



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het rechterlijk bevel en verbod als remedie

Helm, J.J. van der

Citation

Helm, J. J. van der. (2023, May 16). *Het rechterlijk bevel en verbod als remedie*. *Burgerlijk Proces & Praktijk*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3618335>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3618335>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

12. De rol van het rechterlijk bevel en verbod bij een collectieve actie tegen de overheid

12.1 Inleiding

758. Het bepaalde in artikel 3:296 BW is ook op de overheid van toepassing. Er is in het algemeen geen goede reden om aan te nemen dat van de overheid geen nakoming kan worden gevorderd van een reguliere verbintenis of dat het de overheid niet kan worden verboden te handelen in strijd met een rechtsplicht of worden geboden te handelen in overeenstemming met een rechtsplicht. De overheid staat immers niet boven de wet. Tegelijkertijd neemt de overheid een bijzondere positie in als wetgever, handhaver en als (privaatrechtelijke) deelnemer aan het rechtsverkeer. Juist omdat de overheid zoveel taken en bevoegdheden heeft wordt de blik al snel naar de overheid gewend als er een maatschappelijk probleem is dat moet worden opgelost. De keerzijde van die medaille is dat juist de vele bevoegdheden en (soms tegenstrijdige) plichten die de overheid heeft ook ertoe leiden dat die overheid een zekere beleidsruimte toekomt.⁹⁹⁹

759. Door de opkomst van de zogenaamde *Public interest litigation* (PIL), procedures in het algemeen belang, zal het belang van het bevel aan de overheid om een bepaalde (beleids)handeling te verrichten sterk kunnen toenemen.¹⁰⁰⁰ Het veelkoppige karakter van het overheidshandelen brengt echter mee dat in meer gevallen dan bij niet-overheidsoptreden een uitzondering op het uitgangspunt van artikel 3:296 BW moet worden aanvaard. Ik werk dat hierna uit, specifiek gericht op het bevel en verbod. Ik begin evenwel met het onderzoeken van de positie van de collectieve actie in zaken tegen de overheid.¹⁰⁰¹ Juist bij zaken tegen de overheid zal het vaak gaan om belangen die grote groepen mensen raken en zal er reden kunnen zijn die belangen te bundelen.

760. Voordat ik dat doe, maak ik (op hoofdlijnen) een meer algemene opmerking over de ontvankelijkheid van individuen en collectiviteiten bij de burgerlijke rechter. Zoals bekend, is de burgerlijke rechter *bevoegd* wanneer aan een vordering een aanspraak of een burgerlijk recht ten grondslag wordt gelegd.¹⁰⁰² Een eiser die tegen een overheidshandeling kan opkomen door bestuursrechtelijke rechtsmiddelen toe te passen, wordt bij de burgerlijke rechter echter niet-ontvankelijk verklaard. Hij is aangewezen op de rechtsbescherming die de bestuursrechter biedt.¹⁰⁰³ Dat geldt ook als zo'n burger, om een ingang te vinden bij de bestuursrechter, een bestuursbesluit moet afwachten of moet uitlokken en als hij slechts door op te komen tegen zo'n bestuursbesluit, een algemeen verbindend voorschrift waarop dat besluit berust, kan laten toetsen door middel van de zogenaamde exceptieve toetsing.¹⁰⁰⁴

761. Een belangenorganisatie die bij de burgerlijke rechter wil opkomen tegen een algemeen verbindend voorschrift, zal in het verlengde hiervan niet-ontvankelijk worden verklaard als zij daarbij slechts opkomt voor de gebundelde belangen van individuen die een ingang hebben bij de bestuursrechter. De Hoge Raad overwoog dat in een dergelijk geval, met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, moet worden aangenomen dat de verbindendheid van de onderliggende regelgeving alleen door de individuen bij de bestuursrechter kan

⁹⁹⁹ Hierover nader Van der Helm 2019A, p. 49.

¹⁰⁰⁰ Hierover: Bauw 2018.

¹⁰⁰¹ Zie uitvoeriger over de algemeen belang acties in Nederland: Schutgens & Sillen 2021. Voor de Belgische situatie: Kruithof 2021.

¹⁰⁰² HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773, *NJ* 1916, p. 407, (*Guldemon/Noordwijkerhout*). Meest recent: HR 16 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1866.

¹⁰⁰³ Datzelfde geldt overigens als er een andere gespecialiseerde rechtsgang open staat, zoals die bij de beroepscommissie van de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming.

