

# De Guldemond/Noordwijkerhout van het wetgevingsbevel?

## Over Urgenda en constitutioneel procesrecht

O&A 2020/4

### 1. Inleiding

Burgerlijk recht is overal. Maar de wetgever bevelen zijn werk te doen, dat mag zelfs de civiele rechter niet.<sup>2</sup> Dan komen toch, ten langen leste, de grenzen van de trias politica in zicht. Dachten we. Want aan die duidelijke grens lijkt met het recente *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad een einde te komen.<sup>3</sup> Hoewel de Hoge Raad daarin de *Waterpakt*-jurisprudentie ogenschijnlijk overeind laat staan, geeft hij er een invulling aan die de categorische ontkenning van wetgevingsbevelen nu op losse schroeven lijkt te zetten. In deze korte bijdrage gaan we in op twee vragen: is, wat de Hoge Raad in *Urgenda* doet nu echt zo nieuw? En hoe moeten we dat vanuit staatsrechtelijk perspectief beoordelen?

### 2. Duidelijkheid & daadkracht: van Waterpakt tot Urgenda

In 1969 bracht de Hoge Raad de wetgevende functie principieel onder artikel 6:162 BW.<sup>4</sup> Reeds in zijn noot onder dat arrest signaleerde Drion dat daarmee ook bevels- en verbodsacties mogelijk waren geworden. Tussen 1969 en 2003, het jaar waarin *Waterpakt* werd gewezen, gaf de Hoge Raad wisselende signalen af.<sup>5</sup> Met name de lagere rechtspraak was in die periode nog weleens geneigd om, met een (al dan niet impliciet) beroep op effectieve rechtsbescherming, een regelgever opdrachten tot regelstelling te geven.<sup>6</sup> Maar in 2003, in het arrest *Waterpakt*, gooide de Hoge Raad de deur uiteindelijk resoluut in het slot:

‘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 vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming.’<sup>7</sup>

Wat hieraan opvalt, is dat de Hoge Raad de kwestie aanzienlijk fundamenteeler stelt dan voorheen het geval was. Ging het er voor 2003 nog om dat een wetgevingsbevel staatsrechtelijk *onverstandig* was, in *Waterpakt* komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de trias politica zelf en de belangen van derden, zich fundamenteel verzetten tegen onverkort toepassen van artikel 3:296 lid 1 BW op de wetgevende functie. In latere arresten onderstreepte de Hoge Raad zijn principiële positie. Bovendien breidde hij de reikwijdte van de nieuwe harde bovengrens uit: ook een wetgevingsbevel aan decentrale overheden<sup>8</sup> of een bevel gericht op bestuurswetgeving is constitutioneel onaanvaardbaar, zo verduidelijkte hij.<sup>9</sup> Er bleven echter grensgevallen.

De vraag was, bijvoorbeeld, of *Waterpakt* alleen de echte bevelen in de zin van artikel 3:296 lid 1 BW verbiedt, of dat daarnaast nog andere civielrechtelijke *dicta* bestaan die feitelijk op hetzelfde neerkomen en daarom ook ontoelaatbaar zijn. Wat als een eiser om een verklaring voor recht vraagt dat het uitblijven van wetgeving een onrechtmatige daad is? Komt dat niet ook neer op een wetgevingsbevel? In een rechtsstaat kan de overheid immers niet anders dan loyaal uitvoering geven aan een uitspraak.<sup>10</sup> Wie het materiële perspectief op deze vraag kiest, komt tot de conclusie dat bijvoorbeeld ook een verklaring voor recht een wetgevingsbevel is, zij het geen formeel maar een materieel wetgevingsbevel.<sup>11</sup> De Hoge Raad hield echter vol dat een verklaring voor recht uiteindelijk alleen de rechtsverhouding tussen partijen vaststelt.<sup>12</sup> Alleen gebiedende *dicta* kunnen een verboden wetgevingsbevel zijn.

