

Annotatie Waterpakt-arrest
SEW

HR 21 maart 2003, Eerste Kamer, Nr. C01/327HR. LJN-nummer: AE8462

Stichting Waterpakt, Stichting Natuur en Milieu, Vereniging Consumentenbond en drie anderen tegen de Staat der Nederlanden.

Inleiding

In dit constitutioneelrechtelijk belangrijke arrest van de Hoge Raad is de vraag aan de orde of ingeval het niet tot stand brengen van wetgeving ter implementatie van een richtlijn onrechtmatig is, de rechter een bevel tot de Staat kan richten om formele wetgeving tot stand te brengen ten einde aan de onrechtmatige toestand een einde te maken. Deze vraag dient te worden beantwoord naar twee verschillende maatstaven, die van Nederlands recht, en indien het Nederlands recht een dergelijk bevel niet toestaat, of het EG-recht de rechter er desalniettemin toe dwingt een dergelijk bevel tot wetgeving te geven – aldus de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4 van het onderhavige arrest.

De vraag *of* er in dit geval sprake is van een jegens partijen onrechtmatig nalaten, is in het arrest niet aan de orde omdat het Gerechtshof deze kwestie heeft aangehouden tot na het arrest van het HvJEG in de inbreukprocedure die de Commissie tegen Nederland heeft aangespannen. Nog daargelaten of daaruit voldoende kan worden afgeleid om die vraag te beantwoorden – hetgeen nogal onwaarschijnlijk is – betekent dit dat de zojuist geformuleerde vraag binnen het kader van de procedure een hypothetisch karakter heeft. Het is echter een hypothetische vraag van eminent constitutioneel belang, zowel vanuit het oogpunt van nationaal als van Europees constitutioneel recht. Ten minste twee fundamentele punten zijn aan de orde. Ten eerste betreft het de scheiding tussen wetgevende en rechtsprekende macht. Ten tweede betreft het de verhouding tussen het Europese en het nationale constitutionele recht, meer in het bijzonder hoe deze twee zich tot wederzijds tot elkaar verhouden en hoe zij elkaar wel of niet veronderstellen en beïnvloeden.

Het geding

2. Het geding waarin de Hoge Raad uitspraak doet, vindt zijn aanleiding in het niet tijdig en juist implementeren van de zgn Nitraatrichtlijn, Ri 91/676 van de Raad, Pb 375/1. Eisers hebben in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat het niet behoorlijk uitvoering geven aan de Nitraatrichtlijn jegens hen onrechtmatig is. Bovendien werd gevraagd de Staat te bevelen in elk geval een nieuw actieprogramma ingevolge artikel 5 van de Nitraatrichtlijn op te stellen dat voldoet aan de eisen gesteld in de bijlagen van de richtlijn ten aanzien van de hoeveelheid in het milieu te brengen stikstof en nitraat.

De Rechtbank wees de vordering toe ten aanzien van een van de eisen van de bijlage, te weten ten aanzien van de gebruiksnorm voor dierlijke mest van 210 kg stikstof per hectare per bedrijf, en wel omdat deze bepaling van de richtlijn naar het inzicht van de rechtbank directe werking heeft jegens partijen. De Staat werd gelast zodanige maatregelen te nemen dat aan deze eis gedurende het kalenderjaar 2002 wordt voldaan, een en ander uitvoerbaar bij voorraad.

Zoals gezegd, heeft het hof in hoger beroep het beroep terzake van de verklaring voor recht aangehouden totdat het Hof van Justitie EG in de inbreukprocedure van de Commissie tegen Nederland terzake van de niet tijdige en juiste implementatie van de Nitraatrichtlijn (zaak C-322/00) uitspraak zal hebben gedaan (hetgeen op 2 oktober jongstleden is gebeurd). Het hof ging echter wel in op de klacht van de Staat dat in feite de rechter een bevel tot formele wetgeving heeft gegeven, nu implementatie slechts door wijziging van de Meststoffenwet of het totstandbrengen van andere formele wetgeving mogelijk is; daartoe, zo zegt het hof, is een rechter naar Nederlands recht niet bevoegd, en daartoe maakt het EG-recht hem evenmin bevoegd.

Het hof overwoog:

“Het hof onderschrijft de visie van de Staat met betrekking tot de uitleg en de gevolgen van het door de rechtbank opgelegde gebod (veroordeling) en oordeelt dat het de rechter op grond van zijn staatsrechtelijke positie niet vrijstaat 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. Ook deze grief slaagt, zodat dit deel van de vordering alsnog zal worden afgewezen inclusief de daaraan verbonden uitvoerbaarverklaring bij voorraad.”

Tegen deze overweging richt zich het cassatiemiddel. De Hoge Raad overweegt terzake als volgt.

“3.5 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 verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag 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.

Aan het voorgaande doet niet af dat degene die verplicht is een onrechtmatige toestand op te heffen, daartoe op grond van art. 3:296 BW door de rechter kan worden veroordeeld, en dat deze bepaling ook dit geval bestrijkt indien ervan wordt uitgegaan dat de Staat verplicht is de onrechtmatige toestand op te heffen, die is ontstaan door zijn nalaten de Nitraatrichtlijn te implementeren. Dit artikel voorziet immers ook erin dat onder meer uit de wet en uit de aard van de verplichting anders kan voortvloeien. Aangenomen moet worden dat, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, deze uitzondering van toepassing is.

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.