¹⁰⁰⁴ Zie bijvoorbeeld HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *NJ* 2016/262, m.nt. H.J. Snijders (*Privacy First/Staat*); HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, *AB* 2016/268, m.nt. F.J. van Ommeren en C.N.J. Kortmann (*SCAU/Universiteiten*).

worden aangevochten. Dat is slechts anders als de belangenorganisatie ook een eigen belang stelt, naast dat van de betrokken individuen.¹⁰⁰⁵

762. De mogelijkheid voor een belangenorganisatie om bij de burgerlijke rechter op te komen voor een bepaald belang of tegen een algemeen verbindend voorschrift, is hierdoor in belangrijke mate beperkt. In veel gevallen waarin de overheid betrokken is, zal de mogelijkheid bestaan een bestuursrechtelijk besluit uit te lokken en een ingang bij de bestuursrechter te vinden. Als een belangenorganisatie niet ook een eigen belang stelt, zal zij terzake de gebundelde belangen van anderen, niet-ontvankelijk worden verklaard. Schutgens & Sillen wijzen er terecht op dat de belangenorganisatie die een algemeen verbindend voorschrift wil aanvechten in dergelijke gevallen met lege handen staat: zij kan noch bij de burgerlijke rechter, noch bij de bestuursrechter terecht.¹⁰⁰⁶

12.2 Het belang van het rechterlijk bevel en verbod bij collectieve acties

763. Op grond van artikel 3:305a BW, in werking getreden op 1 juli 1994 en met ingang van 1 januari 2020 ingrijpend veranderd, kan een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij die belangen althans ingevolge haar statuten behartigt en die belangen voldoende zijn gewaarborgd. Vrijwel alle vorderingen zijn op grond van dit artikel mogelijk, dus ook die tot een rechterlijk bevel en verbod, mits de vordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen die zich aldus voor bundeling lenen.¹⁰⁰⁷ Artikel 3:305a BW maakt ook geen onderscheid tussen rechtsvorderingen die berusten op een overeenkomst en rechtsvorderingen die berusten op een onrechtmatige daad.¹⁰⁰⁸ Ook in zoverre is er alle ruimte voor een vordering strekkende tot een rechterlijk bevel of verbod en zijn belangenorganisaties in staat om op te treden in zaken waar bijvoorbeeld het individuele belang klein is, maar het totale belang aanzienlijk kan zijn.

764. Een vordering op grond van artikel 3:305a BW kon tot voor kort niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. De wet Afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) heeft geleid tot een ingrijpende wijziging van artikel 3:305a BW.¹⁰⁰⁹ De wet voorziet in één regime voor collectieve acties, maakt (behalve bij vorderingen met een ideëel belang, lid 6) een vordering strekkende tot schadevergoeding mogelijk en stelt aan de rechtspersoon nadere eisen op het gebied van representativiteit, governance en financiering.¹⁰¹⁰ Die eisen zijn geformuleerd als ontvankelijkheidseisen, waarop in het nieuwe zesde lid van artikel 3:305a BW een uitzondering wordt geformuleerd voor gevallen waarin de rechtsvordering wordt ingesteld met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon of van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, daartoe aanleiding geeft. Wanneer toepassing wordt gegeven aan deze uitzondering, kan de vordering evenwel niet strekken tot schadevergoeding in geld.

765. Op grond van het nieuwe zesde lid kan, zoals ik zojuist al aanstipte, ook de aard van de vordering van de rechtspersoon of van de personen tot bescherming van wier belangen de

¹⁰⁰⁵ HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, *NJ* 2012/241, m.nt. H.J. Snijders (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*); HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *NJ* 2016/262, m.nt. H.J. Snijders (*Privacy First/Staat*).

¹⁰⁰⁶ Schutgens & Sillen 2021, p. 175.

¹⁰⁰⁷ *Kamerstukken II* 1991/1992, 22486, 3, p. 23. In de memorie van toelichting wordt het rechterlijk bevel en verbod op meerdere plaatsen genoemd. De eis dat het moet gaan om gelijksoortige belangen brengt tot uitdrukking dat het moet gaan om belangen die zich voor bundeling lenen. Zie Asser/Rensen 2-III 2017/196. Het begrip ‘bundeling van belangen’ werd door de Hoge Raad gebruikt in het arrest van 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, *NJ* 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*Nieuwe Meer*).

¹⁰⁰⁸ HR 2 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1433, *NJ* 1995/369.

¹⁰⁰⁹ *Kamerstukken* 34608. Het wetsvoorstel is gepubliceerd in het Staatsblad als wet van 20 maart 2019, *Stb.* 2019, 130. De wet is met ingang van 1 januari 2020 van kracht geworden (*Stb.* 2019, 447).

¹⁰¹⁰ Hierover nader: Kortmann 2018.

rechtsvordering strekt, aanleiding geven af te wijken van de nieuwe ontvankelijkheidseisen in lid 2 (meer specifiek: sub a-e). Deze uitzondering is van belang omdat het dan veelal gaat om vorderingen die strekken tot bescherming van een algemeen (ideeël) belang. Als voorbeeld in de parlementaire toelichting is het Clara Wichmann proefprocessenfonds met name genoemd. Volgens de minister zet dit fonds zich in voor de verbetering van de positie van vrouwen, een ideeël doel, en kan dit rechtvaardigen dat de rechter besluit dat niet aan de nieuwe strenge ontvankelijkheidseisen behoeft te worden voldaan.¹⁰¹¹