1 Prof. mr. J. (Jerfi) Uzman is hoogleraar staatsrecht bij de Universiteit Utrecht. Prof. mr. G. (Geert) Boogaard is hoogleraar decentrale overheden en universitair docent staats- en bestuursrecht bij de Universiteit Leiden.  
2 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, AB 2004/39, m.nt. Ch. Backes (*Waterpakt/Staat*).  
3 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.  
4 HR 24 januari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4903, NJ 1969/316, m.nt. HD (*Pocketbooks II*).  
5 Daarover: G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel – Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten* (diss. UvA), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 147-149.  
6 Zie bijv. Rb. Den Haag (vzr.), 3 oktober 1977, NJ 1978/170, m.nt. MS; Rb. Den Haag (vzr.), 21 mei 1987, KG 1987/243; Hof Den Haag 10 september 1987, NJ 1988/694 (*Huisartstarieven*); en Hof Den Haag 7 maart 1991, AB 1991/381 (*Advocaten voor advocaten*); Rb. Den Haag (vzr.), 2 november 2000, KG 2000/234.

7 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, AB 2004/39, m.nt. Ch. Backes (*Waterpakt/Staat*), r.o. 3.5.  
8 HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, NJ 2004/679, m.nt. TK (*Faunabescherming/Fryslân*).  
9 HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523, AB 2014/230, m.nt. Boogaard & Uzman (*Staat/Norma*).  
10 Zie Uzman 2013, p. 188-199, *a.w.*, die spreekt van een conventie van constitutionele hoffelijkheid, en R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 253, die e.e.a. afleidt uit de constitutionele goede trouw. Zie ook: G. Boogaard & R.J.B. Schutgens, ‘Na ons de zondvloed? Over de Urgenda-zaak en het beginsel van constitutionele hoffelijkheid bij de oplegging van dwangsommen aan de Staat’, O&A 2019/21 (p. 52-61).  
11 Zie Boogaard 2013, p. 250, die overigens de leer van de Hoge Raad verdedigt, dat een materieel wetgevingsbevel (verklaring voor recht) wél constitutioneel toelaatbaar is, maar een formeel bevel niet.  
12 HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523, AB 2014/230, m.nt. Boogaard & Uzman (*Staat/Norma*), r.o. 4.6.2. Zie ook: concl. A-G Hammerstein 29 november 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1825, r.o. 6.11.

De tweede kwestie waarover na *Waterpakt* nog viel te discussiëren, betreft de vraag hoe expliciet moet zijn dat de overheid een bevel alleen maar kan opvolgen door regels vast te stellen. Met het sluitende net rondom wetgevingsbevelen ontkenden creatieve advocaten steevast moedig dat hun vordering iets met wetgeving te maken had. In het *SGP*-arrest leek de Hoge Raad met dit soort betogen af te rekenen.<sup>13</sup> In die zaak waren 'passende maatregelen' van de Staat tegen de SGP denkbaar waar de wetgever niet aan te pas hoefde te komen, en dus vorderde Clara Wichman een bevel. Zekerheidshalve vorderde Clara Wichmann ook een algemeen verbod om de onrechtmatigheid voort te laten bestaan. Maar onder verwijzing naar de *Waterpakt*-jurisprudentie hield de Hoge Raad in beide gevallen de boot af.<sup>14</sup> Ook bevelende *dicta* die neerkomen op een wetgevingsbevel zijn verboden. De regel uit *Waterpakt*, dat wetgevingsbevelen een constitutionele gotspe zijn, moest dus niet formalistisch, maar – in dit opzicht – juist materieel worden begrepen: de exacte bewoordingen van de vordering waren niet maatgevend. In tegendeel, *Waterpakt*, zo leek het althans, draaide om een algemene terughoudendheid jegens de wetgevende functie.