Ten slotte verdient nog opmerking dat ook zonder dat voor de rechter de mogelijkheid bestaat een bevel te geven tot vaststelling van wetgeving in formele zin, degenen te wier bescherming een richtlijn strekt niet iedere rechtsbescherming missen, ingeval de Staat nalaat binnen de gestelde termijn wetgeving tot stand te brengen om het met de richtlijn te bereiken resultaat te verwezenlijken.

In dat geval is de rechter immers gehouden tot richtlijnconforme interpretatie van bestaande wetgeving, terwijl voorts de Staat onder omstandigheden tot schadevergoeding kan zijn gehouden. Indien de richtlijn directe werking heeft - waartoe onder meer is vereist dat de richtlijn een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurig omschreven verplichting aan de lidstaten oplegt en als zodanig aan de burgers rechten jegens

de Staat toekent - kunnen de burgers bovendien daarop een beroep doen en daarin rechtsbescherming vinden.

3.6 Ten aanzien van de vraag of het EG-recht noopt tot een andere beslissing is in de eerste plaats van belang dat volgens het arrest van het HvJEG van 19 november 1991, Jur. 1991 blz. I-5357, NJ 1994, 2 (Francovich), "de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, de volle werking van die bepalingen dient te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten moet beschermen". Aangenomen moet worden dat de taak van de rechter de volle werking van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen 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 (vgl. HvJEG 24 december 1995, Jur. 1995, blz. I-4705, NJ 1997, 116 (Van Schijndel)). Uit hetgeen hiervoor in 3.5 is overwogen, volgt dat de rechter naar Nederlands recht niet bevoegd is de wetgever te bevelen formele wetgeving tot stand te brengen. Opmerking verdient voorts dat volgens art. 228 EG het Hof van Justitie wel kan vaststellen dat een Staat een krachtens het Verdrag op hem rustende verplichting niet is nagekomen, in welk geval deze Staat gehouden is de maatregelen te nemen ter uitvoering van het arrest van het Hof, maar dat in dit artikel niet aan het Hof de bevoegdheid is gegeven een Staat te bevelen formele wetgeving tot stand te brengen. Ook in het licht hiervan kan niet worden aangenomen dat het EG-recht ertoe noopt de Nederlandse rechter de specifieke bevoegdheid toe te kennen de Staat een bevel te geven formele wetgeving vast te stellen, ofschoon deze bevoegdheid hem naar Nederlands recht niet toekomt en zij door het EG-Verdrag ook niet aan de Europese rechter is toegekend. Dit een en ander leidt tot de slotsom dat redelijkerwijs buiten twijfel is dat in het EG-recht geen grond kan worden gevonden voor een andere beslissing.

3.7 Hetgeen hiervoor in 3.5 en 3.6 is overwogen brengt mee dat de beide in 3.4 vermelde vragen ontkennend moeten worden beantwoord, en dat het middel tevergeefs is voorgesteld."

Commentaar

3. De Hoge Raad geeft een ondubbelzinnig antwoord op de vraag naar de verhouding tussen wetgever en rechter in verband met de vraag of een rechter de wetgever kan bevelen tot het maken van wetten in formele zin. De rechter is daar naar Nederlands staatsrecht niet toe bevoegd (r.o. 3.5); het EG-recht maakt dit niet anders (r.o. 3.6). We bespreken eerst de verhouding tussen rechter en wetgever naar nationaal constitutioneel recht, en vervolgens naar de verhouding tussen de EU-constitutie en de nationale constituties.

Het Nederlandse constitutionele recht

4. De stellingname van de Hoge Raad verbaast niet helemaal wanneer we ons beperken tot het nationale constitutioneel recht.

Het arrest past in de lijn die de Hoge Raad recentlijk heeft gevolgd ten aanzien van de houding die de rechter dient in te nemen tegenover het totstandbrengen van formele wetgeving. Twee aspecten moeten onderscheiden worden.

Het eerste is dat van het verbod voor de rechter om de wet te toetsen aan de Grondwet (artikel 120 Grondwet). Dit verbod betreft het *ex post* toetsen van de wet aan de Grondwet en aan ongeschreven rechtsbeginselen als het rechtszekerheidsbeginsel (HR 14 april 1989, Harmonisatiewet). Dit verbod is gebaseerd op de idee van de 'onschendbaarheid van de wet', zoals de Grondwet het vóór 1983 uitdrukte. Het is een bijzonder aspect van de machtenscheiding. Blijkens het klassieke arrest Van den Bergh tegen de Staat (HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248) is het aan de wetgever zelf, dus regering en Staten-Generaal te zamen, overgelaten om te beoordelen of een wet (of nauwkeuriger gezegd: wetsontwerp) met de Grondwet (en algemene rechtsbeginselen) in overeenstemming is. Artikel 94 van de Grondwet maakt hierop een uitzondering, omdat het de rechter gebiedt ook wetten te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale organisaties, en bij geconstateerde strijd de nationale wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten.

Dit alles heeft betrekking op reeds tot stand gekomen wetten. Het is, mede in het licht van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, lange tijd onduidelijk geweest of het de rechter is toegestaan om gaande de wetgevingsprocedure te toetsen of een wetsvoorstel in overeenstemming is met de Grondwet of ongeschreven rechtsbeginselen. Tevens was er onzekerheid over de vraag of het achterwege blijven van wetgeving door de rechter getoetst kon worden. Nog steeds het beste en meest scherpzinnige overzicht van de jurisprudentie terzake is te vinden in het proefschrift van Marlou van Houten, *Meer zicht op wetgeving: rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, 1997, in het bijzonder paragrafen 2.4.5 en 2.4.6, waarnaar ik kortheidshalve verwijs. Met name het arrest HR 19 februari 1993, AB 1993 (onrechtmatig achterwege blijven van een Arubaaanse landsverordening – equivalent van een formele wet – in strijd met toezeggingen van de regering en van de parlementsvoorzitter, hetgeen tot schade leidde) leek te suggereren dat het de rechter vrijstaat om te toetsen wanneer er nog geen wet tot stand is gebracht. Dit bracht Van Houten tot de uiteindelijke conclusie dat het de rechter waarschijnlijk toegestaan is om gaande de wetgevingsprocedure en het uitblijven van wetgeving te toetsen. Sinds dit proefschrift verscheen is de jurisprudentie echter verder geëvolueerd, zoals we zullen zien.

