

Het rookverbod en de bevoegdheid van de Hoge Raad om wetgeving aan verdragen te toetsen

Prof. mr. R.J.B. Schutgens

HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Staat/Nietrokersvereniging CAN*)

Inleiding

In 2008 werd alle Nederlandse caféhouders de verplichting opgelegd om in hun bedrijf een rookverbod te handhaven. Wel mochten (en mogen) zij een afgesloten rokersruimte inrichten, waar niet geserveerd wordt, zodat het personeel en de andere gasten niet aan tabaksrook worden blootgesteld.¹ Veel kleine cafés voelen zich door die mogelijkheid benadeeld omdat hun vloeroppervlak te beperkt is voor het instellen van zo'n aparte rookruimte. Daardoor kan in de meeste grotere cafés nog altijd een sigaretje worden opgestoken, terwijl de overheid de rokers bij de kleinere cafés in de kou laat staan. Voor kleine horecaondernemers levert dit een duidelijk concurrentienadeel op.

In 2011 kwam het kabinet Rutte I deze ondernemers gedeeltelijk tegemoet door in cafés zonder personeel en met een vloeroppervlak tot 70 m² het roken weer toe te staan. In dit arrest verklaart de Hoge Raad de AMvB die deze uitzondering op het rookverbod maakte onverbindend wegens strijd met de WHO Framework Convention on Tobacco Control (*Trb.* 2004, 269) op grond waarvan de overheid burgers juist zoveel mogelijk tegen tabaksrook moet beschermen (hierna 'het WHO-Kaderverdrag').

Staatsrechtelijk is dit een belangrijk arrest. De Hoge Raad verruimt de categorie van 'een ieder verbindende bepalingen' in de zin van artikel 93 en 94 Gw namelijk aanzienlijk, waarmee hij zijn bevoegdheid om wetgeving aan verdragen te toetsen duidelijk vergroot.

Hierna volgt een korte weergave van de toepasselijke wettelijke bepalingen en de rechtsvraag, gevolgd door de kernoverwegingen van de Hoge Raad en commentaar.

Wettelijk kader en rechtsvraag

De verplichting om in cafés een rookverbod te handhaven beruiste op een complex samenstel van wettelijke bepalingen; zie artikelen 10, 11 en 11a Tabakswet en verschillende daarop berustende AMvB's.² Deze complexiteit ontstond doordat de afgelopen jaren stapsgewijs in steeds meer openbare ruimtes rookverboden zijn ingevoerd, waarbij regel op regel is gestapeld. In de kern komt het echter op het volgende neer. De Tabakswet verplicht de beheerders van verschillende typen openbare gebouwen om een rookverbod in te stellen en te handhaven.³ Bij AMvB kan de regering nog andere categorieën publiek toegankelijke gebouwen aanwijzen waar die verplichting geldt. Tegelijk mag zij plaatsen van het rookverbod uitzonderen.

Lange tijd gold voor de gehele horeca een dergelijke uitzondering. In 2008 echter werden bij AMvB alle voor het publiek toegankelijke horecagelegenheden onder de werking van het rookverbod gebracht. In 2011 maakte de regering (ter uitvoering van het regeerakkoord-Rutte I) echter opnieuw gebruik van haar bevoegdheid om uitzonderingen op het rookverbod te maken: de AMvB van 2008 werd zo aangepast dat kleine cafés zonder personeel voort-

1 Art. 2 lid 1 sub b Besluit rookverbod.

2 Art. 11 en 11a van de Tabakswet zijn in het kader van een vereenvoudigingsoperatie per 1 januari

2015 vervallen. Het rookverbod berust nu uitsluitend op art. 10 Tabakswet.

3 Er geldt in de horeca dus geen rookverbod voor de

klant, maar een verplichting voor de ondernemer om het roken door zijn klant tegen te gaan. Ik spreek hierna toch kortweg van 'rookverbod'.

aan buiten dat verbod vielen (de Hoge Raad spreekt hieronder van ‘het nieuwe art. 3 lid 2 Besluit 2008’). Daarmee zette ons land een stap terug bij het verwezenlijken van de doelstelling van het WHO-Kaderverdrag. In de onderhavige procedure toetst de rechter de uitzondering voor kleine cafés op instigatie van Nietrokersvereniging CAN aan artikel 8 van dat verdrag. Die bepaling luidt, voor zover relevant:

Artikel 8

1. Parties recognize that scientific evidence has unequivocally established that exposure to tobacco smoke causes death, disease and disability.

2. Each Party shall adopt and implement (...) effective legislative, executive, administrative and/or other measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport, *indoor public places* and, as appropriate, other public places. [cursivering van mij]

De bevoegdheid om wettelijke voorschriften zoals een AMvB te toetsen aan verdragsrecht berust op artikel 94 Gw. Die bevoegdheid is echter beperkt:

Artikel 94

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

Het springende punt was dus of artikel 8.2 WHO-Kaderverdrag een ieder verbindende kracht heeft. Voor de beoordeling daarvan introduceert de Hoge Raad een nieuw criterium dat veel ruimer is dan voorheen.

