

Bijdrage van Ir. H.J. de Vries aan Internetconsultatie Grondwet “Recht op een eerlijk proces”.

1. Het recht op een eerlijk proces dient in een moderne samenleving een vanzelfsprekendheid te zijn. Als motivering geeft de MvT dat het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter naar het oordeel van de staatscommissie “nu niet in de Grondwet zijn te vinden en (..) onvoldoende bescherming vinden in een iedere verbindende verdragsbepalingen. Met name de rechtsbescherming tegen overheidshandelen is minder volledig dan wenselijk”. In hoofdstuk 1.1 van de MvT wordt verder gesteld “Het huidige kabinet bevestigt het bestaan van deze waarborgen (Noot - toegang tot de rechter en een eerlijk proces) in de huidige Nederlandse wetgeving en rechtspraktijk.
2. Met deze laatste opmerking geeft het kabinet aan de huidige Nederlandse rechtspraktijk niet te kennen. Daarbij blijft de MvT steken in een puur theoretische beschouwing, die primair lijkt op een masterscriptie. De MvT kan op geen enkele manier de meerwaarde van de voorgenomen Grondwetswijziging in de rechtspraktijk hard maken of operationaliseren. Een eerlijk proces moet je niet proclameren in de Grondwet, maar uitvoeren in de praktijk. Waar het fout gaat met het 'eerlijke proces' ligt niet aan het al dan niet opnemen in de Grondwet, maar aan allerlei praktische zaken. Ik geef hiervan voorbeelden (vanaf punt 8 van deze notitie).
3. Het gaat daarbij in de MvT om enkele deelfacetten, terwijl de justitiabelen alleen belang hebben bij het eindresultaat van de rechtspraak, dus van de totale procesgang leidend tot de uitspraak. Een onafhankelijke rechter heeft geen zin als de (beroeps)termijnen te kort zijn of als hij onvoldoende tijd heeft om zich in de zaak te verdiepen en op voorhand alleen een standaarduitspraak (dwz. het automatisch volgen van het bestuursorgaan) doet, zoals in bestuurs- en belastingrecht gebruikelijk.
4. Waar het in de rechtspraak om moet gaan is in wezen eenvoudig: *waarheidsvinding*. Dat geldt niet alleen voor het strafrecht, maar juist ook in het belasting- en bestuursrecht. Voormalig raadsheer bij de Hoge Raad der Nederlanden M. Loth stelt¹ dat de rechter niet alleen een juridische, maar ook een morele plicht heeft zijn onderzoek zo in te richten dat hij de *waarheid* zo dicht mogelijk benadert

“De rechter moet een passie hebben, the passion for getting and telling it right”.

In hun publicatie *Waarheidsvinding*² in het bestuursrecht wijzen de auteurs T. Barkhuysen en Y. E. Schuurmans erop dat ook de bestuursrechter *actief* op zoek dient te gaan naar de *materiële waarheid*. De Algemene wet bestuursrecht stelt immers dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult en ambtshalve de feiten kan aanvullen.

1 Preadvies NJV 2012.

2 T. Barkhuysen & Y.E. Schuurmans, 'Waarheidsvinding in het bestuursrecht', NJB 01-06-2012, pag. 1515 e.v.

Maar bijv. in de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep is vaak het verloop van de procedure onvolledig omschreven en ontbreekt een lijst ingebrachte processtukken en het werkverleden van betrokkene. Daarmee is een vaststelling van de rechtspositie onmogelijk en is manipulatie mogelijk. Het verplicht aanvullen van feiten of rechtsgronden is in de praktijk non-existent.

5. Juist ook het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en de bijzondere vrijheden (EVRM) garanderen een eerlijk proces en een onafhankelijke rechtbank. Rechters worden door de Staat betaald. Een Staat heeft geen verplichting de levensstijl te financieren. Rechters worden dus betaald om hun werk (feitenvaststelling en recht spreken) goed te doen. Het is op zich al enigszins verwonderlijk dat de Nederlandse Staat 60 jaar na ondertekening van het EVRM met het huidige voorstel komt. De meerwaarde van het huidige voorstel t.o.v. Het EVRM en het Handvest van de Grondrechten van de EU komt niet uit de verf immers het EHRM verwacht van een rechtbank/rechters, dat zij niet alleen *full jurisdiction* hebben, maar deze ook **actief** in de praktijk brengen³. Het EHRM spreekt immers van
“sufficiency of review”.