Allereerst dient te worden vastgesteld, dat het ingrijpen door de rechter in het proces van wetgeving – het tweede aspect van de verhouding tussen rechter en wetgever dat we bespreken – strikt genomen niet wordt bestreken door het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Het gaat hier immers niet om het toetsen van de wet, maar om het toetsen van een besluitvormingsproces dat kan uitmonden in het vaststellen van een wet. Deze toetsing, toetsing voorafgaand aan de uitvaardiging van wetgeving, kan nochtans vooral worden gezien in het licht van de uitkomst waartoe het te toetsen besluitvormingsmoment zou leiden: toetsing kan leiden tot een oordeel dat een eventueel tot stand te brengen wet onrechtmatig is. Zoals Van Houten in haar proefschrift opmerkt, is het niet makkelijk met elkaar te rijmen dat de rechter na het totstandbrengen van een wet niet mag oordelen dat zij onrechtmatig is, maar wel over hetzelfde besluit aldus mag oordelen als het nog niet tot stand is gebracht.

Inderdaad ziet de Hoge Raad intussen een en ander in dit perspectief en acht toetsing gaande de besluitvorming omtrent formele wetten ontoelaatbaar, omdat hij meent dat een dergelijk oordeel aan de wetgever, dat wil zeggen de regering en Staten-Generaal gezamenlijk, is voorbehouden, aldus de Hoge Raad in het Tegelen-arrest (HR 19 november 1999, C98/096HR). Omdat de redering van de Hoge Raad in dat arrest ook voor het Waterpakt-arrest van betekenis blijkt, ga ik daar kort op in.

Machtenscheiding

5. Het Tegelen-arrest had betrekking op een gemeentelijke samenvoeging. Gemeenten worden samengevoegd bij wet, maar gemeenten hebben krachtens de Wet Arhi wel inspraak bij de voorbereiding van dat besluit in de vorm van “open overleg” met de provincie die de besluitvorming voorbereidt. Tegelen beweerde dat een dergelijk overleg over opheffing en samenvoeging van de gemeente met een buurgemeente niet “open” was geweest, en spande een kort geding aan tegen de provincie. In cassatie ving de gemeente Tegelen bot:

“[r.o. 3.4] Is een dergelijke wet eenmaal tot stand gebracht, dan komt aan de rechter niet het oordeel toe dat onrechtmatig is gehandeld doordat bij de voorbereiding en de behandeling van die wet terzake gegeven procedurevoorschriften zijn geschonden. De rechter heeft het oordeel van de formele wetgever - de Regering en de Staten-Generaal - over de vraag of die voorschriften in acht zijn genomen, te eerbiedigen.

Met dit stelsel zou niet te rijmen zijn dat de rechter in de loop van de procedure die tot een wet in formele zin leidt, wèl zou kunnen oordelen dat procedurevoorschriften niet in acht zijn genomen en op die grond in het wetgevingsproces zou kunnen ingrijpen, hetgeen zou meebrengen dat 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.

De vraag in hoeverre dit een en ander anders zou zijn indien het gaat om de voorbereiding en behandeling van een wetsvoorstel ten aanzien waarvan wordt aangevoerd dat een of meer bepalingen op grond van art. 94 Gr.w onverbindend zijn omdat zij in strijd zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen of van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, behoeft geen beantwoording, aangezien dit geval zich hier niet voordoet.”

De redenering is dus dat nu het oordeel over de rechtmatigheid van de wet uitsluitend aan de wetgever toekomt, er geen plaats is voor rechterlijke toetsing van enige van de stappen die tot zo'n wet kunnen leiden – zelfs niet wanneer het gaat om gedrag van anderen dan de wetgever zelf, in casu de provincie Limburg, zolang dit gedrag in functie staat van een besluitvormingsproces dat direct verband houdt met wetgeving en beoogt daarin uit te monden.

Het ging in dit geval niet om toetsing van de wet, zomin als om toetsing aan de Grondwet of algemene rechtsbeginselen. Dit is voor sommigen aanleiding geweest om het Tegelen-arrest te bekritisieren. Als ik de critici goed begrijp, is in hun ogen het toetsingsverbod een uitzondering op de algemene toetsingsbevoegdheid van de rechter. In beginsel is het de rechter toegestaan de rechtmatigheid van materiële wetgeving te beoordelen, behalve in het geval dat het gaat om een wet in formele zin die getoetst wordt aan de Grondwet of aan een algemeen rechtsbeginsel (de algemene van beginselen van behoorlijk bestuur daarbij inbegrepen; zie HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251). Deze uitleg van het toetsingsverbod als uitzondering op de algemene bevoegdheid van de rechter, te zamen met het gegeven dat het beoordelen van de rechtmatigheid van onderdelen van besluitvorming die uiteindelijk kan uitmonden in wetgeving – in het geval Tegelen: het gedrag van de provincie Limburg – niet door het toetsingsverbod wordt bestreken, maakt volgens critici dat toetsing van dergelijke onderdelen van het wetgevingsproces voorafgaand aan de wet, toelaatbaar is (aldus bijvoorbeeld Viering, NJB 2000, 548).

