatsvinden (lid 2), de vordering kan niet strekken tot een schadevergoeding in de vorm van geld (lid 3) en het niet mag gaan om een gedraging waarvan de getroffene niet wil dat daarover door deze belangenbehartiger geprocedeerd wordt (lid 4). Lid 5 voorziet in een *opt-out-regeling* waarmee een persoon tot bescherming van wiens belang de rechtsvordering strekte zich tegen de werking van een uitspraak kan verzetten, 'tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten.' Voor Clara Wichmann waren deze voorwaarden geen drempel voor de ontvankelijkheid.

### VI.3.2.2 *Public law litigation*

Teunissen heeft scherpe kritiek geuit, specifiek op de ontvankelijkheid van Clara Wichmann.<sup>747</sup> Hij vindt heel artikel 3:305a BW 'een waar misbaksel' dat onvoldoende doordachte *public interest litigation* uit de Verenigde Staten overplant.<sup>748</sup> De gedachte dat het SGP-arrest kan worden begrepen als *public law litigation* (hetzelfde als *public interest litigation*) leidt tot een aantal observaties.

Fuller hamerde krachtig op het belang van derden die door een uitspraak worden geraakt terwijl ze niet weten of soms zelfs niet kunnen weten wat de gevolgen voor hen zullen zijn. Dit is volgens Fuller niet wenselijk, omdat het parasiteert op de aard van de rechtspraak: rationeel bewijs en argumenten beoordelen. Dit bezwaar richt zich vrij fundamenteel tegen *public law litigation*. Voor de SGP-casus gaat het evenwel niet op. Hoewel de SGP-vrouwen verdwijnen achter de constructie waarmee ze worden gelijkgesteld en 'meegebundeld' met de belangen van een ieder, krijgt de SGP zelf ruime mogelijkheden om aan de procedure deel te nemen. Ze voegt zich aan de zijde van de Staat in het hoger beroep, en de Hoge Raad staat haar – tegen het advies van de advocaat-generaal in – toe om een zelfstandig en onbeperkt cassatieberoep in te stellen. Overigens is het resultaat daarvan dat het arrest ook jegens de SGP in kracht van gewijsde is gegaan. Het door Fuller gesignaleerde gevaar verwezenlijkt zich hier dus niet, voor zover de SGP-vrouwen de relevante 'derden' zijn en de SGP hen vertegenwoordigt.

De tweede observatie betreft de remedie. De problemen die ontstaan bij het bedenken en het toewijzen van een remedie, zijn karakteristiek voor *public law litigation*. In de klassieke benadering is de remedie min of meer logisch afleidbaar uit de schending. Als de civiele rechter zich beperkt had tot het enkel ontvankelijk verklaren van een vrouw die zelf op de SGP-kieslijst wil en die vrouw had kunnen aantonen dat ze uitsluitend is geweigerd vanwege haar geslacht, dan was de remedie relatief eenvoudig geweest: de SGP bevelen deze vrouw op de kieslijst te zetten, of de kandidaatstellingsprocedure opnieuw te voeren met

<sup>745</sup> Conclusie advocaat generaal onder 3.6.

<sup>746</sup> Chr. F. Kroes, 'Soortgelijke belangen, representativiteit en het bemoeizuchtbezwaar', annotatie bij HR 26 februari 2010, *NTBR* 2010 (43), p. 361-367, *LJN* BK4549.

<sup>747</sup> J. Teunissen, 'De ironie van de SGP-vrouwenzaak', *NJB* 2008, p. 1524-1530.

<sup>748</sup> J. Teunissen, 'De ironie van de SGP-vrouwenzaak', *NJB* 2008, p. 1524-1530, noot 16.

inachtneming van de uitspraak. Dit soort relatie tussen onrechtmatigheid en remedie valt weg in *public law litigation*. Er is eerder van het tegenovergestelde sprake: ze lopen uit elkaar. Dat blijkt ook duidelijk uit de motiveringen van zowel de rechtbank, als het hof en de Hoge Raad: het constateren van de onrechtmatigheid wordt zeer expliciet losgekoppeld van de vraag of duidelijk is welke maatregelen moeten worden getroffen en of de rechter die kan bevelen.

De derde observatie is dat wat in deze SGP-casus wel aan remedie wordt ingezet, gebruikelijk is in de *remedial phase* van *public law litigation*. Dat is de typische splitsing tussen het enerzijds declaratoir verklaren welke richting het op moet en anderzijds het (voorlopig) vooruitschuiven van de *enforcement phase* van bevelen en dwangmiddelen. In dat laatste betonen rechtbank, hof en Hoge Raad zich zeer terughoudend. Ook een verbod om de bestaande situatie langer dan een door de rechter vastgestelde termijn te laten voortbestaan, is niet toewijsbaar. Niet alleen omdat dat in dit geval een wetgevingsbevel zou zijn, maar ook, aldus hof en Hoge Raad, omdat niet duidelijk is op grond waarvan een dergelijk vaag en algemeen verbod toewijsbaar zou kunnen zijn.<sup>749</sup> Een formele *structural injunction* zit er dus niet in. Er is enkel een declaratoire remedie beschikbaar. Daarmee is de uitspraak in mindere mate het einde van de betrokkenheid van de rechter dan in klassieke zaken het geval is. Als er niets gebeurt zal de Hoge Raad vroeg of laat weer gevraagd worden om zich over de zaak uit te spreken.

Een vierde observatie knoopt aan bij de door Sabel en Simon geconstateerde bezwaren tegen een rechter die 'te dicht' betrokken raakt bij het realiseren van een grondrecht.<sup>750</sup> Daarbij kan de (schijn van) rechterlijke (on)partijdigheid in het geding komen als hij bijvoorbeeld in een vervolgbaak moet oordelen over de onvermoede nadelen van een maatregel die het gevolg is van een keuze die de rechter gemaakt heeft. Daartegen bestaan ook bezwaren van democratische aard voor zover de rechter keuzes maakt die anders door meer democratisch gelegitimeerde ambten zouden worden gemaakt. Deze bezwaren worden in de Amerikaanse praktijk, aldus Sabel en Simon, ondervangen doordat de rechter zich inhoudelijk afzijdig houdt en in plaats daarvan partijen met elkaar in gesprek brengt en houdt. De grondrechten functioneren dan als *destabilization rights*. Vanuit dit perspectief heeft de civiele rechter zich in de SGP-casus zeer terughoudend getoond voor wat het meedenken met de oplossing betreft. De Hoge Raad is daarin zeer principieel: de vraag wat er moet gebeuren vereist een politieke afweging die niet van de rechter verlangd kan worden. Daarmee zijn de gevaren dat de rechter door al te actief mee te denken zijn onpartijdigheid op het spel zet of keuzes maakt die beter door meer democratisch gelegitimeerde organen kunnen worden gemaakt, ruimschoots bezworen. De vraag wordt zelfs of de Hoge Raad niet wat meer had kunnen doen om de partijen in 'beweging' te houden, bijvoorbeeld door specifiek te verwachten dat er binnen een nader te bepalen periode een actieplan moet liggen. Het antwoord op die vraag hangt echter af van wat er gebeurt na de uitspraak van de Hoge Raad en of die moet

<sup>749</sup> Zie r.o. 4.6.2 van het arrest van de Hoge Raad.

<sup>750</sup> Zie paragraaf III.4.3.

worden aangemerkt als een materieel wetgevingsbevel.

### VI.3.2.3 Conclusie

Het *SGP*-arrest is een voorbeeld van *public law litigation*, mogelijk gemaakt door de inroepbaarheid van artikel 7 Vrouwenverdrag en door de ontvankelijkheid van Clara Wichmann onder artikel 3:305a BW. Dat artikel faciliteert kennelijk niet alleen een bundeling van belangen in het kader van de efficiëntie van de rechtspleging, of het creëren van een rechtsgang voor milieubelangen die geen eigen stem hebben. Het artikel maakt het ook mogelijk dat wordt opgekomen namens abstracte belangen als dat van een ieder bij de verwezenlijking van een grondrecht. In het voordeel van Clara Wichmann heeft in ieder geval gewerkt dat de Hoge Raad ervan af heeft gezien eisen van representativiteit te ontwikkelen om de toegang tot de rechter voor al te abstracte belangenrepresentatie te reguleren.

De ontvankelijkheid en de inroepbaarheid maken *public law litigation* mogelijk: geschilbeslechting tussen partijen die minder direct slachtoffer en dader zijn dan in de klassieke civiele geschilbeslechting het geval. Met een voor klassieke geschilbeslechting a-typische inzet: niet het herstel of compensatie voor iets in het verleden, maar verbeterde realisatie in de toekomst. Dit inzicht maakt een aantal in hoofdstuk III beschreven karakteristieken relevant voor de *SGP*-casus. Voor wat de positie van niet rechtstreeks bij de procedure betrokken derden betreft, is in dit geval ruimschoots gelegenheid geweest voor de *SGP* om zelfstandig op te treden in de procedure. De moeilijkheden met de remedie en dat waar de Hoge Raad in het *SGP*-arrest op uitkomt, zijn niet ongebruikelijk voor *public law litigation*: declaratoir in algemene bewoordingen de richting wijzen en (voorlopig) afzien van dwangmiddelen en sancties. Ten slotte blijkt de Hoge Raad zeer voorzichtig om zich al te intensief met de verdere oplossing van het probleem in te laten. Dit valt enerzijds te waarderen als een waarborg tegen de nadelen van *public law litigation* voor de onpartijdigheid van de rechterlijke macht en de ruimte voor het democratisch proces. Anderzijds is het de vraag of de Hoge Raad zich niet te veel afzijdig houdt. Dat zal uiteindelijk moeten blijken uit het verdere verloop.

### VI.3.3 Materieel wetgevingsbevel of een dialoog?

De uitspraken in de *SGP*-casus zijn, evenals het *Arbeidskostenforfait*-arrest, in de juridische literatuur royaal aangemerkt als een wetgevingsbevel of iets dat daar heel dicht bij in de buurt komt. Kanne en Nehmelman vonden de uitspraak van de rechtbank al 'een belangrijk signaal naar de wetgever' dat 'alle facilitering van de Staat aan partijen als de *SGP* zou moeten worden gestaakt'.<sup>751</sup> Dragstra kwalificeert de uitspraak van het hof als een 'impliciet wetgevingsbevel'.<sup>752</sup> en Peters en Bleker vinden het arrest een 'indirect bevel aan de wetgever'.<sup>753</sup> Alkema meent dat de Hoge Raad het treffen van wettelijke maatregelen 'eist'.<sup>754</sup> en ook Schutgens en Sillen kwalificeren het arrest als een 'bevel' en vragen zich af welke maatregelen de Staat kan nemen om aan 'zijn rechtsplicht uit het arrest' te voldoen.<sup>755</sup> Geen van deze schrijvers hoeft te worden uitgelegd dat er enkel sprake is van een verklaring voor recht en niet van een formeel wetgevingsbevel.

En dat er strikt genomen geen andere *juridische* consequenties aan het arrest zijn verbonden dan dat in een eventuele vervolprocedure tussen de Staat en Clara Wichmann vaststaat dat de Staat onrechtmatig handelt jegens Clara Wichmann. Verder dan het gezag van gewijsde lonkt eventueel nog het door de Hoge Raad erkende ‘praktische gevolg’ dat de rechter in vergelijkbare gevallen, dus wanneer een andere partij dan Clara Wichmann eenzelfde procedure aanspant, vergelijkbaar zal beslissen.<sup>756</sup> Maar daarna houdt het wat juridische gevolgen betreft wel op. Als al sprake is van een rechtsplicht voor de Staat, dan volgt die (al een tijdje) uit het Vrouwenverdrag en niet uit de uitspraak van de rechter. De Hoge Raad ‘eist’ dus eigenlijk helemaal niets en beveelt evenmin iets. De Hoge Raad *verklaart* uitsluitend. Ik ben het echter met alle aangehaalde schrijvers eens dat desondanks van meer sprake is dan alleen een verklaring voor recht. Daar moet een term voor worden gevonden. Dat is mij betreft – het zal niet verrassen – ‘materieel wetgevingsbevel’.

Het hof stelt zich de werking van een materieel wetgevingsbevel duidelijk voor. Hoewel aan de verklaring voor recht geen sanctie of dwangmiddel is verbonden wordt de Staat door het hof geacht aan die verklaring wel ‘de juiste gevolgtrekking’ te verbinden en ‘de nodige wetgeving’ tot stand te brengen. Voor het hof maakt deze omstandigheid de verklaring voor recht in dit geval een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 2 IVBPR en 13 EVRM.

Bij het toepassen van het begrip materieel wetgevingsbevel op de SGP-casus zijn drie punten van belang. Het eerste, dat sprake is van rechterlijke rechtsvorming en niet van een evident uit het Vrouwenverdrag volgende wetgevingsplicht, roept niet veel problemen op. Uit het verschil tussen de Afdeling en de civiele rechter volgt reeds dat het Vrouwenverdrag zich op dit punt in redelijkheid op verschillende manieren laat uitleggen. De conclusie van de civiele rechter is dus het resultaat van rechtsvorming. De twee volgende punten liggen iets complexer, namelijk de vraag hoe duidelijk *uit de uitspraak* blijkt dat een wetgevingsplicht is geschonden en of de rechtsvorming van de civiele rechter bindend is voor de wetgever, zoals het hof meent, of een voor dialoog vatbaar oordeel, zoals de regering meende van het standpunt van het CEDAW over de verplichting om tegen de SGP op te treden.

### VI.3.3.1 Materieel wetgevingsbevel en de verklaring voor recht

Het in hoofdstuk II genoemde voorbeeld van een materieel wetgevingsbevel betrof een verklaring voor recht waarin duidelijk sprake was van een verplichting voor de wetgever. Dat is in de SGP-casus niet het geval. Bij hof en Hoge Raad blijft de verklaring van de rechtbank in stand ‘dat de Staat in strijd met artikel 7 sub a en sub c Vrouwenverdrag handelt.’ Zoals reeds in hoofdstuk IV is opgemerkt, verliest het begrip materieel wetgevingsbevel zijn onderscheidende kracht als alle rechterlijke uitspraken die op de een of andere manier wetgeving noodzakelijk maken, materiële wetgevingsbevelen zijn. Evenzeer raakt de overeenkomst met

<sup>751</sup> M.J. Kanne & R. Nehmelman, annotatie bij Rb. Den Haag 7 september 2005, AB 2005/398, LJV AU2088, onder nr. 6.

<sup>752</sup> Dragstra 2008, p. 188.

<sup>753</sup> J.A. Peters & K. Bleker, ‘Staat moet SGP aanpakken maar ook subsidiëren’, NJB 2008, p. 556-563.

<sup>754</sup> E.A. Alkema, annotatie bij HR 9 april 2010, NJ 2010/388, LJV BK4549 (SGP).

<sup>755</sup> R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, ‘De SGP, het rechterlijk bevel en het kiesrecht’, NJB 2010, p. 114-117.

<sup>756</sup> HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360, LJV AD5666 (Prijzenbeschikking Medisch Specialisten).

het formele wetgevingsbevel uit het zicht wanneer elk signaal aan de wetgever een constatering van een dreigende schending van een wetgevingsplicht is. Zoals bij de termijnstelling uit het *Arbeidskostenforfait*-arrest, zal ook hier de definitie van het materiële wetgevingsbevel ingeregeld moeten worden voor het gebruik van de verklaring voor recht.

Het ligt voor de hand om in de motivering te zoeken naar de gedraging waarmee de Staat onrechtmatig handelt. Bij de rechtbank levert dat de meest duidelijke schending van een wetgevingsplicht op. De rechtbank acht het bestaan en in stand laten van een (Grond)wettelijke regeling van het kiesrecht die de handelwijze van de SGP accepteert, reeds onrechtmatig. Artikel 7 Vrouwenverdrag wordt dus geïnterpreteerd als een plicht om de democratie weerbaar te maken tegen vrouwendiscriminatie. Die plicht zou niet van tafel zijn wanneer de SGP tot inkeer komt en een vrouw de lijst laat aanvoeren. In die zin is ook te begrijpen dat de rechtbank bij de ontvankelijkheid van Clara Wichmann mee laat wegen dat het 'niet denkbeeldig' is dat andere partijen zullen opstaan die eveneens op godsdienstige gronden vrouwen ongelijk zullen behandelen.<sup>757</sup> Artikel 7 Vrouwenverdrag schrijft een ander kiesrecht voor dan we nu hebben en dus zal de wetgever het moeten aanpassen. Als we de verklaring voor recht van de rechtbank samen nemen met deze motivering dan is hier duidelijk sprake van een materieel wetgevingsbevel, althans, van een voldoende expliciete constatering van de schending van de wetgevingsplicht.

In het hoger beroep wordt het dictum van het vonnis alleen vernietigd voor wat het gegeven bevel om de subsidie te stoppen betreft. Van een expliciete verbetering van de gronden is in het dictum geen sprake. Impliciet is er wel verschil. Het hof interpreteert artikel 7 Vrouwenverdrag niet als de plicht om een bepaald kiesrecht in werking te hebben, maar uitsluitend als de plicht om een resultaat te verzekeren. Het onrechtmatig handelen van de Staat bestaat bij het hof uit het niet optreden tegen het bestaan en het huidige functioneren van de SGP. Uit het Vrouwenverdrag zelf, zo overweegt het hof expliciet, kan niet worden afgeleid welke maatregelen zullen moeten worden getroffen. Het bedenken van maatregelen stuit bij het hof af op de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter. Bij het hof is daarmee duidelijk dat de verklaring voor recht verwijst naar een schending van een opdracht aan de Staat, niet specifiek van een opdracht aan de wetgever.

De wetgever komt bij het hof pas in beeld omdat het hof zich zelf niet anders kan voorstellen dan dat met wetgeving aan de opdracht uit het Vrouwenverdrag wordt voldaan. Daarom stranden alle vorderingen om enige vorm van een bevel te geven. Daarbij komt de eerder geciteerde overweging over 'juiste gevolgtrekking' om 'de nodige wetgeving tot stand te brengen'. De wetgevingsplicht is niet zozeer een kwestie van interpretatie van artikel 7 Vrouwenverdrag, maar van toepassing op de casus. Dat gebeurt voldoende expliciet om van een materieel wetgevingsbevel te kunnen spreken.

De Hoge Raad is – zoals zo vaak – beknopter. Daardoor wordt het moeilijker

<sup>757</sup> Zie r.o. 3.6 van het rechtbankvonnis.

om op basis van de motivering te stellen dat de rechter hier een geschonden wetgevingsplicht constateert. Voor de Hoge Raad bestaat de onrechtmatigheid eruit dat de Staat er ‘ten onrechte van had afgezien om maatregelen tegen het niet toelaten door de SGP van vrouwen op de kandidatenlijsten voor algemeen vertegenwoordigende organen’ te treffen. Voor het treffen van die maatregelen wordt veel minder expliciet naar de wetgever gewezen. Een klein aanknopingspunt is dat de Hoge Raad de verenigingsvrijheid in het geding acht, en die mag krachtens artikel 8 van de Grondwet alleen door de wetgever worden beperkt. De sterkste aanwijzing uit de motivering dat de Staat ten onrechte heeft afgezien van het nemen van *wettelijke* maatregelen is de afwijzing van het cassatiemiddel waarin Clara Wichmann betoogde dat een verbod tot het laten voortbestaan van de huidige situatie had kunnen worden toegewezen. Dat kan niet, volgens de Hoge Raad, die daarvoor naar *Waterpakt* verwijst. Daaruit volgt dat het ook bij de Hoge Raad voldoende duidelijk is dat het om wetgeving gaat. Dit maakt dat ook bij de Hoge Raad gesproken kan worden van een voldoende duidelijke constatering van een wetgevingsplicht.

### VI.3.3.2 Dialoog

Zoals in hoofdstuk II werd aangegeven is uit het Nederlandse recht, naar mijn overtuiging, niet in zijn algemeenheid af te leiden dat de interpretaties van de Hoge Raad algemeen verbindend zijn, zoals Kleuker dat wel kon betogen ten aanzien van het Duitse *Bundesverfassungsgericht*. Evenmin heeft de Hoge Raad – voor zover ik weet – ooit een uitspraak gedaan in de categorie *Cooper v. Aaron* van het Amerikaanse *Supreme Court*, zoals beschreven in hoofdstuk III. Wel zijn er in de jurisprudentie van de Hoge Raad aanwijzingen voor de idee van *judicial supremacy* te vinden. Een recent voorbeeld daarvan is het arrest over de legesheffingen voor ID-kaarten.<sup>758</sup> De wetgever had bij de invoering van de identificatieplicht overwogen dat de eerder in de Gemeentewet gegeven grondslag voor de legesheffing nog steeds volstond. De Hoge Raad verwierpt deze argumentatie onder verwijzing naar de overwegingen van de advocaat-generaal. Die had zich vrij principieel verzet tegen deze mogelijkheid van *neo-wetshistorische* interpretatie. De Hoge Raad neemt in ieder geval deze stelling voor zijn rekening: ‘een wetgever kan door toelichting op zijn wetgeving niet de inhoud van een begrip in een andere, oudere, wet inkleuren. Die uitleg van het begrip in die andere wet is voorbehouden aan de rechter.’<sup>759</sup> Toch blijven dit soort overwegingen wat mij betreft te weinig voor een duidelijke *statement* dat naar geldend Nederlands recht het rechtsoordeel van de Hoge Raad niet alleen de partijen bindt, maar in het algemeen het laatste woord spreekt. Daartegen pleit namelijk de nadruk die de Hoge Raad, als het om precedentwerking gaat, legt op het praktische karakter van het gevolg dat in vergelijkbare gevallen vergelijkbaar beslist zal worden.<sup>760</sup> Dat is de visie waarin de Hoge Raad vooral een rechter in laatste aanleg is, en rechtsvorming nooit meer dan een bijproduct van geschilbeslechting.<sup>761</sup>

In hoofdstuk III is bij de bespreking van het begrip dialoog een andere

<sup>758</sup> HR 9 september 2011, *Gst.* 2011/104, *LJN* BQ4105.

<sup>759</sup> Zie overweging 10.3 van de conclusie, waarnaar door de Hoge Raad wordt verwezen in r.o. 3.3.2.

<sup>760</sup> HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360, *LJN* AD5666 (*Prijzenbeschikking Medisch Specialisten*)

<sup>761</sup> Vgl. Martens 2000, p. 754, noot 2.

benadering van de *judicial supremacy* gepresenteerd, namelijk berustend op een vorm van zelfbinding van de wetgever aan rechtsoordelen van de rechter. De SGP-casus alleen biedt onvoldoende basis om tot het bestaan van een dergelijke *judicial supremacy* in de Nederlandse rechtsorde te concluderen. Anderzijds is de SGP-casus wel van bijzondere waarde in dit verband. Zoals uit de voorgeschiedenis blijkt, heeft de regering vrij pertinent geweigerd om in te grijpen. Min of meer juridische oordelen van de Commissie Groenman of het CEDAW maakten dat niet anders. De regering nam de ruimte om er inhoudelijk anders over te denken en handelde op basis van die eigen overtuiging door niet in te grijpen. Zelfs niet toen de SGP de teugels aantrok en vrouwen expliciet van het gewone partijlidmaatschap ging uitsluiten. Ook gedurende de procedure bleek met regelmaat dat de regering – zacht gezegd – niet enthousiast werd van het idee maatregelen te moeten treffen. Dat geldt niet alleen voor de regeringen die rustten op enige vorm van confessionele coalitiepolitiek: ook onder Kok I en II had de SGP niets te vrezen, terwijl de partij juist toen de eisen voor het lidmaatschap aanscherpte. Het is dus een casus waarin op basis van de voorgeschiedenis gezegd kan worden dat de wetgever bepaald niet welwillend stond tegenover het idee van wettelijk optreden tegen de SGP.

