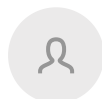


NTFR 2019/1203 - De rechter waarschuwt de wetgever

NTFR 2019/1203



mr. A.E.H. van der Voort Maarschalk

Fiscaal advocaat bij Houthoff, Amsterdam

Op 31 januari van dit jaar was het honderd jaar geleden dat de Hoge Raad zijn waarschijnlijk beroemdste arrest wees: Lindenbaum/Cohen. ¹ Het ging om een geval van bedrijfsspionage. De drukker Cohen haalde een werknemer van zijn concurrent Lindenbaum ertoe over hem tegen betaling vertrouwelijke gegevens over offertes en prijzen van Lindenbaum te verstrekken. Lindenbaum vond dat onrechtmatig van Cohen. De rechtbank wees de vordering van Lindenbaum toe. In overeenstemming met de bestaande jurisprudentie wees het hof de vordering echter af, kort gezegd omdat de wet de handelwijze van Cohen nergens verbood. De Hoge Raad ging 'om', door te oordelen dat niet alleen het handelen in strijd met een wettelijke bepaling onrechtmatig kan zijn, maar ook het handelen in strijd met ongeschreven normen die in het maatschappelijke verkeer gelden. In de woorden van de Hoge Raad:

'dat onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat òf inbreuk maakt op eens anders recht, òf in strijd is met des daders rechtsplicht, òf indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, terwijl hij, door wiens schuld tengevolge dier daad aan een ander schade wordt toegebracht, tot vergoeding daarvan is verplicht'.

Deze woorden zijn niet door de Hoge Raad bedacht. De strenge lijn van zijn jurisprudentie ontmoette al enige tijd kritiek, met name na het arrest van de Zutphense juffrouw uit 1910. ² In 1911 was daarom al een wetsvoorstel ontworpen voor wijziging van de onrechtmatigedaadregeling, in 1913 gevolgd door een aangepast voorstel. Ofschoon de wetsvoorstellen positief werden ontvangen, kwam het niet tot een wetswijziging. De Hoge Raad nam in Lindenbaum/Cohen het initiatief van de wetgever over en gebruikte voor zijn baanbrekende arrest de zojuist geciteerde woorden die hij rechtstreeks ontleende aan het wetsvoorstel van 1913.

In het kader van de viering van honderd jaar Lindenbaum/Cohen vroeg het blad *Mr.* een aantal civiele cassatieadvocaten over welk arrest de volgende jubileumviering zou moeten gaan. Veel genoemd werd het Haviltexarrest, ³ maar ook werd het arbeidskostenforfaitarrest van de belastingkamer genoemd. ⁴ Dit arrest viert deze maand zijn twintigjarige jubileum. Het bijzondere eraan is dat de Hoge Raad daarin de grenzen tussen de rechtsvormende taken van de rechter en de wetgever afbakent, al had de Hoge Raad dat al wel eerder gedaan. ⁵ In het arbeidskostenforfaitarrest oordeelde de Hoge Raad dat het arbeidskostenforfait leidde tot een niet te rechtvaardigen ongelijke behandeling van werknemers met hoge arbeidskosten en werknemers met standaardkosten. Aangezien verschillende oplossingen denkbaar waren om de discriminatie op te heffen, oordeelde hij dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan aanstonds in het rechtstekort te voorzien. Een duidelijke termijn waarbinnen herstel moest plaatsvinden gaf de Hoge Raad niet. Hij overwoog slechts ervan uit te gaan dat de wetgever spoedig een wetsvoorstel zou indienen om de regeling aan te passen. Die aanpassing vond plaats met de

invoering van de Wet IB 2001, en dat vond de Hoge Raad tijdig. Daarbij nam hij mede in aanmerking dat de wetgever een eerdere wijziging niet mogelijk achtte. [6](#)

Inmiddels heeft de Hoge Raad een nieuwe manier gevonden om de wetgever tot actie te manen. Sinds 2017 vermeldt hij in zijn jaarverslagen een lijstje van arresten waarin hij leemtes in de wet heeft geconstateerd (en die soms zelf heeft opgelost). In het jaarverslag 2017 heeft hij veertien arresten genoemd, waarvan vijf van de belastingkamer, en in het jaarverslag 2018 tien, waarvan een van de belastingkamer. Op deze manier brengt hij een geconstateerde tekortkoming die hij van belang vindt explicieter onder de aandacht van de wetgever. Blijkbaar met hetzelfde doel heeft de Hoge Raad eind 2018 de directeuren wetgeving van verschillende ministeries ontvangen. [7](#)

Een van de in het jaarverslag 2017 genoemde arresten van de belastingkamer gaat over het punt dat in het bestuursrecht, anders dan in het strafrecht, geen regeling bestaat voor het anoniem horen van getuigen. [8](#) De Hoge Raad laat zich er niet over uit of zo'n regeling er alsnog moet komen. Die keuze is aan de wetgever. Maar voor het geval de wetgever ervoor zou kiezen een wettelijke regeling in te voeren geeft de Hoge Raad aan welke beperkingen de wetgever daarbij in acht zou moeten nemen.