De ratio van de benadering van de Hoge Raad is echter niet gelegen in het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, juist omdat het niet gaat om toetsing van een wet aan de Grondwet of aan algemene rechtsbeginselen. Artikel 120 Grondwet wordt dan ook – en terecht – niet door de Hoge Raad genoemd in het Tegelen-arrest. Veeleer is de ratio van de door de Hoge Raad gekozen benadering gelegen in het veel bredere principe van de machtenscheiding zelf, waarvan artikel 120 Grw hooguit een bijzondere afgeleide is. Het gaat bij toetsing gaande de wetgeving niet slechts om een min of meer technisch toetsingsverbod. Het machtenscheidingsbeginsel is een principe dat de betrekkingen tussen de wetgever en de rechter ten principale bepaalt en boven de kwestie van toetsing aan deze of gene maatstaf uitgaat. Het wetgeven is geheel overgelaten aan de wetgever, de rechter kan wetgeving slechts achteraf beoordelen, met inachtneming van de bijzondere grenzen die ook daaraan gesteld zijn. Dit wordt ook tot uitdrukking gebracht in artikel 12 van die ten onrechte zo vaak vergeten Wet op de Algemene Bepalingen der Wetgeving (waar een aantal ten onrechte in de Awb opgenomen regels met betrekking tot regelgeving eigenlijk zouden thuishoren).

6. Een dergelijke benadering spreekt ook uit de overwegingen in het Waterpakt-arrest. Het gaat hier niet om een reeds in gang gezette procedure van wetgeving, maar om het geheel en al uitblijven van wetgeving. De structuur van de redenering in rechtsoverweging 3.5 van het Waterpakt-arrest is gefundeerd op de machtenscheiding en de aard van de wetgevingsactiviteit: wetgeving – zegt de Hoge Raad – is door de Grondwet in artikel 81 opgedragen aan regering en parlement te zamen, terwijl deze activiteit in essentie gebaseerd is op politieke overwegingen. “De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming.” Dit is de opening en kern van wat de Hoge Raad naar voren heeft te brengen en waarvan de Hoge Raad meent dat daar noch op grond van de wet (artikel 3:296 BW bevat een toepasselijke uitzondering op de taak van de rechter bij onrechtmatige daad) noch op grond van

de uitzonderingsbepaling van artikel 94 van de Grondwet, van kan worden afgeweken. Het is, met andere woorden, aan de wetgever om te beslissen al dan niet wet te geven, hetgeen van een veelheid van politieke en juridische afwegingen afhangt; de rechter kan slechts besluiten die tot wetgeving hebben geleid, achteraf en binnen de grenzen van zijn bevoegdheid toetsen aan het recht.

7. De verwijzing naar artikel 94 Grondwet is interessant onder meer vanwege de specifieke betekenis die de Hoge Raad daaraan geeft. Werd in het Tegelen-arrest ten aanzien van strijdigheid met internationale rechtsbronnen nog opengelaten hoe de rechter had te handelen, uit het Waterpakt-arrest blijkt duidelijk dat “buiten toepassing laten” in de zin van artikel 94 van de Grondwet precies betekent wat die woorden aangeven: een bestaand wettelijk voorschrift kan buiten toepassing worden gelaten in het aan de rechter voorgelegde geval wegens strijd met een ieder verbindende bepaling van een verdrag of internationaalrechtelijk besluit; dit maakt geen einde aan het bestaan van het betreffende voorschrift want dat vergt een *actus contrarius* van algemene strekking van de bevoegde regelgever (zie artikel 5 Wet AB). Een bevel tot wetgeving heeft echter een algemene werking. Ook bij strijd tussen een ieder verbindende bepaling en een wettelijke bepaling is er dus geen ruimte voor een bevel tot formele wetgeving.

8. Hier zien we dat de Hoge Raad een duidelijk grens trekt ten aanzien van zijn rechtsvormende taak. Wel heeft de burgerlijke kamer van de HR kans gezien om op basis van bijvoorbeeld artikel 8 EVRM in de sfeer van het personen- en familierecht, in aansluiting op het bestaande wettelijke stelsel, nieuwe regels in het leven geroepen ten aanzien van onder meer ouderlijk gezag en voogdij. Maar de wetgever bij wijze van bevel tot het geven van regels te dwingen, blijkt net die ene stap teveel.

Dat is enerzijds goed te begrijpen wanneer men de idee van machtenscheiding tussen rechter en wetgever ernstig neemt. Te meer wanneer men dit, zoals de Hoge Raad in het Waterpakt-arrest doet, helemaal in de sleutel zet van de inherente politieke aard van (formele) wetgeving. (Voor een recente rechtsvergelijkende studie over de verhouding tussen rechter en wetgever en de *political question* benadering, zie T. Koopmans, *Courts and Political Institutions: a Comparative View*, Cambridge UP 2003, in het bijzonder hoofdstukken 3 en 5; het Tegelen en Waterpakt-arrest leggen een ander accent dan het gestelde in hoofdstuk 4 van dit boek.) Anderzijds liggen bepaalde gevallen nog binnen de grens van rechterlijke rechtsvorming juist omdat er weinig of geen discretionaire bevoegdheid bestaat.

Waarom valt het Waterpakt-arrest niet in die zin uit dat als de rechter zelf rechtsvormend mag optreden, hij dan toch ook aan de wetgever kan opdragen rechtsvormend op te treden?