Tegelijkertijd is het een casus waarin de civiele rechter met ongemeen lege handen staat. Bij het *Arbeidskostenforfait*-arrest is duidelijk dat als de wetgever het erbij laat zitten, de Hoge Raad alsnog tot de rechtsvorming overgaat die weliswaar onwenselijk, maar niet ondenkbaar is. Het hof had het tenslotte ook al gedaan: eenvoudig een aftrekpost van 1050 gulden toestaan. In de SGP-zaak ligt dat anders. Er is niet echt een vervolgstap voorstelbaar die de rechter nu nog onwenselijk vindt maar waar hij in de toekomst misschien anders over kan denken. Daarvoor is het formele wetgevingsbevel te zeer ten gronde afgewezen. Dit wordt versterkt doordat de eerst aangewezen rechter bij verkiezingen de Afdeling is. En die heeft reeds aangegeven het arrest van de Hoge Raad als gericht tot de wetgever te beschouwen. De SGP-casus is een casus waarin duidelijk is dat de wetgever niet wil terwijl de rechter wel vindt dat er maatregelen moeten worden getroffen, die de rechter noch kan bevelen noch zelf kan treffen. Dus komt het meer dan gebruikelijk aan op de status van het rechtsoordeel zelf. Overigens is het SGP-arrest wel een uitspraak van de hoogste relevante rechter voor wie een verklaring voor recht zoekt, de Hoge Raad, in een (bodem)procedure waarbij de Staat zelf partij was. Wanneer een voorzieningenrechter in de motivering van zijn voorziening een geschonden wetgevingsplicht constateert, terwijl de Staat geen partij is – dan zou het nog meer op de status van het rechtsoordeel aankomen.

Tegen deze achtergrond valt in de reacties in de Tweede Kamer tot nu toe op dat de mogelijkheid van een dialoog met de Hoge Raad niet of nauwelijks geclaimd wordt. Daarbij wordt niet specifiek gewezen op de omstandigheid dat de Staat partij is en slechts in beperkte mate op de Hoge Raad als de hoogste instantie. In ieder geval niet in die zin, dat het anders zou liggen wanneer de Staat geen partij was geweest of het niet de Hoge Raad betrof. De enige die tijdens het

algemeen overleg over de handelwijze van minister Donner<sup>762</sup> nog enigszins in de buurt van een dialoog kwam, was het Kamerlid Taverne (VVD). Hij hamerde op het feit dat politieke partijen in Nederland helemaal niet het monopolie hebben op kandidatenlijsten, omdat die door individuen worden ingediend, en suggereerde enigszins dat een juiste voorstelling van zaken tot een ander oordeel van de Hoge Raad had moeten leiden. De Kamerleden Sap (GroenLinks) en Heijnen (PvdA) verdedigden de tegenovergestelde positie, namelijk die waarin de Hoge Raad het laatste woord spreekt. Sap stelde: 'het is helemaal niet aan de minister om tot een definitief oordeel te komen. Dat definitieve oordeel heeft de Hoge Raad al gegeven.' En later 'onze hoogste rechterlijke instantie heeft een uitspraak gedaan en de Staat moet zich daaraan houden. Ook de overheid wordt geacht zich aan de wet te houden – of we dat nu leuk vinden of niet – en dus aan de uitspraken van de rechter. De Hoge Raad is immers geen adviesorgaan.'<sup>763</sup> Heijnen is nog feller. Als het lid Helder (PVV) zich afvraagt of het nu wel zo verstandig was om Clara Wichmann ontvankelijk te verklaren, verwijt Heijnen haar alleen al voor die verzuchting dat zij 'op de stoel van de Hoge Raad gaat zitten.' De minister verwijt hij de positie van de Hoge Raad te ondergraven door niet onmiddellijk met een actieplan te komen.<sup>764</sup> Heijnen blijkt zelfs *zozeer* onder de indruk van de verbindende kracht van het arrest van de Hoge Raad dat hij informeert of er al dwangsommen betaald moeten worden. Door de retoriek van een formeel bevel te gebruiken, ook naar andere partijen toe, is duidelijk dat 'er gemotiveerd anders over blijven denken' niet echt een optie is voor de PvdA'er. Schouw (D66) lijkt zich wel bewust van het feit dat het een arrest zonder juridische tanden betreft. Hij stelt dat de verplichting uit het Vrouwenverdrag voortvloeit en dat die dat eigenlijk al langer doet. De Hoge Raad heeft niet meer gedaan dan 'de regering ferm op het hart drukken dat er iets moet gebeuren.' Later in de discussie wordt Schouw echter feller: 'De Hoge Raad is de hoogste rechtsinstantie in dit land. Als die een uitspraak doet, is het dat en dan is het klaar.'<sup>765</sup> Van Raak (SP) meldt dat hij het 'eens is' met de uitspraak van de Hoge Raad. Onduidelijk is echter of hij de mogelijkheid dat andere partijen het er oneens mee zijn zou accepteren. De christelijke partijen houden zich op de vlakte. Het CDA betwist bij monde van Koopmans niet meer *dat* er met maatregelen moet worden gekomen, maar ziet wel ruimte om de SGP in staat te stellen eerst naar Straatsburg te gaan. De ChristenUnie verschuilt zich achter de minister en de SGP wijst alleen op het verschil aan interpretatie van het Vrouwenverdrag tussen de Afdeling en van de Hoge Raad en tussen de D66-staatssecretaris destijds en de D66 nu. Hoewel de meerderheid accepteert dat er nog op Straatsburg gewacht wordt, lijkt de meerderheid in de Tweede Kamer ook de interpretatie van het Vrouwenverdrag van de Hoge Raad over te nemen, *omdat* het nu eenmaal de interpretatie van de Hoge Raad is.

Van bijzonder belang is hier de opstelling van de regering. Dat Donner brieven stuurde naar de SGP wekt de suggestie dat hij vindt dat de Hoge Raad tegen windmolens vecht. Het hof had al geconstateerd dat de binding van kandidaat-kamerleden aan het *Program van Beginzelen* een juridische binding was.<sup>766</sup> Dan

<sup>762</sup> Algemeen Overleg op 7 juni 2011. Verslag: *Kamerstukken II* 2011/12, 28 481, nr. 15.

<sup>763</sup> Zie pagina 7 van het verslag.

<sup>764</sup> Zie pagina 2 van het verslag.

<sup>765</sup> Zie pagina 11 van het verslag.

nog aan het hoofdbestuur vragen of er ‘in juridische zin belemmeringen zijn’ wijst niet op een praktijk waarin aan een oordeel van de rechter doorslaggevend belang toekomt. Toch blijkt ook bij de regering de grondhouding gewijzigd. Zoals Hirsch Ballin (CDA) al eerder had aangegeven is voor de regering de race uiteindelijk wel gelopen. Uit het arrest vloeit, aldus Donner, dan wel geen ‘concrete rechtsplicht’ voort maar wel een ‘algemene rechtsplicht.’ Het wachten op Straatsburg is niet om argumenten te verzamelen tegen het arrest van de Hoge Raad, maar moet worden begrepen als een vorm van uitvoeren van het arrest. Ook de verwachting van Donner dat de SGP zich na eventueel verlies wel zal voegen naar de wet ‘zoals die gezaghebbend is uitgelegd’ getuigt van de gedachte dat de Hoge Raad het laatste woord heeft gesproken, ook voor degenen die er zelf anders over denken.

Alleen het *Reformatorisch Dagblad* gelooft nog in een dialoog in de door mij voorgestelde zin. Daags na de uitspraak van het EHRM analyseert die krant dat het nog niet eenvoudig zal zijn om de SGP aan te pakken.<sup>767</sup> Een van de opties luidt: ‘Het kabinet kan ook het oordeel van de Hoge Raad en het Europese Hof naast zich neerleggen, en zeggen dat het primaat niet ligt bij gelijke behandeling, maar bij een afweging van de verschillende grondrechten.’ Met andere woorden: volhouden van wat de regering altijd al vond. Het arrest van de Hoge Raad hoeft volgens de krant voor rechtzinnig Nederland geen verschil te maken. ‘Politici hoeven zich niet te verschuilen achter een uitspraak van de Hoge Raad als die slecht is gemotiveerd en niet alle belangen meeweegt.’ Maar dat vereist politici zonder slappe knieën, verzucht de krant, en die zijn er niet.

#### VI.3.3.3 Conclusie

De uitspraken van de civiele rechter in de SGP-casus zijn materiële wetgevingsbevelen. In de eerste plaats zijn ze rechtsvormend omdat de wetgevingsplicht niet evident was. In de tweede plaats wordt de schending van de wetgevingsplicht voldoende expliciet geconstateerd, hoewel de verklaring voor recht zelf niet naar de wetgever wijst. Wanneer de motivering wordt meegenomen is duidelijk dat de rechtbank in het Vrouwenverdrag een wetgevingsplicht interpreteert en dat hof en Hoge Raad in de toepassing van het Vrouwenverdrag op de concrete situatie een schending van een wetgevingsplicht constateren. Ten slotte lijkt de wetgever zijn jarenlange verzet tegen het idee dat het Vrouwenverdrag dwingt tot het nemen van maatregelen tegen de SGP op te geven. De motivering daarvoor luidt grotendeels: ‘omdat de Hoge Raad dat gezegd heeft.’ Het oordeel van de Hoge Raad wordt kennelijk beslissend en bindend geacht. De rechtsvorming waarmee de Hoge Raad een schending van een wetgevingsplicht constateert, bindt. Dat maakt van het SGP-arrest een materieel wetgevingsbevel.

#### VI.3.4 Kan het EHRM wetgevingsbevelen geven?

In de beslissing over de klacht van de SGP beperkte het EHRM zich tot een krachtige veroordeling van het vrouwenstandpunt van de SGP: ‘unacceptable.’<sup>768</sup>

<sup>766</sup> Zie r.o. 1.5 van het arrest.

<sup>767</sup> ‘Aanpakken SGP niet eenvoudig’ *Reformatorisch Dagblad* 11 juli 2012

Daarmee was de klacht ‘manifestly ill founded’ en derhalve niet-ontvankelijk. Over de tegen de SGP te nemen maatregelen stelt het Hof kort: ‘the Court cannot dictate action’. Ter onderbouwing voert het Hof het karakter van een niet-ontvankelijkheidsoordeel aan. Bovendien zou het wel erg ver gaan om een procedure van de SGP te laten uitlopen op maatregelen tegen de SGP. Kortom: de te nemen maatregelen liggen ‘well outside the scope of the present application’.<sup>769</sup> Maar hoe zit dat precies? Als het een ander zou lukken om een ontvankelijke en gegronde klacht over het niet optreden van de Staat tegen de SGP in te dienen, kan er dan wel actie gedicteerd worden door het EHRM, ook richting de wetgever? Die vraag ligt in deze *casestudy* ook enigszins ‘outside the scope’. Toch is hij in het geheel van een studie naar wetgevingsbevelen voldoende relevant om hier te behandelen.<sup>770</sup>

#### VI.3.4.1 Geen formeel wetgevingsbevel, wel verplichtingen

Het formele antwoord luidt: het EHRM kan niets bevelen. Het Hof heeft – hoewel dit bij de totstandkoming van het EVRM wel is overwogen – geen ‘injunctiestelsel’.<sup>771</sup> Het omgekeerde is het geval. Het Hof kan in het algemeen uit zichzelf niets bereiken in de rechtsorde van de lidstaten: geen heropening van een strafzaak, geen vernietiging van een onterecht opgelegde boete, geen eerherstel enz. Zelfs het toekennen van een zogenaamde billijke genoegdoening krachtens artikel 41 EVRM levert niet uit zichzelf een executoriale titel in de nationale rechtsorde op.<sup>772</sup> Voor een formeel wetgevingsbevel uit Straatsburg hoeft dus niet gevreesd te worden. Of op gehoopt te worden.

Dat een klager niet onmiddellijk een deurwaarder kan sturen om een toegekende billijke genoegdoening te incasseren, laat onverlet dat de veroordeelde staat wel degelijk verplicht is om het toegekende bedrag aan de klager te betalen. Die verplichting verloopt via artikel 46 EVRM, waarmee de Hoge Verdragsluitende Partijen de verplichting zijn aangegaan ‘zich te houden aan een einduitspraak van het Hof in de zaken waarbij zij partij zijn’.<sup>773</sup> De binding geldt het zogenaamde *operative part*<sup>774</sup> en de bijbehorende dragende overwegingen.<sup>775</sup> *Obiter dicta* verplichten tot niets. De verplichting een uitspraak uit te voeren is door het Hof in zijn algemeenheid uitgewerkt in drie richtingen. Naast – uiteraard – het uitkeren van een eventuele billijke genoegdoening en kostenveroordeling moet allereerst de schending ongedaan worden gemaakt. Ten tweede heeft de klager recht op *restitutio in integrum*: het zoveel mogelijk herstellen van de oude situatie. En in de derde plaats is een staat verplicht middels het treffen van specifieke of algemene maatregelen herhaling van de schending te voorkomen.<sup>776</sup> De keuze van vorm en middelen bij het uitvoeren van een arrest is daarbij in beginsel aan de lidstaten, onder toezicht van het Comité van Ministers.<sup>777</sup> De rol voor het Hof is het beoordelen van klachten en het toetsen of in een concreet geval sprake is van een verdragsschending.

#### VI.3.4.2 Het Hof en de wetgever

<sup>768</sup> Zie hierboven, paragraaf VI.2.6.

<sup>769</sup> EHRM 10 juli 2012, nr. 58369/10 (*Staatkundig Gereformeerde Partij t. Nederland*), r.o. 78.

<sup>770</sup> Voor een uitgebreidere behandeling van verplichtingen voor de wetgever in zijn algemeenheid: zie Van Emmerik 2008.

<sup>771</sup> Haeck & Vande Lanotte 2005, p. 701.

<sup>772</sup> In de literatuur wordt reeds sinds jaar en dag gepleit voor het verlenen van een executoriale titel aan arresten van het EHRM, Van Emmerik 2008, p. 31. Overigens is mij geen geval bekend waarin de Staat *niet* betaald heeft.

Soms zal het voor de hand liggen om ter voorkoming van een herhaling van de schending de wet te wijzigen. Zo kwam de Wet BOPZ mede tot stand in reactie op het *Winterwerp*-arrest.<sup>778</sup> Dat blijft doorgaans de keuze van de veroordeelde staat. Soms is niet meer van een reële keuze sprake omdat de concrete schending juist betrekking heeft op wetgeving. Als de *enkele aanwezigheid* van een strafbepaling tegen homoseksualiteit, los van vervolgingsbeleid, een voortdurende schending van artikel 8 EVRM is,<sup>779</sup> dan kan het uitvoeren van de uitspraak weinig anders betekenen dan het intrekken van die strafbepaling. Aan deze uitzonderlijke situatie waarin de concrete schending uit de aanwezigheid (of afwezigheid) van wetgeving bestaat, zijn de laatste tijd twee andere manieren toegevoegd waarop het Hof rechtstreeks in het vaarwater van de wetgever komt: het aanwijzen van de wet als de diepere oorzaak van de concrete schending of het al meedenkend aanbevelen van een wetswijziging.

Tegen Rusland constateerde het EHRM een schending van artikel 8 juncto 14 EVRM doordat de militair Konstantin Markin geen recht had op het ouderschapsverlof dat zijn vrouwelijke collega's wel kregen.<sup>780</sup> Het Hof vervolgde: 'In theory it is not for the Court to determine what measures of redress may be appropriate for a respondent State to take in accordance with its obligations under Article 46 of the Convention. However, the Court's concern is to facilitate the rapid and effective suppression of a shortcoming found in the national system of human-rights protection.'<sup>781</sup> Waarna het Hof specifiek wijst op de aanwezigheid van een bepaalde wettelijke bepaling als de oorzaak van het kwaad. En toen het Hof in Noorwegen een schending van het eigendomsrecht constateerde, voegde het er 'by way of general observation' aan toe dat Noorwegen 'should take appropriate legislative and/or other general measures' om het probleem op te lossen.<sup>782</sup> Tegen Letland nam het EHRM een aparte *holding* in het *operative part* op: Letland was verplicht ('is to pass') om wetgevende maatregelen ten gunste van transseksuelen te treffen, en wel binnen drie maanden. Lukt dat niet binnen drie maanden dan moet er 40.000 euro betaald worden aan de klager.<sup>783</sup> Dit lijkt een vrije keuze, maar uit de formulering is duidelijk dat de verplichting primair is gericht op het tot stand brengen van de benodigde wetgeving. Zelfs als Letland de billijke genoegdoening verbeurt in de richting van deze klager, blijft de verplichting om de wettelijke voorziening te treffen overeind. De hoogte van de billijke genoegdoening is verder dusdanig hoog in vergelijking met wat het Hof doorgaans toekent (als het al iets toekent) dat ruimte bestaat voor een redelijk vermoeden dat het hier *de facto* om een dwangsom gaat.<sup>784</sup> Een jonge loot aan deze stam van het meedenkende EHRM is de zogenaamde

<sup>773</sup> Artikel 46 lid 1 EVRM.

<sup>774</sup> De concluderende *holdings* waarmee een arrest inhoudelijk wordt afgesloten. Het verschil in juridische status tussen een *holding* uit het *operative part* of een dragende overweging daarvoor valt moeilijk in te zien. Waarschijnlijk ligt het belang ergens anders, namelijk in het politieke gewicht. 'In the case of States, it's the *operative part* that works the magic.' Citaat van een verder anonieme rechter uit het EHRM. Leach e.a. 2010, p. 23.

<sup>775</sup> Haeck & Vande Lanotte 2005, p. 700.

<sup>776</sup> Dit zijn standaardoverwegingen die het Hof met regelmaat een plek geeft in zijn arresten. Zie bijvoorbeeld EHRM (Grote Kamer) 13 juli 2000, nrs. 39221/98 en 41963/98 (*Scozzari en Giunta t. Italië*), r.o. 249.

<sup>777</sup> Zie verder artikel 46 lid 2-5 EVRM.

<sup>778</sup> EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73 (*Winterwerp t. Nederland*).

<sup>779</sup> EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*).

<sup>780</sup> EHRM 7 oktober 2010, nr. 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*).

*pilot judgment* procedure. In zijn typische vorm<sup>785</sup> is een *pilot judgment* een uitspraak waarin het Hof omstandig een klacht gegrond verklaard, en in het operative part verklaart dat het niet om een incidentele maar om een structurele schending gaat. Vervolgens doet het Hof suggesties voor de richting waarin het onderliggende probleem kan worden opgelost, en wordt er een termijn gesteld. Gedurende die termijn (of langer) ziet het Hof af van het verder behandelen van klachten die feitelijk gericht zijn op hetzelfde onderliggende probleem. Is de kwestie binnen de gestelde termijn opgelost, dan worden alle vergelijkbare zaken in één keer van de rol geschrapt. Het suggereren van een oplossingsrichting gaat in de praktijk al snel over wetgeving, hoewel dat niet altijd even expliciet wordt gezegd. Polen moest ‘appropriate legal measures’ nemen om recht te doen aan de zogenaamde Bug-river-claimants.<sup>786</sup> Slovenië kreeg een jaar om een ‘domestic compensation scheme’ op te zetten.<sup>787</sup> Het tweede *pilot judgment* tegen Polen bevatte een combinatie van het identificeren van het probleem in disfunctionerende wetgeving en het meedenken in wetgevende richting.<sup>788</sup>

Het Hof meent officieel dat de status van dit meedenken met de oplossing vrijblijvend blijft. Het zijn ‘indications’ vanuit ‘a view to helping the respondent State to fulfill its obligations under Article 46.’<sup>789</sup> Waar een veroordeelde lidstaat in het *operative part* desondanks feitelijk geen keuze meer wordt gelaten,<sup>790</sup> is die keuze niet door het Hof weggenomen maar volgt dat uit de aard van de schending. Dit soort subtiliteiten komt niet altijd even goed door in de wetenschappelijke literatuur. Dan heet het behulpzame meedenken van het Hof alsnog ‘het opleggen van maatregelen.’<sup>791</sup> Geheel onbegrijpelijk is dat niet. De *interim measures* van het Hof zijn officieel ook *indications*, maar stellen die ze geen goed idee vinden, staat vrijwel zeker een veroordeling voor artikel 34 EVRM te wachten.<sup>792</sup> En als het Hof op de eigen website begrijpelijk wil uitleggen wat een *interim measure* is, staat er: ‘when the Court receives an application it may decide that a State should take certain measures provisionally while it continues its examination of the case.’<sup>793</sup> Wie dit doortrekt naar het meedenken van het EHRM over de gepaste maatregelen ter voorkoming van een herhaling van de schending ziet in de *indication* de wet aan te passen al snel een aangekondigde schending van artikel 46 EVRM. De grens tussen *indications* en het ‘dictate action’ uit de uitspraak in de SGP-zaak wordt dan wel heel dun. In lijn hiermee protesteerde Rusland bij de Grote Kamer over het oordeel ten aanzien van het ouderschapsverlof voor militairen. De gewone kamer had de bevoegdheid overschreden, meende Rusland, ‘when it had ordered, under Article 46 of the Convention that the Russian authorities should amend the relevant

<sup>781</sup> Zie r.o. 65 van het arrest.

<sup>782</sup> EHRM 12 juni 2012, nr. 13221/08 en 2139/10 (*Lindheim e.a. t. Noorwegen*), r.o. 137.

<sup>783</sup> EHRM 11 september 2007, 27527/03 (*L. t. Letland*). Overigens lagen de relevante voorstellen al klaar en stonden ze al op de agenda, maar bleven ze steken in de procedure.

<sup>784</sup> Het EHRM ontkent altijd dat het de billijke genoegdoening voor dit soort doelen inzet. Zie EHRM 23 november 2010, nrs. 60041/08 en 60054/08 (*Greens en M.T. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 97. Haack & Vande Lanotte 2005, p. 679, zien het er overigens wel van komen.

<sup>785</sup> Leach e.a. 2010 hfdst. 1 en A. Buyse, ‘The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights. Possibilities and Challenges’ *Nomiko Vima* (*Greek Law Journal*) 2009, p. 1892-1902.

<sup>786</sup> EHRM (Grote Kamer) 22 juni 2004, nr. 31443/96 (*Broniowski t. Polen*).

<sup>787</sup> EHRM (Grote Kamer) 26 juni 2012, nr. 26828/06 (*Kuric e.a. t. Slovenië*), r.o. 415.

<sup>788</sup> EHRM (Grote Kamer) 19 juni 2006, nr. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*).

legislation.’ Het is niet aan het Hof, aldus Rusland, om in abstracto wetten te toetsen, ‘let alone abolish, or give directions to abolish, the legal provisions contested by the applicant.’<sup>789</sup> Helaas is de Grote Kamer niet specifiek op dit bezwaar ingegaan, al is het niet onwaarschijnlijk dat het Hof geantwoord zou hebben met de geruststellende gemeenplaatsen over *indications* die het eerder gebruikte.

Het vervagen van de grenzen tussen ‘vrijblijvend meedenken’, ‘aangekondigde schendingen’ en ‘maatregelen opleggen’ is in hoge mate vergelijkbaar met wat eerder is beschreven ten aanzien van het *Arbeidskostenforfait*-arrest. De wetgever komt in meer of mindere mate in beeld als de veroorzaker of de beoogd oplosser van een probleem. Of dit in een officiële verklaring voor recht gebeurt, of dat het bij een opmerking in de motivering blijft, maakt evenveel verschil als de vraag of het EHRM zich in een dragende overweging of in de *operative part* tot de wetgever richt. Feit is dat de declaratoire conclusies over het (dreigend) onrechtmatig (niet-)handelen van de wetgever in de praktijk gaan functioneren als iets wat met een formeel wetgevingsbevel vergelijkbaar is.

Een goede indicator voor deze ontwikkeling is het functioneren van een termijn waarvan het beginpunt, de duur en de sanctie in handen van de rechter zijn. Dat is wat in *Arbeidskostenforfait* gebeurt. De termijn vangt aan op het moment dat de Hoge Raad zegt dat de wet aangepast moet worden, de Hoge Raad bepaalt hoe lang de termijn zal duren en de sanctie is rechtsvorming door de Hoge Raad. Bij het EHRM gaat het ook in die richting, bijvoorbeeld in de zaak tegen Letland over wettelijke maatregelen ter bescherming van transseksuelen. De hoogte van de in die zaak in het vooruitzicht gestelde billijke genoegdoening doet sterk vermoeden dat het hier om het handhaven van de termijnstelling gaat. De praktijk van *pilot judgments* laat eenzelfde ontwikkeling zien. Het Hof identificeert een probleem, wijst een oplossingsrichting aan en stelt een termijn. Ter handhaving van de termijn dreigt de gegrondverklaring van een serieuze hoeveelheid kloonzaken, inclusief – eventueel – eenzelfde hoeveelheid billijke genoegdoeningen. Dat kan een serieus probleem gaan opleveren voor een staat. Overigens is het omgekeerde ook het geval: het overbelaste Hof kan 1.000.000 identieke gegronde klachten uit Polen over een probleem in de huurwetgeving prima missen.