## 2. Urgenda: aanscherping van het wetgevingsbevel

In het *Urgenda*-arrest gaat het om de tweede kwestie. De Hoge Raad stelt dat het gevorderde reductiebevel niet neerkomt op een verboden wetgevingsbevel. Daarmee volgde hij de feitenrechters en het parket. In de literatuur was men er minder van overtuigd dat dit uiteindelijk wel op wetgeving moest uitdraaien.<sup>15</sup> Nog altijd is opvallend dat eigenlijk niemand erg precies is over de vraag wat er dan moet gebeuren. Daarmee bleef er een aanzienlijk grijs gebied in de waardering van de feiten. Want hoewel iedereen beseft dat het klimaatprobleem met een paar extra elektrische politieauto's niet is opgelost, was de Staat er niet in geslaagd om onomstotelijk vastgesteld te krijgen dat de bevolen reductie uitsluitend met hulp van de wetgever zou kunnen worden gerealiseerd. *Urgenda* daarentegen, liet er in de verschillende stadia van de procedure geen onduidelijkheid over bestaan dat er in haar ogen al veel kon gebeuren zonder dat wetgeving noodzakelijk was. Tegelijkertijd is in politieke, zo niet in staatsrechtelijke zin duidelijk dat het pakket aan maatregelen een zodanige *impact* op de samenleving als geheel zal hebben, dat men de legitieme vraag kan stellen of een dergelijk pakket zónder de tussenkomst van de wetgever nog denkbaar is. De vraag of het door *Urgenda* gevorderde reductiebevel neerkomt op een verboden wetgevingsbevel, vergt dan uiteindelijk een normatieve waardering van het legaliteitsbeginsel. Is iets met de omvang van dit reductiebevel in een democratische rechtsstaat volgens de Hoge

Raad voorstelbaar *zonder* tussenkomst van de democratisch gelegitimeerde wetgever?<sup>16</sup>

Voer voor staatsrechtgeleerden dus? Toch niet. Want in de uiteindelijke redenering van de Hoge Raad maakt het uiteindelijk helemaal niet zo veel meer uit of de maatregelen tot wetgeving nopen. Dat komt omdat de functie van de verboden-wetgevingsbeveldoctrine in *Urgenda* subtiel verschuift ten opzichte van *Waterpakt*. Daar heette het nog dat de vraag 'of, wanneer en in welke vorm wetgeving tot stand komt' een kwestie was van politieke besluitvorming.<sup>17</sup> In de bijzondere context van het EU-recht vond de Hoge Raad het zelfs een politieke zaak of men zou voldoen aan verdragsverplichtingen of het op een inbreukprocedure zou laten aankomen.<sup>18</sup> In het *SGP*-arrest verwijst de Hoge Raad opnieuw naar deze politieke besluitvorming, maar verschuift het object daarvan subtiel naar de inhoudelijke keuze welke maatregel de Staat dan moet nemen.<sup>19</sup> Deze verschuiving stelde in het *SGP*-arrest nog niet zo veel voor omdat daarin ook een algemeen geformuleerd gebod om een eind te maken aan de onrechtmatige situatie niet toewijsbaar werd geacht. In *Urgenda* zetten Gerechtshof en Hoge Raad nog wat sterker aan dat het bevel inhoudelijk geen specifieke maatregelen voorschrijft, laat staan letterlijk gericht is op wetgeving. De zinsnede over de onmogelijkheid van een algemeen geformuleerd gebod is vervangen door een bezwering dat de rechter op grond van artikel 13 EVRM nu eenmaal effectieve rechtsbescherming moet bieden.<sup>20</sup> De *bright-line rule* uit *Waterpakt* als algemene bouwsteen voor de terughoudende rol van de rechter in de trias politica is daarmee van tafel en vervangen door een beperkte en specifieke uitzondering op artikel 3:296 lid 1 BW. De rechter mag alleen geen bevel geven wetgeving *met een bepaalde inhoud* tot stand te brengen.

## 3. Beoordeling

Wat hiervan te vinden? Om te beginnen valt er een parallel te trekken met 1915, toen de Hoge Raad het arrest *Guldemon/Noordwijkerhout* wees.<sup>21</sup> Destijds ging het om de vraag of de burgerlijke rechter bevoegd is om zaken tegen de overheid te behandelen wanneer de achterliggende rechtsverhouding een publiekrechtelijk karakter heeft. Inhoudelijk ging het daarbij vooral om de vraag wie het primaat heeft bij de controle van het bestuur: parlement, bijzondere of burgerlijke rechter. Zoals bekend maakte de Hoge Raad destijds uit dat het object van de rechtsstrijd beslissend is voor de bevoegdheid van de rechter, en niet de achterliggende rechtsverhouding. Daarmee koos de Hoge Raad voor een formele benadering van de vraag of overheidshandelen bij de civiele rechter thuishoort. Van belang is immers alleen dat de

13 HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, O&A 2010, 39 (*SGP*).

14 *Ibid.*, r.o. 4.6.2.