Daarbij moet het volgens het EHRM de garanties van Artikel 6 § 1 bieden⁴

“(…) control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 para. 1”.

6. Het Hof van Justitie EU benadrukt dat de beoordeling van feiten en bewijs door de rechter een essentieel onderdeel uitmaakt van de rechtsprekende taak⁵. Daarbij is een Staat ook aansprakelijk voor schending van gemeenschapsrecht door rechters, ook indien geen sprake is van kwade trouw of grove schuld.

7. Het EVRM en het Handvest bieden dus alle bescherming die nodig is voor een eerlijk proces. Het probleem zit niet daar maar in de dagelijkse praktijk van de rechtspraak, zelfs van de Hoge Raad, die aanzienlijk van dit ideaalbeeld afwijkt. In 2003⁶ nog schrijft mevr. A. Prechal (thans rechter bij het Hof van Justitie EU)

“Er bestaat evenwel nog steeds aanzienlijke drempelvrees bij de Nederlandse magistratuur tegen dat inwerken in, en het bijhouden van dat lastige, zeer omvangrijke en steeds veranderende recht van de Europese Unie.”

3 Zie bijv. *Tsfayo v. United Kingdom* (nr. 60860/00 r.o. 43), *Bryan v. United Kingdom* (nr. 19178/91, r.o. 44-47).

4 Zie bijv. *Bryan v. United Kingdom* (nr.19718/91, r.o. 40)

5 Arrest *Traghetti del Mediterraneo* C 173/03, r.o. 37-40.

6 A. Prechal en R.H. van Ooik, “Het institutionele recht van de Europese Unie en de Nederlandse rechter: het acquis in een notendop”, *SEW* 10 (2003) 328-352.

Het primaat van recht van de EU en het feit dat het EEG-Verdrag een nieuwe rechtsorde had gecreëerd was al bijna dertig jaar eerder o.a. vastgesteld in de arresten Amsterdam Bulb en Simmenthal, beide uit medio jaren zeventig.

8. Een voorbeeld van de discutabele dagelijkse praktijk is de artikel 81 RO rechtspraak van de Hoge Raad. Het is niet met de logica verenigbaar dat een steeds groter deel van de uitspraken van de HR hierop berust. Het argument was tijdsbesparing. Dat is onzinnig. Als er een inhoudelijk oordeel wordt gevormd is het op papier zetten daarvan geen moeite. Het blijkt dat primair zaken van enkele geselecteerde advocatenkantoren buiten artikel 81 RO worden behandeld. Daarmee worden deze RO 81 uitspraken een black box waarvan niet is vast te stellen of ze zijn gebaseerd op feiten, waarheidsvinding, recht(sontwikkeling) en hoger EU recht.

Een voorbeeld: In een recente procedure bij de HR deed de justitiabele een beroep op een toen zeer recent oordeel (2012-47) van de Commissie Gelijke Behandeling (nu College voor de Rechten van de Mens), aangezien zijn situatie volstrekt identiek was. Het CGB oordeel was uniek in redeneergang en impliceerde evident rechtsontwikkeling. Het HR oordeel in de betreffende procedure was echter artikel 81 RO. Het beroep in cassatie stond immers niet op het briefpapier van die geselecteerde advocatenkantoren. Vorm is kennelijk belangrijker dan inhoud en waarheidsvinding. Maar waarom is er een College voor de Rechten van de Mens (klaarblijkelijk dure werkverschaffing) als de Oordelen daarvan geen waarde hebben?

9. Een ander voorbeeld: de erfbelasting. Eind 2013 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan. De Hoge Raad (nr. 13/01134 e.a.) sprak uit dat de vrijstelling voor ondernemers een geoorloofde discriminatie tegenover niet-ondernemers betekent. De Hoge Raad oordeelt dus dat een ondernemersvermogen zelfs voor erfgenamen onaangetast moet blijven. Maar dezelfde Hoge Raad vindt het volstrekt normaal dat van gepensioneerde werknemers hun pensioenvermogen (met daarop een eigendomsrecht volgens Artikel 1 Eerste Protocol EVRM en artikel 17 Handvest van de Grondrechten van de EU) aan alle kanten mag worden aangetast (uitspraken Delta Lloyd en OMEN). Dat lijkt op meten met twee maten. Daarbij valt de pensioenopbouw onder het begrip 'beloning' en daarmee onder het primair recht van de EU en wel artikel 157 VwEU (het vroegere artikel 119 EEG-Verdrag of 141 EG). Dat sluit uit dat er een relatie met de werkgever kan blijven bestaan na beëindiging van de arbeidsovereenkomst zoals de Hoge Raad in genoemde procedures wel veronderstelt.