766. Ook niet-ideële belangen kunnen vanzelfsprekend in een collectieve actie door een bevel of een verbod worden gediend. Een vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst is één van de mogelijkheden die artikel 3:305a BW kent en die zal worden geformuleerd als een bevel tot nakoming. In de parlementaire toelichting is in dit verband als voorbeeld genoemd de vordering die ertoe strekt dat een fabrikant een constructiefout bij een in serie vervaardigd product herstelt.¹⁰¹² Ook kan worden gedacht aan een vordering van omwonenden die zich richten tegen de onrechtmatige uitstoot van een naastgelegen fabriek. Die vordering kan een ideële aard hebben (luchtkwaliteit), maar wanneer aan die vordering mede een waardedaling van de huizen ten grondslag wordt gelegd is er ook een evident materieel belang. Ook dat belang mag in een collectieve actie worden gediend door een belangenorganisatie.¹⁰¹³ Ook is denkbaar dat een belangenorganisatie een vordering instelt die ertoe strekt een einde te maken aan een inbreuk op het mededingingsrecht.¹⁰¹⁴ Ook een dergelijke vordering zal kunnen leiden tot een verbod of bevel.

12.3 Groepsacties en algemeen belang-acties

767. Collectieve acties kunnen worden onderscheiden in groepsacties en algemeen belang-acties.¹⁰¹⁵ Groepsacties zijn acties waarbij de personen om wier belangen het gaat zijn te individualiseren. Bij algemeen belang-acties is dat niet het geval, omdat zij zijn gericht op een algemeen belang dat in principe een ieder aan gaat en welk belang slechts door die collectiviteit kan worden afgedwongen. Een vordering die ertoe strekt dat bepaald overheidsbeleid onverbindend wordt verklaard is in principe een algemeen belang-actie. Te denken valt bijvoorbeeld aan de vorderingen die zich richtten tegen de coronamaatregelen van de overheid. Dat geldt dan zowel voor vorderingen die tot uitgangspunt namen dat die maatregelen niet ver genoeg gingen als voor vorderingen die tot uitgangspunt namen dat die maatregelen te ver gingen.

768. Ook andere ideële doelen zullen kunnen worden nagestreefd door een algemeen belang-actie. Reeds in het arrest *Nieuwe Meer* overwoog de Hoge Raad dat de belangen die waren betrokken bij de vordering die in wezen strekte tot het verkrijgen van een verbod tot verdere aantasting van het milieu, zich leenden voor bundeling.¹⁰¹⁶ Een vergelijkbare overweging is te vinden in een arrest van 18 december 1992.¹⁰¹⁷ Milieubelangen zijn ook nadrukkelijk genoemd in de parlementaire toelichting op artikel 3:305a BW.¹⁰¹⁸

769. Dat een dergelijke algemeen belang-actie in de regel zal leiden tot een vordering strekkende tot een rechterlijk bevel of verbod volgt veelal uit de aard van de zaak. Bij een dergelijke vordering

¹⁰¹¹ *Kamerstukken II* 2017/2018, 34608, nr. 6, p. 21.

¹⁰¹² *Kamerstukken II* 1991/1992, 22486, nr. 3, p. 24.

¹⁰¹³ Ik laat hier buiten beschouwing de mogelijkheid dat er bestuursrechtelijke opties zijn om tegen die uitstoot op te komen.

¹⁰¹⁴ Hierover: Zippro 2009, p. 492.

¹⁰¹⁵ Frenk 1994, p. 6. Asser/Rensen 2-III 2017/197.

¹⁰¹⁶ HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, *NJ* 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*Nieuwe Meer*).

Rensen wijst erop dat er in deze zaak ‘bijkomende omstandigheden, publiekrechtelijke voorschriften (waren) waartegen als het ware werd “aangeleund”.’ Zie Asser/Rensen 2-III 2017, 197.

¹⁰¹⁷ HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, *NJ* 1994/139, m.nt. C.J.H. Brunner en M. Scheltema (*Natuur en Milieu*).

¹⁰¹⁸ *Kamerstukken II*, 1991/1992, 22486, nr. 3, p. 1 en 21-23.

gaat het immers om het verrichten of nalaten van een bepaalde handeling waarbij alle betrokken personen hetzelfde belang hebben en welk belang niet te ontleden is in even zoveel rechtsverhoudingen als er betrokkenen zijn.¹⁰¹⁹ Dat in een dergelijk geval het rechterlijk bevel of verbod de aangewezen maatregel is, ligt in zoverre voor de hand dat uitsluitend door een rechterlijk bevel of verbod aan de bestreden gedraging een eind zal kunnen worden gemaakt of een uitblijvende gedraging zal kunnen worden afgedwongen. Juist daarin verschilt het rechterlijk bevel of verbod van een verklaring voor recht, die op zichzelf ook in een algemeen belang-actie aan de orde kan zijn.¹⁰²⁰