Een kanttekening vooraf. De Hoge Raad spreekt in dit arrest consequent over ‘rechtstreekse werking’ in plaats van over ‘een ieder verbindendheid’. De Hoge Raad beschouwt deze termen kennelijk als synoniem. ‘Rechtstreeks werkend’ dekt de lading van artikel 93 en 94 Gw veel beter dan het wat mistige – en door studenten vaak misbegrepen – ‘een ieder verbindend’, dat ten onrechte een verband suggereert met algemeen verbindende voorschriften. Het gebruik van buitenwettelijke synoniemen voor rechtsdogmatische begrippen kan echter op zich ook weer tot verwarring leiden – bijvoorbeeld in passages als ‘De vraag in hoeverre een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt *in de zin van* de art. 93 en 94’ (zie r.o. 3.5.1, mijn cursivering). Art. 93 en 94 bezigen die term nu juist niet. Ik houd daarom toch maar vast aan de grondwettelijke terminologie.

Kernoverwegingen van de Hoge Raad

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(...)

(v) Het Besluit 2008 is met ingang van 6 juli 2011 gewijzigd bij Besluit van 14 juni 2011 (Stb. 2011, 337, hierna: het Besluit 2011). Krachtens het van die wijziging deel uitmakende nieuwe art. 3 lid 2 Besluit 2008 geldt een uitzondering op de verplichting een rookverbod in te stellen voor een zelfstandige zonder personeel die een horecabedrijf exploiteert met daarin één enkele horecalokaliteit die

een vloeroppervlak heeft van minder dan 70m² (hierna ook wel: de uitzondering voor kleine cafés, respectievelijk kleine cafés). Op grond van het nieuwe art. 3 lid 4 Besluit 2008 bestaat voor kleine cafés wel de verplichting om aan of bij de toegang een bord te plaatsen met de tekst “roken toegestaan” dan wel met een begrijpelijke aanduiding, anders dan in letters, met dezelfde betekenis.

3.2.1 CAN vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat de Staat jegens haar en de personen wier belangen zij behartigt, onrechtmatig heeft gehandeld met de (...) wijziging van het Besluit 2008, en dat het nieuwe art. 3 lid 2 Besluit 2008 onverbindend is wegens strijd met hoger recht. Voorts heeft CAN een bevel aan de Staat gevorderd om concrete maatregelen te treffen tot handhaving van het rookverbod, alsmede bekendmaking van het te wijzen vonnis. Aan deze vorderingen heeft CAN, voor zover in cassatie van belang, ten grondslag gelegd dat de in het Besluit 2011 gemaakte uitzondering voor kleine cafés in strijd is met hiervoór in 3.1 onder (ii) aangehaalde art. 8 lid 2 WHO Kaderverdrag.

3.2.2 De Staat heeft onder meer als verweer gevoerd dat aan de bepalingen van het WHO Kaderverdrag geen rechtstreekse werking toekomt.

(...)

Met betrekking tot deze klachten wordt als volgt overwogen.

3.5.1 De vraag in hoeverre een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt in de zin van de art. 93 en 94 Gw, dient te worden beantwoord door uitleg daarvan. Die uitleg moet plaatsvinden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969 (Trb. 1972, 51, en 1985, 79). Het middel betoogt niet dat het hof bij zijn uitleg van art. 8 lid 2 WHO Kaderverdrag deze maatstaven heeft miskend.

3.5.2 Indien noch uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis volgt dat geen rechtstreekse werking van de verdragsbepaling is beoogd, is de inhoud van die bepaling beslissend. Het gaat erom of deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast (vgl. HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354).

3.5.3 Indien het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft. Of van die werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren. Anders dan de Staat betoogt, betekent het enkele bestaan van keuze- of beleidsvrijheid dus niet dat geen sprake kan zijn van rechtstreekse werking. (Vgl. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388 (SGP))

3.6.1 Het hof heeft terecht geoordeeld dat art. 8 lid 2 WHO Kaderverdrag verplicht tot een effectieve bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook op de door het artikellid aangeduide plaatsen, waaronder openbare gebouwen (‘indoor public places’), waartoe ook kleine cafés te rekenen zijn. Zowel uit de tekst van deze bepaling, als uit de doelstelling van het verdrag - kort gezegd: het voorkomen van dood en gezondheidschade door blootstelling aan tabaksrook -, volgt dat deze bescherming geldt voor eenieder die deze ruimtes betreedt of wil betreden.

3.6.2 Eveneens terecht heeft het hof geoordeeld dat de verplichting van art. 8 lid 2 WHO Kaderverdrag in elk geval in die zin onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is omschreven, dat zij zich verzet tegen de alsnog gemaakte uitzondering voor kleine cafés, die erop neerkomt dat voor deze cafés geen andere maatregel geldt dan de plicht de bezoeker erop te wijzen dat roken is toegestaan (het nieuwe art. 3 lid 4 Besluit 2008).

3.6.3 Weliswaar moet de Staat een redelijke tijd worden gelaten om een verdragsverplichting, zoals art. 8 lid 2 WHO Kaderverdrag bevat, na te komen, en bestaat in beginsel voor hem ook de mogelijkheid om in verband met andere belangen overgangsmatregelen te treffen bij de nakoming van een dergelijke verplichting. Maar omdat met het aanvankelijke art. 3 lid 1, aanhef en onder a, Besluit 2008 ook voor de beheerders van kleine cafés al de verplichting was ingevoerd om een rookverbod in te stellen, doet zich niet de vraag voor of de Staat meer tijd moet worden gelaten om tot wetgeving of andere maatregelen te komen, noch ook of de uitzondering voor kleine cafés als overgangsmaatregel gerechtvaardigd zou zijn.