Betekent dit alles dat het EHRM dan misschien geen formele wetgevingsbevelen kan geven, maar wel materiële? Die vraag wil ik beantwoorden aan de hand van specifieke casus waarin het EHRM tegenover een nationale wetgever is komen te staan, en niet de minste: de *Queen-in-Parliament* van het Verenigd Koninkrijk.

#### VI.3.4.3 John Hirst en de Britse blanket ban

<sup>789</sup> EHRM (Grote Kamer) 12 mei 2005, nr. 46221/99 (*Öcalan t. Turkije*).

<sup>790</sup> Georgië, Rusland en Moldavië zijn voorwerp geweest van vrij dwingende *holdings* gericht op de onmiddellijke vrijlating van een klager. EHRM 8 april 2004, nr. 71503/01, (*Assanidze t. Georgië*), EHRM 8 juli 2004, nr. 48787/99 (*Ilaşcu e.a. t. Moldavië en Rusland*) en EHRM 22 december 2008, nr. 46467/06 (*Aleksanyan t. Rusland*).

<sup>791</sup> Haack & Vande Lanotte 2005, p. 673.

<sup>792</sup> EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, nr. 46827/99 (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*).

<sup>793</sup> Zie de ‘Practical Information’ over ‘Interim Measures’ op [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>794</sup> EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, nr. 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*), r.o. 118.

In het Verenigd Koninkrijk geldt als hoofdregel dat veroordeelde gedetineerden niet mogen stemmen. ‘If you break the law, you can’t make it.’ Naar aanleiding van een klacht van een zekere Jon Hirst, veroordeeld voor het plegen van een moord met een bijl, constateerde het EHRM in deze *blanket ban* een schending van artikel 3 van het Eerste Protocol bij het EVRM.<sup>795</sup> Ook de Grote Kamer accepteerde ‘such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right’ niet.<sup>796</sup> Welke beperkingen nog wel toelaatbaar zijn, wilde het Hof niet op voorhand zeggen. Het Hof ‘must confine itself’ tot het constateren van een schending, ‘leaving it to the legislature’ om een nieuwe regeling te ontwerpen.<sup>797</sup> Een billijke genoegdoening zit er voor Hirst niet in. Het is aan het Verenigd Koninkrijk om ‘in due course’ maatregelen te treffen die het kiesrecht in lijn met het EVRM te brengen.

Daarna volgen jaren van goede voornemens, actieplannen, consultatierondes, bezorgde resoluties van het Comité van Ministers, een *declaration of incompatibility* van een nationale rechter en aansporingen van parlementaire commissies.<sup>798</sup> Tot een aanpassing van het kiesrecht leidt dit niet, zodat 90.000 Britse gevangenen niet kunnen stemmen bij de verkiezingen voor het Europese Parlement in 2009 en niet voor het *House of Commons* in 2010. Eind 2010 behandelt het Hof twee klachten van gevangenen die bij volgende verkiezingen weer vrij zullen zijn.<sup>799</sup> Voor het Hof betwist de Britse regering niet dat er nog steeds sprake is van een schending. Dat is ook wat het Hof in het *operative part* constateert: *Hirst* is niet uitgevoerd. De werkelijke krachtmeting tussen het Hof en de Britse regering vindt omfloosterster plaats. Het Verenigd Koninkrijk hoopt weg te komen met de belofte van een ‘forthcoming amendment’, maar dat lukt niet helemaal. Het Hof moppert dat de gang van zaken ‘a cause for regret and concern’ is en het herinnert uitgebreid aan de verplichtingen onder artikel 46 EVRM. Bovendien acht het Hof zijn eigen taak in het geding. Die is ‘not necessarily best achieved by repeating the same findings in large series of cases’. Naast de verwijtende toon voegt het Hof aan de geconstateerde schending iets toe wat het zelf ‘the Court’s direction under Article 46’ noemt: de *holding* in het *operative part* dat er binnen zes maanden voorstellen moeten liggen om de wet aan te passen. Deze voorstellen moeten in wet worden omgezet binnen een door het Comité van Ministers te bepalen termijn. Daarmee maakt het EHRM dezelfde keuze als de Hoge Raad in het *Arbeidskostenforfait*-arrest: zich richten tot de regering en enige afstand bewaren tot de agenda van het parlement. Hoewel uiteindelijk de verplichting blijft bestaan om de wet te wijzigen, en daarvoor is de medewerking van de volksvertegenwoordiging onontbeerlijk. De verplichting om het kiesrecht aan te passen wordt door het EHRM aangevuld met wat het zelf een ‘Court fixed time-table’ voor de regering noemt.

In de motivering is verder zichtbaar dat het Hof zoekt naar een balans tussen

<sup>795</sup> EHRM 30 maart 2004, nr. 74025/01 (*Hirst t. Verenigd Koninkrijk* (No. 2)).

<sup>796</sup> EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, nr. 74025/01 (*Hirst t. Verenigd Koninkrijk* (No.2)), r.o. 82.

<sup>797</sup> Zie r.o. 84 van het arrest.

<sup>798</sup> Zoals allemaal staat opgesomd in EHRM 23 november 2010, nr. 60041/08 en 60054/08 (*Greens en M.T. t. Verenigd Koninkrijk*)

het enerzijds voldoende druk zetten op het Verenigd Koninkrijk en het anderzijds voorkomen dat 90.000 Britse gevangenen een klacht gaan indienen. Een billijke genoegdoening zit er voor Greens en M.T. niet in. Het Hof wil zo min mogelijk verwachtingen wekken op dit punt: ‘the only relevant remedy is a change in the law, which while no doubt affording satisfaction to all those who have been or may be affected by the current blanket ban is unable to undo past violations of the Convention in respect of particular individuals.’<sup>800</sup> Wel bestaat voor Greens en M.T. recht op vergoeding van de proceskosten, maar het Hof haast zich daarbij te vermelden dat in deze zaak inspanningen zijn geleverd die in vervolgzaken overbodig zullen zijn en dus ook niet vergoed zullen worden.

Wat de Britse regering in *Greens* niet deed, doet zij als gevoegde partij in de klacht van Scoppola tegen Italië wel: betogen dat *Hirst* verkeerd was en moet worden teruggedraaid. De *blanket ban* is helemaal geen *blunt instrument*, aldus de Britse regering, omdat niemand zomaar tot een gevangenisstraf veroordeeld wordt. Bovendien wijst de regering op een door het *House of Commons* aangenomen motie tegen het aanpassen van de kieswet.<sup>801</sup> De Grote Kamer toont zich niet onder de indruk van deze verharde Britse stellingname. Het herhaalt zijn eigen positie: ‘it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Article 3 of Protocol No. 1 have been complied with.’<sup>802</sup> En dan verklaart het Hof impliciet dat het irrelevant is wat de *Commons* ervan vinden. ‘It does not appear, however, that anything has occurred or changed at the European and Convention levels since the *Hirst* (no. 2) judgment that might lend support to the suggestion that the principles set forth in that case should be re-examined. The Court accordingly reaffirms the principles set out by the Grand Chamber in the *Hirst* judgment.’ Alleen veranderingen op het ‘eigen niveau’, in laatste instantie te bepalen door het EHRM zelf, kunnen de conclusies van *Hirst* (no. 2) raken. Boze Britse parlementariërs kunnen dat niet.

Ter gelegenheid van *Scoppola* (no. 3) bracht het Hof een apart persbericht uit over de consequenties van deze uitspraak voor het Verenigd Koninkrijk.<sup>803</sup> Uit dat persbericht valt op te maken dat het Hof, ter gelegenheid van de interventie van de Britse regering als derde partij in de Italiaanse zaak, uitstel heeft verleend van de in *Greens* gestelde termijn van zes maanden. Met de (eind)uitspraak tegen Italië is, zeven jaar na de *Hirst* (no. 2) uitspraak, de termijn van zes maanden om voorstellen in te dienen in de zomer van 2012 opnieuw gaan lopen. Net als bij de omschrijving van *interim measures* op de website van het EHRM, is het persbericht ook aanmerkelijk minder subtiel ten aanzien van het verschil tussen *indications* en de onbevoegdheid *to dictate action*. Het EHRM had, blijkens het persbericht, in *Greens* vastgesteld dat ‘the UK Government should bring forward legislative proposals to amend the law within six months of the date on which Greens and M.T. became final. The Government was further required to enact the relevant legislation within any time-frame decided by the Committee of Ministers, the executive arm of the Council of Europe, which supervises the

<sup>799</sup> EHRM 23 november 2010, nr. 60041/08 en 60054/08 (*Greens en M.T. t. Verenigd Koninkrijk*)

<sup>800</sup> Zie r.o. 118 van het arrest.

<sup>801</sup> EHRM 22 mei 2012, nr 126/05 (*Scoppola t. Italië* (No. 3)) r.o. 78.

<sup>802</sup> Zie r.o. 84 van het arrest.

implementation of the Court's judgments.' Uiteraard zijn noch persberichten noch teksten van websites beslissend. Toch lijkt het mij niet zonder betekenis dat als het Hof zelf duidelijk wil maken wat het bedoelt, de teksten iets onverbloemder directiever zijn. Wie het persbericht leest, zal weinig anders denken dan dat het EHRM in *Hirst (no. 2)* en *Greens* wetgevingsbevelen heeft gegeven.

Maar zijn het ook materiële wetgevingsbevelen in de door mij voorgestelde definitie? De uitspraken waarin het recht op verkiezingen uit het Eerste Protocol wordt uitgewerkt tot een wetgevingsplicht, zijn in ieder geval voldoende rechtsvormend. De vraag is in hoeverre de rechtsvorming bindend is voor de Britse wetgever. Artikel 46 EVRM verplicht het Verenigd Koninkrijk zich te 'houden' aan de relevante uitspraken. Wat onder dit 'houden aan' moet worden verstaan is uiteindelijk ook een zaak van het Hof: artikel 32 EVRM geeft het rechtsmacht over de interpretatie en toepassing van de materiële rechten. En wat het EHRM in *Scoppola (no. 3)* poneerde, vertoont veel verwantschap met wat het *Supreme Court* in *Cooper v. Aaron* deed: *judicial supremacy* claimen. Het EVRM betekent wat het EHRM zegt dat het betekent. Met het EHRM kan dus geen werkelijke dialoog worden aangegaan. Alles wat daar toch op lijkt, is het gevolg van een Hof dat zichzelf beperkt in het onmiddellijk bepalen van wat wel acceptabel is, zoals in *Hirst (no. 2)*. Dat is iets anders dan het bieden van ruimte voor een wetgever om, binnen het redelijke, op basis van een eigen, afwijkende rechtsovertuiging te handelen. Kortom: wat het EHRM betreft, kan het materiële wetgevingsbevelen geven.

#### VI.3.4.4 Conclusie

Met de overweging van het Hof dat het niet de tijd en plaats is om actie tegen de SGP te dicteren, suggereert het Hof dat een ontvankelijke klacht van Clara Wichmann misschien een andere uitkomst had gehad. Maar het EHRM kan formeel niets dicteren en dus ook geen formele wetgevingsbevelen geven. Zoals het Hof ook overwogen heeft: 'the relief available from this Court is of a declaratory nature.'<sup>804</sup>

Onder deze declaratoire dekking richt het Hof zich soms wel degelijk tot de wetgever om deze op zijn concrete verplichtingen onder artikel 46 EVRM te wijzen. Daaraan kan het Hof in voorkomende gevallen termijnen verbinden en het verstrijken van die termijn bedreigen met wat in zijn vermogen ligt om mee te dreigen: nog meer schendingen constateren. Ondanks de vrijblijvende toon waarmee het Hof opereert, beschouwt het, in de casus van *Hirst*, zijn eigen conclusies ten aanzien van wetgevingsplichten niet als een rechtsoordeel dat open staat voor dialoog. Daarmee zijn het materiële wetgevingsbevelen geworden. Die zijn dus wel uit Straatsburg te verwachten.

### VI.4 Conclusie

<sup>803</sup> Persbericht van 22 mei 2012 (ECHR 222 (2012))

Dit hoofdstuk is de analyse van één casus: het vrouwenstandpunt van de SGP, de plicht voor de Staat om daar wetgevend tegen op te treden en de rol van de rechter daarbij. Dat leverde bij de civiele rechter een geschil op dat in hoge mate voldeed aan de karakteristieken van *public law litigation*; mede mogelijk gemaakt door de inroepbaarheid van artikel 7 van het Vrouwenverdrag en de ontvankelijkheid van Clara Wichmann. Beide elementen zijn nader onderzocht. De vergelijking tussen het SGP-arrest en *public law litigation* is vervolgens uitgewerkt tot de constatering dat de Hoge Raad het als *public-law-litigation-rechter* vooralsnog eigenlijk heel goed doet. Althans, de gevaren die er aan zijn verbonden niet verwezenlijkt. Tevens werd duidelijk dat in de SGP-casus sprake is van materiële wetgevingsbevelen. Dat bleek het geval omdat rechtbank, hof en Hoge Raad blijkens hun motiveringen voor de verklaring voor recht voldoende duidelijk de schending van een wetgevingsplicht constateren. Deze constatering is het resultaat van rechtsvorming. Hoewel niet in zijn algemeenheid onderbouwd kan worden dat rechterlijke rechtsvorming verbindend is voor de wetgever, zijn in de SGP-casus sterke aanwijzingen gevonden dat sprake is van een politieke praktijk van zelfbinding waarin het standpunt van de Hoge Raad wel degelijk functioneert als het laatste woord. In de SGP-casus blijken de Tweede Kamer en de regering daarvoor te kiezen en niet voor een dialoog met de Hoge Raad. Ten slotte is de positie van het EHRM in dit verband onderzocht. Ook dat Hof geeft geen formele wetgevingsbevelen, maar wel materiële. Terugkoppeland naar de algemene discussie over het wetgevingsbevel levert dit de volgende conclusies op.

In de eerste plaats meen ik dat de SGP-casus een voorbeeld is van een geval waarin de Hoge Raad een confrontatie met de wetgever aangaat zonder daartoe gedwongen te zijn, in de zin dat op alle relevante voorvragen reeds bekende en vaststaande antwoorden beschikbaar waren. Anders gezegd: er is van meer rechtsvorming sprake dan alleen ten aanzien van de interpretatie van het Vrouwenverdrag. De Hoge Raad had ervoor kunnen kiezen bij de ontvankelijkheid voorwaarden te stellen aan het soort representatie van Clara Wichmann. En vooral bij het beoordelen van de inroepbaarheid van het Vrouwenverdrag had de Hoge Raad de mogelijkheid om zich heel fatsoenlijk van de kwestie te verschonen. De voorzienbare confrontatie met het wetgevingsinitiatief, die in *Waterpakt* zo problematisch is, had een argument kunnen leveren. Zoals Schutgens en Sillen schrijven: ‘als de Hoge Raad er geen zin in had gehad’ had hij evengoed overtuigend kunnen volhouden dat niet van inroepbaar recht sprake was. Kanne en Nehmelman stelden zich een andere nooduitgang voor, namelijk de mogelijkheid dat de rechtbank zich beperkt tot de eigen interpretatie van het Vrouwenverdrag en de afweging verder voorlopig en opnieuw aan de wetgever laten.<sup>805</sup> Een termijnstelling zoals *Arbeidskostenforfait* dus. Tegen een termijnstelling pleit dat de SGP-kwestie maar met moeite had kunnen worden gekwalificeerd als iets waarmee de wetgever onvoldoende bekend was. Hoe dan ook, ik meen dat de Hoge Raad juridisch gezien ook de mogelijkheid had om zich er inhoudelijk niet in te mengen. Een voorstelbaar motief om het toch te doen, kan een gedetecteerde ‘impasse’, ‘leemte’ of ‘maatschappelijke kwestie’ zijn die wel vaker voor de Hoge Raad reden is te interveniëren.

In hoofdstuk III is bezien in hoeverre uit de rechtsstatelijke rol van de rechter

<sup>804</sup> EHRM 23 november 2010, nr. 60041/08 en 60054/08 (*Greens en M.T. t. Verenigd Koninkrijk*).

argumenten voor een wetgevingsbevel kunnen worden afgeleid. Voor wat het rechtsstaatelement democratie betreft, sprongen twee situaties in het oog waarin een wetgevingsbevel de aangewezen uitspraakbevoegdheid zou kunnen zijn: de gevallen waarin de kanalen van de politieke besluitvorming zo verstopt zitten dat een wetgevingsbevel een kwestie kan 'vlot trekken' en daar waar het kiesrecht in het geding was. Van beide situaties is de SGP-casus in meer of mindere mate een voorbeeld. De kwestie werd naar de rechter doorgeschoven en ter uitbanning van de discriminatie bij de kandidaatstelling resteert eigenlijk alleen het wetgevingsbevel als een uitspraakbevoegdheid.

Voor de Hoge Raad maakt dat geen verschil. Hij houdt stellig vast aan de in *Waterpakt* en *Faunabescherming* uitgezette lijn om geen formele wetgevingsbevelen te geven. Het SGP-arrest herhaalt dat standpunt en breidt het daarmee uit naar gevallen waarin het niet om de doorwerking van Unierecht gaat maar om de gewone doorwerking van het internationale recht. Dit verschil had kunnen worden gebruikt als een reden om *wel* een formeel wetgevingsbevel te geven. Het hof merkte op dat de verklaring voor recht als een materieel wetgevingsbevel zou werken. Het ligt voor de hand dat ook de Hoge Raad, die in *Tegelen* zweeg over het verloop van een herindelingsprocedure om te voorkomen dat iets 'in feite' aan de formele wetgever wordt onttrokken, dit ook vindt. Hier zwijgt de Hoge Raad immers niet, maar spreekt hij uit dat de Staat er ten onrechte van afziet om geen maatregelen te treffen, waarvan duidelijk is dat het om formele wetgeving zal moeten gaan. Uiteindelijk is daarmee de vraag *of* er een wet tot stand moet komen in feite ook aan het oordeel van de formele wetgever onttrokken. Vergeleken met *Waterpakt* mag de rechter dus kennelijk geen formeel bevelend antwoord geven, maar wel een materieel bevelend.

De inschatting of veronderstelling dat de wetgever het antwoord van de civiele rechter op de vraag of wetgeving tot stand moest worden gebracht beslissend zou vinden, blijkt juist. Noch van de zijde van de regering noch van de zijde van de Tweede Kamer is gebleken dat ze de dialoog die met het CEDAW wel gevoerd werd, ook met de Hoge Raad wilden voeren. Het ontgaat grote delen van de volksvertegenwoordiging, althans zo lijkt het, dat het niet om een formeel wetgevingsbevel gaat. En wie dat wel beseft, kent daar niet de betekenis aan toe die een dialoog tussen de rechter en wetgever mogelijk maakt.

In zekere zin zou dat 'eind goed, al goed' kunnen opleveren. Hoewel de Hoge Raad dan geen formele wetgevingsbevelen geeft, kunnen materiële – die feitelijk op hetzelfde neerkomen – wel worden gegeven. Toch resteren dan nog wel een paar vragen. In hoeverre gelden de bezwaren die worden aangevoerd tegen het formele wetgevingsbevel niet ook tegen het materiële? Het argument dat de rechter aan de politiek moet laten wat politiek is, laat zich snel weerleggen met een zelfde soort slogan, namelijk dat de politiek moet respecteren wat de politiek verplicht is en de rechter het recht moet handhaven. Hier is – zoals reeds enige malen geconstateerd – sprake van een overlap en dus van twee mogelijkheden die zich allebei met een vanzelfsprekendheid laten onderbouwen.

Anders ligt het met de belangen van derden die zeer zwaar wegen bij de afwijzing

<sup>805</sup> M.J. Kanne & R. Nehmelman, annotatie bij Rb. Den Haag 7 september 2005, AB 2005/398, LfN AU2088, onder nr. 7.

van het formele bevel. Zo zwaar zelfs dat de lagere jurisprudentie over de hele linie weigert nog iets te bevelen waar regelgeving aan te pas moet komen, ook daar waar, diep doorgedelegeerd, nog maar nauwelijks van politiek of van een reële betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging gesproken kan worden. De belangen van niet bij de procedure betrokken derden worden even hard geraakt met een materieel wetgevingsbevel als met een formeel wetgevingsbevel. In het geval van de SGP valt het aantal niet bij de procedure betrokken derden wel mee, en heeft de SGP ruime mogelijkheden gehad om zich in de procedure te voegen. Uit niets blijkt dat dit anders zou zijn als er meer derden bij betrokken waren of de SGP niet had opgelet of ervoor had gekozen om rustig af te wachten. Het heeft er alle schijn van dat de procedure in dat geval precies gelopen was als ze nu gelopen is. Daarmee zijn de derden eigenlijk nog slechter af dan wat de advocaat-generaal in de *Waterpakt*-zaak voorstelde: namelijk om alleen dan een wetgevingsplicht handhaven als er met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat alle relevante belangen bij het opstellen van de wetgevingsplicht zijn meegewogen. De rechtbank vond zoiets ten aanzien van de *travaux préparatoires* van het Vrouwenverdrag, maar hof en Hoge Raad meenden nog zelf te moeten afwegen.

Kortom: juist omdat er wel materiële wetgevingsbevelen worden gegeven wordt de argumentatie onder de afwijzing van het formele wetgevingsbevel weer een beetje dunner. Waarom niet formeel bevelen dat de wetgever een regeling tot stand brengt omdat daarmee een ook voor niet bij de procedure betrokken derden bindende regeling gaat ontstaan, maar wel menen dat de Staat een dergelijk regeling ‘als de enig juist gevolgtrekking’ tot stand zou moeten brengen? Noch bij een formeel, noch bij een materieel bevel komt de regeling tot stand bij de uitspraak zelf. Wat is dan het relevante verschil tussen ‘een bevel opvolgen’ en ‘de enig juiste gevolgtrekking’? Dat is de hoofdvraag van de samenvattende slotbeschouwing.





# ‘De juiste gevolgtrekking’

Over de heerschappij van het recht en de heerschappij van de rechter

### VII.1 Inleiding

De Amerikaanse zaak *Marbury v. Madison*<sup>806</sup> is beroemd als de *locus classicus* van constitutionele toetsing. De inzet van het geding was een andere. Marbury vroeg het *Supreme Court* een *writ of mandamus*, een bevel gericht aan minister Madison. In 1803 bood de *Judiciary Act 1789* voor het *Supreme Court* een grondslag om ‘persons holding office under the authority of the United States’ te bevelen iets te doen.<sup>807</sup> Marbury eiste afgifte van de officiële documenten waarmee hij door de net afgetreden president Adams tot vrederechter in het *District of Columbia* was benoemd. Zonder deze papieren kon Marbury zijn werk als rechter daar niet beginnen. Jefferson was inmiddels president en minister Madison had de stukken.