12.4 De algemeen belang-actie nader beschouwd

770. Het algemeen belang wordt van oudsher in de eerste plaats gediend door de overheid en het particuliere belang door het individu.¹⁰²¹ Bij het algemeen belang gaat het om een belang dat een ieder in de maatschappij raakt of in ieder geval een grote groep burgers die zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden.¹⁰²² Het staken van de gaswinning in Groningen is zo'n algemeen belang. Weliswaar heeft niet iedereen in Nederland bij die staking baat, maar wel een grote groep burgers in het winningsgebied.¹⁰²³ De te verzinnen voorbeelden van algemene belangen die onderwerp van een civiele procedure kunnen zijn, zijn legio. Zo beschouwde de stichting Viruswaan in het staken van de door de overheid genomen corona-maatregelen als een algemeen belang en kon zij op grond daarvan procederen tegen die maatregelen. Met dat voorbeeld is ook gegeven dat het feit dat niet iedereen het eens is met de (doel)stellingen van een rechtspersoon, niet betekent dat zij zich niet voor het algemeen belang inzet. Nieuwenhuis omschreef het al eens treffend zo dat de belangen van alle burgers 'buitelen en botsen als wespen in hun nest.'¹⁰²⁴

771. Tegenover het algemeen belang staat het individuele belang. Daarbij gaat het om belangen van individuen: de nakoming van een overeenkomst, een vordering tot schadevergoeding of een vordering die strekt tot het verkrijgen van een bevel of verbod ter bescherming van een eigen subjectief recht. Indien meerdere individuen een vergelijkbare vordering hebben (denk aan vorderingen tegen een bank wegens een tekortschietende advisering bij een financieel product) leidt de bundeling van dergelijke individuele belangen wel tot een groepsactie, maar niet tot een algemeen belang actie. De optelsom van vele individuele belangen is nog geen algemeen belang. Schutgens omschrijft het verschil daarom zo: bij een collectieve actie (door mij zojuist aangeduid als groepsactie) zijn er individuen aan te wijzen jegens wie onrechtmatig wordt gehandeld (of jegens wie wanprestatie is gepleegd, die onverschuldigd hebben betaald) en die daarom op eigen naam hadden kunnen procederen. Bij een algemeen belang-actie geldt dat niet.¹⁰²⁵ Een andere omschrijving sluit daarbij aan: bij een algemeen belang-actie ontbreekt het beroep op een bijzonder, individueel belang of subjectief recht, respectievelijk op een bundeling van dergelijke belangen of rechten.¹⁰²⁶ Dat sluit overigens niet uit dat een individu op komt voor een algemeen belang. Om bij het voorbeeld van klimaatbescherming te blijven: het algemene belang dat daarmee gemoeid is raakt ook het individu en een individu hoeft geen rechtspersoon op te richten of anderszins een collectiviteit te vormen om daarvoor in rechte op te komen.

¹⁰¹⁹ Frenk 1994, p. 152.

¹⁰²⁰ Vgl. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 16.

¹⁰²¹ Kruithof wijst erop dat de overheid die het recht uitvoert, niet enig belang nastreeft, maar slechts respect voor de wet afdwingt. Zie Kruithof 2021, p. 92.

¹⁰²² Zie over de betekenis in België: Kruithof 2021, p. 78 e.v.

¹⁰²³ Het winnen van dat gas werd overigens lange tijd ook als een algemeen belang gezien, maar ik laat dat aspect onbesproken reeds omdat het weinig aannemelijk is dat er een collectieve actie zou worden ingesteld die tot een dergelijke winning strekt.

¹⁰²⁴ Nieuwenhuis 1998, p. 4.

¹⁰²⁵ Schutgens 2012, p. 211.

¹⁰²⁶ Heldeweg, Schlössels en Seerden 2000, p. 43.

772. Indien een fabriek giftige stoffen uitstoot in een kleine straal rondom die fabriek waar ik nooit kom, kan ik daar in principe niet tegen op komen omdat ik daarbij geen (particulier) belang heb. De overheid zou, ervan uitgaande dat die uitstoot niet vergund is, handhavend kunnen optreden in het algemeen belang, maar ik heb mij daar in principe niet mee te bemoeien, althans niet uit hoofde van mijn eigen belangen. Maar als ik een stichting opricht die zich volgens haar statuten inzet voor de schone lucht (in een zekere straal rondom die fabriek), kan die stichting mogelijk ook, dus naast of in plaats van de overheid, opkomen tegen die uitstoot. Dat lijkt raar omdat op die manier soms heel politieke vraagstukken op het bureau van de civiele rechter komen.¹⁰²⁷ Brunner verzette zich hier in zijn noot onder het *Kuunders*-arrest al tegen.¹⁰²⁸ Hij merkte op dat het algemeen belang exclusief wordt behartigd door de overheid die, indien zij schade lijdt of dreigt te lijden ook op grond van een onrechtmatige daad daartegen bij de civiele rechter kan opkomen. Brunner meende daarom dat wij er beducht voor moeten zijn vorderingsrechten toe te kennen aan rechtspersonen die ‘als plaatsvervaarders van de overheid civielrechtelijk op naleving van de wet toezien.’ Het algemeen belang diende volgens hem dan ook niet te worden aangemerkt als een door artikel 6:162 BW beschermd belang. Nieuwenhuis daarentegen bekeek het vraagstuk breder en vanuit rechtstatelijk perspectief: ook de bewakers moeten worden bewaakt. De onderworpenheid van ook de overheid aan het recht brengt mee dat moet worden geaccepteerd dat ook die overheid onrechtmatige daden kan plegen en dat zij niet op voorhand gevrijwaard dient te blijven van civielrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁰²⁹ Of die civielrechtelijke aansprakelijkheid ook dient te kunnen worden afgedwongen door een belangenorganisatie in een algemeen belang-actie is vanzelfsprekend weer een andere vraag. Hoe dan ook zullen hetzij door een individuele actie die betrekking heeft op een belang dat meer mensen raakt, hetzij door een algemeen belang actie politiek gevoelige zaken op het bord van de rechter kunnen komen. Daarbij kan het overheidshandelen ook worden getoetst aan de open normen van artikel 6:162 BW. Daardoor kan er rechterlijk optreden plaatsvinden op basis van een weging van belangen die volgens sommigen eigenlijk bij de politiek thuis hoort.¹⁰³⁰ Een dergelijk rechterlijk optreden kan ook nodig zijn in situaties waarin de wet niet voorziet of in situaties waarin er uitleg van de wet of supranationale normen dient plaats te vinden.