3.6.4 Het hof heeft mitsdien terecht voor recht verklaard dat de uitzondering voor kleine cafés onverbindend is.

Noot

1 In 1953 werd in de Grondwet voor het eerst een bepaling opgenomen die de rechter uitdrukkelijk bevoegd verklaarde om ‘wettelijke voorschriften’ (de Grondwet doelt daarmee op formele én lagere wetgeving) te toetsen aan de toen steeds belangrijker wordende internationale verdragen. De grondwetgever was er tegelijk huiverig voor, dat de rechter bij die toetsing in het vaarwater van de wetgever zou geraken. Daarom werd de toetsingsbevoegdheid al in 1956 weer ingeperkt, door te bepalen dat slechts getoetst mocht worden aan ‘een ieder verbindende’ internationale bepalingen, kort gezegd de bepalingen die als zelfstandige rechtsnorm kunnen functioneren. *Niet* een ieder verbindend waren voortaan de verdragsbepalingen die eerst in een wettelijke regeling moesten worden uitgewerkt om hun volle effect te krijgen. Zou de rechter een regeling aan een *niet* een ieder verbindende bepaling toetsen en buiten toepassing laten, dan zou er een ‘gat’ ontstaan: de regeling zou immers niet meer toepasselijk zijn, maar de niet een ieder verbindende verdragsbepaling als zodanig zou ook onvoldoende soelaas bieden. Weliswaar kan de rechter dat ‘gat’ vullen door zelf maar een concrete rechtsnorm uit de niet een ieder verbindende bepaling af te leiden, maar dan gaat hij – in de visie van de toenmalige Grondwetgever – op de stoel van de wetgever zitten. De toetsingsbevoegdheid is daarom beperkt tot een ieder verbindende bepalingen.⁴

De rechtspraak is echter altijd blijven worstelen met de beoordeling óf een verdragsbepaling een ieder verbindend is. Pas drie decennia na de totstandkoming van de voorloper van artikel 94 Gw, in 1986, gaf de Hoge Raad daarvoor een beoordelingskader in het Spoorwegstakingsarrest – dat nu op zijn beurt na bijna drie decennia weer gedeeltelijk wordt vervangen.⁵

2 Volgens *Spoorwegstaking* verloopt (of verliep) de beoordeling van een ieder verbindende kracht in drie stappen.

(1) Om te beginnen moet worden bezien of de verdragsluitende partijen zijn overeengekomen dat aan een verdragsbepaling géén een ieder verbindende kracht zal toekomen. In dat geval is de rechter ‘klaar’: het past hem niet om die afspraak door een eigen oordeel te vervangen. Terecht handhaaft de Hoge Raad deze eerste stap ook in het rokersarrest, zie r.o. 3.5.2 hierboven. Overigens levert deze meestal weinig op. Internationale afspraken over de wijze waarop een verdrag in de nationale rechtsorde zal doorwerken zijn zeldzaam. Traditioneel laat het volkenrecht de manier waarop verdragsrechtelijke verplichtingen worden nagekomen namelijk aan de nationale staten zelf. Zolang zij maar voldoen aan de internationale regel *pacta sunt servanda*, zijn alle doorwerkingsmechanismen (monisme, transformatie of tussenvormen) toegestaan. Het nationale staatsrecht bepaalt daarom de wijze van doorwerking. In dat licht ligt het weinig voor de hand om op internationaal niveau afspraken te maken over het doorwerkingsmechanisme van een verdrag. Dat neemt niet weg, dat áls er een dergelijke afspraak is, de rechter daar naar Nederlands staatsrecht aan gehouden is. Overigens valt aan te nemen dat de rechter ook gebonden is aan een internationale afspraak dat een bepaling wél een ieder verbindend zal zijn. Ook dit is echter uiterst zeldzaam.⁶

(2) Als de eerste stap niets oplevert, beziet de rechter de bepaling zelf. Stap twee is dan de vraag of zij de Nederlandse wetgever verplicht tot het treffen van een regeling met een bepaalde inhoud. Is dat het geval, dan is de zaak op basis van het Spoorwegstakingsarrest bekeken: de bepaling is per definitie niet een ieder verbindend.

Een bekend voorbeeld van een dergelijke bepaling is artikel 4 sub a van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVRD), dat de verdragsluitende partijen verplicht om ‘strafbaar bij wet te verklaren het verspreiden (...) van denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat, aanzetting tot rassendiscriminatie (...)’. Als de wetgever de artikelen 137c, 137 d en 137e Sr (de haatdelicten die uitvoering geven aan het rassenverdrag) zou intrekken zónder daar iets voor in de plaats te stellen, dan nog valt er op basis van het Spoorwegstakingsarrest voor de rechter niets te toetsen, ook al is dit een evidente schending van artikel 4 sub a. Een dergelijke bepaling was naar oud recht nu eenmaal per definitie niet een ieder verbindend.

(3) Verplicht de bepaling niet tot regelgeving, dan is stap drie de vraag of zij gelet op haar inhoud en bewoordingen geschikt is om in de nationale rechtsorde als objectief recht te functioneren.⁷ Deze laatste vraag laat zich niet

4 Een uitvoerig overzicht van de overwegingen van de toenmalige grondwetgever is te vinden bij J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2003, p. 201-231.