Het antwoord moet tweeledig zijn, nl. in abstracto en in concreto. In abstracto gaat het evident om het onderwerpen van de wetgever aan de rechter, zelfs in geval de rechter het aan de wetgever overlaat discretionaire keuzes te maken, mits deze maar binnen de grenzen van rechtmatigheid zijn. Een dergelijke onderwerping valt niet te verenigen met het beginsel van machtenscheiding.

Dit is een standpunt dat vanuit een pure rechtsidee te betwisten valt, volhoudend dat de rechter de grenzen van zijn bevoegdheid recht te spreken bij deze vorm van wetgevingsbevel (waarbij discretionaire keuzes aan de wetgever overgelaten blijven) niet overschrijdt, nu dit een puur rechtsoordeel is. Dit leidt op zijn beurt tot de vraag of het wel uitsluitend een pure rechtsvraag is. Puur recht bestaat slechts binnen de rechtstheorie van een Kelsen, zoals deze graag zou toegeven. De beoordeling van een beweerdelijke nalatigheid wet te geven zal vaak leiden tot een specifieke beoordeling van de vraag of en in hoeverre er een dergelijke onrechtmatige nalatigheid bestaat en of wetgeving daarvoor wel of niet een definitieve oplossing biedt, hetgeen vaak mede zal afhangen van een beoordeling van de omstandigheden van het geval en de daarbij betrokken belangen van al dan niet politieke aard. Dit laatste is kennelijk ook wat de HR in gedachten had in het Waterpakt-arrest, gezien de veelvuldige verwijzing naar de verschillen tussen rechterlijke

beoordeling en beoordeling door de wetgever. Daarbij wijst de Hoge Raad op het feit dat zelfs het besluit geen uitvoering te geven aan de richtlijn en het te laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure een duidelijke politieke keuze is.

Hieraan kan men nog toevoegen dat een rechterlijk bevel tot wetgeving waarbij aan de wetgever geheel de keuze wordt gelaten alle relevante discretionaire keuzes te maken, in feite niets toevoegt aan de verplichting die uit EG-richtlijnen voortvloeit tot het stellen van wetgeving. Een dergelijk leeg bevel tot wetgeving is loos in een geval als de Nitraatrichtlijn, waarvan door de regering ondermeer betwist werd of en in hoeverre er wel sprake was van een inbreuk op de richtlijn. Een rechterlijk bevel heeft alleen maar zin indien de rechter de discretionaire bevoegdheid van de wetgever beperkt. In dit geval zou men kunnen zeggen dat het besluit geen wet te geven berustte op politieke overwegingen, waarbij ook een rol speelde dat de regering van mening was dat de formele wetgeving in elk geval deels al voldeed aan de richtlijn – dat leid ik althans af uit een aantal van de stellingnames van de regering voor het HvJEG in de inbreukprocedure.

Dit brengt ons bij overwegingen omtrent de rechterlijke taak meer toegespitst op de casus. Het is waar dat de Nitraatrichtlijn in een aantal opzichten niet altijd een grote discretionaire bevoegdheid laat – maar in hoeverre dat inderdaad zo is, en met name in hoeverre de richtlijn rechtstreeks werkt of jegens partijen als Waterpakt c.s. voldoende precieze aanspraken in het leven roept, staat rechterlijk niet vast, althans niet wat betreft het Hof van Justitie, ook niet na het arrest van het HvJEG van 2 oktober 2003 in de inbreukprocedure C-322/00 – zomin als het geval was na de eerdere uitspraken over inbreuken op de Nitraatrichtlijn door respectievelijk Italië (C-196/97, C-127/99 en C-369/00), Spanje (C-274/98), Frankrijk (C-258/00), Verenigd Koninkrijk (C-69/99), Luxemburg (C-266/00) en Duitsland (C-161/00), de aanhangige zaak tegen Ierland (C-391/01) of de prejudiciële beslissing in zaak C-293/97 (waarin telkens de grote discretionaire vrijheid van de lidstaten wordt benadrukt, zij het op andere punten dan hier aan de orde waren).

Men kan speculeren over de vraag hoe de zaak verlopen zou zijn als het wel geheel over de boeg was gegaan van rechtstreekse werking van de richtlijn of althans voldoende concrete aanspraken van Waterpakt c.s. daaraan ontleend, en de Hoge Raad zulke werking zou aannemen (zoals de Rechtbank deed). Dan had het sterk geleken op een situatie waarin een rechter zelf had moeten voorzien, nu het enkele buiten toepassing laten van de Meststoffenwet uiteraard geen soelaas biedt. Mijns inziens zou de rechter ook dan niet heel veel aanknopingspunten hebben om dergelijke, betrekkelijk technische, milieunormen door rechterlijke rechtsvorming tot stand te brengen (maar misschien onderschat ik de rechter). Een rechterlijk bevel om de wetgever dit zelf te laten doen, lijkt dan juist *de* uitkomst. Maar los van de vraag of dit niet een ledig bevel zou zijn, althans een bevel dat niet meer kan inhouden dan de Richtlijn reeds bepaalt, moet niet vergeten worden hoe gevoelig feitelijk de kwestie van mest in de agrarische sector, en daarmee in de politiek, ligt, ook als we de kwestie van de machtenscheiding daarlaten. Het afwegen van betrokken belangen heeft het politieke leven van ten minste drie ministers van Landbouw zeer lastig gemaakt, waarvan een het bijltje er bij neergooide en ontslag nam. De rechter die dit even in een vonnis oplost, moet inderdaad – om met Dworkin te spreken – een Hercules zijn.