773. De kritiek die wordt geuit op rechters die ‘zich bemoeien’ met politieke kwesties hangt vaak samen met de visie die bestaat op de inrichting en onderlinge verhouding van de staatsmachten. Wie een volledige scheiding der machten voorstaat, zal gruven bij de gedachte dat een rechter moet oordelen over vraagstukken die ook, of misschien zelfs primair, politiek van aard zijn. Wie vindt dat er veeleer een evenwicht tussen de machten bestaat, en niet een strikte scheiding, zal daar genuanceerder naar kijken. In beide visies is het de rechter die, geconfronteerd met een zaak, daarvoor niet kan weglopen (artikel 13 Wet algemene bepalingen).

774. De gedachte dat *uitsluitend* de overheid het algemeen belang behoort te behartigen is in mijn visie stellig achterhaald. Het is juist dat primair de overheid belast is met de behartiging van het algemeen belang. Maar de overheid is ook belast met de bescherming van de rechten van individuen die gezamenlijk eveneens een algemeen belang kunnen vormen. Dat kunnen subjectieve vermogensrechten zijn, maar ook fundamentele rechten die uit supranationale regelingen voortvloeien. De overheid kan daarbij tekort schieten, niet alleen wanneer hij de rechten van de burgers aantast, maar ook wanneer hij tekort schiet in zijn taak om de rechten van burgers te waarborgen, bijvoorbeeld door de rechten van anderen te beknotten. In een rechtsstaat past het niet dat een schending van rechten van individuen door de overheid moet worden geaccepteerd louter omdat die rechten ook een algemeen belang vormen met de behartiging waarvan de overheid is belast. Indien de overheid daarbij

¹⁰²⁷ Zie voor een opiniërende kanttekening hierbij Teunissen 2008. Zie over dit onderwerp nader: Schutgens 2012.

¹⁰²⁸ HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, *NJ* 1994/139 (*Natuur en Milieu*), m.nt. M. Scheltema en C.J.H. Brunner.

¹⁰²⁹ Nieuwenhuis 1998, p. 15.

¹⁰³⁰ Hierover: Heldeweg, Schlössels en Seerden 2000, p. 36/37.

tekort schiet, dient zij daarop te kunnen worden aangesproken. Als de rechter het overheidshandelen of -nalaten toetst aan het recht bedrijft hij geen politiek, maar voert hij zijn kerntaak uit. Of, zoals Schutgens het stelt, in een goed werkende rechtstaat krijgen de politieke ambten per definitie af en toe een rechterlijke tik op de vingers.¹⁰³¹ Wanneer die toepassing van het recht de politiek niet bevalt, kan de politiek het recht veranderen.¹⁰³²

12.5 De ontwikkeling van de algemeen belang-actie in de jurisprudentie

775. Het uitgangspunt dat een algemeen belang door een belangenorganisatie aan de burgerlijke rechter kan worden voorgelegd is, behalve in artikel 3:305a BW, in de jurisprudentie inmiddels ook ruimschoots aanvaard. Die ontwikkeling zette zich al in voordat artikel 3:305a BW van kracht werd.

776. In het al genoemde arrest *Nieuwe Meer* ging het om een aantal milieuverenigingen die vorderden dat de gemeente Amsterdam het storten van bagger afkomstig uit de Amsterdamse grachten in de Nieuwe Meer zou staken zolang de daarvoor vereiste vergunningen niet waren afgegeven.¹⁰³³ De Hoge Raad oordeelde dat tot uitgangspunt dient dat de enkele doelomschrijving van een rechtspersoon deze weliswaar nog niet bevoegd maakt om ter zake van aantasting van de belangen waarvan zij blijkens die omschrijving de behartiging op zich heeft genomen, bij de burgerlijke rechter een vordering in te stellen, maar dat zich op dat uitgangspunt een uitzondering voordeed. Daarbij werd van belang geacht dat de belangen die in het geding waren zich voor ‘bundeling’ leenden, maar bovendien – en dat is voor het onderwerp van dit boek van belang – dat een efficiënte rechtsbescherming tegen een dreigende aantasting van die belangen ‘niet onaanzienlijk (zou) kunnen worden bemoeilijkt’ indien een dergelijke bundeling niet mogelijk zou zijn.¹⁰³⁴ De reden daarvoor is dat de gevolgen van een aantasting van de beschermde (milieu)belangen een grote groep burgers raakt, terwijl de gevolgen van een eventuele aantasting ten aanzien van ieder van die burgers zich moeilijk laten voorzien. Een duidelijke erkenning dus van de noodzaak uit het oogpunt van rechtsbescherming om een algemeen belang-actie te kunnen instellen. Dit arrest maakt bovendien duidelijk waarom er een noodzaak is om (een collectiviteit van) burgers daartoe bevoegd te achten: het was een overheidsorgaan dat de te bundelen belangen schond, zodat niet erop kon worden gerekend dat de geschonden belangen door diezelfde overheid zouden worden beschermd.