5 HR 30 mei 1986, NJ 1986/688 (*Spoorwegstaking*).

6 Fleuren 2003, p. 248, nt. 39 heeft toch enkele voorbeelden gevonden.

7 In het *Spoorwegstaking*-arrest staat er ‘of’ tussen de tweede en de derde vraag. Dit suggereert dat een bepaling het een óf het ander is; *tertium non datur*. Een ‘nee’ op vraag twee zou dan automatisch een ‘ja’ bij vraag drie opleveren. In latere jurisprudentie blijkt dat echter niet het geval, cf. Fleuren 2003, p. 263-265. S. Philipsen & J.C. de Wit, ‘Het Spoorwegstakingsarrest: achterhaald of

actueel?’, *TvCR* 2014, p. 4-26, hier p. 13 betogen overigens overtuigend dat de verdere overwegingen van het *Spoorwegstaking*-arrest al laten zien dat er een middencategorie bestaat van bepalingen die niet tot regelstelling verplichten, maar desondanks niet met zoveel woorden als zelfstandige rechtsnorm kunnen functioneren.

eenvoudig beantwoorden. Uit de jurisprudentie kunnen wel vuistregels worden afgeleid. Verdragsbepalingen met sociale grondrechten worden doorgaans niet geschikt geacht om als zelfstandige rechtsnorm te functioneren. De gedachte is dat een sociaal grondrecht door wetgever en uitvoerende macht moet worden geconcretiseerd, wat keuzes vereist die niet aan de rechter zijn. Ook bepalingen die zich naar hun bewoordingen uitsluitend tot de staat richten, bijvoorbeeld door hem te verplichten tot het nemen van ‘passende maatregelen’, worden veelal niet als zelfstandig functionerende rechtsnorm beschouwd. Verdragsrechtelijke klassieke grondrechten daarentegen zijn doorgaans wél een ieder verbindend, zelfs als zij ‘vaag’ en multi-interpretabel zijn geformuleerd.

Bij dit alles moet in het oog gehouden worden dat de rechter de een ieder verbindende kracht volgens *Spoorwegstaking* in abstracto beoordeelt, dat wil zeggen: zuiver op basis van de inhoud van die bepaling zelf, zonder acht te slaan op de casus waarin zij wordt ingeroepen. Daardoor wordt een ieder verbindendheid een ‘digitale’ kwestie: een bepaling is het wel, of zij is het niet. Is zij het niet, dan kan zij nooit worden ingeroepen, ook niet in een casus waarin zij wellicht tóch soelaas had kunnen bieden.

3 Voor de lezers van dit blad is dit jammere rechtspraak. Zij maakt namelijk artikel 13 lid 2 sub c van het IVESC de facto waardeloos, terwijl dat de volgende ontroerende inhoud heeft:

‘De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen dat, teneinde tot een volledige verwezenlijking van dit recht [op onderwijs, RS] te komen:

(...)

(c) Het hoger onderwijs door middel van alle passende maatregelen en in het bijzonder door de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs voor een ieder op basis van bekwaamheid gelijkelijk toegankelijk dient te worden gemaakt’

In 1989 riep de Landelijke Studenten Vakbond deze bepaling in tegen de beruchte ‘Harmonisatiewet’, die de duur van de studiefinanciering maximeerde tot zes jaar en na afloop van een inschrijvingsduur van zes jaar het collegegeld verhoogde.⁸ Het volgen van een tweede studie werd daardoor veel duurder. In het licht van het streven naar kosteloos hoger onderwijs was de Harmonisatiewet dus een stap terug. De LSVB achtte dit in strijd met artikel 13.2 sub c IVESC. De Hoge Raad was er op basis van de Spoorwegstakingscriteria echter snel klaar mee. Artikel 13.2 sub c spreekt over ‘passende maatregelen’ en het is een sociaal grondrecht omdat het betrekking heeft ‘op door de overheid jegens de burgers te verrichten prestaties’. Een dergelijke bepaling kan volgens de

Hoge Raad ‘bezwaarlijk zonder nadere uitwerking in de rechtsorde functioneren’.⁹ De bepaling was niet een ieder verbindend.

De LSVB had nog betoogd dat artikel 13.2 sub c zou betekenen dat de wetgever niet bevoegd zou zijn een op dit terrein eenmaal bereikt voorzieningenniveau weer te verlagen. De Hoge Raad zegt uitdrukkelijk in het midden te kunnen laten of dat argument juist is, want: de bepaling is niet een ieder verbindend.

Vrij recent bracht de LSVB de bepaling opnieuw in stelling, en wel tegen de ‘langstudeerdersboete’ waardoor het collegegeld voor langstudeerders aanzienlijk hoger zou worden dan voor nominaal lopende studenten. Wederom kreeg de LSVB nul op het rekest, en wel omdat deze bepaling ‘slechts verplichtingen oplegt aan de verdragssluitende [sic] staten en zich, gezien de bewoordingen, aard en strekking, niet leent voor rechtstreekse toepassing.’¹⁰ In punt 7 kom ik terug op de vraag hoe deze toets onder het nieuwe criterium zou uitpakken.