Al deze signalen aan de wetgever zijn mooi, maar mij lijkt het goed dat de Hoge Raad ook aandacht blijft geven aan zijn primaire taak, namelijk het bieden van rechtsbescherming. Met het constateren van een rechtstekort of een leemte schiet de rechtzoekende weinig op. De rechtzoekende zal vooralsnog moeten leven met het door de rechter geconstateerde rechtstekort, ook als het al geruime tijd bestaat. De rechtzoekende weet niet wanneer hij weer bij de – in eerste instantie – lagere rechter terecht kan als hij meent dat de wetgever niet voldoende opschiet. Een termijn stelt de Hoge Raad immers niet aan de wetgever. Het is ook moeilijk te achterhalen welke termijn de Hoge Raad aanvaardbaar vindt. In het arbeidskostenforfaitarrest was het rechtstekort anderhalf jaar na het arrest opgelost. Dat was tijdig, waarbij de Hoge Raad in aanmerking nam dat een eerder herstel volgens de wetgever niet mogelijk was. In het autokostenforfaitarrest uit juli 1998 verwees de Hoge Raad naar een persbericht van bijna drie jaar eerder (september 1995), waarin reparatie van de door hem geconstateerde discriminatie werd aangekondigd. [9](#) Uiteindelijk werd het rechtstekort opgeheven met de invoering van de Wet IB 2001, dus ruim vijf jaar na de voor de Hoge Raad relevante aankondiging in 1995. Ook dat was volgens de Hoge Raad tijdig. [10](#)

Als er al een rechtzoekende is die zich de moeite en kosten getroost om de rechter opnieuw te benaderen omdat hij meent dat de wetgever voldoende tijd heeft gehad voor herstel van het door de Hoge Raad geconstateerde rechtstekort, dan moet hij te rade bij een lagere rechter, die ook niet weet hoeveel tijd de wetgever mag worden gegund en evenmin hoe het rechtstekort moet worden opgelost. Met een prejudiciële vraag kan hij wellicht een redelijk snel antwoord krijgen van de Hoge Raad, maar ook dat kost tijd en het antwoord kan ook luiden dat de rechtzoekende te vroeg is.

Dit is geen adequate rechtsbescherming, zeker niet voor een rechtstekort dat strijdig is met mensenrechten. In het belang van de rechtsbescherming zou de Hoge Raad er daarom goed aan doen de wetgever in dit soort gevallen een duidelijke termijn te stellen. De Hoge Raad zou dan ook moeten aangeven – zoals hij al enigszins heeft gedaan in het arrest over anonieme getuigen – hoe, of in elk geval binnen welke randvoorwaarden een rechtstekort of leemte kan worden opgelost. De richting die de Hoge Raad aangeeft, zou bij voorkeur zodanig nauwkeurig moeten zijn dat de rechtzoekende daarop, net als bij niet-tijdige implementatie van EU-richtlijnen, een rechtstreeks beroep kan doen. Als er inmiddels een wetsvoorstel is, zou de Hoge Raad kunnen aansluiten bij de daarin gemaakte keuzes, of daaraan zelfs

criteria ontlenen, zoals hij in Lindenbaum/Cohen deed. Ik meen dat aldus de grens tussen de rechtsvormende taak van de rechter en de keuzevrijheid van de wetgever voldoende wordt geëerbiedigd, terwijl tegelijkertijd de rechtzoekende én de lagere rechter weten waar ze aan toe zijn.

Ik kijk alvast uit naar zo'n arrest van de Hoge Raad. Dat zal dan over honderd jaar vast groots herdacht worden.

Voetnoten

- 1) . HR 31 januari 1919, nr. 4842, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919/161, met noot van W.L.P.A. Molengraaff.
- 2) . HR 10 juni 1910, *Weekblad van het Regt* 31 augustus 1910, nr. 9038.
- 3) . HR 13 maart 1981, nr. 11.647, *NJ* 1981/635, met noot van C.J.H. Brunner.
- 4) . HR 12 mei 1999, nr. 33.320, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, *NJ* 2000/170, met noot van A.R. Bloembergen, *BNB* 1999/271 (arbeidskostenforfait), met noot van P.J. Wattel.
- 5) . Zie bijvoorbeeld HR 27 september 1989, nr. 25.575, ECLI:NL:HR:1989:ZC4110, *BNB* 1990/61, met noot van J.P. Scheltens (tandartsvrouw), r.o. 6.3; HR 19 januari 1990, nr. 7702, ECLI:NL:HR:1990:AD1009, *NJ* 1991/213, met noot van E.A. Alkema (Medema), r.o. 3.4; HR 5 september 1997, nr. 8940, ECLI:NL:HR:1997:ZC2420, *NJ* 1998/686, met noot van J. de Boer (adoptie), r.o. 3.2; HR 15 juli 1998, nr. 31.922, ECLI:NL:HR:1998:AC4289, *BNB* 1998/293, met noot van P.J. Wattel (autokostenforfait), r.o. 3.14.
- 6) . HR 14 juni 2002, nr. 36.265, NTFR 2002/956, *BNB* 2002/289, met noot van R.H. Happé, r.o. 3.6.
- 7) . Jaarverslag 2018, onder 'contact met de wetgever' (<https://2018.jaarverslaghogeraad.nl/2018-uitgelicht/contact-met-wetgever/>).
- 8) . HR 24 november 2017, nr. 16/04810, [NTFR 2018/130](#), *BNB* 2018/18, met noot van F.J.P.M. Haas, r.o. 2.3.5 en 2.3.6.
- 9) . Zie voetnoot 5 hierboven, r.o. 3.14.
- 10) . Zie HR 24 januari 2001, nr. 35.603, NTFR 2001/166, *BNB* 2001/291 en 292, met noot van R.H. Happé, r.o. 3.2.1 en 3.2.2.