Bovendien de machtenscheiding kunnen we niet terzijde laten. Het gaat, en de Hoge Raad gebruikt alle taal die daarop wijst, om het grote onderscheid tussen recht en politiek, hun vervlechting en de relevante institutionele onderscheidingen die zijn gemaakt om dit probleemcomplex in de constitutionele praktijk hanteerbaar te maken. Dit moge ertoe leiden dat enerzijds de rechter binnen zijn eigen taakopvatting soms tot zelfstandige rechtsvorming overgaat, en deze soms zelfs verreikender is dan dat waartoe een wetgever had besloten of zou besluiten, terwijl anderzijds deze zelfde machtenscheiding hem belet om aan de wetgever op te dragen regels op te stellen waarvan de strekking al geheel en al vaststaat (nl. in een EG-richtlijn). Het is voor zover ik kan beoordelen onderdeel van de Europese constitutionele tradities dat een dergelijke scheidslijn bestaat tussen rechter en wetgever. Mij is althans geen lidstaat van de Europese Unie bekend waar de rechter bevoegd is aan de formele wetgever opdracht geeft

bepaalde en specifieke wetgeving tot stand te brengen. (Wel is er rechtspraak van constitutionele hoven van lidstaten waarbij niet alleen aangegeven wordt dat bepaalde wetgeving in strijd is met de nationale constitutie, maar waarbij tevens wordt aangegeven onder welke omstandigheden een dergelijke strijd niet zou bestaan. Doch dit is geen concreet bevel tot formele wetgeving.)

Bevel tot het uitvaardigen van lagere regelgeving?

9. De Hoge Raad heeft in het Waterpakt-arrest interessant genoeg geen uitspraak gedaan over de mogelijkheid van een rechterlijk bevel tot materiële wetgeving door een lagere regelgever. Dat hoefde de Hoge Raad niet, omdat hij ervan uitging dat in cassatie onbestreden is gebleven dat implementatie wijziging of aanneming van formele wetgeving zou vergen. Tot een *obiter* heeft de Hoge Raad zich niet laten verleiden, ook al stelde het hof dat ook een dergelijk bevel ontoelaatbaar is.

De kwestie is in de rechtspraak onbeslist gebleven. Er zijn bij mijn weten geen uitspraken van Nederlandse rechters die een dergelijk bevel gaven, die de Hoge Raad hebben bereikt. Wel is er ruime jurisprudentie terzake van onrechtmatige lagere regelgeving, waarbij niet alleen schadevergoeding werd toegekend, maar het tevens mogelijk bleek om bij rechterlijk bevel in kort geding een lagere regeling “buiten werking te stellen” wanneer dat voorschrift “onmiskenbaar onverbindend” is (HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360). Opnieuw blijft het mogelijk om een onderscheid te zien tussen het achteraf toetsen van regelgeving en het rechterlijk gelasten van het vaststellen van regelgeving.

Men moet echter goed voor ogen houden dat het hier niet gaat om de verhouding tussen de rechter en wetgever, maar om de verhouding tussen rechter en bestuur. Lagere regelgeving (althans voor zover het gaat om regelgeving op landelijk niveau) geschiedt niet door de wetgever, maar door het bestuur. De verhouding van de rechtsprekende tot de uitvoerende macht is, althans in een stelsel als het Nederlandse, wezenlijk anders dan die tussen rechter en wetgever. Wetgever en bestuur staan ook in een wezenlijk andere relatie tot elkaar. De uitvoerende macht is onderworpen aan de wet die in beginsel door de wetgever wordt gesteld, terwijl de rechter in beginsel bevoegd is toe te zien op deze onderworpenheid, te meer waar het bestuur een andere democratische legitimatie bezit dan de wetgever. Ook in Europeesrechtelijke zaken is er daarom wellicht een minder duidelijke nationale constitutionele barrière tegen een rechterlijk ingrijpen terzake van lagere regelgeving.

10. Ten slotte zij over de machtenscheidingsaspecten nog gewezen op het feit dat het specifiek gaat om een *bevel tot wetgeving* wegens onrechtmatig nalaten van wetgeving. Zoals de Hoge Raad duidelijk maakt, blijft onder omstandigheden de mogelijkheid van *schadevergoeding* of van *richtlijnconforme interpretatie* in geval van onrechtmatig achterwege blijvende implementatie. Dit lijkt ook het hierboven gememoreerde Aruba-arrest te sauveren. Daar ging het immers om het toekennen van schadevergoeding vanwege schending van het rechtszekerheidsbeginsel, in casu veroorzaakt door het achterwege blijven van een toegezegde formele wettelijke goedkeuring van een kredietfaciliteitwaarborg. Bovendien lijkt de Hoge Raad hiermee aan te geven dat Francovic-aansprakelijkheid uiteraard tot de mogelijkheden blijft behoren. *Factortame* en *Brasserie du Pecheur* hadden betrekking op de naar nationaal recht geprivilegieerde positie van de kroon en de formele wetgever, maar niet om een rechterlijk gebod tot wetgeving. *Waterpakt* is daarom geen *Factortame*.

Europees en nationaal constitutioneel recht

11. Dit brengt ons dan eindelijk op het Europees rechtelijke aspect van het arrest. Na te hebben geconcludeerd dat de nationale constitutionele regels omtrent de machtenscheiding in de weg staan aan het geven van een wetgevingsbevel aan de formele wetgever, gaat de Hoge Raad nog na of deze nationale regels en beginselen niet terzijde moeten worden geschoven teneinde het EG-recht zijn volle werking te doen genieten.