4 In dit arrest wordt het spoorwegcriterium vervangen door een beoordeling in twee stappen, zie r.o. 3.5.2. Indien uit tekst en uit de totstandkomingsgeschiedenis niet volgt dat de verdragsbepaling geen rechtstreekse werking krijgt (de vertrouwde stap 1), is haar inhoud beslissend. Zij is een ieder verbindend als zij onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast (vervanging van de oude stap 2 en 3).¹¹

Dit nieuwe criterium is eigenlijk niet nieuw. Het is rechtstreeks overgenomen van het Hof van Justitie van de EU. In het EU-recht doet zich namelijk een vergelijkbaar verschijnsel voor als bij de toepassing van regulier internationaal recht: ook de EU-verdragen en (zeker ook) Europese richtlijnen kunnen bepalingen bevatten die er enerzijds voor bedoeld zijn om burgers rechten toe te kennen, maar die anderzijds bijvoorbeeld erg globaal zijn geformuleerd of uitwerking door de nationale wetgever behoeven. (Ook) het Luxemburgse Hof verleent daarom niet zonder meer rechtstreekse werking aan alle EU-rechtelijke bepalingen. Staatskundig gaat het om hetzelfde probleem als bij artikel 94 Gw: de rechter moet de rechten beschermen die een internationale bepaling toekent, maar hij wordt tegelijkertijd geacht niet op de stoel van de wetgever te gaan zitten. Daarom past de rechter alleen die bepalingen toe, die zodanig precies omschreven zijn dat hij er zelf niet té veel bij hoeft te verzinnen.

Ook al gaat het in wezen om vergelijkbare problemen, het Luxemburgse Hof hanteert een ander – volgens mij beter – criterium voor de beoordeling óf een door de burger ingeroepen bepaling voldoende precies is om door de rechter te worden toegepast. Het ‘rokerscriterium’ is een

⁸ HR 14 april 1989, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*).

⁹ HR 14 april 1989, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*), r.o. 5.3. De Hoge Raad noemt overigens nog derde argument, te weten dat ook de goedkeuringswetgever de bepalingen als niet een ieder

verbindend zag. Dit argument valt buiten het kader van *Spoorwegstaking*, maar het ondersteunt de conclusies van de Hoge Raad natuurlijk wel.

¹⁰ Rb. Den Haag 11 juli 2012, NJ 2012/579, r.o. 5.11.

¹¹ Het nieuwe criterium kondigde zich overigens al aan in HR 1 april 2011, NJ 2011/354 (*Zwanger-*

schapsuithering zelfstandigen). Daar diende het ter aanvulling van het Spoorwegstakingscriterium, waarvan de oude tweede stap gewoon gehandhaafd bleef. In het rokersarrest laat de Hoge Raad de oude tweede stap (is er een verplichting tot wetgeving?) vallen.

kopie van deze rechtspraak, in het bijzonder over de rechtstreekse werking van EU-richtlijnen. Aan een EU-richtlijn komt rechtstreekse werking toe voor zover zij *gelet op haar inhoud onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig* is¹² – precies wat de Hoge Raad nu ook zegt.¹³ Dit criterium geeft de Nederlandse rechter de ruimte om bij de toepassing van regulier internationaal recht (het EVRM, het IVESC, enzovoorts) voortaan op dezelfde manier te werk te gaan als hij bij de toepassing van EU-recht toch al moest. Het feit dat de Hoge Raad nu – overigens zonder dat met zoveel woorden te zeggen – het Luxemburgse criterium voor ‘direct effect’ transplanteert naar artikel 94 Gw, doet vermoeden dat hij zich bij de toepassing van regulier internationaal recht voortaan zal laten inspireren door ontwikkelingen in de Luxemburgse beoordeling van de rechtstreekse werking van richtlijnen (hij vervangt zelfs de grondwettelijke term ‘een ieder verbindende kracht’ door het Europese ‘rechtstreekse werking’, zie de inleiding).

5 Ik zie minstens drie onderling samenhangende punten waarop de beoordeling onder het ‘rokerscriterium’ verschilt van die onder het criterium uit het Spoorwegstakingsarrest.

Ten eerste. Echt nieuw en belangrijk is dat de Hoge Raad de oude stap twee uit het Spoorwegstakingsarrest schrapt: de vraag of de verdragsbepaling verplicht tot vaststelling van een nationale regeling.¹⁴ Het Luxemburgse Hof stelt die eis bij de beoordeling van *direct effect* evenmin. Europese richtlijnen zijn per definitie aan de nationale wetgever gerichte verplichtingen tot regelstelling. Toch is de Luxemburgse rechter al vier decennia bereid om er (na afloop van de implementatietermijn) rechtstreekse werking aan toe te kennen. Mijns inziens laat ook de Hoge Raad nu de gedachte dat een verdragsbepaling die tot regelstelling verplicht geen een ieder verbindende kracht kan hebben, terecht vallen. Een dergelijke bepaling moet weliswaar altijd door de wetgever worden uitgewerkt, maar dat wil niet zeggen dat de wetgever daarbij alle vrijheid heeft. Zulke bepalingen verplichten de wetgever namelijk tot vaststelling van een regeling met een bepaalde inhoud. Voor zover die inhoud voldoende duidelijk en concreet is omschreven, kan de rechter heel goed toetsen of de wetgever zich daaraan heeft gehouden.

Ten tweede. Veel internationale sociale grondrechten of bepalingen met een wetgevingsplicht bevatten nauwelijks indicaties voor de vraag wannéér hun schone doel precies verwezenlijkt moet zijn. Zo verplicht artikel 8 WHO-Kaderverdrag de staat om zijn burgers door wettelijke maatregelen te beschermen tegen blootstelling aan tabaksrook, maar stelt het daar geen einddatum voor. Het al genoemde artikel 13.2 sub c IVESC verplicht tot ‘geleidelijke invoering’ van kosteloos hoger onderwijs.