*Chief Justice* Marshall is de auteur van het unanieme, afwijzende oordeel van het *Supreme Court*. Zijn hoofdbezwaar is dat de bepaling uit de *Judiciary Act* het *Supreme Court* meer toestond dan de Grondwet deed, omdat het geven van een bevel volgens hem ‘original jurisdiction’ was. ‘Original jurisdiction’ is in dit soort zaken door de Grondwet voorbehouden aan lagere rechters.<sup>808</sup> Daarmee ligt het vraagstuk van constitutionele toetsing op tafel: moet de wet die de bevoegdheid toekent worden gevolgd, of de Grondwet, die deze bevoegdheid juist uitsluit? Marshall wikkelt die vraag af via de ‘original and supreme will of the people’, die zich uitgedrukt heeft in een geschreven grondwet. Het dragende ideaal van de Amerikaanse is een *limited Government* waarbij ook aan de wetgever grenzen zijn gesteld. Zou een rechter accepteren dat de wetgever de hem door de Grondwet gestelde grenzen overschrijdt, dan zou de status van de Grondwet afbrokkelen van ‘superior, paramount law’ tot het niveau van een gewone wet die door de wetgever naar believen kan worden gewijzigd. Lees: de Grondwet zou worden prijsgegeven aan de waan van de dag. Het hele idee van het Amerikaanse volk, dat het zichzelf een grondwet kon geven, zou dan illusoir blijken. Marshall probeert met enkele voorbeelden zijn standpunt evident te maken. De Grondwet verbiedt wetten met terugwerkende kracht.<sup>809</sup> Als het Congres dat soort wetten toch zou maken, zou de rechter ze dan gewoon moeten toepassen? Zo rolt de redenering onverbiddelijk<sup>810</sup> naar de conclusie dat een met de Grondwet strijdige wet voor *void* moet worden gehouden en door de rechter niet mag worden toegepast. Dat geldt op dit punt voor de *Judiciary Act* en dus is het *Supreme Court* onbevoegd het gevorderde bevel te geven.

<sup>806</sup> USSC 24 februari 1803 5 U.S. (1 Cranch) 137 (*Marbury v. Madison*).

<sup>807</sup> Artikel 13 *Judiciary Act* 1789.

<sup>808</sup> Artikel III, sectie 2 van de Amerikaanse Grondwet.

<sup>809</sup> Artikel I, sectie 9 van de Amerikaanse Grondwet.

<sup>810</sup> ‘Verbaal geweld dat in een opeenvolging van zware rollers over ons heenslaat tot wij voelen dat tegenspraak niet langer mogelijk is’, aldus L. Prakke, *Bedenkingen tegen het toetsingsrecht*, Handelingen NJV 1992-I, p. 10-11.

De conclusie volgt bij Marshall pas nadat hij alinea's lang *Marbury* inhoudelijk gelijk heeft gegeven. *Marbury* heeft recht op de papieren en recht op een remedie. Een bevel van de rechter zou daar goed bij passen en een minister als adressaat van een rechterlijk bevel is niet bezwaarlijk. Alleen kan zo'n bevel nu net niet van het *Supreme Court* komen wegens een technisch probleem met de verdeling van 'original jurisdiction'. Het ontbreekt Marshall, kortom, niet aan de zogenaamde rechtsconceptie achter het rechterlijk bevel.<sup>811</sup> Of Marshall ook de wetgever een bevel zou willen geven, is daarmee nog niet gezegd. De *Judiciary Act* heeft het over 'persons holding office'. Aan de andere kant: er is weinig in de motivering van Marshall dat kan worden uitgelegd als aanwijzing dat de wetgever anders behandeld zou moeten worden. De Amerikaanse president is ook verkozen.

Er bestaat een breed gedeeld vermoeden dat Marshall institutioneel-politieke motieven heeft gehad om zijn redenering onder de streep te laten uitlopen op het *niet* geven van een bevel.<sup>812</sup> President Jefferson zou reeds duidelijk hebben gemaakt dat hij een bevel volstrekt zou negeren, zoals ook Madison niet eens kwam opdagen tijdens de zitting. De reputatieschade voor het prille *Supreme Court* zou bepaald groot zijn geweest als een bevel openlijk genegeerd zou worden. De felheid van Jefferson ten aanzien van de benoeming van *Marbury* heeft te maken met het bredere politieke conflict tussen de Federalisten en Republikeinen over de koers van de jonge staat. De federalistische president Adams en Marshall zelf, die de ambtsvoorganger van Madison was, hadden de periode tussen de verloren verkiezingen en de daadwerkelijke machtsoverdracht<sup>813</sup> gebruikt om zoveel mogelijk geestverwanten tot rechter te benoemen. De benoeming van Marshall als *Chief Justice* was daar een belangrijker onderdeel van dan de benoeming van *Marbury*. President Jefferson zette dat project stil op het moment dat hij het Witte Huis betrok en maakte gebruik van het feit dat de papieren van *Marbury* abusievelijk nog niet verstuurd waren. President Jefferson verordonneerde de fout niet te herstellen.

Deze achtergrond maakt *Marbury v. Madison* een schoolvoorbeeld van institutionele politiek.<sup>814</sup> Marshall maakt duidelijk wie inhoudelijk gelijk heeft, maar geeft geen bevel om te voorkomen dat de rechter openlijk genegeerd kan worden. Dat alles in ruil voor de bevoegdheid tot constitutionele toetsing.

In zijn motivering speelt Marshall het democratische karakter van de wil van de toevallige, tijdelijke wetgever uit tegen de superieure, originele wil van het volk op het moment dat het zichzelf een grondwet gaf. Het is de vraag hoe overtuigend deze redenering eigenlijk is. Alexander Bickel is sceptisch. Volgens hem is 'the will of the people' in feite

<sup>811</sup> Voor ontwikkeling en de relevantie van deze 'rechtsconceptie', zie paragraaf V.3.1.

<sup>812</sup> Voor een uitgebreide bespreking met verdere verwijzingen en in het algemeen voor een zeer fraai boek: Bruce Ackerman, *The failure of the founding fathers*, The Belknap Press of Harvard University Press 2005.

<sup>813</sup> Tot 1933 vond de machtswisseling pas in maart plaats, in plaats van in januari, zoals het 20<sup>e</sup> amendement inmiddels voorschrijft.

<sup>814</sup> Zie paragraaf III.6.1

'an abstraction obscuring the reality that when the *Supreme Court* declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not on behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens.'<sup>815</sup>

Bickel doopt dit de *counter-majoritarian difficulty* van constitutionele toetsing. Hij maakt dat zichtbaar door het perspectief te kantelen van een inhoudelijk naar een institutioneel perspectief. Van de materiële vraag *of* er onrechtmatig gehandeld mag worden naar de vraag *wie* het toezicht daarop toekomt.<sup>816</sup> In het materiële perspectief van Marshall is constitutionele toetsing een vorm van *begging the question*.<sup>817</sup> Natuurlijk mag ook de wetgever niet in strijd met de Grondwet handelen. In het institutionele perspectief van Bickel is constitutionele toetsing minder vanzelfsprekend. In dat perspectief blijft relevant wiens oordeel door wie wordt gecorrigeerd en hoe dwingend dat gebeurt.<sup>818</sup>

In het institutionele perspectief is er meer te zeggen voor president Jeffersons weigering een eventueel bevel op te opvolgen. Zoals hij zelf doet. In een brief wijst hij de gedachte aan de rechters als 'the ultimate arbiters of all constitutional questions' af als een 'very dangerous doctrine indeed and one which would place us under the despotism of an oligarchy.' Niet omdat rechters slechter zijn dan verkozen ambtsdragers, maar omdat ze ook niet beter zijn. De Grondwet van Amerika

'has more wisely made all the departments co-equal and co-sovereign within themselves. If the legislature fails to pass laws for a census, for paying the judges and other officers of government, for establishing a militia, for naturalization as prescribed by the constitution, or if they fail to meet in congress, the judges cannot issue their mandamus to them; if the President fails to supply the place of a judge, to appoint other civil or military officers, to issue requisite commissions, the judges cannot force them.'<sup>819</sup>

De Amerikaanse staatsinrichting steunt in de ogen van Jefferson niet op de rechter als de ultieme handhaver van het recht en scheidsrechter van constitutionele conflicten, maar op verantwoording aan de Amerikaanse kiezer. Zo wordt Jeffersons weigering een eventueel bevel op te volgen meer dan botte machtspolitiek. Er is een institutionele argumentatie op te zetten waarin hij een bevel van het *Supreme Court* voor *null and void* had kunnen houden wegens strijd met de Grondwet. Bij Jefferson ontbreekt het duidelijk aan de rechtsconceptie

<sup>815</sup> Bickel 1962, p. 16-17. Vgl. W.T. Eijssbouts, 'Wir sind das Volk: notes about the notion of 'the people' as occasioned by the Lissabon-Urteil', *European Constitutional Law Review* 2010, p. 199-222.

<sup>816</sup> Vgl. T. Koopmans, *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, p. 11-24.

<sup>817</sup> Bickel 1962, p. 1-14.

<sup>818</sup> Ch. L. Black jr., *Structure and relationship in constitutional law*, Baton Rouge: Louisiana State University Press 1969.

<sup>819</sup> Writings of Thomas Jefferson, Vol. VII, New York: Derby & Jackson 1859, p. 178-179.

van de bevelende rechter. Hij geeft de voorrang aan (zijn invulling van) de beginselen van machtscheiding, machtsevenwicht en democratie. Net als Marshall ten aanzien van constitutionele toetsing deed, illustreert Jefferson dit met evidente voorbeelden. Hij citeert glasheldere wetgevingsplichten en betoogt dat ook in die gevallen het vertrouwen in de *will of the people* moet blijven. Niet op de door Marshall uitgetekende route via de 'original and supreme will of the people', uitgedrukt in een grondwet die geïnterpreteerd en toegepast wordt door een rechter, maar rechtstreeks via reguliere verkiezingen.

### VII.1.1 Materieel en institutioneel

De posities van Marshall en Jefferson illustreren hoe twee perspectieven een eigen vanzelfsprekendheid voeden. Daarmee kan de nogal kritische ontvangst van *Waterpakt* gerelativeerd worden.<sup>820</sup> Het perspectief van de kritiek is vooral materieel, gericht op rechtmatigheid. De rechter glipt in dat perspectief gemakkelijk mee als de aangewezen handhaver en verwezenlijker van de rechtmatigheid. In Marshalls redeneringen functioneert de *will of the people* als het constitutionele verdwijnpunt en ultieme rechtvaardiging. Het Nederlandse staatsrecht kent geen sterke traditie van volkssoevereiniteit. In plaats daarvan functioneert de *heerschappij van het recht* als het ijkpunt van de materiële redenering. Zo wordt de mogelijkheid van een wetgevingsbevel vanzelfsprekend, vooral daar waar dat nodig is om wetgevingsplichten te handhaven tegenover onrechtmatig nalaten van regelgevers. De kritiek op *Waterpakt* ontkent niet dat wetgevingsbevelen constitutioneel gezien bezwaarlijk zijn, maar beschouwt dat enkel als reden om spaarzaam dergelijke bevelen te geven. Alleen daar waar het inderdaad 'heel erg' is, als *ultimum remedium*. Juist waar het 'heel erg' is, komt de heerschappij van het recht in gevaar en zijn bijzondere en op zichzelf bezwaarlijke uitspraakbevoegdheden gerechtvaardigd. Zo ontstaat de vanzelfsprekendheid van in ieder geval de mogelijkheid van het wetgevingsbevel en daarmee de kritiek op de categorische uitsluiting van een dergelijk bevel in *Waterpakt*.

Polak, bijvoorbeeld, zet de effectieve rechtsbescherming centraal en is daarom niet onder de indruk van het argument dat een formele wetgeving bevelende rechter zich boven het parlement zou plaatsen.<sup>821</sup> Niet de rechter verheft zich boven het parlement, maar het *recht* gaat voor als er sprake is van een geschonden wetgevingsplicht. Evenzeer laat Schutgens zijn pleidooi voor de mogelijkheid van wetgevingsbevelen rusten op een wat hij een *materiële* conceptie van de Trias Politica noemt.<sup>822</sup> Institutionele arrangementen zijn zo uiteindelijk ondergeschikt aan de heerschappij van het recht. Zolang de rechter zich beperkt tot het handhaven van 'glasheldere wetgevingsplichten' verzet de Trias Politica zich niet zo principieel tegen wetgevingsbevelen als de Hoge Raad stelt. De rechter kan immers niet zo gevraagd worden enige ruimte om evident onrechtmatig te handelen te respecteren. Tegenover deze betogen van Polak en Schutgens is door Besselink betwijfeld of wetgevingsplichten er in de praktijk ooit zo glashelder bijliggen dat ze zuiver onder de vlag van de heerschappij van

<sup>820</sup> Zie paragraaf V.3.3.4.

<sup>821</sup> Polak 1987b en Polak 2004, zie paragraaf V.3.1 en V.3.3.

<sup>822</sup> Schutgens 2009, zie paragraaf V.3.2.

het recht kunnen worden gehandhaafd.<sup>823</sup> Hoe juist dit ook moge zijn, het blijft – zoals campagnestrategen wel eens debiteren – voetballen op eigen helft. De argumentatie staat wat vanzelfsprekendheid betreft op achterstand. Want wat *als* die plichten er wel glashelder bij liggen of daar in cassatie van moet worden uitgegaan, zoals in *Waterpakt*? Wat *als* de situatie inderdaad 'heel erg' is?

Voor een verdediging van *Waterpakt* met eigen vanzelfsprekendheid moet het perspectief gekanteld worden naar de institutionele benadering van Jefferson. Het institutionele perspectief ontkent niet de heerschappij van het *recht*, maar stelt vragen bij de mate waarin de *rechter* daarop mag meeliften. Hoe exclusief is zijn rechtsoordeel? Hoe dwingend mag hij dat opleggen? Wiens oordeel mag hij corrigeren? Wie mag hij bevelen? Wanneer gaat, kortom, de heerschappij van het recht over in de heerschappij van de rechter? Dat blijven relevante vragen, ook bij glasheldere wetgevingsplichten en zuivere rechtsoordelen. In het institutionele perspectief krijgt de afwijzing van het wetgevingsbevel een eigen vanzelfsprekendheid, zeker op het 'hoogste niveau': het is niet aan de civiele kamer van de Hoge Raad om zich met bevelen en dwangsommen tot de formele wetgever te gaan verhouden. Machtenscheiding, machtsevenwicht en democratie stellen grenzen aan wat de rechter vermag, zelfs als hij gelijk heeft. Dat zijn immers dezelfde grenzen die de machtenscheiding en het machtsevenwicht beschermen als de rechter geen gelijk heeft. Wie de Trias Politica afhankelijk maakt van wie er gelijk heeft, heft de Trias op; een materiële Trias is geen Trias. In het institutionele perspectief wordt het zo vanzelfsprekend dat er *geen* wetgevingsbevelen mogen worden gegeven.

Daarmee is niet gezegd dat alle door de Hoge Raad in *Waterpakt* gegeven argumenten even overtuigend worden als het perspectief gekanteld wordt. Noch is het vanzelfsprekend dat de weigering uit *Waterpakt* moet worden doorgetrokken naar decentrale verhoudingen, zoals de Hoge Raad in *Faunabeheer* doet. Het is hier eerst de bedoeling om de slotbeschouwing te beginnen met het voetballen op twee helften: één waarop het wetgevingsbevel vanzelfsprekend is, en één waarop het dat juist niet is.

### VII.1.2 *Tactisch terugtrekken en dwingend redeneren*

Tussen de twee botsende perspectieven, en de daarmee corresponderende omarming of afwijzing van het wetgevingsbevel, speelt zich een subtieler spel af. Dat spel laat zich met de casus van *Marbury v. Madison* illustreren. De motivering poneert de rechtsconceptie van de bevelende rechter nogal onverschrokken en onverbiddelijk. Marshall signaleert wel politieke vraagstukken waar hij niet in mag treden, maar de vraag of iemand de benoemingspapieren moet krijgen waar hij recht op heeft valt daar niet onder. Evenzeer realiseert Marshall zich dat het bevelen van een minister het *Supreme Court* op een politiek terrein brengt waar het in beginsel niet thuishoort. Maar een minister een bevel geven om te doen wat deze toch al verplicht was, kan volgens Marshall staatsrechtelijk niet problematisch zijn. Deze lijn van motiveren laat zich moeilijk rijmen met

<sup>823</sup> Besselink 2004a, zie paragraaf V.3.1

het breed gedeelde vermoeden dat Marshall aan institutionele politiek doet om een openlijke confrontatie met de president te vermijden. Toch is dat zeer waarschijnlijk wel gebeurd: de problemen met de 'original jurisdiction' zijn een list om geen bevel te hoeven geven. Zo slijpt onuitgesproken institutionele politiek de scherpe randjes van de bevoegdheid om (wetgevings)bevelen te geven af. Althans, institutionele politiek kan voorkomen dat de rechter een bevel geeft dat meer of minder openlijk niet wordt opgevolgd.

Andersom worden de scherpe kantjes van de weigering te bevelen enigszins weggeslepen door vormen van dwingend redeneren. Marshall ziet ervan af om een bevel te geven, maar hij laat weinig na om vurige kolen van onrechtmatigheid op het hoofd van president Jefferson te stapelen. Voor een president die rechtmatig wil handelen resteert na het lezen van de motivering van *Marbury v. Madison* slechts één juiste gevolgtrekking: Marbury zijn papieren geven. Dat niet doen, kan uitsluitend onder een gelijktijdige acceptatie dat er nu eenmaal niet altijd rechtmatig gehandeld kan worden, of door de conclusies van Marshall inhoudelijk te betwisten en daarmee te ontkennen dat de rechter daarover beslissend het laatste woord heeft gesproken. In het laatste geval is juistheid van de gevolgtrekking afhankelijk van de vraag of de president het inhoudelijk eens is met het *Supreme Court*. Dat zou een dialoog zijn.<sup>824</sup>

Het is evenwel zeer de vraag of Marshall een dergelijke dialoog voor ogen stond. De bekende frase 'it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is', komt ook uit *Marbury v. Madison*. Dit uitgangspunt bevat weinig aanknopingspunten om te vermoeden dat rechtsoordelen voor veel discussie vatbaar zijn. De frase lijkt eerder op het tegenovergestelde uit te lopen: uiteindelijk alleen de rechter, of althans, de rechter in laatste instantie, velt rechtsoordelen. Niet zonder reden zal het *Supreme Court* later in *Cooper v. Aaron* de *judicial supremacy* juist op deze frase uit *Marbury v. Madison* baseren.<sup>825</sup> Marshall probeert in ieder geval zo dwingend mogelijk te redeneren. Daarmee doet hij een poging om het uiteindelijk niet geven van een formeel bevel te compenseren. De rechter heerst dan wel niet bevelend, maar wel dwingend redenerend, *indirect* via de heerschappij van het recht.

Dicht tegen de situatie waarin de rechter dwingend redeneert, liggen vormen van zachtere dwang. Die gevallen doen zich voor wanneer de rechter wel rechtmatigheidsbezwaren formuleert tegen een bepaald nalaten van de wetgever, maar zonder met zoveel woorden de conclusie te trekken. Er wordt niet expliciet geconstateerd dat een wetgevingsplicht geschonden is, maar er wordt wel een zogenaamd 'signaal aan de wetgever' gegeven. Het is een dergelijke praktijk van het *Supreme Court* die Bickel, 150 jaar na *Marbury v. Madison* beschrijft: 'The Court has ways of persuading before it attempts to coerce'.<sup>826</sup> Het is geen dialoog, maar het verzacht wel de *countermajoritarian difficulty*.

<sup>824</sup> Zie paragraaf III.5.1.

<sup>825</sup> Zie paragraaf III.4.1.

<sup>826</sup> Bickel 1962, p. 28.

### VII.1.3 Opzet van dit hoofdstuk

Dit hoofdstuk is een slotbeschouwing waarin de belangrijkste bevindingen worden samengevat en gecombineerd tot een eigen standpunt. De belangrijkste bevinding was deze inleiding: een complete discussie over het wetgevingsbevel heeft oog voor vier elementen. Ten eerste het materiële perspectief waarin het voor de hand ligt om als *ultimum remedium* wetgevingsbevelen te kunnen geven. Ten tweede het institutionele perspectief waarin het zeer dubieus is als de rechter zich bevelend boven de wetgever zou verheffen. Ten derde de institutionele politiek waarmee een prudente rechter zal voorkomen in gevaarlijke conflicten verzeild te raken die hij niet kan winnen. De eventuele verstoring van het machts-evenwicht als gevolg van de bevoegdheid wetgeving te bevelen zou daardoor kunnen worden gerelativeerd. En ten vierde: motiveringen variëren van een enkel signaal of opmerking in de richting van de wetgever tot dwingende redeneringen die heel dicht bij het wetgevingsbevel komen. Dat doen ze zeker, als de geadresseerde van de dwingende redenering ook de *plicht* heeft om de juiste conclusie te trekken. Zoals institutionele politiek de verstoring in het machts-evenwicht kan relativeren in het geval er *wel* wetgevingsbevelen gegeven zouden kunnen worden, zo zou het dwingend redeneren de leemte in de rechtsbescherming relativeren in het geval er *geen* wetgevingsbevelen gegeven worden.

Dit proefschrift brengt theorie en praktijk van het wetgevingsbevel in kaart. De theorie wordt ontwikkeld in de hoofdstukken II en III. De hoofdstukken IV, V en VI passen deze theorie toe op de praktijk. Deze drie hoofdstukken zijn drie *casestudy's* naar de drie arresten die in hoofdstuk I tezamen mijn verwondering hadden gewekt: het *Arbeidskostenforfait*-arrest, het *Waterpakt*-arrest en het *SGP*-arrest. Paragraaf VII.2 verzamelt de belangrijkste bevindingen van deze onderneming. Paragraaf VII.3 kiest positie.

### VII.2 Samenvatting

De aanleiding van dit proefschrift was de verwondering over de combinatie van drie arresten: het *Arbeidskostenforfait*-arrest, het *Waterpakt*-arrest en het *SGP*-arrest. Het *Waterpakt*-arrest wijst in niet mis te verstane bewoordingen het wetgevingsbevel af: de constitutionele rol van de rechter verzet zich daartegen. Nog niet zo lang daarvoor, in *Arbeidskostenforfait*, dreigde de Hoge Raad zich op het terrein van de algemene overwegingen van overheidsbeleid te begeven als niet met de nodige spoed een wetsvoorstel zou worden ingediend. En niet zo lang na *Waterpakt*, in het *SGP*-arrest, liet de Hoge Raad een verklaring voor recht in stand dat de Staat onrechtmatig handelt. Dat deed de Hoge Raad omdat naar zijn overtuiging niets eraan in de weg stond dat de rechter zou uitspreken dat de Staat onrechtmatig handelt door geen maatregelen jegens de SGP te treffen. Afdoende duidelijk was dat dit om maatregelen van wetgevende aard ging, zoals ook door de Afdeling, door de doctrine en door de Tweede Kamer zelf is geconstateerd. Kortom: zowel in *Arbeidskostenforfait* als in *SGP* is het evident de bedoeling van de Hoge Raad om het wetgevingsinitiatief te beïnvloeden.

Dat contrasteert, minst genomen, met de stelligheid waarmee de Hoge Raad in *Waterpakt* de vraag of een wet tot stand moet worden gebracht exclusief het voorwerp van politieke besluitvorming wil laten. Kennelijk bestaat er onderscheid tussen het bevelend beslechten van een geschil over de vraag of een wet tot stand moet worden gebracht en de inzet van een dwingende redenering die een beroep doet op het trekken van de juiste conclusie. In hoofdstuk II stel ik voor dit verschil tussen bevelen en dwingend redeneren te vangen in de begrippen *formeel wetgevingsbevel* en *materieel wetgevingsbevel*.

Een formeel wetgevingsbevel is aan de orde als de rechter een geschonden wetgevingsplicht constateert en een *bevelend dictum* geeft.<sup>827</sup> Een formeel bevel heeft een aantal specifieke gevolgen.<sup>828</sup> Allereerst is de relevante regelgever niet alleen verplicht om de schending van de wetgevingsplicht op te heffen (dat was hij al), maar hij is *ook* verplicht om het bevel van de rechter op te volgen. Die verplichtingen kunnen uiteenlopen. Bijvoorbeeld wanneer een bevel uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, maar de constatering van de schending van de wetgevingsplicht nog voorwerp van hoger beroep is. Bovendien kan een schending van een wetgevingsplicht met een formeel wetgevingsbevel tot twee termijnen leiden: een aan de wetgevingsplicht verbonden termijn, die mogelijk al verlopen is, en een aan het formele bevel verbonden termijn, die uit de aard der zaak in de toekomst ligt. Een bevel zonder termijn is niet denkbaar. Ook als de rechter geen datum noemt, zal altijd tenminste een redelijke termijn in acht moeten worden genomen. Zoals het Hof van Justitie de verplichting om inbreukarresten uit te voeren heeft ingevuld met een algemene termijnstelling: onmiddellijk beginnen en binnen een redelijke termijn afronden.<sup>829</sup> Een belangrijk gevolg van een formeel wetgevingsbevel is verder dat het de weg opent naar de executie van een rechterlijk vonnis. Een formeel bevel is de schakel tussen de handhaving van de wetgevingsplicht door de rechter en, in de praktijk, dwangsommen of in ieder geval de dreiging daarvan.