Hierbij wees advocaat-generaal Langemeijer op het *Francovic*-arrest, waaruit hij ruimhartig citeert, onder meer de zinsnede dat “het vaste rechtspraak [is] dat de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, de volle werking van die bepalingen dient te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten moet beschermen”. Hij concludeert dat het EG-recht niet in de weg staat aan een vordering van een bevel tot wetgeving door de nationale rechter. Bovendien, en dat lijkt me doorslaggevend, citeert hij uit het *Factortame-I* arrest. Daarin stelde het HvJ “dat met de vereisten welke in de eigen aard van het gemeenschapsrecht besloten liggen, onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden, dat aan de werking van het gemeenschapsrecht wordt afgedaan, doordat aan de rechter die dit gemeenschapsrecht heeft toe te passen, de bevoegdheid wordt ontzegd, daarbij terstond al het nodige te doen om toepassing te onthouden aan de nationale wettelijke bepalingen die, al is het maar tijdelijk, de volle werking van de gemeenschapsregels zouden kunnen verhinderen.” Langemeijer stelt de vraag of dit de nationale rechter verplicht een bevel tot uitvoering van een richtlijn te geven, c.q. de nationale regels die aan dergelijk bevel in de weg staan terzijde te stellen. Omdat dit door het HvJEG niet is beslist, meent de advocaat-generaal dat terzake een prejudiciële vraag moet worden gesteld (paragraaf 2.9).

Tevens meent hij dat als artikel 94 Grondwet of een andere regel – omtrent de scheiding tussen rechterlijke en wetgevende macht – aan de toewijzing van het gevorderde in de weg zou staan, de prejudiciële vraag zou moeten worden gesteld of dit in overeenstemming is met het Gemeenschapsrecht in het bijzonder de gemeenschapstrouw ex artikel 10 EG (paragraaf 2.27).

Ten slotte suggereert de advocaat-generaal bij wijze van alternatief, om *à la Francovic* aan te nemen dat voor een vordering als in het onderhavige geding eigenlijk alleen plaats is als er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht (of als in een inbreukprocedure is vastgesteld dat er sprake is van een schending van Gemeenschapsrecht), te meer nu er tegengestelde belangen van derden in het geding zijn die tot rechterlijke terughoudendheid nopen (paragraaf 2.29-2.31).

12. Dit alles volgt de Hoge Raad niet. Wel wordt dezelfde passage uit *Francovic* aangehaald die wij citeerden, maar meteen wordt daaraan toegevoegd, dat dit handelt over de taak van de rechter binnen het kader van “zijn bestaande bevoegdheden, en dat deze bevoegdheden worden bepaald door het nationale recht”, waarbij verwezen wordt naar *Van Schijndel*.

Nu het nationale recht de rechter niet de bevoegdheid geeft een wetsbevel te geven, is daarmee voor de Hoge Raad zo ongeveer de kous wel af. Wel wordt nog toegevoegd dat ook het Hof van Justitie ex artikel 228 EG geen bevoegdheid heeft om een dergelijk bevel tot lidstaten te richten om wetgeving uit te vaardigen, hetgeen volgens de Hoge Raad buiten twijfel stelt dat er voor een nationale rechter wel zo’n plicht zou bestaan.

Ik denk dat Hoge Raad per saldo wel gelijk heeft, maar dit niet erg goed onderbouwt. Het punt van *Francovic* is natuurlijk dat het in casu ging over het toekennen door het Gemeenschapsrecht van een bevoegdheid aan de rechter die hij in althans een aantal lidstaten *niet* had, namelijk om schadevergoeding toe te kennen voor nalatigheid bij implementatie. *Factortame* bevestigde dit nog ’ns. ’s Hogen Raads argument overtuigt dus niet. Wel is het zo dat in de *Francovic* rechtspraak een Europeesrechtelijk regime in het leven wordt geroepen op het punt van staatsaansprakelijkheid, op basis waarvan die nationale bevoegdheid van de rechter wordt geconstrueerd tot het toekennen van schadevergoeding. Hier geldt eigenlijk het aloude beginsel van de *damni culpa dati reparatio* – voor Hugo de Groot nog een van de natuurrechtelijke beginselen die aan het hele recht ten grondslag liggen – dat mede ten grondslag ligt aan artikel 288, tweede lid, EG. Van enigerlei bevoegdheid voor het Hof tot het geven van een wetgevingsbevel op basis van een inbreuk op Gemeenschapsrecht, hetzij door de instellingen van de EG hetzij door de lidstaten, is echter geen sprake – en in die zin is de verwijzing naar de bevoegdheid van het Hof van Justitie ex artikel 228 EG nog wel vagelijk thuis te brengen. Dat er zo’n gemeenschapsrechtelijke plicht tot het geven

van een wetgevingsbevel zou bestaan of zou worden geconstrueerd, is in het licht van de constitutionele tradities van de lidstaten op dit punt, mijns inziens inderdaad nogal onwaarschijnlijk.

Beter ware het geweest in te gaan op de passage uit *Factortame I* die we hierboven citeerden uit de conclusie van de advocaat-generaal, een passage waarin sterke resonanties van *Simmenthal* (zaak 106/77, 9 maart 1978, Jur. 1978, 629) doorklinken. We weten echter dat het opzij zetten van nationale regels die in de weg staan aan de volle werking van het Gemeenschapsrecht, dat zo categorisch werd geponeerd in *Simmenthal*, intussen tot een wat subtielere benadering is geworden, met name wanneer het gaat over procesrechtelijke zaken. Ik moge wijzen op zaak C-10/97 tot C-22/97, *IN.GO.CE* (zie SEW 1999, pp. 342 e.v. met noot Prechal), waarin *Simmenthal* aanzienlijk wordt genuanceerd met het oog op de taak van de nationale rechter. Het is dan ook juist, zoals de Hoge Raad kennelijk doet, om uit de jurisprudentie van het Hof af te leiden dat het Gemeenschapsrecht in beginsel uitgaat van eerbiediging van de nationale regeling van de bevoegdheid van de rechter. In zekere zin zijn *Francovic* en wat daarop volgde een uitzondering daarop.