Dergelijke bepalingen laten de wetgever veel vrijheid om het tempo van verwezenlijking van het verdragsdoel te bepalen. Op dit punt verschillen de meeste reguliere internationale bepalingen dan ook wezenlijk van EU-richtlijnen, die altijd een omzettingstermijn geven.

Het feit dat reguliere internationale bepalingen zelden fatale termijnen bevatten, zal voor de Nederlandse rechter ook onder het rokerscriterium vaak een obstakel blijven om de bepalingen te kunnen toepassen. Zelfs als het einddoel duidelijk omschreven is, is het immers nog lastig om te zeggen na verloop van hoeveel tijd de wetgever nu écht in gebreke is. Anders gezegd: in zoverre is de bepaling dan niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig. Op dit punt bevat het rokersarrest echter een tweede innovatie, die de rechter soms (zie punt 7) van pas zal komen. Weliswaar geeft artikel 8 WHO-Kaderverdrag geen uitsluitel over wanneer alle openbare gebouwen rookvrij moeten zijn, maar voor Nederlandse horecagelegenheden wás dat doel in 2008 bereikt. In r.o. 3.6.3 concludeert de Hoge Raad dat het in die omstandigheden onrechtmatig was om het bereikte beschermingsniveau weer terug te schroeven. Daarmee wijkt hij af van advocaat-generaal Langemeijer, die uit het ontbreken van een *stand still*-bepaling in het verdrag (een expliciet ‘terugschroefverbod’) afleidt dat de het de wetgever vrij staat om desnoods als een deelnemer aan de beroemde Echternacher springprocessie op zijn einddoel af te gaan: drie stappen voorwaarts, twee terug.¹⁵

Mij lijkt het oordeel dat de stap terug onrechtmatig was, terecht. Zelfs als men in artikel 8 van het Kaderverdrag slechts een inspanningsverplichting zou willen zien, dan nog zou ik menen dat het de staat wel verplicht naar beste kunnen het afgesproken doel na te streven. Dat sluit een stap terug – anders dan bij een expliciete *stand still*-bepaling – niet principieel uit, maar daar moeten volgens mij dan wel zeer klemmende redenen voor zijn (zie ook punt 7). Daarvan is in deze casus niet gebleken. Hoogstens had de Hoge Raad de ingrijpende conclusie die hij in 3.6.3 trekt wat uitvoeriger kunnen motiveren, maar hoe het ook zij: het is voortaan niet meer uitgesloten om het wettelijk terugdraaien van een eerder bereikt niveau van ‘naking’ van een verdragsbepaling te toetsen.

Ten derde. Het antwoord op de vraag of een bepaling een ieder verbindt, wordt onder het nieuwe criterium relatief: de een ieder verbindende kracht wordt afhankelijk van de omstandigheden waarin de bepaling wordt ingeroepen. Dezelfde bepaling zal voortaan nu eens wel, dan weer niet een ieder verbindend zijn. Stel, dat in 2008 mét de invoering van het rookverbod meteen de uitzondering voor kleine cafés in het leven was geroepen, dan had die uitzondering nu hoogstwaarschijnlijk niet aan artikel 8 WHO Kaderverdrag getoetst kunnen worden. Immers, het doel van die bepaling is duidelijk, maar de ‘implementatietermijn’ is dat niet. In zoverre is de bepaling niet een ieder

12 HvJ EG 19 januari 1982, *Jur.* 1982, p. 53 (*Becker*). Deze specifieke formulering wordt toegepast bij de beoordeling van de rechtstreekse werking van richtlijnen, en juist deze wordt nu door de Hoge Raad overgenomen. Bij ander EU-recht is de

formulering soms net iets anders.

13 Zie noot 11.

14 Het genoemde arrest over de zwangerschapsuitkering bevatte die tweede stap nog wel, zie r.o. 3.3.3.

15 Vgl. de noot van Sillen bij dit arrest, *JB* 2014/224,

pt. 4-5. Overigens gaat men volgens Wikipedia zelfs in Echternach al sinds 1947 recht op zijn doel af. Wellicht heeft de Hoge Raad zich daardoor laten inspireren.

verbindend en in deze iets aangepaste casus was toetsing aan de bepaling dus lastig geworden. Deze relatieve – men kan ook zeggen: contextuele – invulling van de een ieder verbindende kracht is een duidelijke breuk met het verleden, toen de beoordeling in abstracto geschiedde.¹⁶