777. Op de overwegingen in het arrest *Nieuwe Meer* is voortgebouwd in de zaak *Kuunders / Natuur en Milieu*.¹⁰³⁵ In die zaak werd door een aantal milieuorganisaties geprocedeerd tegen een varkensboer, dus niet tegen een overheidslichaam. Ook in die zaak werd evenwel de vraag aan de orde gesteld of de milieuorganisaties ontvankelijk waren in hun vorderingen bij de burgerlijke rechter. Het hof had nauw aangesloten bij de overwegingen van de Hoge Raad in het *Nieuwe Meer*-arrest en de overwegingen van het hof waren daarom ook volgens de Hoge Raad, juist. Opnieuw ging het hier om een algemeen belang-actie die gericht was op bescherming van het milieu en waarbij de overheid tegen de gestelde aantasting niet optrad.

778. De arresten *Nieuwe Meer* en *Kuunders* waren vooraf gegaan door het *LSV*-arrest, waarin het ging om de vraag of de LSV, een organisatie van medisch specialisten, een voldoende belang had om namens medisch specialisten beschikkingen krachtens de prijzenwet aan te vechten. Dat belang werd

¹⁰³¹ Schutgens 2020.

¹⁰³² Ik realiseer mij vanzelfsprekend dat het niet altijd zo zwart-wit ligt als ik het nu schets. Toepassing van het recht betekent ook toepassing van open en soms vage normen, al dan niet door reflexwerking van niet rechtstreeks werkende (niet bindende) internationale normen. Die zijn niet eenvoudig aan te passen. Hierover nader: Van der Helm 2019A en Schutgens 2020, die het aldus uitdrukt dat de rechter ‘een beetje met normen kan toveren.’

¹⁰³³ HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, *NJ* 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (*Nieuwe Meer*).

¹⁰³⁴ Aldus ook Brunner in zijn noot onder HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, *NJ* 1994/139, m.nt. M. Scheltema en C.J.H. Brunner (*Natuur en Milieu*).

¹⁰³⁵ HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, *NJ* 1994/139, m.nt. M. Scheltema en C.J.H. Brunner (*Natuur en Milieu*).

aangenomen en daarbij werd mede betekenis toegekend aan het feit dat ‘het noch in het belang van de Staat, noch in het belang van de goede rechtspleging zou zijn, wanneer allerhande individuele medische specialisten omtrent de beschikkingen eigen procedures aanhangig zouden maken.’ Het belang van een efficiënte rechtspleging speelde dus ook in dit arrest al een rol, maar de vraag wanneer een belangenorganisatie een algemeen belang-actie aanhangig kan maken niet.¹⁰³⁶

779. Voor de positie van de belangenorganisatie in een algemeen belang-actie is het *SGP*-arrest belangrijk.¹⁰³⁷ Interessant aan die zaak is onder meer dat door de Clara Wichmann-Stichting een belang werd gediend van vrouwen die dat belang zelf niet gediend wilden zien worden. Dat bracht de Staat onder meer tot de conclusie dat de Clara Wichmann-Stichting niet-ontvankelijk behoorde te worden verklaard omdat het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het verbod van discriminatie op grond van geslacht niet samenviel met het veel beperktere belang van de specifieke groep vrouwen om wie het ging. Dat betoog faalde omdat de in artikel 3:305a BW gestelde eis van gelijksoortigheid inhoudt dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. De Clara Wichmann-Stichting behartigt ingevolge haar statuten de belangen waarvoor zij in de procedure op kwam, namelijk het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het grondrecht op gelijke behandeling door optreden van de Staat tegen discriminatie wegens geslacht. En omdat het de Clara Wichmann-Stichting te doen was om het handhaven van dat grondrecht, was voldaan aan de eis van gelijksoortigheid. Dat een specifieke groep vrouwen de actie van de Clara Wichmann-Stichting niet wenste, is dan niet doorslaggevend vanwege het algemene karakter van het belang van alle burgers in Nederland waarvoor wordt opgekomen.¹⁰³⁸

780. Het belang van de algemeen belang-actie is evident geworden door de *Urgenda*-zaak.¹⁰³⁹ Urgenda is een stichting die zich ten doel stelt transitieprocessen naar een duurzame samenleving te stimuleren en te versnellen. Zij zet zich, met andere woorden, in voor milieudoelstellingen. Urgenda heeft een bodemprocedure tegen de Staat aanhangig gemaakt die ertoe strekte dat aan de Staat een bevel zou worden gegeven om de CO₂-uitstoot met een zeker percentage terug te dringen. Zij zette zich daarmee niet alleen in voor de huidige bewoners van Nederland en in andere landen, maar ook voor toekomstige bewoners van Nederland en andere landen. Rechtbank en hof wezen de vordering toe.