10. Nog een voorbeeld. Het bewaken van de rechtseenheid is een hoofdtaak binnen de gerechten. Dat leidt ertoe dat een eerste uitspraak bepalend is en steeds consequent wordt gevolgd. Het beroep in die eerste zaak is echter vrijwel nooit optimaal, juist ook door korte beroepstermijnen. Dat houdt in dat latere inhoudelijk juiste, naar waarheid gestelde en logisch correcte argumenten in het geheel niet meer in aanmerking worden genomen, omdat vastgehouden wordt aan de bestaande uitspraken. Rechtseenheid prevaleert dus ten onrechte boven inhoudelijke juistheid en waarheidsvinding.

11. Nog enkele kleinere punten:

- op www.rechtspraak.nl is een deel van de uitspraken opgenomen, maar niet alles. Een justitiabele, die bijvoorbeeld over een AOW besluit wil procederen heeft dus automatisch minder jurisprudentie tot zijn beschikking dan het bestuursorgaan of de rechtbanken. Daarmee heeft een justitiabele automatisch een achterstand.
- In uitspraken (ook in bestuurs- en belastingrecht) dienen verloop van de procedure, ingediende stukken en bijv. werkverleden zo nauwkeurig mogelijk te worden omschreven om te kunnen nagaan of daadwerkelijk alle stukken zijn betrokken en om de rechtspositie te kunnen vaststellen. Dat ontbreekt nogal eens. Werkverleden bijv. is essentieel in recht van de EU. De volksgezegden gelden 'Begin bij het begin' en 'Een goed begin is het halve werk'.
- Verschillende rechterlijke instanties (o.a. de Hoge Raad) blijken niet uit het buitenland per fax bereikbaar. Dit klaarblijkelijk blokkeren belemmert uiteraard een eerlijk proces.
- Bij een gewonnen procedure bij een gerechtshof is de uitspraak gebaseerd op één der aangevoerde gronden, meestal de voor de rechter eenvoudigste. Dat impliceert dat andere beroepsgronden niet worden behandeld en in het vervolg van de procedure bij de Hoge Raad automatisch verloren gaan.

12. Tenslotte nog een speciaal woord over rechter-plaatsvervangers. Het is natuurlijk erg mooi dat er een register is met nevenfuncties van rechters. Maar rechter-plaatsvervangers hoeven hun *hoofdfunctie* niet te vermelden. Vaak is dat een hoogleraarschap, dat weer meestal (direct of indirect) is gefinancierd vanuit de financiële wereld. Zij zijn bijna per definitie niet onafhankelijk en juist wel partijdig. Zij hebben hun hoogleraarschap immers juist te danken aan het feit dat zij de belangen van hun financiers behartigen. Uiteraard is dat ook strijdig met wetenschappelijke integriteit, die onafhankelijkheid en waarheidsvinding vooropstelt. Ze zijn ook niet gebonden aan de rechterlijke eed. Ze zijn ook niet professioneel in de rechtspraak. Het hele systeem van rechter-plaatsvervangers verdient uitgemest te worden.

13. Samenvattend lijkt het mij dat er andere prioriteiten dienen te zijn om een eerlijk proces in de praktijk te waarborgen dan wat mooie voornemens toevoegen aan de Grondwet. Dat begint al met vergelijkbare beroepstermijnen. Waarom kan er niet een systeem zijn (zoals in België) waarbij partijen gezamenlijk conclusietermijnen afspreken en vastleggen. Het minder rigide vasthouden aan de rechtseenheid is een must. Daarbij moet het hele artikel 81 RO systeem bij de Hoge Raad onder de loop worden genomen. En tenslotte horen bij de taken en bevoegdheden van de rechter, ook verantwoordelijkheden, aansprakelijkheid en eventueel een daadwerkelijk effectief sanctieregime. Bijbaantjes en nevenfuncties dienen te worden beperkt (dat geeft meteen ruimte voor professionalisering). Dan komen die eerlijke processen er vanzelf.