*Waterpakt*, *Faunabescherming* en *SGP* maken een krachtig einde aan de mogelijkheid van formele wetgevingsbevelen, althans voor wat de civiele rechter betreft. Voordien accepteerden lagere rechters wel dat de regelgevers niet zijnde de formele wetgever bevolen konden worden.<sup>830</sup> Daarbij zijn dwangsommen ingezet tegen de Staat.<sup>831</sup> In het bestuursrecht zijn wetgevingsbevelen, ook na *Waterpakt*, niet volledig uitgesloten. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in het kader van de bestuurlijke lus wel eens een gemeenteraad bevolen nieuwe planregels vast te stellen.<sup>832</sup> Dergelijke planregels zijn algemeen verbindende voorschriften, en dus gaat het hier technisch gesproken om een formeel wetgevingsbevel. Heel spectaculair is het niet. De echte voorhoede van het formele wetgevingsbevel is de jurisprudentie van het Hof van Justitie.<sup>833</sup> Strikt genomen bevatten inbreukarresten uitsluitend een declaratoire vaststelling van een schending van het Unierecht, en zijn het geen formele wetgevingsbevelen. Maar met de mogelijkheid en de praktijk om

<sup>827</sup> Zie paragraaf II.3.1.

<sup>828</sup> Zie paragraaf II.3.2.

<sup>829</sup> Zie paragraaf V.3.4.6.

<sup>830</sup> Zie paragraaf V.3.2.

<sup>831</sup> Zie paragraaf V.3.2.2.

<sup>832</sup> Zie paragraaf II.3.1.

<sup>833</sup> Zie paragraaf V.3.4.7.

dwangsommen te verbinden aan geschonden wetgevingsplichten steekt het Hof de cruciale grens over die bij *public law litigation* het verschil tussen de *issuance phase* en de *enforcement phase* heet.<sup>834</sup> De eerste ziet op het declaratoir meer of minder dwingend meedenken met de juiste gevolgtrekking van een redenering, de tweede gaat over bevelen en dwangsommen. De mogelijkheid en dus de dreiging van dwangsommen is volgens voorstanders een belangrijk voordeel van het formele wetgevingsbevel, omdat het de naleving van wetgevingsplichten bevordert. En het is een van de belangrijkste nadelen, volgens tegenstanders, omdat de rechter de kans loopt aan de tak te zagen waar hij zelf op zit. Helaas is de praktijk van de executie van Europese wetgevingsplichten en inbreukarresten met dwangsommen nog te pril om iets over de algemene effectiviteit van dwangsommen tegenover een volksvertegenwoordiging te zeggen of over de algemene gevolgen voor de naleving van wetgevingsplichten als die met een dwangsom verzwaard kunnen worden. Evenmin kan gezegd worden dat het Hof van Justitie de tak heeft afgezaagd waar het zelf op zit.

Het verhaal van het formele wetgevingsbevel is eigenlijk snel verteld: de Hoge Raad wil er echt niet aan en de Afdeling is geen principiële tegenstander. Althans, de Afdeling ziet geen reden om van rechtsbescherming af te zien in het geval een bevel aan een gemeenteraad om planregels aan te passen een formeel wetgevingsbevel is. Dat kan de Afdeling doen in de wetenschap dat de formele wetgever geen bestuursorgaan is en algemeen verbindende voorschriften in de regel niet vatbaar zijn voor bezwaar en beroep. Met het soort conflict als de Hoge Raad in *Waterpakt* voor zich had liggen, zal de Afdeling niet snel te maken krijgen. Voor een formeel bevel uit Straatsburg of Luxemburg hoeft niet gevreesd te worden: noch het EHRM noch het HvJEU is bevoegd formele wetgevingsbevelen te geven aan de Nederlandse wetgever.

In de literatuur gaat het vaker over wetgevingsbevelen dan dat van een formeel bevel in de hierboven gehanteerde zin sprake is. Hoofdstuk II bespreekt het onderzoek van Behrendt en Kleuker, die het over *injonctions* en *Gesetzgebungsaufträge* van Duitse, Franse en Belgische constitutionele hoven hebben. Bij Behrendt zijn dat verplichtende formuleringen in de motivering van een uitspraak. Daar waar in een relevante overweging gesproken wordt van een verplichting van de wetgever, registreert Behrendt een *injonction*.<sup>835</sup> Kleuker is nog ruimer in zijn definitie. Hij telt elke aansporing van de rechter in de richting van de wetgever als een *Gesetzgebungsauftrag*, ook als de gebruikte formulering wat omflooster is. Wel maakt Kleuker vervolgens onderscheid tussen toelaatbare en niet-toelaatbare *Gesetzgebungsaufträge*.<sup>836</sup> Geïnspireerd op met name de benadering van Kleuker stel ik deze definitie van een materieel wetgevingsbevel voor:

de constatering van een (dreigende) schending van een wetgevingsplicht door een rechter, die daarbij op een voor de relevante regelgever bindende wijze recht vormt.

<sup>834</sup> Zie paragraaf III.4.3.

<sup>835</sup> Zie paragraaf II.3.4.

<sup>836</sup> Zie paragraaf II.3.5.

Ik zal de elementen van deze definitie nader toelichten. De *constatering door de rechter* veronderstelt dat voldoende duidelijk uit de uitspraak valt op te maken dat het om een (dreigende) schending van een wetgevingsplicht gaat. Weliswaar zijn er veel rechterlijke uitspraken die op de een of andere manier wetgeving noodzakelijk maken, of zelfs verplichten, maar dat maakt van die uitspraken nog geen materiële wetgevingsbevelen. Niet elk signaal aan de wetgever is een materieel wetgevingsbevel. Waar de grens precies ligt, hangt van het geval af. In hoofdstuk IV zijn zeven onderscheidingen uitgewerkt die kunnen worden gebruikt om in een concreet geval verschil te maken tussen een materieel wetgevingsbevel en een signaal aan de wetgever.<sup>837</sup>

De vereiste *rechtsvorming* bij de constatering van de schending van de wetgevingsplicht beperkt materiële wetgevingsbevelen tot die gevallen waarin de rechter met zijn uitspraak iets toevoegt aan het geldende recht. Dit is onderdeel van de definitie, omdat het mij gaat om de rechterlijke uitspraken die een met het formele wetgevingsbevel vergelijkbare functie vervullen. Zoals een formeel bevel een termijn laat lopen die, ook als dat niet expliciet door de rechter bepaald wordt nooit oneindig is, zo functioneert bij *Arbeidskostenforfait* en SGP ook een soort termijn. In *Arbeidskostenforfait* kent de Hoge Raad gewicht toe aan de vraag of de wetgever bekend is met de betrokken onrechtmatigheid. In een vervolgarrest hanteerde de Hoge Raad de datum van het *Arbeidskostenforfait* arrest als de begindatum van de termijn waarbinnen de wetgever nog de kans had om het zelf te regelen.<sup>838</sup> In de casus van het *Autokostenforfait*-arrest gebeurde hetzelfde, maar opmerkelijk genoeg werd een arrest van een aantal jaar eerder, waarin hetzelfde probleem was geconstateerd, de wetgever niet tegengeworpen.<sup>839</sup> Kennelijk had dat arrest geen termijn in werking gezet: niet elk signaal aan de wetgever is een materieel wetgevingsbevel. Op zijn beurt kent de wetgever ook een zekere termijnstelling toe aan dit soort arresten. Na het SGP-arrest constateerde de Tweede Kamer niet dat Nederland kennelijk al sinds enige tijd in strijd met het Vrouwenverdrag handelt. Het gaat wel over de uitvoering van het arrest van de Hoge Raad die maar met moeite kon worden vertraagd vanwege de gang van de SGP naar Straatsburg.<sup>840</sup>

*Arbeidskostenforfait*, *Autokostenforfait* en SGP bevatten rechterlijke rechtsvorming, zeker in de door mij gehanteerde definitie van Wiarda: de rechtsvinding is niet uitsluitend heteronoom.<sup>841</sup> Daarom is het wel begrijpelijk dat het in de Tweede Kamer niet over het Vrouwenverdrag zelf, maar over het arrest van de Hoge Raad gaat. En het is begrijpelijk dat de Hoge Raad de wetgever niet houdt aan een nog niet eerder gevormde, gearticuleerde of gebleken plicht om de regeling van de arbeidskosten aan te passen. De arresten *maken* immers verschil. Dat is de reden om rechtsvorming in de definitie van het materiële wetgevingsbevel op te nemen.

<sup>837</sup> Zie paragraaf IV.3.3.

<sup>838</sup> Zie paragraaf IV.2.3.

<sup>839</sup> Zie paragraaf IV.2.2.

<sup>840</sup> Zie paragraaf VI.3.3.2.

<sup>841</sup> Zie paragraaf II.3.7. De definitie van rechtsvorming is daarbij wel ruimer genomen dan de Hoge Raad zelf doet in *Arbeidskostenforfait*.

Blijft over, ten slotte, de vereiste *binding* van de relevante regelgever aan het rechterlijke oordeel. Dat dergelijke binding onderdeel van de definitie van een materieel wetgevingsbevel is, volgt uit de vereiste rechtsvorming. Zou de wetgever niet gebonden zijn aan de rechtsvorming van de rechter, dan is geen sprake meer van iets wat op een wetgevingsbevel lijkt. De wetgever kan dan immers het rechtsoordeel van de rechter gemotiveerd terzijde leggen en niet tot wetgeving overgaan. Dat zou een dialoog tussen rechter en wetgever zijn.<sup>842</sup> Zo beschouwd staan het wetgevingsbevel en de dialoog tegenover elkaar. Als de rechter formele wetgevingsbevelen geeft, ontnemt hij de wetgever daarmee de serieuze mogelijkheid om op basis van een eigen rechtsovertuiging te blijven handelen. Een formeel bevel moet immers altijd worden opgevolgd, bevelende *dicta* scheppen verplichtingen. Bij een materieel wetgevingsbevel bestaat de ruimte om op basis van de eigen rechtsovertuiging te blijven handelen evenmin. Niet vanwege binding aan het dictum, maar vanwege binding aan de rechtsvorming.

Binding van een wetgever aan rechterlijke rechtsvorming kan op verschillende manieren geconstrueerd worden. De meest strakke binding ontstaat als de algemene verbindendheid van rechtsoordelen met zoveel woorden gecodificeerd is. De Albanese Grondwet, bijvoorbeeld, stelt dat het Constitutionele Hof de Albanese Grondwet beslissend interpreteert.<sup>843</sup> Als het Hof daar vaststelt dat uit de Grondwet een verplichting tot het vaststellen van een Algemene wet bestuursrecht volgt, dan heeft de wetgever geen mogelijkheid om daar anders over te denken. Met het Albanese Hof valt niet te discussiëren want het heeft van rechtswege altijd gelijk. Het Nederlandse staatsrecht bevat geen dergelijke geschreven regel. De meest vergaande binding van de Nederlandse wetgever aan rechtsvorming van een rechter geldt voor het Hof van Justitie. Als dat Hof rechtsvormend constateert dat Nederland een inbreuk pleegt door een wet niet aan te passen of vast te stellen, dan verplicht artikel 260 lid 1 VWEU de wetgever om maatregelen te treffen ter uitvoering van dat arrest. Dat laat niet veel ruimte om een dialoog met het Hof van Justitie aan te gaan. Waar het Hof van Justitie in zijn arrest rechtsvormend een schending van een wetgevingsplicht constateert, is dus sprake van een materieel wetgevingsbevel. Artikel 46 EVRM, waarop de effectiviteit van de eindoordelen van het EHRM steunt, is wat dat betreft iets zwakker. Artikel 46 EVRM eist dat staten zich aan een uitspraak houden waarbij zij partij zijn. Wat het EHRM betreft betekent dit 'houden aan' zeker meer dan alleen het betalen van een eventueel toegekende billijke genoegdoening. Het EHRM heeft de verplichtingen onder artikel 46 EVRM onder andere uitgewerkt tot een verplichting de schending zelf zo goed mogelijk weg te nemen en eventuele herhaling ervan te voorkomen.<sup>844</sup> Artikel 32 EVRM geeft het EHRM rechtsmacht over alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het Verdrag, met inbegrip van de beslechting

<sup>842</sup> Zie paragraaf III.5.1.

<sup>843</sup> Artikel 124 lid 1 in de vertaling van [www.legislationline.org](http://www.legislationline.org) (OVSE): The Constitutional Court guarantees respect for the Constitution and interprets it conclusively. In de vertaling van [www.ipls.org](http://www.ipls.org) (Institute for Policy and Legal Studies): The Constitutional Court guarantees respect for the Constitution and makes final interpretations of it.

<sup>844</sup> Zie paragraaf VI.3.4.1

van de meningsverschillen over die rechtsmacht. Op die manier kan binding van de Nederlandse wetgever aan rechtsvorming van het EHRM geconstrueerd worden. Een uitspraak van het EHRM tegen Nederland waarin de enkele wettelijke strafbaarstelling van homoseksualiteit een schending van artikel 8 EVRM is, kan dan een materieel wetgevingsbevel in de door mij gegeven definitie worden, gericht tegen wetgevers die een dergelijke strafbaarstelling kunnen intrekken.

De binding aan rechtsvorming van het EHRM leunt, meer dan bij het Hof van Justitie, op interpretatie van het EVRM door het EHRM zelf. Daarmee is op een tweede manier van binding van de wetgever aan rechterlijke rechtsvorming gewezen: niet op basis van het geschreven recht maar krachtens de jurisprudentie. De uitspraak van het *Supreme Court* in de zaak van *Cooper v. Aaron* is daarvan een voorbeeld.<sup>845</sup> In die uitspraak vestigt het Amerikaanse Hooggerechtshof zogenaamde *judicial supremacy*: de Amerikaanse Grondwet betekent wat het *Supreme Court* zegt dat zij betekent. Het gevolg daarvan is dat interpretatie van de *equal protection clause*, gegeven door het *Supreme Court* in *Brown I*, ook buiten de partijen die deze uitspraak destijds gevraagd hebben, verbindende kracht heeft. Meer precies: *Brown I* heeft de verbindende kracht van de geïnterpreteerde Grondwet zelf. Daarmee geraakt het Amerikaanse *Supreme Court* in dezelfde positie als het Constitutioneel Hof van Albanië. En daarom is *Brown II* een materieel wetgevingsbevel waar het alle regelgevers opdraagt om 'with all deliberate speed' eventuele verplichte segregatie uit hun regelbestand te verwijderen.

De jurisprudentie van de Hoge Raad leest niet echt als een aanmoediging om een dialoog aan te gaan over de daarin gegeven rechtsoordelen. Wel komt met enige regelmaat de door Bickel beschreven praktijk voor, waarin de Hoge Raad geen onrechtmatigheid uitspreekt, maar argumenten daarvoor aandraagt of vragen daarover opwerpt. Dat is echter geen dialoog, omdat de ruimte voor de wetgever bepaald wordt door de omstandigheid dat de Hoge Raad zich ergens nog niet echt over heeft uitgesproken. De gedachte blijft, dat *als* de Hoge Raad zich uitspreekt, de kwestie beslecht is. Ik meen echter niet dat de Hoge Raad ooit een met *Cooper v. Aaron* vergelijkbare positie geclaimd heeft. Ter gelegenheid van de introductie van de figuur van de buitenwerkingstelling beklemtoonde de Hoge Raad nog dat het arrest strikt genomen alleen de rechtsverhouding tussen partijen bepaalde.<sup>846</sup> Al het andere moest begrepen worden als een praktisch gevolg. In *Waterpakt* zit een vergelijkbare formalistische reflex, waar de Hoge Raad de gevolgen van een wetgevingsbevel voor derden bespreekt. Een hoofdbezwaar tegen het formele wetgevingsbevel, volgens de Hoge Raad, is dat een wetgevingsbevel gevolgen heeft voor niet bij de procedure betrokken derden. De Hoge Raad betoont zich hiermee heel beducht voor juridische consequenties buiten de omvang van het geschil. Onbegrijpelijk is dat niet. Het voert inderdaad ver om rechterlijke rechtsvorming, die allereerst het bijproduct van geschilbeslechting is, over de partijen heen meer bindende kracht toe te kennen. *Judicial supremacy* past beter bij een constitutioneel hof of een rechter waaraan meer constitutionele rechtspraak is opgedragen dan aan de Hoge Raad.

<sup>845</sup> Zie paragraaf III.4.1.

<sup>846</sup> HR 1 juli 1983, AB 1984/103, LJN AD5666 (*Prijzenbeschikking Medisch specialisten*).

Ik meen dus dat langs de weg van een door de Hoge Raad zelf gevestigde *judicial supremacy* geen bindende kracht aan rechterlijke rechtsvorming toegekend kan worden. In ieder geval niet in de mate die nodig is om van een materieel wetgevingsbevel te spreken.

Blijft over een derde manier van binding van de wetgever, die niet zozeer steunt op een harde regel van staatsrecht, of op een in de jurisprudentie geclaimde positie van *judicial supremacy*, maar op een politieke praktijk van zelfbinding. De Britse praktijk illustreert dit.<sup>847</sup> Onder Brits recht is een *declaration of incompatibility* expliciet niet bindend voor de wetgever. Desalniettemin accepteert de Britse wetgever de rechtsoordelen van de rechter in de regel als beslissende rechtsoordelen. Een zodanige praktijk heeft juridische relevantie. De Britse regering betoogde in Straatsburg dat door het bestaan van deze praktijk de *declaration of incompatibility* moest meetellen bij de vraag of een klager wel alle nationale rechtsmiddelen had uitgeput. Het EHRM vond het nog te vroeg voor die conclusie, maar wees de redenering niet principieel af.<sup>848</sup> Op een vergelijkbare manier zou ook de voor een materieel wetgevingsbevel vereiste binding van de wetgever aan rechterlijke rechtsvorming geconstrueerd kunnen worden.

Deze derde benadering past bij de besproken casuïstiek. In de Nederlandse politieke praktijk lijkt inderdaad sprake van een soort zelfbinding aan rechtsoordelen van de hoogste relevante rechter en niet van een traditie van dialoog met de rechter over de schending van wetgevingsplichten.<sup>849</sup> In de casus van de forfaitaire regelingen van hoofdstuk IV was niet goed te achterhalen of de rechtsoordelen van de Hoge Raad over het gelijkheidsbeginsel werden overgenomen *omdat* het rechtsoordelen van de Hoge Raad waren. Er lag immers al een voorstel voor een nieuwe wet klaar. Bovendien had de Hoge Raad reeds aangekondigd wat hij zou gaan doen bij uitblijvende wetgeving: zelf in de zaak voorzien. In de casus van de SGP van hoofdstuk VI ligt het anders. In de eerste plaats waren de regering en de Tweede Kamer al een dialoog aangegaan met een aantal 'juridische' beoordelingen van de SGP-kwestie. Het oordeel van het CEDAW, bijvoorbeeld, werd niet als zodanig overgenomen: de regering meende dat de afweging anders moest uitvallen. In de SGP-casus was bovendien door de Afdeling al een redenering gegeven op basis waarvan niet tegen de SGP hoefde te worden opgetreden. Daar komt bij dat, anders dan in *Arbeidskostenforfait*, de Hoge Raad nergens mee dreigt of kan dreigen. Het formele wetgevingsbevel en eventuele dwangsommen zijn juist uitgesloten en onder artikel 3:305a BW kan Clara Wichmann nooit schadevergoeding in geld vorderen. Kortom: in de SGP-casus was nogal wat ruimte voor de wetgever om, onder verwijzing naar het oordeel van de Afdeling, gemotiveerd van mening te blijven dat de door de Hoge Raad verrichte afweging niet de juiste is en dat dientengevolge niet tot wetgeving tegen de SGP hoeft te worden overgegaan. Van die mogelijkheid om een dialoog met de Hoge Raad aan te gaan repte echter alleen het *Reformatisch*

<sup>847</sup> Zie paragraaf III.5.2 en III.5.3.

<sup>848</sup> EHRM (Grote Kamer) 29 april 2008, nr. 13378/05 (*Burden t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 40-44.

<sup>849</sup> Vgl: E.C.M. Jurgens, 'Abdicatie van de wetgever – Over authentieke exegese van een wettekst', *RegelMaat* 1994 (6), p. 234-235 en Kortmann 1996, p. 51: 'het ziet er soms naar uit dat de wetgever de rechtspraak als onfeilbaar beschouwt'.

*Dagblad*. Voor de fracties in de Tweede Kamer was de zaak gesloten. Zij toonden zich niet zozeer overtuigd door de gebruikte argumenten, maar hebben het over het 'uitvoeren' van het *SGP*-arrest en bekritisieren de regering voor het wachten op een oordeel uit Straatsburg. Van regeringszijde is dat niet anders. Het wachten op Straatsburg wordt door minister Donner (CDA) niet verdedigd als een manier om argumenten tegen de Hoge Raad te verzamelen, maar als een vorm van uitvoeren van het arrest.<sup>850</sup>

De *SGP*-casus wijst op de praktijk waarin de regering en de fracties in de Tweede Kamer rechtsoordelen van, in dit geval, de Hoge Raad overnemen omdat het rechtsoordelen van de Hoge Raad zijn. Dat is van het soort zelfbinding dat ik voldoende acht om van bindende rechterlijke rechtsvorming in de zin van mijn definitie van het materiële wetgevingsbevel te spreken. Materiële wetgevingsbevelen komen dus voor in Nederland. Het *SGP*-arrest is daarvan een voorbeeld.

Het eerste antwoord op de verwondering over de combinatie van *Arbeidskostenforfait*, *Waterpakt* en *SGP* is dat formele wetgevingsbevelen moeten worden afgewezen, kennelijk in tegenstelling tot materiële. Toch verplaatst de verwondering zich daarmee slechts: waarom wel materiële wetgevingsbevelen en geen formele? Bij het beantwoorden van die vraag is de normatieve discussie over wetgevingsbevelen van belang. Als belangrijke bezwaren tegen het formele bevel niet opgaan voor het materiële bevel, is het niet onlogisch dat de Hoge Raad de eerste niet en de tweede wel wil geven. Hoofdstuk III brengt de argumenten in kaart die kunnen worden ontleend aan de constitutionele rol van de rechter in de rechtsstaat, aangevuld met enkele andere concepten. In de behandeling van de casus is herhaaldelijk op de verschillende argumenten teruggekomen, waarbij de argumenten ook konden worden uitgewerkt. Dat leidt, samengevat, tot het volgende beeld.

Vanuit de rol van de rechter in de rechtsstaat is op een aantal manieren een pleidooi voor het wetgevingsbevel te construeren. In de eerste plaats kan het wetgevingsbevel gezien worden als een onderdeel van de *checks and balances* waarmee een machtsevenwicht nagestreefd wordt.<sup>851</sup> De rechter wordt controleur van de naleving van wetgevingsplichten door de wetgever. De opstelling van het Hof van Justitie in inbreukprocedures over wetgevingsplichten past in deze benadering. In de tweede plaats kan een beroep worden gedaan op het rechtsstatelijke beginsel van de onafhankelijke rechterlijke macht.<sup>852</sup> Dat beginsel veronderstelt de aanwezigheid van een rechterlijke macht die in staat is om effectieve rechtsbescherming te bieden. Het gaat dan niet zozeer om de handhaving van wetgevingsplichten als zodanig, maar om het beschermen van de door niet-nakoming geschonden belangen. De bijdrage aan de effectiviteit van de rechtsbescherming is een belangrijk argument voor veel voorstanders, vooral vanwege twee eigenschappen van het formele bevel: het buiten twijfel stellen *dat* er een wetgevingsplicht is geschonden en de mogelijkheid om desnoods over

<sup>850</sup> Zie paragraaf VI.3.3.

<sup>851</sup> Zie paragraaf II.2.3.