Het is een eenzijdige kwalificatie om de Europese rechtsorde uitsluitend en alleen voor te stellen als een volkomen autonome rechtsorde. Integendeel, het succes van de Europese integratie is voor een groot deel afhankelijk van het gegeven dat de Europese rechtsorde en de nationale rechtsordes in elkaar grijpen, elkaar wederzijds veronderstellen, elkaar soms overlappen en in een dynamische relatie tot elkaar staan die principieel is gebaseerd op wederzijdse eerbiediging. Dat dit ook geldt voor de taak en de bevoegdheid van de rechter en de wederzijdse constitutionele verhoudingen als het gaat om zulke fundamentele leerstukken als de machtenscheiding, lijkt mij zo niet het enig juiste, dan toch ten minste een uitstekend te verdedigen standpunt, ook als het gaat om de taak die de nationale rechter vervult bij het handhaven van het Gemeenschapsrecht. Het is in deze sleutel dat men het Waterpakt-arrest moet verstaan.

12. Dit geeft mij aanleiding om een opmerking te maken over artikel 94 Grondwet. In zijn conclusie brengt advocaat-generaal Langemeijer nog naar voren dat het wellicht mogelijk is artikel 94 te beschouwen als de “katrol” via welke men het Gemeenschapsrecht dient te benaderen. Hij wijst dit standpunt af. Dat verbaast niet want dit zou, gezien de bewoordingen van artikel 94 moeilijk te verenigen zijn met de stelling die de Advocaat-Generaal wil betrekken dat de rechter in beginsel, althans onder bepaalde omstandigheden, een wetgevingsbevel moet kunnen geven. Hij voert echter slechts het argument aan van de eigen rechtsorde die het Gemeenschapsrecht vormt – de in Nederland dominante benadering van de vraag hoe het Gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde gelding verwerft. Schrijver dezes hangt het in Nederland ongebruikelijke standpunt aan dat deze heersende leer onjuist is, zowel naar Gemeenschapsrecht als naar Nederlands constitutioneel recht. Ik verwijs voor een bespreking van de verschillende visies korthedshalve naar het tweede hoofdstuk van *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Europa Law Publishing, Groningen 2002. De Hoge Raad laat deze hele kwestie in het midden. Hij verwerpt het argument dat artikel 94 Grondwet naar Nederlands recht de rechter aanleiding zou kunnen geven om een uitvoeringsbevel in de vorm van een wetgevingsbevel uit te vaardigen. Vervolgens stelt hij dat het EG-recht niet tot een andere conclusie noopt.

Dit betekent volgens mij dat naar de mening van de Hoge Raad het EG-recht en artikel 94 Grondwet op dit punt niet met elkaar op gespannen voet staan. Niets meer en niets minder.

13. Ten slotte maak ik een opmerking over de ontwerp-Grondwet voor de Europese Unie, die door de Conventie over de toekomst van Europa gepresenteerd werd. Deze bevat een nieuwe bepaling, die er kennelijk op het laatste moment is ingebracht en waar tot nu toe zeer weinig aandacht voor is geweest – een bepaling die van betekenis is voor het type van problemen dat bij *Waterpakt* aan de orde is.

Het gaat om het nieuwe artikel 28 lid 1 van het eerste, meest constitutionele deel van de ontwerp-Grondwet. Daarin komt de volgende zin voor: ‘De lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om effectieve rechtsbescherming op het gebied van het recht van de Unie te waarborgen.’

Dit is een raadselachtige bepaling, niet alleen omdat geheel onduidelijk is waar deze vandaan komt en wie deze heeft voorgesteld, maar vooral wat daarmee bedoeld kan worden. Het zou, puur tekstueel, kunnen betekenen dat het aan de lidstaten wordt overgelaten dergelijke rechtsmiddelen te waarborgen, en dus dat het Hof niet langer *à la Francovic* allerlei rechtsmiddelen in het leven kan roepen waarvoor geen uitdrukkelijke basis is te vinden in de verdragen. Deze lezing ondersteunt een benadering als van de Hoge Raad in *Waterpakt*. Men kan de nieuwe bepaling echter ook lezen als een specificatie van de bepaling over gemeenschapstrouw (thans artikel 10 EG). In dit geval kan juist het tegenovergestelde bedoeld zijn: nationale rechters kunnen op basis van de nieuwe bepaling allerlei rechtsmiddelen uitvinden die beogen effectieve bescherming te waarborgen, zonder dat deze een nadere basis in het nationale constitutionele recht behoeven – integendeel, het nationale constitutionele recht is irrelevant, want deze EU-Grondwetsbepaling zelf scheidt daarvoor de rechtsbasis. Het moge duidelijk zijn dat deze laatste uitleg zou betekenen dat rechtsbescherming elke andere constitutionele waarborg – ook een waarborg die oorspronkelijk gedacht is als een garantie voor de politieke vrijheid van de burgers tegen despotische overheden, zoals de machtscheiding tussen rechter en wetgever (zie Locke, Montesquieu, en Kant) – irrelevant maakt. Maar misschien is dit al het geval naar Europees recht.

Leonard F.M. Besselink