15 Zie bijv. L.F.M. Besselink, 'De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing. *Urgenda* voor het Hof Den Haag', *NJB* 2018/2154, p. 3078-3082.

16 Vgl. bijv. L.F.M. Besselink, 'De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing. *Urgenda* voor het Hof Den Haag', *NJB* 2018/2154, p. 3078-3082.

17 *Waterpakt*, r.o. 3.5.

18 *Waterpakt*, r.o. 3.5.

19 *SGP*, r.o. 4.6.2.

20 Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, r.o. 68-69, resp. HR *Urgenda*, r.o. 8.2.1-8.2.4.

21 HR 13 november 1914, *NJ* 1915/98, W. 9810.

eiser zijn vordering privaatrechtelijk inkleedt.<sup>22</sup> Iets dat Nieuwenhuis ooit de leer van Ali Baba doopte: zodra eiser de juiste toverspreuk uitspreekt, gaat de poort altijd open.<sup>23</sup> Deze leer is met het *Urgenda*-arrest eigenlijk ook van toepassing het verboden wetgevingsbevel.

*Guldemon/Noordwijkerhout* is voorts relevant omdat ook destijds, onder politiek gevoelige omstandigheden, de wens om rechtsbescherming te bieden de vader van de gedachte lijkt te zijn geweest.<sup>24</sup> Een beroep op artikel 13 EVRM *avant la lettre* zogezegd. Toen de rechtsbescherming tegen de overheid na *Guldemon* niet langer een kwestie van bevoegdheid was, moesten de domeinen tussen politiek en (civiele) rechtspraak opnieuw afgebakend worden. We danken er onder meer de leer van de formele rechtskracht aan. Misschien is dan ook wel de belangrijkste conclusie bij het *Urgenda*-arrest dat hernieuwd debat en nieuwe rechtsvorming over de rol van de rechter in onze samenleving noodzakelijker dan ooit is. Tot dusver werd in discussies over de constitutionele rol van de rechter steevast naar de *Waterpakt*-jurisprudentie verwezen om te onderbouwen dat de Nederlandse rechter zich terughoudend opstelt. Die verwijzing is na de formalistische wijze waarop de Hoge Raad in *Urgenda* met zijn eigen precedent uit *Waterpakt* omgaat, een stuk minder overtuigend geworden.

Of dat trouwens erg is, staat te bezien. Want was de wetgevingsbeveldoctrine wel zo geschikt om de verhouding tussen rechter en wetgever af te bakenen? Wanneer de rechter, op basis van het recht, vergaande beleidsdoelen formuleert, dan is de vraag of die tot wetgeving zullen leiden niet de meest prangende vraag. De gevoeligheid van de klimaatzaak zat niet in de eerste plaats in de vraag of hier feitelijk om een wetgevingsbevel werd gevraagd. En zoals *Guldemon/Noordwijkerhout* noopte tot afbakening van het domein van de burgerlijke rechter, zo noopt *Urgenda* dus tot het verder doordenken van een *constitutioneel* procesrecht: de verzameling leerstukken die de respectievelijke domeinen tussen de rechter en de politieke staatsinstellingen afbakenen. Een dergelijke exercitie vergt nieuwe jurisprudentie van de civiele en bestuursrechters, maar bovenal ook constitutionele expertise. Een rechter die de deur open zet voor wetgevingsbevelen moet zich immers ook langzaam beter staatsrechtelijk gaan verantwoorden. Of het stokje overgeven aan een echte constitutionele rechter.

22 Vgl. J. Uzman & G. Boogaard, 'Wetenschappelijk commentaar bij art. 112 Gw', *Nederlandrechtsstaat.nl*.

23 J.H. Nieuwenhuis, noot bij HR 17 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:A08410 (*De Nieuwe Meer*), AA 1986, p. 638 e.v.

24 Vgl. het pleidooi namens *Urgenda* in hoger beroep bij het Hof (te vinden op [www.urgenda.nl](http://www.urgenda.nl)), waarin een soortgelijk punt wordt gemaakt.