781. De Hoge Raad stelde voorop dat Urgenda als belangenorganisatie die op komt voor de belangen van ingezetenen van Nederland een beroep kan doen op de voor de Staat uit de artikelen 2 en 8 EVRM voortvloeiende verplichtingen. Die belangen zijn immers voldoende gelijksoortig en lenen zich voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van hen wordt bevorderd. Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat juist bij milieubelangen de rechtsbescherming door een dergelijke bundeling van belangen bij uitstek efficiënt en effectief is. Die overweging is mede in de sleutel van artikel 13 EVRM gezet.

782. Dat Urgenda als belangenorganisatie een algemeen belang-actie kon voeren, was in de procedure niet werkelijk in geschil. Uit het vonnis van de rechtbank is af te leiden dat de Staat niet betwistte dat Urgenda ontvankelijk is wanneer zij namens de huidige generatie Nederlanders opkomt tegen de emissies van broeikasgas van het Nederlandse grondgebied.¹⁰⁴⁰ Evenmin betwistte de Staat dat de reductievordering van Urgenda behoort tot de vorderingen die met artikel 3:305a BW mogelijk zijn gemaakt. De Staat heeft zich bovendien gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank ten aanzien

¹⁰³⁶ HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD5666, *NJ* 1984/360 (*LSV*).

¹⁰³⁷ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

¹⁰³⁸ Schutgens & Sillen noemen dit ‘wat paternalistisch.’ Zie Schutgens & Sillen 2021, p. 169.

¹⁰³⁹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41 (*Urgenda*).

¹⁰⁴⁰ Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*).

van de vraag of Urgenda ontvankelijk was voor zover zij op komt voor toekomstige generaties. De Staat stelde zich alleen op het standpunt dat Urgenda niet ontvankelijk is voor zover zij op komt voor de belangen van huidige of toekomstige generaties in andere landen. De rechtbank verwierp dat laatste betoog op grond van het feit dat Urgenda op grond van haar statuten op komt voor een belang dat de landsgrenzen naar zijn aard overschrijdt.

783. In de procedure bij het hof heeft de Staat een grief gericht tegen het oordeel dat Urgenda ook kan opkomen voor toekomstige generaties binnen Nederland en personen en toekomstige generaties buiten Nederland. Het hof heeft geoordeeld dat de Staat bij die grief geen belang had omdat de vordering van Urgenda reeds toewijsbaar was voor zover Urgenda op komt voor de huidige generatie Nederlanders, respectievelijk personen die zijn onderworpen aan de rechtsmacht van de Staat in de zin van artikel 1 EVRM.¹⁰⁴¹

784. Wat in ieder geval niet in geschil was (afgezien van de meer principiële vraag of de rechter zich op dat terrein mocht begeven), was het (procedurele) feit dat een belangenorganisatie door middel van een rechterlijk bevel kan afdwingen dat de Staat vergaande maatregelen neemt op een gebied dat typisch tot een algemeen belang behoort. *Urgenda* is daarmee het voorlopige sluitstuk van de ontwikkeling van de algemeen belang-actie tegen de overheid.¹⁰⁴² Daarmee is niet gezegd dat vraagstukken die ook een politieke lading hebben, in volle omvang op het bordje van de civiele rechter komen te liggen. *Urgenda* maakt ook dat duidelijk. Ik kom daar hierna op terug.

12.6 Behartiging van gelijksoortige belangen

785. Uit artikel 3:305a BW volgt dat een stichting of vereniging met volledige rechtspersoonlijkheid een collectieve vordering ten behoeve van bepaalde belangen kan instellen, voor zover zij althans die belangen ingevolge haar statuten behartigt. Dit is een tweeledige eis: niet alleen moeten de te behartigen doelstellingen in de statuten zijn geformuleerd, maar ook moeten activiteiten op dat gebied daadwerkelijk worden ontplooid.¹⁰⁴³ Of, zoals in de parlementaire toelichting is opgenomen, ‘de vlag moet de lading wel dekken.’¹⁰⁴⁴ Die eis gaat overigens niet zo ver dat al activiteiten op het gebied van de belangenbehartiging moeten zijn genomen. Uit de oprichting en de daarvoor vereiste activiteiten kan al volgen dat de organisatie zich de belangen aantrok. Een ad hoc-organisatie kan dus toegang hebben tot de burgerlijke rechter.¹⁰⁴⁵ Een beperking ligt wel in de eis die aan de statuten kan worden gesteld. De omschrijving van het te behartigen belang in die statuten mag niet zo ruim zijn dat vrijwel ieder belang daaronder kan vallen. Een algemeen belang-organisatie moet daarom een voldoende specifiek omschreven algemeen belang behartigen, en niet ‘het algemeen belang’ in abstracto. Dit belang moet vervolgens ook in voldoende mate met de ingestelde rechtsvordering worden gediend.¹⁰⁴⁶

786. De te behartigen belangen moeten bovendien gelijksoortig zijn. In het *SGP*-arrest overwoog de Hoge Raad met betrekking tot dit vereiste dat het inhoudt dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. Omdat het in die zaak ging om het

¹⁰⁴¹ Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda*).