<sup>852</sup> Zie paragraaf III.2.4.

te schakelen naar het executoriale register. De praktijk in de lagere jurisprudentie illustreert dat. Rechtbankpresident Wijnholt gaf een formeel wetgevingsbevel met een dwangsom nadat hij al eerder had vastgesteld dat het niet aanpassen van het verrichtingengetal bepaald nadelig was voor de huisartsen, maar de Staat vond dat de tijden van bezuiniging geen extra betaling aan huisartsen toelieten.<sup>853</sup> Het formele bevel in de richting van de formele wetgever was ter bescherming van vrouwen die nadeel bleven ondervinden van het niet afschaffen van het kostwinnersbeginsel.<sup>854</sup>

In de derde plaats kan vanuit de rol van de rechter in de rechtsstaat een pleidooi voor het wetgevingsbevel worden opgezet vanuit het beginsel van de grondrechten, uitgelegd als een mede op de rechter rustende rechtsstatelijke plicht de grondrechten zoveel mogelijk te realiseren.<sup>855</sup> Het realiseren van met name de sociale grondrechten zal snel op de grenzen van de rechtsvormende mogelijkheden van de rechter stuiten. De casus van het realiseren van het gelijkheidsbeginsel en de grenzen van de rechtsvormende taak illustreert dit.<sup>856</sup> In de gevallen waar rechterlijke rechtsvorming bezwaarlijk of ontoelaatbaar is, kan een wetgevingsbevel een alternatief bieden. In de vierde plaats kan in een betoog voor het wetgevingsbevel een beroep worden gedaan op het rechtsstatelijke beginsel van de democratie.<sup>857</sup> Denkbaar is dat de democratische kanalen dusdanig verstopt komen te zitten dat de rechter met een wetgevingsbevel zou kunnen ingrijpen. Dit kan zowel als de naleving van een wetgevingsplicht structureel achterblijft of wanneer bepaalde groepen structureel geen toegang tot het democratisch proces krijgen. Dat kan een kwestie van kiesrecht betreffen. Wil de rechter daar iets aan doen, dan zijn de grenzen van de rechtsvormende taak bijna per definitie bereikt. Illustratief is de uitspraak van de Afdeling over het kiesrecht van Arubanen voor het Europees parlement.<sup>858</sup> Dat kiesrecht moest uiteindelijk door de wetgever gerealiseerd worden, zoals de Afdeling constateerde, waarna zij de bezwaarden niet meer te bieden had dan de veronderstelling dat het voor de aanstaande verkiezingen van het Europees Parlement geregeld zou zijn. In dit soort situaties zou een wetgevingsbevel een toegevoegde rol kunnen vervullen.

Vanuit de rol van de rechter in de rechtsstaat is ook een pleidooi *tegen* het wetgevingsbevel op te zetten. Een dergelijk pleidooi berust met name op het beginsel van machtscheiding.<sup>859</sup> Dat beginsel kan op een aantal manieren worden uitgewerkt tot een argument tegen het wetgevingsbevel.

In de eerste plaats op de manier waarop Jefferson dat doet: *machtscheiding* verzet zich tegen het wetgevingsbevel. De rechterlijke macht is *co-equal* en *co-sovereign* aan de wetgevende macht. Een bevelsrelatie tussen beide verdraagt zich daar niet mee.

<sup>853</sup> Zie paragraaf V.3.2.2.

<sup>854</sup> Zie paragraaf V.3.2.3.

<sup>855</sup> Zie paragraaf III.2.5.

<sup>856</sup> Zie paragraaf IV.2.

<sup>857</sup> Zie paragraaf III.2.6.

<sup>858</sup> ABRvS 21 november 2006, AB 2007/80, LJN AZ3202 (*Kiesrecht Arubanen*).

<sup>859</sup> Zie paragraaf III.2.2.

In de tweede plaats kan een machtenscheidingsredenering aanknopen bij een processuele definitie van de wetgevende functie. Dat betekent dat de rechter zich niet alleen moet onthouden van *vaststellen* van wetten, maar dat hij ook het *initiatief* tot het vaststellen van wetten niet van de wetgever mag overnemen. In *Waterpakt* lijkt de Hoge Raad precies op dit punt zijn bezwaren te formuleren, zij het dat dit niet gebeurt in het kader van het beginsel van machtenscheiding maar in het kader van het onderscheid tussen recht en politiek. De vraag of een wet tot stand moet komen, wil de Hoge Raad het voorwerp van politieke besluitvorming laten, ook als in cassatie het juridische antwoord duidelijk is. Later, in *Faunabescherming*, heeft de Hoge Raad het meer specifiek over de volksvertegenwoordiging die hij niet voor de voeten wil lopen.

In de derde plaats kan het beginsel van machtenscheiding worden uitgewerkt in de richting van een verplichting om zich jegens de wetgever uitsluitend van *negatieve* uitspraakbevoegdheden te bedienen.<sup>860</sup> Wetgevingsbevelen zouden daar ofwel in het algemeen mee in strijd zijn omdat ze de wetgever verplichten in actie te komen ofwel alleen voor zover zij zien op het tot stand brengen van nieuwe regels. In het laatste geval zou een bevel om een verordening in te trekken, zoals in *Faunabeheer* gevraagd werd, minder problematisch zijn. Het concept van de negatieve wetgever is in lagere jurisprudentie voorafgaand aan *Waterpakt* wel eens ingezet tegen het wetgevingsbevel.<sup>861</sup> In *Waterpakt* keert het argument zeer beperkt terug.

Dat kan heel goed samenhangen met de inmiddels ontwikkelde jurisprudentie rondom de grenzen van de rechtsvormende taak.<sup>862</sup> Ook rechtsvorming heeft immers een *positief* karakter terwijl artikel 94 Grondwet uitsluitend de negatieve weg wijst: buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften. De Hoge Raad heeft hier wel eens aandacht voor gevraagd in zijn uitspraken, maar leverde ook voorbeelden van rechtsvorming af die duidelijk de grens van de negatieve wetgever overschrijden. Met name de zogenaamde *Lentebeschikkingen* springen dan in het oog. Inmiddels kan gezegd worden dat bij het begrenzen van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad de negatieve uitspraakbevoegdheid van het buitentoepassing laten eerder de hoofdregel is, dan een absolute grens. Om die reden zou het weinig overtuigend zijn als het verschil tussen positieve en negatieve uitspraakbevoegdheden zich niet tegen rechtsvorming maar wel tegen het wetgevingsbevel zou verzetten.

De vierde manier om vanuit het beginsel van machtenscheiding een bezwaar tegen het wetgevingsbevel te formuleren zoekt naar de achtergrond van geschillen waarin het op een wetgevingsbevel aankomt. Daarvoor is in het bijzonder aansluiting gezocht bij het Amerikaanse concept *public law litigation*.<sup>863</sup> Dat is geschilbeslechting die op een aantal punten afwijkt van de meer klassieke civiele geschilbeslechting: de betrokken partijen en belangen zijn vager

<sup>860</sup> Zie paragraaf II.3.

<sup>861</sup> Zie paragraaf V.3.2.1.

<sup>862</sup> Zie paragraaf IV.3.1.

<sup>863</sup> Zie paragraaf III.4.

<sup>864</sup> Zie paragraaf VI.3.2.

omlijnd, de inzet van het geding is abstracter en meer toekomstgericht en de betrokkenheid van de rechter eindigt niet met de uitspraak. De SGP-casus is een voorbeeld van dergelijke *public law litigation*.<sup>864</sup> De eiser, Clara Wichmann is niet het meest directe slachtoffer van de praktijken van de SGP en de Staat, de gedaagde, is niet de meest betrokken dader. Dat is nog altijd de SGP zelf. De inzet van het geding was niet gericht op herstellen van onrechtmatigheid uit het verleden maar op toekomstig overheidsoptreden. *Wat* de Staat precies moet doen bleef onduidelijk. Juist op dat punt ontstaat de wenselijkheid van het wetgevingsbevel. Want *dat* er wat moet gebeuren, kan wel worden vastgesteld.

Het is mogelijk om *public law litigation* te bekritisieren vanuit een normatieve opvatting over de rechtsprekende functie. Fuller formuleert dergelijke kritiek.<sup>865</sup> Op basis daarvan zou kunnen worden gezegd dat een rechter die aan *public law litigation* doet, buiten de grenzen treedt die het beginsel van machtscheiding aan hem stelt. De argumentatie van Fuller leunt sterk op de belangen en betrokkenheid van derden. Fuller acht het essentieel voor rechtspraak dat alle bij het geschil en de mogelijke uitspraak betrokken belanghebbenden de mogelijkheid hebben gehad om hun argumenten en hun bewijzen aan te voeren. Is dat niet mogelijk, dan is dat voor Fuller een *indicatie* dat de rechter een geschil voorgelegd heeft gekregen dat niet bij hem thuishoort. Zo beschouwd is een wetgevingsbevel, waarmee vrijwel per definitie belangen van derden gemoeid zijn, een niet toegestane uitspraakbevoegdheid. En meer in het algemeen is de wens om een wetgevingsbevel te geven of te vragen een indicatie dat het om een geschil gaat waar Fullers rechter niet eens aan zou hebben mogen beginnen. De Hoge Raad gaat kennelijk zo ver niet. In de SGP-zaak accepteerde de Hoge Raad de ontvankelijkheid van Clara Wichmann en de inroepbaarheid van een instructienorm uit het Vrouwenverdrag. Dat daarmee een *public law litigation*-achtig geschil aan de rechter werd voorgelegd, achtte de Hoge Raad kennelijk niet problematisch. Maar de met een wetgevingsbevel verbonden gevolgen voor derden zijn wel het belangrijkste argument geworden in de jurisprudentie, zowel van de Hoge Raad als – inmiddels – van de lagere jurisprudentie.<sup>866</sup>

Wanneer deze argumenten voor en tegen het wetgevingsbevel uitgesplitst worden naar een formeel en een materieel wetgevingsbevel, valt een aantal dingen op. Een gesteld voordeel van een formeel wetgevingsbevel, namelijk *dat* de wetgever op de hoogte geraakt van een schending van een wetgevingsplicht, doet zich ook bij materiële wetgevingsbevelen voor. Ook dan wordt op een bindende wijze vastgesteld dat de wetgever in actie moet komen. Alleen de dwangsommen zijn beperkt tot het formele bevel en uitgesloten bij een materieel bevel. Dat zal door een rechtzoekende worden opgevat als een nadeel voor de effectiviteit. Wie het echter onwenselijk vindt dat de Hoge Raad en de formele wetgever in een executoriale verhouding tot elkaar komen te staan, zal de onmogelijkheid van een dwangsom juist als een voordeel beschouwen.

<sup>865</sup> Zie paragraaf III.4.2.

<sup>866</sup> Zie paragraaf V.3.3.

Ten aanzien van de nadelen van een wetgevingsbevel valt op dat belangen van derden bij een materieel wetgevingsbevel evenzeer in het geding zijn als bij een formeel wetgevingsbevel. Ook is er weinig relevant verschil te maken voor wat het positieve karakter van de uitspraakbevoegdheid betreft. Wel kan gezegd worden dat het karakter van de binding aan de rechterlijke rechtsvorming (een politieke praktijk van zelfbinding) verschil maakt in de mate waarin het wetgevingsinitiatief wordt overgenomen. Als de Hoge Raad een formeel bevel geeft, dan is de juiste gevolgtrekking het opvolgen van het bevel. Bij een materieel wetgevingsbevel steunt het bevel op de mate waarin het rechtsoordeel door de politieke praktijk wordt overgenomen. Anders gezegd: met een formeel wetgevingsbevel sluit de rechter de mogelijkheid van een constitutionele dialoog uit. Bij een materieel wetgevingsbevel doet de wetgever dat, door zich te binden aan het oordeel van de rechter.

De onderlinge verhouding tussen het materiële en het formele wetgevingsbevel gaat over de wenselijkheid van dwangsommen en over de mate waarin het wetgevingsinitiatief wordt overgenomen door de rechter. De vraag blijft, of dit overtuigende en relevante verschillen zijn om geen formele en wel materiële wetgevingsbevelen te geven. Ik meen van wel.

### VII.3 Eigen standpunt

In *Waterpakt* geeft de Hoge Raad terecht geen formeel wetgevingsbevel aan de formele wetgever. Dat in cassatie moest worden uitgegaan van een geschonden wetgevingsplicht, is niet beslissend. Beslissend is de institutionele verhouding in kwestie: de civiele kamer van de Hoge Raad versus de formele wetgever. De opmerking uit de motivering in *Waterpakt*, dat de vraag of een wet tot stand moet worden gebracht voorwerp van politieke besluitvorming moet blijven, is het hoogste rechtscollege op veel kritiek komen te staan. Die kritiek mist echter het institutionele perspectief van de motivering. Het gaat de Hoge Raad niet om het respecteren van de vrijheid van de wetgever om onrechtmatig te handelen. Het gaat om de staatsrechtelijke grenzen aan wat een rechter daartegen vermag te doen. Wat dit betreft is de in *Faunabeheer* gebruikte formulering scherper. De Hoge Raad spreekt daar niet van te respecteren politieke besluitvorming maar van de vrijheid van een gekozen volksvertegenwoordiging. Dat maakt beter duidelijk dat het niet gaat om *wat* een volksvertegenwoordiging zou mogen doen maar om *wie* de Hoge Raad niet mag bevelen.

In de verhouding tussen Hoge Raad en formele wetgever geven de aan de constitutionele rol van de rechter ontleende bezwaren de doorslag. Het belangrijkste bezwaar is het beginsel van machtenscheiding. Het ideaal daarachter krijgt alleen een kans als op het hoogste niveau de uiteindelijke macht daadwerkelijk *gedeeld* wordt tussen organen die, in de woorden van Jefferson, *co-equal* en *co-sovereign* zijn. Een formeel wetgevingsbevel geven en de deurwaarder op de Tweede Kamer afsturen, past daar niet bij. Bij dit aan het beginsel van machtenscheiding ontleende bezwaar voegen zich de bezwaren van democratische aard. Het gaat bij de formele wetgever mede om de rechtstreeks

verkozen Tweede Kamer en de indirect verkozen Eerste Kamer. Met een formeel bevel in de agenda van beide vertegenwoordigende lichamen interveniëren, stuit op grote bezwaren van democratische aard.

Bovendien acht ik het niet *verstandig* om op dit niveau formele wetgevingsbevelen te geven. Onder de voorstanders van formele wetgevingsbevelen bevindt zich niemand die pleit voor een frequente inzet ervan of het onmiddellijk dreigen met stevige dwangsommen. Het formele bevel, zo gaat telkens het argument, is bedoeld voor de glasheldere wetgevingsplichten, voor de extreme gevallen en nog zo wat. Maar wanneer zijn die aan de orde? Was de Waterpakt-casus een extreem geval? Het lijkt mij niet. Toch moest de Hoge Raad in cassatie uitgaan van een geschonden wetgevingsplicht. Dus had de Hoge Raad in dat geval een redenering moeten opzetten waarin weliswaar sprake was van onrechtmatigheid, maar desondanks van een onvoldoende ernstige situatie om door te pakken met een formeel wetgevingsbevel. Zoiets doet sterk denken aan wat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* deed: onrechtmatigheid uitspreken, maar het vanwege de geringe ernst voorlopig bij de dreiging met rechtsvorming laten. Juist op die motivering is de kritiek gekomen dat de Hoge Raad *of* van zijn bevoegdheden gebruik moet maken in geval van onrechtmatigheid *of* moet constateren dat van geen bevoegdheid sprake is. Anders gezegd: de doctrine laat niet altijd evenveel ruimte voor een Hoge Raad die wel over een bevoegdheid beschikt, maar die uitsluitend wenst te gebruiken als het echt heel ernstig is.

Maar zelfs het openhouden van de mogelijkheid van een formeel bevel in extreme gevallen is onverstandig. Extreme gevallen ontstaan als er kennelijk felle politieke tegenstand bestaat tegen het voldoen aan duidelijke wetgevingsplichten. In hoeverre brengt een formeel bevel van de rechter of een stevige dwangsom de betrokken politici dan op andere gedachten? Het is niet geheel ondenkbaar dat politici die menen niet aan glasheldere wetgevingsplichten te hoeven voldoen, het verbeuren van een paar miljoen aan dwangsommen zullen negeren met een kloek 'over my dead body'. Het gezag van de Hoge Raad zou ernstig lijden onder een dergelijk uit de hand gelopen conflict. Daarom is het verstandiger al op voorhand de realiteit van de verhoudingen te erkennen en de mogelijkheid van een dergelijk conflict uit te sluiten door in het algemeen geen formele wetgevingsbevelen aan de formele wetgever te geven.

Daarbij moet bedacht worden dat ook als het niet waarschijnlijk is dat de extreme situaties zich gaan voordoen, het gezag van de rechter al eerder bedreigd wordt. Openlijke weigering om een formeel bevel op te volgen ligt inderdaad niet voor de hand. Maar het vermogen van de politiek om goedwillend niets te doen, kan moeilijk overschat worden. De voorbeelden zijn er. In *Arbeidskostenforfait* verbond de Hoge Raad het gezag van zijn arrest aan een nakomen van een wetgevingsplicht. Enige jaren later stond de Hoge Raad voor het blok omdat de wetgever toch had gemeend de kwestie in samenhang met omliggende problemen op te lossen. De advocaat-generaal adviseerde de Hoge Raad om door te pakken en alsnog met terugwerkende kracht tot de rechtsvorming over te gaan

waarmee eerder gedreigd was. De Hoge Raad deed dat niet, maar liet het, gezien de geringe ernst, bij het uitspreken van zijn teleurstelling. Het enige formele bevel aan de formele wetgever, van Wijnholt, was uitvoerbaar bij voorraad en bevatte een termijn die overeenkwam met de door de staatssecretaris genoemde streefdatum. Die werd niet gehaald, nog voordat het bevel in hoger beroep werd vernietigd. Politici van goede wil kunnen een even grote bedreiging voor het gezag van de Hoge Raad vormen als die van kwade wil. Wat had de Hoge Raad moeten doen als een in het *SGP*-arrest gegeven formeel wetgevingsbevel-zonderdwangsom niet was opgevolgd omdat de kwestie 'bestudeerd wordt door een commissie', 'Straatsburg zich nog niet heeft uitgesproken' of 'de demissionaire status van het kabinet het nemen van dergelijke initiatieven verhindert'? Een half miljoen per maand voor Clara Wichmann?

Kortom: los van de staatsrechtelijke bezwaren is het zeer onverstandig voor de Hoge Raad om zich de mogelijkheid van een bevel in de richting van de formele wetgever aan te meten. In de extreme situaties zaagt de Hoge Raad aan de tak waar hij zelf op zit. In de minder extreme situaties loopt de formeel wetgeving bevelende Hoge Raad het niet ondenkbeeldige risico om op een muur van politieke goede wil te stuiten. In extreme situaties is het te laat voor een wetgevingsbevel, in minder extreme situaties kan een formeel wetgevingsbevel de zaak juist extreem maken.

Met de conclusie dat de Hoge Raad terecht afziet van de mogelijkheid een bevel aan de formele wetgever te geven, is nog niet gezegd dat er geen institutionele verhoudingen zijn waarin een bevel minder bezwaarlijk is. Een bevel van de hoogste relevante bestuursrechter aan een gemeenteraad om zijn planregels aan te passen is veel minder bezwaarlijk. De praktische bezwaren zijn ook minder groot, omdat er vormen van decentraal toezicht klaarstaan waarin het landelijke overheidsverband zijn gelijk ook daadwerkelijk kan realiseren. Een bevel van de civiele kamer aan provinciale staten, zoals voorlag in *Faunabescherming* is, anders dan de Hoge Raad concludeerde, evenmin onoverkomelijk. De verhouding tussen de staatsmachten *onderling* binnen een overheidsverband is fundamenteel anders dan de *decentrale* verhoudingen in een eenheidsstaat.

Het door de Hoge Raad in *Faunabescherming* zo prominent naar voren geschoven argument dat de belangen van derden ongeoorloofd geraakt worden door een formeel wetgevingsbevel, overtuigt niet. De verschillen met wat de Hoge Raad zich wel veroorlooft zijn daarvoor te klein. Dat geldt met name de rechterlijke rechtsvorming en de figuur van de buitenwerkingstelling. De gevolgen voor derden van rechtsvorming zoals aan de orde in de *Lentebeschikkingen* zijn niet gering. Evenzeer is bij een buitenwerkingstelling meer aan de hand dan 'het praktische gevolg dat de Hoge Raad in vergelijkbare gevallen vergelijkbaar zal beslissen.' Een buitenwerkingstelling is immers, zoals de Hoge Raad zelf zegt, een 'in algemene termen vervat verbod om de regeling nog toe te passen.' Afhankelijk van de precieze formulering waarin het verbod gegeven wordt, verbindt dit het betrokken overheidsorgaan niet alleen in relatie tot de partijen die de

betreffende uitspraak hebben gevraagd. Ook jegens *derden* mag de regeling niet meer worden toegepast. Dat deze *derden* zich in rechte niet kunnen beroepen op een door de rechter vastgestelde rechtsverhouding is daarvoor niet beslissend. Bij een formeel wetgevingsbevel zou dat ook niet het geval zijn. Het is niet goed voor te stellen dat een bestuursorgaan rechtmatig handelt als het een buitenwerking gestelde regeling gewoon blijft toepassen jegens iedereen die nog niet naar de rechter geweest is. Bovendien zit de mogelijkheid dat belangen van *derden* worden geraakt die dat niet willen, reeds ingebakken in artikel 3:305a BW. Krachtens dat artikel kunnen *derden* die zich aan de werking van een uitspraak wensen te onttrekken dat doen, behoudens in de gevallen waarin dat uit de aard der zaak niet mogelijk is. Daarmee is door de wetgever reeds de mogelijkheid onder ogen gezien dat niet bij de procedure betrokken *derden tegen hun zin* geraakt worden door (de gevolgen) van een uitspraak. De door de Hoge Raad zo strikt geformuleerde begrenzing van zijn eigen mogelijkheden tot de bij de procedure betrokken partijen sluit daar niet bij aan. Anders gezegd: de wetgever heeft dat onder omstandigheden al wel geaccepteerd. Ik zou daar aan willen toevoegen: als de Hoge Raad zo bezorgd is over de belangen van *derden*, zou hij zich eerder moeten afvragen hoe wenselijk het is dat Clara Wichmann ontvankelijk is en zich op een instructienorm kan beroepen die de Hoge Raad tegenover de formele wetgever plaatst.

Formele wetgevingsbevelen moeten uitgesloten zijn op het hoogste niveau, maar zijn, vanuit het perspectief van de rol van de rechter, eventueel wel toelaatbaar in andere verhoudingen. Niet de discretionaire ruimte van de betrokken regelgever maar de institutionele verhouding is beslissend voor de vraag of de bezwaren tegen het wetgevingsbevel het winnen van de voordelen ervan. Waar formele wetgevingsbevelen zijn uitgesloten, is een materieel wetgevingsbevel nog wel acceptabel. Met een materieel bevel loopt de rechter veel minder risico. De kans dat het uit de hand loopt met forse dwangsommen tegenover een goedwillende maar niet presterende wetgever is veel minder groot. Er kunnen geen dwangsommen verbeurd worden. Als een partij die een materieel wetgevingsbevel bewerkstelligd heeft bij de rechter terugkomt met de klacht dat er onvoldoende vaart wordt gemaakt met de juiste gevolgtrekking, kan de rechter verwijzen naar zijn beperkte mogelijkheden op dit terrein. Uiteindelijk blijft het een declaratoir. Bovendien steunt een materieel wetgevingsbevel op binding aan de rechterlijke rechtsvorming. In de Nederlandse verhoudingen bestaat die binding uit een politieke praktijk die de rechterlijke rechtsoordelen van de Hoge Raad als bindend overneemt. Althans, de praktijk rondom de SGP-casus wijst daarop. In het materiële perspectief maakt het dan allemaal weinig meer uit. In het institutionele perspectief is juist sprake van een cruciaal verschil: het is *samenwerking* op het hoogste niveau, geen *hiërarchie*.