6 Het nieuwe criterium verruimt de rechterlijke toetsingsbevoegdheid aanzienlijk. Dit is aardig te zien aan het eerder gegeven voorbeeld van artikel 4 sub a IVRD, de verplichting om ‘strafbaar bij wet te verklaren het verspreiden (...) van denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat, aanzetting tot rassendiscriminatie’. Deze bepaling is niet langer zonder meer niet een ieder verbindend. Wat kan de rechter ermee? Dat zal sterk afhangen van de omstandigheden van het geval: de rechter kan aan de bepaling toetsen *voor zover* zij met betrekking tot de hem voorgelegde casus voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is. Stel dat de wetgever het verbod van groepsbelediging (art. 137c Sr) bij nader inzien een te vergaande beperking van de uitingsvrijheid vindt, en dit schrapt omdat het verbod op haatzaaien (art. 137d Sr) het verspreiden van rassenhaat volgens hem in voldoende mate voorkomt. Kan die schrapping dan getoetst worden aan de genoemde bepaling? Ik vermoed van niet. De bepaling schrijft de wetgever immers niet nauwkeurig voor welke bestanddelen een strafbepaling ter uitvoering van het IVRD precies moet bevatten. In zoverre behoeft de bepaling nadere uitwerking door de wetgever en in zoverre kent zij hem ook keuzevrijheid toe. Een rechter die het beter meent te weten, miskent de rol die de trias politica hem toewijst. Zou de wetgever echter de artikelen 137c, 137 d en 137e Sr geheel schrappen zonder er iets voor in de plaats te stellen, dan zou de intrekkingwet ongetwijfeld onverbindend verklaard kunnen worden. Er moeten strafbepalingen zijn die het verspreiden van rassenhaat strafbaar stellen; die bepalingen waren er in Nederland en het volledig intrekken daarvan schendt daarom de verdragsbepaling. Ook als de wetgever het initiatief-voorstel Van Klaveren zou aannemen en de artikelen 137c, 137 d en 137e Sr zo zou aanpassen dat alleen het oproepen tot raciaal geweld nog strafbaar is,¹⁷ zou de rechter daar mijns inziens tegen kunnen optreden omdat een aanpassingswet met die strekking de grenzen miskent die artikel 4 IVRD de wetgever stelt. De bepaling verplicht duidelijk tot het tegengaan van rassenhaat, niet slechts geweld.

7 De lezer van dit blad wil natuurlijk graag weten hoe het zit met collegegeld en studiefinanciering. Gaat de rechter de voortschrijdende verschraling de studiefinancieringsmogelijkheden in de toekomst wél toetsen aan artikel 13.2 sub c IVESC?

Ik vrees dat ik de student teleur moet stellen. Het nieuwe criterium geeft zonder twijfel meer ruimte voor

toetsing aan sociale grondrechten. Deze toetsing zal voortaan steeds mogelijk zijn voor zover de ingeroepen bepaling voor de casus een voldoende nauwkeurige en onvoorwaardelijke regel oplevert. Dat is al een stuk meer dan de categorische ontkenning van een ieder verbindende kracht onder het spoorwegcriterium.¹⁸

Ook het criterium ‘onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig’ laat de rechter echter nog veel ruimte om te concluderen dat een bepaling voor toepassing in een bepaald geval toch onvoldoende precies is en te verwachten valt dat dat nog geregeld zal gebeuren. Weliswaar leek de Hoge Raad onder het spoorwegcriterium wel erg snel te concluderen dat verdragsbepalingen niet een ieder verbindend waren, maar dat maakt de *ratio* van dat leerstuk nog niet zinloos: de trias politica die de rechtsvorming in de eerste plaats aan de democratisch gelegitimeerde wetgever toedenkt. Ook onder het nieuwe criterium staat het op gespannen voet met de trias als de rechter, bijvoorbeeld, het precieze maandbedrag van een bijstandsuitkering uit het globaal geformuleerde ‘recht op sociale zekerheid’ zou afleiden. De rechter zal naar mijn verwachting zijn constitutionele rol in acht blijven nemen door verdragsbepalingen alleen toe te passen als zij ook werkelijk een duidelijke oplossing bieden voor de concrete casus.

Maar hoe zit het dan met de redenering dat het terugschroeven van een eenmaal bereikt niveau van verwezenlijking van een verdragsdoel niet mag? Strikt genomen laat r.o. 3.6.3 van dit rokersarrest er ruimte voor om substantiële verhogingen van het collegegeld wegens strijd met artikel 13.2 sub c IVESC onrechtmatig te verklaren. Ik zie dat echter nog niet zo snel gebeuren. De jurisprudentie van de afgelopen jaren geeft blijk van grote terughoudendheid om de wetgever voor de voeten te lopen, en dan vooral als het gaat om wetgeving met grote gevolgen voor de overheidsfinanciën. Boogaard laat in zijn mooie proefschrift zien dat de belastingrechter zelfs het klassieke gelijkheidsbeginsel nauwelijks meer tegen belastingwetgeving durft in te zetten, waarschijnlijk mede uit angst om gaten te slaan in de staatsbegroting.¹⁹

Ik geloof er dan ook niets van, dat de rechter het terugschroeven van een bereikt niveau van het voldoen aan een sociaal grondrecht als art. 13 IVESC zal gaan toetsen als dat grote gevolgen zal hebben voor de openbare financiën. Ik vermoed dat de nauwelijks gemotiveerde redenering in 3.6.3 van dit rokersarrest aanvulling zal krijgen: het terugdraaien van een eenmaal bereikt niveau is onrechtmatig *als daar geen klemmende redenen voor zijn*. Het opleggen van een rookverbod kost niets. De rechter kon dus als het ware ‘gratis’ concluderen dat het volledige verbod hersteld moest worden. Echter, het oordeel dat bijvoorbeeld de invoering van een studieleenstelsel onrechtmatig is, heeft niet alleen aanzienlijke consequenties voor het overheidsbudget, maar het kan ook al snel de financiële prioriteiten

16 Het is een breuk met het Spoorwegcriterium; er zijn wel duidelijke voorbodes van deze ontwikkeling. Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 augustus 2012, JB 2013/223 (*Ouderbijdrage in strijd met IVRK*).

17 Zie diens initiatiefvoorstel, *Kamerstukken II*

2014/15, 34051.

18 Zo'n aan de concrete omstandigheden van het geval verbonden effect van een sociaal verdragsrecht is bijvoorbeeld te zien in ABRvS 15 augustus 2012, JB 2012/233 (m.nt. Sillen), dat

een voorbode lijkt van het nieuwe criterium dat de Hoge Raad nu introduceert.