## Summary

This thesis is a study of a relatively new phenomenon in Dutch case law: the need for mandatory orders (or 'orders') from the courts to the legislature and the admissibility of such orders under Dutch constitutional law. In the *Waterpakt* case (2003), the Dutch Supreme Court (*Hoge Raad*) ruled the idea of a court issuing an order to the legislature to act (i.e. to use its legislative powers) to be fundamentally at odds with the constitutional role of the judiciary. Dutch courts may not intervene in procedures of political decision making like legislative initiative, the Supreme Court argued, even when it is clear that the legislature is legally bound to act. This judgment, which cited the constitutional division of powers among the various state organs, set a clear precedent. The Supreme Court confirmed its reasoning in 2004 in the *Faunabeheer* case, adding that legislative bodies other than the national legislature (the government and the Houses of Parliament acting together), such as provincial councils, are also immune to binding interventions from the judiciary in their legislative activities. The Supreme Court furthermore stipulated that it was not relevant whether the legislatures in question were ordered to enact a new regulation or to repeal an existing one.

Somewhat in contrast to this clear position, the Supreme Court does allow itself and lower courts to put several other kinds of pressure on the legislature to act if legislative action is legally required. In the so-called *Arbeidskostenforfait* case (1999), the Supreme Court found a fiscal provision to be discriminatory and therefore inconsistent with international law. Normally, Dutch courts are constitutionally obliged to set aside national provisions that violate international law. In this case, however, that would not have been a solution for the applicant. Setting aside the national provisions would merely leave a legal vacuum. Dutch courts sometimes fill this gap with judicial lawmaking, but the Supreme Court refrained from doing so in this case, because of the policy questions involved. That is to say: it refrained from doing so *at that moment*. The Supreme Court stated that it was up to the legislature to fix the identified problem and that it had to do so 'with all deliberate speed'. At the same time, the Supreme Court announced that it would fix the problem with its own judicial lawmaking powers if the legislature should not live up to its obligations. This kind of threat to use judicial lawmaking powers is clearly meant to urge the legislature to act, which is, at the end of the day, an intervention in the same kind of political questions as were at stake in the *Waterpakt* case.

The same goes for the *SGP* case (2010). In that case, the Supreme Court concluded that the State violated the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) by not acting against a political party which on religious grounds systematically excluded women from the membership of representative bodies. As in the *Arbeidskostenforfait* case, the Supreme Court

found itself unsuited to fix the problem, because there was not just one solution that was in line with the Convention's obligation for States Parties to take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the political and public life of the country. It should therefore be left up to the legislature to make a (political) choice. However, in the *SGP* case, the Supreme Court could not announce any future remedial lawmaking, because unlike the 1999 case, at that moment no legal provision was in force and there would still be none in case of continued failure to legislate. Even from that more vulnerable position, the Supreme Court tried to exert pressure on the national legislature. The Supreme Court upheld and confirmed a declaration by a lower court that it was unlawful for the legislature not to act. This declaration was clearly meant as an order and it was perceived as such by many politicians.

This thesis is built on two research questions. First, this thesis aims to analyze the different results of these cases and the different lines of reasoning, in order to develop a concept that catches both the differences and the similarities between the *Waterpakt* case on the one hand and the *Arbeidskostenforfait* case and *SGP* on the other. The second question elaborates these differences and similarities in a more normative manner. Taking the role of the judiciary under the rule of law as the starting point, is the Supreme Court correct in fundamentally rejecting the possibility of issuing official orders to the legislature while at the same time allowing itself to put the kind of pressure on the legislature that effectively functions as an order? In its basic structure, this thesis is divided into six chapters. Chapters II en III develop a theoretical framework for the research questions. Chapters IV, V, and VI contain case studies based on the three cases. These case studies serve to apply and refine the theoretical framework laid out before. Chapter VII summarizes the discussions as a difference between two perspectives: a material perspective in which only results count and an institutional perspective in which relationships matter. In this chapter I also take a personal stand.

The main line of reasoning in this thesis is as follows. It is first of all argued that the fundamental difference between, on the one hand, formal mandatory orders or classic injunctions, and, on the other, mere declarations or threatening to use judicial lawmaking powers, lies in the consequences of mandatory orders: injunctions create an executorial relationship between the judiciary and the legislature, while declarations do not. Nevertheless, there are in fact many similarities between formally ordering the legislature to act and simply issuing a declaration that tacitly implies that it should. This is especially the case when it comes to the political character of the initiative to legislate. Declarations are also a way of intervening in the affairs of the legislature. The *SGP* judgment was perceived as functioning as and *did* in effect function as an order to legislate. To capture both the differences and the similarities, this thesis develops two concepts: the *formal* order and the *informal* order. A court issues a formal order when it creates an executorial relationship, all the way down to the non-compliance penalties, if necessary. An informal order to legislate is concerned when a court, somewhere in its reasoning, declares that the legislature has

to act. For an informal order, it is necessary that the declaration is not the result of a mere application of the law but that it also to some degree involves judicial lawmaking. Judicial lawmaking is a part of the definition of the informal order, because otherwise the similarities with the formal order would be too few to justify the use of the word 'order'. However, I propose a very broad definition of judicial lawmaking. The moment courts engage in more than pure, heteronomous application of the law, the judgment starts to be the product of judicial lawmaking.

The judicial lawmaking must also be of a binding nature, because otherwise the declarations of the courts would only be statements in a dialogue and in no sense orders. There are several ways to construct the binding force of judicial lawmaking *vis-à-vis* the legislature. The binding force can, in the first place, stem from the Constitution itself. The Constitution of Albania, for example, stipulates that the interpretations of the Constitutional Court have general binding force and are final. It is also possible to construct an obligation to follow judicial lawmaking through case law itself. In its famous *Cooper v. Aaron* judgment, the American Supreme Court held that its own interpretations of the Constitution are as binding as the Constitution itself, thus claiming the position known as *judicial supremacy*. In addition to these two constructions there is a third one: a political practice of acknowledging judicial interpretations as the final word on the matter. This is the kind of binding force that was argued by the government of the United Kingdom before the European Court of Human Rights (ECHR) in the *Burden* case. According to the British government, the so-called *declaration of incompatibility* under article 4 of the Human Rights Act was a domestic remedy within the meaning of article 35 of the Convention. Although such declarations are not binding in themselves (the Human Rights Act explicitly states they are not), the British Parliament normally follows the declarations. The ECHR, sitting in Grand Chamber, accepted the argument but ruled that it was too early for the conclusion.

This definition of an informal order is tested in two case studies: one of the *Arbeidskostenforfait* case and one of the *SGP* case. It can be concluded that the concept of the informal order is helpful. The conclusion of the Dutch Supreme Court that it was unlawful for the legislature not to act was in both cases the result of judicial lawmaking. Although it is not entirely clear to what extent Dutch politicians take the words of their Supreme Court as gospel, they clearly did so in the *SGP* case.

The concept of an informal order to legislate can also be used to characterize statements of the European Court of Human Rights (ECHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU) directed at national legislatures. Articles 32 and 46 of the European Convention on Human Rights, in combination with the repeatedly stated declaratory nature of judgments, create some kind of judicial supremacy for the ECHR. When it is clear from the reasoning in a judgment that the ECHR addresses the national legislature, as it did in the question concerning the British blanket ban on prisoners' voting rights (the

*Hirst* case), the intervention can amount to an informal order to the national legislature. In the context of the EU infringement procedure, Article 260 of the Treaty on the functioning of the European Union (TFEU) creates an obligation for member states to comply with a judgment of the CJEU. In addition, the CJEU has the possibility to threaten member states with large lump sums or penalty payments in cases of non-compliance. Sometimes the infringement is of a legislative nature and occasionally this is pointed out by the CJEU. In those cases, the judgments can become informal orders. In fact, they most strongly resemble the formal orders because of the possibility of penalty payments. However, the judgments of the CJEU remain informal orders because of their fundamentally declaratory nature. The obligation to comply stems from Article 260 TFEU, not from the judgments.

The second main question of this thesis is why the Supreme Court should, on the one hand, refuse to issue formal orders and, on the other, give informal ones. To answer that question, several kinds of arguments are collected and developed in favor of and against intervening in the activities of the legislature. From the role of the judiciary under the rule of law, several arguments can be derived. First, the doctrine of the separation of powers can be used to argue against formal orders. That doctrine claims the powers to be equal, and they are not when one can order the other to act. It is also possible to portray formal orders as a distortion of the constitutional balance of powers, while one could at the same time praise the possibility of issuing them as a check on the legislature's powers. The concept of a democracy, which is in my definition part of the rule of law itself, is mainly an argument against judicial orders towards the legislature: the electorate should hold the democratic bodies accountable. Strong arguments in favor of the formal orders flow from the concept of the effective remedy, especially when it comes to the protection of fundamental socioeconomic rights.

In order to enrich the theoretical background for the evaluation of the judicial orders, this research adds other concepts to the role of the judiciary under the rule of law. First, the question of judicial orders to the legislature is assessed in the light of Kelsen's idea of a constitutional court as a 'negative legislator'. That position resembles the position of Dutch courts in case of a conflict between national law and international law. It turns out that neither Kelsen's concept nor the Dutch constitution was intended to hold courts back from more positive interventions, e.g. orders to the legislature. The concept of a constitutional court as a 'negative legislator' is connected with a mostly negative legal background, as proposed by classic liberalism. The concept simply leaves the question of positive judicial interventions for the era of the enforcement of socioeconomic rights.

Second, judicial orders are related to the concept of *public law litigation*, as that term is used in the American literature following the 'Herculean effort' of the American federal judiciary to racially integrate public schools. It is claimed

that public law litigation in itself is likely to promote the need for orders to the legislature. The *Brown II* judgment, in which the American Supreme Court held that it was an obligation for all regulatory bodies to change rules obstructing integration 'with all deliberate speed', is an informal order itself, since it was the product of judicial lawmaking and the American Supreme Court's claims, as stated above, to a position of judicial supremacy. To a certain extent, the *SGP* case can also be qualified as public law litigation or perhaps even as the Dutch *Brown* case. To answer the question whether the judiciary should embark on this type of litigation, Fuller's criticism of a judiciary performing *polycentric* tasks is elaborated upon.

The increasingly popular idea of a constitutional dialogue between the branches of government is the third concept to be connected with the admissibility of judicial orders to the legislature. By definition, informal orders cannot exist where the relationship between the judiciary and the legislature is of a dialogical nature. Informal injunctions presuppose *binding*, and not merely persuasive or advisory judicial lawmaking. In the fourth and final place, something close to the concept of the prudential political question doctrine is used to point out that the question of ordering the legislature to legislate is, at the end of the day, also a strategic one. There are some specific risks attached to it: a massive loss of authority when the legislature openly defies the order, and still a great loss of authority when the order drowns in good intentions. In addition to this normative theoretical framework, one case study is devoted to collecting all the arguments actually used in Dutch case law, either to support the idea of a formal order or to reject it.

In a final analysis, it is argued that the Dutch Supreme Court was right when it refused to order the national legislature to act. Having looked into all the arguments, the conclusion must be that the objections against formal orders prevail. A healthy separation of powers cannot accept the judicial branch ordering the legislative branch to make use of its powers: these branches ought to be, in the words of Jefferson, co-sovereign and co-equal. It is not wise for the courts to put their authority at risk. Much of the harsh doctrinal criticism on the *Waterpakt* judgment is based on the perspective of an effective remedy, but it overlooks the institutional dimension of the question. Although it is evidently true that the legislature may not refuse to do what it is legally obliged to do, the question still remains whether it is up to the judiciary to police the democratic bodies. The border between the *government of laws and not of men* and the *gouvernement des juges* is a thin and subtle one. From this institutional perspective, the difference between formal and informal injunctions proves to be an essential one. The formal orders create an executorial relationship, the informal ones do not; especially not in the Dutch context, where the binding nature of judicial lawmaking rests upon the political practice of accepting judicial interpretations as the final word on a specific question. Informal injunctions rest on cooperation, formal ones on obedience. The first are therefore admissible, the second are not.

This being said, this thesis does not propose to put an end to all the formal orders wherever acts of a regulatory nature are involved. It only claims that courts should not order the legislature to act at the national level, the level on which there should be real equality between the legislative and judicial branch. At the subnational level, towards municipal legislatures for example, judicial orders are acceptable.

# Lijst van verkort aangehaalde literatuur

## Allison 1994

J.W.F. Allison, 'Fuller's analysis of polycentric disputes and the limits of adjudication', *Cambridge Law Journal*, vol. 53 no. 2 (juli 1994), p. 367-383.

## Behrendt 2006

C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français belge et allemand* (diss. Université de Paris I Pantheon-Sorbonne), Bruxelles: Bruylant 2006

## Belinfante/De Reede 2012

A.D. Belinfante & J.L. de Reede (bewerkt door L. Dragstra, N.S. Efthymiou, A.W. Hins & R. de Lange), *Beginnelen van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2012

## Besselink 2004a

L.F.M. Besselink, commentaar op *Waterpakt* (geen titel), SEW 2004, p. 232-238

## Besselink 2004b

L.F.M. Besselink, commentaar op *Waterpakt* (geen titel), CMLRev 2004, 1429-1455

## Besselink & Wessel 2009

L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009

## Bickel 1962

A.M. Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven and London: Yale University Press

## De Boer 1985

J. de Boer, 'Procederen wegens discriminatie' in: A.W. Heringa, R.E. de Winter en W.J. Witteveen (red.), *Staatkundig jaarboek 1985*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985

## De Boer 1995

J. de Boer, 'De broedende kip in EVRM-zaken', *NJB* 1995 p. 1027-1034

## Van Bogaert 2005

V.V.R. van Bogaert, *De rechterbeoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief* (diss. Groningen), Antwerpen-Apeldoorn: MAKLU 2005

## Bok 1991

A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991

**Bok 2006**

A.J. Bok, 'Onrechtmatige wetgeving revisited. Over toetsing van geschreven aan ongeschreven recht en rechterlijke bevelen tot wetgeving' in: L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Bossche en Y. Buruma, *De ongehoorzame rechter*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91-118

**Boon, Brouwer & Schilder 2005**

P.J. Boon, J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005

**Van den Bossche 2006**

A.M.A.P. van den Bossche, 'Rechtsplicht die tot rechtsweigering dwingt. (Af)gewogen en te licht bevonden', *RMThemis* 2006, p. 129-131

**Bovend'Eert 2004**

P.P.T. Bovend'Eert, 'Het rechtsbeginsel van de machtenscheiding. Ontwikkelingen rond een taai constitutioneel beginsel', in: R.J.M. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 243-265

**Bovend'Eert 2009**

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming. Partners in the business of law?' in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 27-45

**Brenninkmeijer 1992**

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Het primaat van de politiek bestaat niet meer. Overpolitieke rechtspraak, rechterlijk activisme en de legitimatie van rechterlijke oordeelsvorming', *Ars Aequi* 1992, p. 680-697

**Brewer-Carías**

A.R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators. A comparative Law Study*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.

**Brouwer & Schilder 2000**

J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'De mythe van het ongewassen varken', *NTB* 2000, p. 184-186

**Van Buuren 1987**

P.J.J. van Buuren, 'Onrechtmatige wetgeving', in: De rechter en onrechtmatige wetgeving (Handelingen NJV 1987-I), p. 1-99

**Bunschoten 2004**

D.E. Bunschoten, 'Rechterlijk bevel tot wetgeven?', *Gst.* 2004/7214, p. 513-522

### **Chayes 1976**

A. Chayes, 'The role of the judge in public law litigation', *Harvard Law Review* 1976, p. 1281-1316

### **Chayes 1982**

A. Chayes, 'The Supreme Court 1981 Term. Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court', *Harvard Law Review* 1982, p. 4-60

### **Van Dijk 1988**

P. van Dijk, 'De houding van de Hoge Raad jegens verdragen inzake de rechten van de mens', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel; de veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 173-209

### **Dölle 2006**

A.H.M. Dölle, 'De SGP onder vuur', in: *Jaarboek 2005*, Groningen: Documentatiecentrum Nederlandse Politieke Partijen 2006, p. 99-122

### **Donner 1982**

A.M. Donner, 'Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten', in: Koekkoek, Konijnenbelt & Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet* (Jeukens-bundel), Nijmegen, Ars Aequi Libri 1982

### **Dragstra 2008**

L. Dragstra, *Enige opmerkingen over partijfinanciering. De regelgeving voor publieke en private financiering in Nederland en Duitsland nader bekeken en beoordeeld* (diss. UvA), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008

### **Van den Eijnden 2011**

P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer 2011

### **Eijlander & Voermans 2000**

P. Eijlander & W.J.M. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

### **Eijsbouts e.a. 2010**

W. T. Eijsbouts, J.H. Jans, A. Prechal & L.A.J. Senden, *Europees recht. Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2010

### **Van Emmerik 2008**

M.L. van Emmerik, 'Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten* (Publikaties van de Staatsrechtkring. Staatsrechtconferenties. No. 12), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008

**Fieret 1990**

W. Fieret, *De Staatskundig Gereformeerde Partij 1918-1948. Een bibliocratisch ideaal* (diss. Utrecht), Houten: Den Hertog 1990

**Fiss 1978**

O.M. Fiss, *The civil rights injunction*, Bloomington & London: Indiana University Press 1978

**Fiss 1979**

O.M. Fiss, 'The Supreme Court 1978 Term. Foreword: the forms of justice', *Harvard Law Review* 1979, p. 1-58

**Fleuren 2004**

J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

**Fuller 1978**

Lon L. Fuller, 'The Forms and Limits of Adjudication', *Harvard Law Review* 1978, p. 353-409

**Gawron & Rogowski 2002**

T. Gawron & Ralf Rogowski, 'Implementation of German Federal Constitutional Orders. Judicial Orders and the Federal Legislature', in: R. Rogowski & T. Gawron (red.), *Constitutional Courts in Comparison. The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, New York: Berghahn Books 2002, p. 239-256

**Gerards 2008**

J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen rechter en wetgever – naar een betere dialoog?', in: R. de Lange (red.), *Rechter en Wetgever. Preadviezen Staatsrechtconferentie* Rotterdam 2008, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 161-194.

**Groenewegen 2006**

F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming. Een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

**Haeck & Vande Lanotte 2005**

J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel I*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2005

**Happé 2000**

R.H. Happé, 'Toetssteen of steen des aanstoots. Over het gelijkheidsbeginsel en de kwaliteit van belastingwetgeving' *RegelMaat*, 2000(4), p. 151-161

**Van Harten 2011**

H.J. van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht*, (diss UvA) 2011

### **Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997**

*Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997, verslag van de commissie voor de eerste nationale rapportage over de implementatie in Nederland van het Internationaal Verdrag tegen Discriminatie van Vrouwen*, 's-Gravenhage: Vuga Uitgeverij B.V. 1997

### **Hickman 2005**

Tom R. Hickman, Constitutional Dialogue, constitutional theories and the Human Rights Act 1998, *Public Law* 2005, p. 306-335.

### **Hirsch Ballin 1988**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde.' In: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 211-240.

### **Van Houten 1997**

M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de grondwet en fundamentele rechtsbeginselen* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink, 1997

### **Jans, Prechal & Widdershoven 2011**

J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011

### **Joris & Van der Jeught 2011**

T. Joris & S. van der Jeught, 'Tien jaar financiële sancties in de Europese inbreukprocedure ex artikel 260 lid 2 VWEU. Tijd voor een stand van zaken', *SEW* 2010-11, p. 432-446

### **Kapteyn 2008**

P.J.G. Kapteyn, 'Administration of Justice', in: P.J.G. Kapteyn, A.M. McDonnell, K.J.M. Mortelmans and C.W.A. Timmermans (eds), *The Law of the European Union and the Communities*, Deventer: Kluwer Law International 2008, p. 421-510.

### **Kleuker 1993**

M. Kleuker, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts* (diss. Westfälischen Wilhelms-Universität Münster), Berlin: Dunker & Humblot 1993

### **Kelsen 1925**

H. Kelsen, 'Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit', in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, Berlin en Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1929, p. 30-88.

**Kelsen 1928**

H. Kelsen, 'La garantie juridictionnelle de la constitution', in: *Librairie Général de Droit et de Jurisprudence*, Paris 1928, p. 197-257

**Kelsen 1945**

H. Kelsen, *General Theory of Law & State*, Cambridge Massachusetts & London: Harvard University Press 1945

**Koekkoek e.a. 2000**

A.K. Koekkoek (red), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: Tjeenk Willink 2000

**Kortmann 1987**

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987

**Kortmann 1996**

C.A.J.M. Kortmann, 'Wijzigingen in de verhouding tussen de wetgever (het parlement) en de rechter', in: *Parlementaire democratie in beweging*, Den Haag 1996, p. 45-59

**Kortmann 2008**

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008

**De Lange 1991**

R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1991

**De Lange 1999**

R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming* (oratie Rotterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999

**Leach e.a. 2010**

P. Leach e.a., *Responding to Systemic Human Rights Violations. An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Antwerpen-Oxford-Portland: Intersentia 2010

**Martens 2000**

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 747-758

**Meijer 2007**

R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007

### **Meijer & Wissink 2007**

R. Meijer & M.H. Wissink, 'Omzetting van Europese richtlijnen en het rechterlijk bevel tot wetgeving: van 'nee' naar 'ja soms'', *NTBR* 2007/40, p. 297-306.

### **Meussen 2006**

G.T.K. Meussen, 'Ongehoorzaamheid belastingkamer Hoge Raad blijft ten onrechte achterwege', in: L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Bossche & Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter. Rechter versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 75-90

### **Monaghan 1973**

H.P. Monaghan, 'Constitutional Adjudication: The Who and When', *The Yale Law Journal* 1973, p. 1363-1388.