19 G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel* (diss. UvA), Oisterwijk: WLP 2013, p. 97-131.

doorkruisen die de democratisch gelegitimeerde begrotingswetgever stelt (en die mogelijk inhouden dat de verwezenlijking van andere sociale grondrechten voorrang krijgt). Anders benaderd: ook als een verdragsbepaling voldoende duidelijk is over een te bereiken doel, kan nog worden aangenomen dat daarmee de wetgever niet de vrijheid wordt ontnomen om naar zijn inzicht noodzakelijke prioriteiten aan te brengen in de besteding van belastinggeld of om noodzakelijke bezuinigingen door te voeren. Volgens mij gaat de Hoge Raad er niet aan beginnen om dergelijke afwegingen van de wetgever te doorkruisen, en wellicht is dat met het oog op zijn constitutionele rol ook wel verstandig.

8 Ik maak nog een slotopmerking. Misschien is de lezer in punt 6 en 7 al opgevallen dat de relatieve, contextuele benadering van de beoordeling van de een ieder verbindende kracht *van* een bepaling moeilijk is te onderscheiden van de toetsing *aan* die bepaling. Artikel 94 Gw daarentegen lijkt een motivering in twee fasen te veronderstellen: eerst moet de rechter bezien of een bepaling ingeroepen kan worden, en zo ja, dan toetst hij eraan. Bij een contextuele benadering van een ieder verbindendheid vloeien de eerste en de tweede fase echter al snel in elkaar over. Dat is niet zo vreemd: als de rechter zich afvraagt, of een bepaling een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige norm voor het hem voorgelegde geval oplevert, dan is hij al 'halverwege' het toetsen aan die bepaling, dat is immers: door interpretatie vaststellen wat de bepaling voor het concrete geval nu precies aan rechtsgevolgen voorschrijft en aan die rechtsgevolgen toepassing geven. Fleuren en Viering concluderen voor de eveneens concrete, Luxemburgse beoordeling van de rechtstreekse werking van richtlijnen, dat die nog slechts 'de schijn van een voor-

vraag' ophoudt. Zij laten zien dat die beoordeling de facto samenvalt met de toetsing aan de bepaling.²⁰ Onder het rokerscriterium zal vermoedelijk hetzelfde gebeuren met artikel 94 Gw. Daarmee wordt eigenlijk het hele leerstuk van de een ieder verbindende kracht overbodig: het gaat op in de normale interpretatie van de verdragsbepaling, omdat de rechter die nauwkeurig beziet welke concrete norm hij in de hem voorgelegde casus uit een algemene verdragsbepaling moet afleiden, doet wat hij altijd doet: een geschreven bepaling interpreteren ten behoeve van de casus.²¹ Ik geef meteen toe dat er juist bij toepassing van (vaak principieel en globaal geformuleerde) verdragsbepalingen voor de rechter alle aanleiding is om zich scherp van zijn constitutionele rol bewust te zijn – en de 'hobbel' van de een ieder verbindende kracht kan dat bewustzijn versterken. Maar op de keper beschouwd is er ook daar niet zoveel bijzonders aan de hand: de rechter moet zich immers altijd bewust zijn van zijn rol binnen de trias, en zich afhankelijk van de omstandigheden, rechtsgebied en rechtsvraag meer of minder terughoudend opstellen.

Het leerstuk van de een ieder verbindende kracht lijkt daarmee een versleten uitdrukking van een beginsel dat op zich nog springlevend is: de trias politica. Er zijn volgens mij nauwelijks aanwijzingen dat de rechter zijn rol binnen de trias miskent. Integendeel: de rechter gaat doorgaans heel omzichtig met de beslissingen van de wetgever om. Hij heeft daarvoor de 'een ieder verbindende kracht' niet nodig.²²

Ons recht is al zo gierend complex dat ieder lastig leerstuk dat geschrapt kan worden, winst is. Omdat substantiële grondwetswijzigingen in Nederland onmogelijk zijn, zal dat bij de een ieder verbindende kracht echter niet gebeuren. ■

20 J.W.A. Fleuren & M.L.W.M. Viering, 'Rechtstreekse werking en een ieder verbindende kracht: Europese inspiratie voor de nationale rechter?', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 101-138, hier p. 113.

21 Vgl. dezelfde, p. 117-118.

22 Vergelijk het leerstuk van de 'grenzen van de rechtsvormende taak', HR 12 mei 1999, *BNB*

1999/271 (*Arbeidskostenforfait*). De rechter past dat leerstuk toe in gevallen waar het probleem speelt dat de grondwetgever in 1956 poogde tegen te gaan (het slaan van een 'gat' in het recht dat niet zomaar kan worden opgevuld, zie punt 1), maar dat toevallig juist optreedt bij *wel* een ieder verbindende bepalingen, zodat art. 94 Gw (dat lijkt uit te gaan van de achterhaalde voorstelling dat een ieder verbindende bepalingen alleen nega-

tieve verplichtingen voor de overheid inhouden) hem niet helpt. Teneinde gepaste terughoudendheid in acht te nemen, heeft de Hoge Raad dit leerstuk eigener beweging ontwikkeld. Hij heeft zijn toetsingsbevoegdheid in feite vrijwillig beperkt in het belang van de trias; de grondwetgever had hij daar niet voor nodig.