### **Nicol 2006**

D. Nicol, 'Law and politics after the Human Rights Act', *Public Law* 2006, p. 722-751

### **Nieuwenhuis & Dragstra 2008**

A. J. Nieuwenhuis & L. Dragstra, 'Van minimum, tekort en meerwaarde: een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM', in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (Red.), *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtsstelsels, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling (Preadviezen / Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 11-80

### **Van Nispen 1978**

C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978

### **Van Ommeren 1996**

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. VU), Deventer: Tjeek Willink 1996

### **Van Ooik & Prechal 2004**

R.H. van Ooik & S. Prechal, 'Het institutionele recht van de Europese Unie en de Nederlandse rechter: het Acquis in een notendop', in: K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik, S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter. Verworvenheden en uitdagingen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 1-66

### **Peers 2012**

S. Peers, 'Sanctions for Infringement of EU Law after the Treaty of Lisbon', *European Public Law* 18, no. 1 (2012), p. 33-64

**Polak 1987a**

J.E.M. Polak, 'Algemene inleiding', in: J. Godrie e.a., *De rechter als dicator? Dynamiek in de trias. Verschuivingen in de verhoudingen regelgeving, bestuur en rechtspraak* (RAIO-Congresbundel 1987), Lochem: J.B. Van den Brink & Co 1987, p. 11-43

**Polak 1987b**

J.E.M. Polak 'Onrechtmatige wetgeving', in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving* (Handelingen NJV 1987-I), p. 101-194

**Polak 2004**

J.E.M. Polak, 'Zit er nog muziek in verbods- en gebodsacties ter zake van wetgeving?', *O&A* 2004, p. 168-179

**Post 2010**

H. Post, *In strijd met de roeping der vrouw* (diss. VU Amsterdam), 2010

**Van der Pot 2006**

D. J. Elzinga, R. de Lange, m.m.v. H. G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006

**Prinssen 2004**

J.M.Prinssen, *Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, (diss. UvA) Deventer: Kluwer 2004

**Reestman 2008**

J.H. Reestman, 'Voorrang voor derdepijlerrecht? Een alternatieve lezing van het Pupino-arrest', *NJB* 2008, p. 80-86

**Rood 1993**

M.G. Rood, 'Rechters en politiek' in: M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek. Nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 1-8

**Ruiter 1987**

D.W.P. Ruiter, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Assen: Van Gorcum 1987

**Schutgens 2009**

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009

**Sillen 2010**

J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010

**Smith 2007**

C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007

**Stein/Rueb 2007**

P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007

**Stolker 1993**

C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht', in: M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 53-83

**Theunissen & Zundert 2008**

M.J. Teunissen & J.W. Zundert, *Het bestemmingsplan: Een juridisch-bestuurlijke inleiding in de ruimtelijke ordening*, Deventer: Kluwer 2008

**Tjeenk Willink 2006**

H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *Terugkoppelen naar de wetgever*, Symposium februari 2005, Den Haag: Raad van State 2006

**Uzman & Stolker 2009**

J. Uzman & C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de (burgerlijke) rechter revisited. Over de grenzen van de rechtsvormende taak en Alkema's institutionele moment in de rechterlijke beslissing', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht – Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. Evert Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 475-496

**Uzman, Barkhuysen & van Emmerik 2010**

J. Uzman, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?' in: J.H.M. van Erp & L.P.W. van Vliet (Red.), *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, Antwerpen-Oxford-Portland: Intersentia 2010, p. 423-468

**Verkade 1984**

D.W.F. Verkade, 'Aangepaste veroordelingen', in: E.E.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw* (van der Grinten-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 561-576

**Voermans 2011**

W.J.M. Voermans, *Legaliteit als middel tot een doel. Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging 141<sup>ste</sup> jaargang, Deventer: Kluwer p. 1-101

**Voermans & Gerards 2011**

W.J.M. Voermans & J.H. Gerards, *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de jurisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011

**De Waele 2009**

H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europese Hof van Justitie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

**Wennerås 2006**

P. Wennerås, 'A new dawn for commission enforcement under articles 226 and 228 EC: general and persistent (GAP) infringements, lump sums and penalty payments,' *CMLR* 43 (2006) 1, p. 31-62

**Wiarda 1999**

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: Tjeenk Willink 1999

**Wissink & Meijer 2007**

M.H. Wissink & R. Meijer, 'Omzetting van Europese richtlijnen en het rechterlijk bevel tot wetgeving: van 'nee' naar 'ja soms'?', *NTBR* 2007, p. 297-306

**De Wit 2012**

J.C. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012

**WRR 2002**

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, , WRR-rapport nr. 63, Den Haag 2002

# Lijst van aangehaalde jurisprudentie

## *Nederlandse Gerechten*

Pres. Rb. Den Haag 6 maart 1974, *AB* 1974/139  
Pres. Rb. Den Haag 3 oktober 1977, *NJ* 1978/140, *AB* 1977, 377  
Pres. Rb. Den Haag 3 oktober 1977, *NJ* 1978/170, *LJN* AB7033  
Pres. Rb. Den Haag 7 november 1980, *NJ* 1980/606, *LJN* AC0017  
Rb. Dordrecht 28 juni 1981, *NJ* 1981/437, *LJN* AD6564  
Pres. Rb. Den Haag 21 mei 1984, *AB* 1985/12, *LJN* AH0328 (*WWV*)  
Pres. Rb. Den Haag 17 januari 1985, *AB* 1985/154, *LJN* AC8661 (*WWV*)  
Pres. Rb. Haarlem 10 oktober 1985, *AB* 1986/176, *LJN* AH0867 (*Winkelsluitingstijden*)  
Pres. Rb. Den Haag 20 januari 1987, *KG* 1987/83, *LJN* AH1554 (*Huisartsentarieven I*)  
Pres. Rb. Den Haag 21 mei 1987, *KG* 1987/243, *LJN* AH1713 (*Huisartsentarieven II*)  
Pres. Rb. Haarlem 19 december 1988, *KG* 1989/68, *LJN* AH2538  
Pres. Rb. Den Haag 11 mei 1989, *KG* 1989/232, *LJN* AH2706  
Pres. Rb. Den Haag 19 september 1990, *NJ* 1991/553, *LJN* AD1221  
Pres. Rb. Den Haag 18 oktober 1990, *AB* 1991/86, *LJN* AH3298 (*NOvA I*)  
Pres. Rb. Den Haag 1 augustus 1997, *KG* 1997/273, *LJN* AH7267  
Pres. Rb. Maastricht 17 september 1997, *KG* 1997/317, *LJN* AH7308  
Rb. Den Haag 24 november 1999, *JM* 2000/4, *LJN* AA4128  
Pres. Rb. Den Haag 2 november 2000, *KG* 2000/234, *LJN* AA8043  
Rb. Den Haag 11 december 2002, *JAR* 2003/10, *LJN* AF1787  
Rb. Den Haag 7 september 2005, *NJ* 2005/473, *LJN* AU2088  
Rb. Den Haag 7 september 2005, *NJ* 2005/474, *LJN* AU2091  
Rb. Den Haag 7 september 2005, *LJN* AU2091  
Rb. Den Haag 21 december 2005, *LJN* AU8406  
Rb. Den Haag 30 november 2006, *LJN* AZ5393  
Rb. Arnhem 26 juni 2007, *LJN* BA8913  
Rb. Den Haag 25 juli 2007, *NJ* 2007/535, *LJN* BB0334  
Rb. Amsterdam 27 mei 2008, *LJN* BK6619  
Rb. Den Haag 28 maart 2012, *LJN* BW3098  
Rb. Den Haag 1 juni 2012, *JB* 2012/174, *LJN* BW7242  
Rb. Den Haag 11 juli 2012, *NJ* 2012/579, *LJN* BX0977

Hof Den Haag 13 maart 1985, *NJ* 1985/263, *LJN* AH0629 (*WWV II*)  
Hof Den Haag 6 maart 1986, *KG* 1986/232, *LJN* H1152  
Hof Den Haag 10 september 1987, *NJ* 1988/694, *LJN* AC1600  
Hof Den Haag 27 september 1990, *NJ* 1991/584, *LJN* AD1236  
Hof Den Haag 7 maart 1991, *NJ* 1992/40, *LJN* AB9700 (*NOvA II*)  
Hof Den Haag 30 november 1995, *NJ* 1996/324, *LJN* AD2441  
Hof Den Bosch 18 december 1995, *BNB* 1995, 140 *LJN* AW0078  
Hof Leeuwarden 27 januari 1997, *LJN* AV9782  
Hof Arnhem 5 februari 1997, *LJN* AJ6344 en AV9773  
Hof Amsterdam 27 augustus 1999, zaaknr. 98/3409 (ongepubliceerd)  
Hof Amsterdam 18 juli 2000, *LJN* AA7985

- Hof Den Haag, 2 augustus 2001, *JM* 2001/119, *LJN* AL2957  
 Hof Amsterdam 2 juni 2003, *LJN* AH9404  
 Hof Den Haag 8 januari 2004, *Gst.* 2004/149, *LJN* A09246  
 Hof Den Haag 24 maart 2005, *JAR* 2005/98, *LJN* AT3175  
 Hof Den Haag 27 oktober 2005, *LJN* AU5626  
 Hof Den Haag 20 december 2005, *NJ* 2008/133, *LJN* BC0619  
 Hof Amsterdam 25 oktober 2007, *NJF* 2007/523, *LJN* BB6504  
 Hof Den Haag 5 juni 2008, *LJN* BD6256  
 Hof Arnhem 1 oktober 2008, *LJN* BF7583  
 Hof Den Haag 27 maart 2012, *LJN* BV9880
- HR 10 juni 1919, *NJ* 1919/647 & 650 (*Rogge*)  
 HR 18 augustus 1944, *NJ* 1944-45/598  
 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548, *LJN* AI1600 (*Quint/Te Poel*)  
 HR 9 mei 1958, *NJ* 1960/475 (*Rijbewijs*)  
 HR 27 januari 1961, *NJ* 1963/248, *LJN* AG2059 (*Van den Bergh/Staat*)  
 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316, *LJN* AC4903 (*Pocketbooks II*)  
 HR 22 juni 1973, *NJ* 1973/386, *LJN* AD2208 (*Fluoridering*)  
 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/463, *LJN* AC6789  
 HR 4 juni 1982, *NJ* 1983/32, *LJN* AG4397 (*Veto huwelijk*)  
 HR 21 januari 1983, *NJ* 1983/252, *LJN* AG4526 (*Lucky Luyk*)  
 HR 16 mei 1983, *NJ* 1984/361, *LJN* AG4641 (*Bullenbaai*)  
 HR 1 juli 1983, *AB* 1984/103, *LJN* AD5666 (*Prijzenbeschikking Medisch specialisten*)  
 HR 4 mei 1984, *NJ* 1985/510, *LJN* AG4807 (*Gezamenlijke ouderlijke macht*)  
 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230, *LJN* AG4874 (*Optierecht Nederlanderschap*)  
 HR 4 maart 1986, *NJ* 1986/612, *LJN* AB8692  
 HR 21 maart 1986, *NJ* 1986/585-588, *LJN* AC9283, AC9284, AC9285 en AC9286 (*Lentebesikkingen*)  
 HR 27 mei 1986, *NJ* 1987/298, *LJN* AC9384  
 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688, *LJN* AC9402 (*Collectieve acties spoorwegen*)  
 HR 27 juni 1986, *NJ* 1987/743, *LJN* AD3741 (*Nieuwe Meer*)  
 HR 8 juli 1988, *BNB* 1988/302, *LJN* ZC3875  
 HR 23 september 1988, *NJ* 1989/740, *LJN* AD0437 (*Naamrecht*)  
 HR 9 december 1988, *NJ* 1990/265, *LJN* AC1164  
 HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469, *LJN* AD5725 (*Harmonisatiewet*)  
 HR 27 september 1989, *BNB* 1990/61, *LJN* ZC4109 (*Tandartsvrouw*).  
 HR 10 november 1989, *NJ* 1990/628, *LJN* AC1692  
 HR 19 januari 1990, *NJ* 1991/213, *LJN* AD1009  
 HR 31 januari 1990, *BNB* 1990/288, *LJN* ZC4218  
 HR 19 oktober 1990, *RvdW* 1990/176, *LJN* AD1260 (*Homohuwelijk*)  
 HR 8 mei 1991, *BNB* 1991/196, *LJN* ZC4585  
 HR 3 april 1992 *NJ* 1993/286, *LJN* ZC0566  
 HR 30 september 1992, *BNB* 1993/30, *LJN* BH8291 (*Griffierecht*)  
 HR 23 december 1992, *BNB* 1993/103, *LJN* ZC5181  
 HR 19 februari 1993, *NJ* 1995/704, *LJN* ZC0875 (*Trias*)  
 HR 6 oktober 1993, *BNB* 1993/332, *LJN* ZC5469 (*Zware metalen*)

HR 17 november 1993, *BNB* 1994/36, *LJN* ZC5505 (*Studeerkamer*)  
 HR 22 maart 1995, *BNB* 1995/140, *LJN* AA3076  
 HR 14 juni 1995, *BNB* 1995/252, *LJN* AA1635  
 HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/578, *LJN* ZC2072  
 HR 17 januari 1997, *NJ* 1997/483, *LJN* ZC2248  
 HR 12 september 1997, *RvdW* 1997/168, *LJN* ZC2422  
 HR 15 oktober 1997, *BNB* 1997/380, *LJN* AA3318  
 HR 6 januari 1998, *NJ* 1988/367, *LJN* AA9342 (*Pikmeer II*)  
 HR 30 juni 1998, *NJ* 1998/799, *LJN* ZD1191  
 HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293, *LJN* AA2354 (*Autokostenforfait*)  
 HR 17 augustus 1998, *BNB* 1999/122, *LJN* AA2286  
 HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271 c\*, *NJ* 2000/170, *LJN* AA2756 (*Arbeidskostenforfait*)  
 HR 19 november 1999, *NJ* 2000/160, *LJN* AA1056 (*Tegelen*)  
 HR 14 april 2000, *NJ* 2000/713, *LJN* AA5527 (*Kooren Maritiem*)  
 HR 14 juli 2000, *BNB* 2000/306, *LJN* AA6513  
 HR 1 december 2000, *NJ* 2001/390, *LJN* AA8717  
 HR 24 januari 2001, *BNB* 2001/291, *LJN* AA9621  
 HR 18 september 2001, *NJ* 2002/559, *LJN* AB1471 (*Decembermoorden*)  
 HR 16 november 2001, *NJ* 2002/469, *LJN* AD5493 (*Whv VI*)  
 HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/289, *LJN* ZC8146  
 HR 12 juli 2002, *BNB* 2002/399 en 400, *LJN* AE5214  
 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691, *LJN* AE8462 (*Waterpakt*)  
 HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679, *LJN* AO8913 (*De Faunabescherming/Fryslân*)  
 HR 2 november 2004, *NJ* 2005/80, *LJN* AR1797 (*Rusttijden*)  
 HR 18 februari 2005, *AU* 2005/283, *LJN* AO4257 (*Aujeszky*)  
 HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310, *LJN* AQ7212  
 HR 10 november 2006, *JAR* 2006/306, *LJN* AY9216  
 HR 26 januari 2010, *NJ* 2011/673, *LJN* BK5756 (*Plazacasa*)  
 HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388, *LJN* BK4547 (*SGP*)  
 HR 10 september 2010, *BNB* 2011/65, *LJN* BK3103  
 HR 1 april 2011, *NJ* 2011/354, *LJN* BP3044  
 HR 9 september 2011, *BNB* 2011/257, *LJN* BQ4105.  
 HR 22 juni 2012, *NJ* 2012/397, *LJN* BW0393 (*NEN-normen*)

ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80, *LJN* AZ3202 (*Kiesrecht Arubanen*).  
 ABRvS 27 januari 2011, *AB* 2011/105, *LJN* BP2851  
 ABRvS 7 december 2011, *LJN* BU7083  
 ABRvS 29 februari 2012, *AB* 2012/100, *LJN* BV7286

CRvB 29 februari 1980, *RSV* 1980/222  
 CRvB 4 oktober 1985, *RSV* 1986/21  
 CRvB 16 februari 1989, *AB* 1989/164, *LJN* AN0328 (*WIISO*)  
 CRvB 15 november 2005, *LJN* AU6509 (*Koppelingswet*)

### *Hof van Justitie*

HvJ EG 19 december 1961, nr. 7/61, *Jur.* 1961, p. 317 (*Commissie t. Italië*)

- HvJ EG 5 februari 1963, nr. C-26/62, *Jur.* 1963, p. 3, LJN AX7532 (*Van Gend & Loos*)
- HvJ EG 15 juni 1964, nr. C-6/64, *Jur.* 1964, p. 1203, LJN BE3134 (*Costa/ENEL*)
- HvJ EG 10 maart 1970, nr. 7/69, *Jur.* 1970, p. 111
- HvJ EG 12 juli 1973, nr. 7/72, *Jur.* 1971, p. 814 (*Commissie t. Duitsland*)
- HvJ EG 16 december 1976, nr. C-33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*)
- HvJ EG 9 maart 1978, nr. C-106/77, *Jur.* 1978, p. 629, NJ 1978/656, LJN AC0766 (*Simmenthal II*)
- HvJ EG 9 november 1983, nr. C-199/82, *Jur.* 1983, p. 3595 (*San Giorgio*)
- HvJ EG 15 mei 1986, nr. C-222/84, *Jur.* 1986, p. 1651 (*Johnston*)
- HvJ EG 4 december 1986, nr. 71/85, *Jur.* 1986, p. 3855, NJ 1987/846, LJN AC2962
- President HvJ EG 8 april 1987, nr. 65/87, *SEW* 1998 7/8, p. 465-473. (*Pfizer t. Commissie*)
- HvJ EG 14 januari 1988, nr. 277-230/85, *Jur.* 1988, p. 1 (*Commissie t. België*)
- HvJ EG 13 juli 1988, nr. 169/87, *Jur.* 1998, p. 04093, LJN BE6522 (*Commissie t. Frankrijk*)
- HvJ EG 15 maart 1990, nr. C-339/87, *Jur.* 1990, p. I-00851, LJN BE6805 (*Commissie t. Nederland*)
- HvJ EG 19 juni 1990, nr. C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433, NJ 1992/761, LJN AD1151 (*Factortame*)
- HvJ EG 11 juni 1991, nr. C-64/88, *Jur.* 1991, p. I-2727, LJN BG2680 (*Commissie t. Frankrijk*)
- HvJ EG 19 november 1991, nr. C-6/90 & C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357, NJ 1994/2, LJN ZB5305 (*Francovich*)
- HvJ EG 14 december 1995, nr. C-312/93, *Jur.* 1995, p. I-4599, NJ 1997/115, LJN AC3938 (*Peterbroeck*)
- HvJ EG 24 december 1995, nr. C-430/93, *Jur.* 1995, p. I-4705, NJ 1997/116, LJN AD4743 (*Van Schijndel*)
- HvJ EG 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-01029 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame III*)
- HvJ EG 4 juli 2000, nr. C-387/97, *Jur.* 2000, p. I-5047, NJ 2000/731, LJN AB9447 (*Commissie t. Griekenland*)
- HvJ EG 25 april 2002, C-52/00, *Jur.* 2002, I-03827, LJN BE8129 (*Commissie t. Frankrijk*)
- HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, *Jur.* 2003, p. I-10239, NJ 2004/160, LJN AL7250 (*Kobler*)
- HvJ EG 2 oktober 2003, nr. C-322/00, NJ 2004/474, LJN AN7701 (*Commissie t. Nederland*)
- HvJ EG 25 november 2003, nr. C-278/01, *Jur.* 2003, I-14141, LJN BF8497 (*Commissie t. Spanje*)
- HvJ EG 12 oktober 2004, nr. C-222-02, *Jur.* 2004, p. I-9425, NJ 2005/323, LJN AS3394 (*Peter Paul*)
- HvJ EG 14 oktober 2004, nr. C-275/03, (*Commissie t. Portugal*).
- HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-456/03, *Jur.* I-05335 (*Commissie t. Italië*)
- HvJ EG 12 juli 2005, nr. C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263, NJ 2006/145, LJN AU763 (*Commissie t. Frankrijk*)
- HvJ EG 18 juli 2006, nr. C-199/04, *Jur.* 2006, p. I-06885, NJ 2007/497, LJN AY6809 (*Commissie t. Frankrijk*)
- HvJ EG 10 januari 2008, nr. C-70/06, *Jur.* 2008, p. I-00001, NJ 2008/38, LJN BC5727 (*Commissie t. Portugal*)

GvEA EG 10 mei 2006, nr. T-279/03 (*Galileo International Technologies t. Commissie*)  
 GvEA 29 maart 2011, nr. T-33/09, *Jur.* 2011, p. 00000, LJV BQ0722 (*Portugal t. Commissie*)  
 GvEA 19 oktober 2011, nr. T-139/06, *Jur.* 2011, p. 00000 (*Frankrijk t. Commissie*)

### ***Europees Hof voor de Rechten van de Mens***

EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74 (*Marckx t. België*)  
 EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73 (*Winterwerp t. Nederland*)  
 EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*)  
 EHRM 23 oktober 1990, nr. 17/1989/177/233 (*Derby t. Zweden*)  
 EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99 (*Della Ciala t. Italië*)  
 EHRM 16 december 1999, nr. 24724/94 (*Tyer t. Verenigd Koninkrijk*)  
 EHRM (Grote Kamer) 13 juli 2000, nr. 39221/98 en 41963/98 (*Scozzari en Giunta t. Italië*)  
 EHRM 29 januari 2002, nr. 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*)  
 EHRM 30 maart 2004, nr. 74025/01 (*Hirst t. Verenigd Koninkrijk (No. 2)*)  
 EHRM 8 juli 2004, nr. 48787/99 (*Ilaşcu e.a. t. Moldavië en Rusland*)  
 EHRM (Grote Kamer) 12 mei 2005, nr. 46221/99 (*Öcalan t. Turkije*)  
 EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, nr. 74025/01 (*Hirst t. Verenigd Koninkrijk (No.2)*)  
 EHRM (Grote Kamer) 19 juni 2006, nr. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*)  
 EHRM (Grote Kamer) 12 december 2006, nr. 13378/05 (*Burden t. Verenigd Koninkrijk*)  
 EHRM 11 september 2007, 27527/03 (*L. t. Letland*).  
 EHRM 22 december 2008, nr. 46467/06 (*Aleksanyan t. Rusland*)  
 EHRM 7 oktober 2010, nr. 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*).  
 EHRM 23 november 2010, nr. 60041/08 en 60054/08 (*Greens en M.T. t. Verenigd Koninkrijk*)  
 EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, nr. 30078/06, (*Konstantin Markin t. Rusland*)  
 EHRM 22 mei 2012, nr. 126/05 (*Scoppola t. Italië (No. 3)*)  
 EHRM 12 juni 2012, nr. 13221/08 en 2139/10 (*Lindheim e.a. t. Noorwegen*)  
 EHRM (Grote Kamer) 26 juni 2012, nr. 26828/06 (*Kuric e.a. t. Slovenië*)  
 EHRM 10 juli 2012, nr. 58369/10 (*Staatkundig Gereformeerde Partij t. Nederland*)



# Trefwoordenregister

De nummers verwijzen naar paragrafen

|                                       |                                    |
|---------------------------------------|------------------------------------|
| Abstineren                            | IV.2.2, IV.2.3, IV.3.2.1,          |
| Arbeidskostenforfait-arrest           | IV.2.3                             |
| Bevel                                 |                                    |
| - rechtsconceptie                     | V.3.1                              |
| - aan bestuursorgaan                  | V.3.1.1                            |
| - formeel wetgevingsbevel             | II.3.1, V.3.1-V.3.3.4              |
| - materieel wetgevingsbevel           | II.3.7, IV.3.3.2, VI.3.3.1         |
| Bundesverfassungsgericht              | II.3.3, II.3.4, II.3.5, VI.3.3.2   |
| CEDAW                                 | VI.3.1.4, VI.2.1                   |
| Collectieve actie                     | III.4.2, V.3.4.5, VI.3.2.1         |
| Confonformeringsplicht                | II.2.2                             |
| - nationale                           | II.2.3, III.4.1                    |
| - internationale                      | II.2.4                             |
| Democratie                            | III.2.6, III.6.2, V.3.2            |
| Dialoog                               | I.1, III.5, VI.3.3.2               |
| Dwangsom                              | II.3.2, V.3.4.7                    |
| Effectieve rechtsbescherming          | III.2.4, III.3.1, IV.3.1.1,        |
| EHRM                                  | III.5.3, VI.2.6, VI.3.1.4, VI.3.4  |
| Finaliteit rechterlijke interpretatie | II.3.5, II.3.6, III.4.1, III.5.1,  |
|                                       | III.5.3, IV.3.3.2, VI.3.3.2        |
| Gesetzgebungsauftrag                  | II.3.5                             |
| Grondrechten                          | III.2.5                            |
| Hof van Justitie van de Europese Unie | V.3.4                              |
| Inbreukprocedure                      | V.2, V.3.4.6                       |
| Injonctions                           | II.3.4, III.3.2                    |
| Institutionele politiek               | III.1.1, III.6, IV.3.2.2, VI.3.1.5 |
| Institutionele perspectief            | VII.1.1                            |
| Legaliteitsbeginsel                   | III.2.1                            |
| Machtenscheiding                      | III.2.2                            |
| Machtsevenwicht                       | III.2.3, IV.3.2.2                  |
| Negatieve wetgever                    | III.3.1, III.3.2, IV.3.1.1         |
| Non-discriminatiebeginsel             | III.2.5, IV.2,                     |
| Pilot Judgments                       | VI.3.4.2                           |
| Procedurele autonomie                 | V.3.4.3                            |
| Public law litigation                 | III.2.2, III.4, V.3.4.5, VI.3.2.2  |
| Rechtsstaat                           | II.3.7, III.1.1, IV.3.2.2          |
| Rechtsvorming                         | II.3.5, II.3.7, III.1.1, IV.2.2,   |
|                                       | IV.2.3, IV.3.1.2                   |
| SGP-arrest                            | VI.2.5                             |
| Signalen aan de wetgever              | IV.3.3.1, IV.3.3.3                 |
| Stoplicht                             | II.3.9                             |

|                      |                                           |
|----------------------|-------------------------------------------|
| Supreme Court        |                                           |
| - Amerikaanse        | III.3.1, III.4, III.5.3, VI.3.2,<br>VII.1 |
| - Canadese           | III.5.1, III.5.2, III.5.3                 |
| - Britse             | III.5.2, III.5.3                          |
| Waterpakt-arrest     | V.2.3                                     |
| Wetgevingsinitiatief | III.2.2, III.5.2, IV.3.3.1                |
| Wetgevingsplicht     | II.2.1                                    |
| Zelfbinding          | II.2.4, II.2.5                            |