¹⁰⁴² De rechtbank Den Haag wees inmiddels vonnis in een collectieve actie tegen Shell. Tegen dat vonnis is hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Den Haag. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

¹⁰⁴³ Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 20. Vgl. Rb. Den Haag 5 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10645. Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 20.

¹⁰⁴⁴ Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 20 en 21.

¹⁰⁴⁵ Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 20 en 23.

¹⁰⁴⁶ Schutgens & Sillen 2021, p. 166.

handhaven van een grondrecht, een algemeen belang van alle burgers in Nederland, werd aan de eis van gelijksoortigheid voldaan.¹⁰⁴⁷

787. Opmerking verdient dat door de vroegere wettekst niet was vereist dat de rechtspersoon die in de collectieve actie optreedt, representatief is.¹⁰⁴⁸ In een arrest van 26 februari 2010 heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk overwogen dat het feit dat een deel van de personen ter bescherming van wier belangen de collectieve actie strekt, niet instemt met (het doel van) de rechtsvordering of zelfs een tegenovergesteld standpunt inneemt, niet eraan in de weg staat dat wordt geoordeeld dat de vordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen.¹⁰⁴⁹ In de parlementaire toelichting op de vroegere wettekst is ten aanzien van de eis van representativiteit opgemerkt dat die niet met zoveel woorden is gesteld, maar impliciet is terug te vinden ‘in de verschillende deelaspecten van de regeling.’¹⁰⁵⁰ Het werd daarom niet nodig geacht de eis van representativiteit met zoveel woorden op te nemen. Het ontbreken van die representativiteitseis betekende strikt genomen ook dat een belangenorganisatie op eigen initiatief zich een belang kan gaan aantrekken van derden die daarvan misschien helemaal niet gediend zijn. Tegelijkertijd kon een organisatie zich de belangen aantrekken van personen die daartoe zelf niet in staat zijn en die mogelijk niet weten van de mogelijkheden die daartoe in Nederland bestaan.¹⁰⁵¹

788. Thans is in artikel 3:305a lid 2 BW de eis van representativiteit met zoveel woorden opgenomen en uitgewerkt. De eis van representativiteit is een uitwerking van de in lid 1 gestelde eis dat de ‘belangen van andere personen’ voldoende zijn gewaarborgd. In lid 2 is opgenomen wanneer dat het geval is en de representativiteit is een onderdeel daarvan. Uit lid 2 volgt dat de representativiteit wordt getoetst aan de hand van het criterium ‘gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen’.

789. De ontvankelijkheidscriteria van het tweede lid zijn nadrukkelijk bedoeld ter bescherming van de personen om wier belangen het gaat. De ontvankelijkheidscriteria vormen een ‘filter’ dat moet voorkomen dat ‘de collectieve (schadevergoedings-)actie een vrijplaats wordt voor commercieel ingestelde organisaties, die de belangen van de personen voor wie zij opkomen op de tweede plaats hebben staan.’¹⁰⁵² Met de eis van representativiteit gaat het om de ‘mate waarin een belangenorganisatie als representatief voor deze groep gedupeerden kan worden gezien.’¹⁰⁵³ Een aspect dat daarbij een rol kan spelen is het aantal aangesloten gedupeerden en de omvang van hun vorderingen ten opzichte van het totaal aantal gedupeerden van een massagebeurtenis en de door hen gevorderde schadevergoeding. Met andere woorden: er zal een beeld moeten ontstaan van de groep mensen die door een bepaalde gebeurtenis is getroffen en van de (tot die grotere groep behorende) groep mensen die door de belangenorganisatie wordt vertegenwoordigd. De bedoeling is nadrukkelijk om te voorkomen dat een belangenorganisatie zonder achterban een vordering kan instellen. Zij moet kwantitatief voor een voldoende groot deel van de gedupeerden opkomen.¹⁰⁵⁴ Het is daarbij overigens niet uitgesloten dat meerdere belangenorganisaties voldoende representatief zijn. Uit die belangenorganisaties zal de rechter een zogenaamde exclusieve belangenbehartiger kunnen aanwijzen (artikel 1018e Rv).

¹⁰⁴⁷ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. A.E. Alkema (*SGP*).

¹⁰⁴⁸ In de huidige wettekst is die eis wel gesteld, zie lid 2. Zie hierover onder meer Van Deursen & Vetzo 2021.

¹⁰⁴⁹ HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Snijders (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*).

¹⁰⁵⁰ Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 21.

¹⁰⁵¹ Vgl. Gerechtshof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1664 (*We gaan ze halen*). In deze zaak kwam een Stichting op voor niet nader bepaalde asielzoekers in Griekse en Italiaanse opvangcentra, die van de hele procedure geen weet hadden.

¹⁰⁵² Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 18.

¹⁰⁵³ Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 18.

¹⁰⁵⁴ Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 19.

790. Bij een algemeen belang-actie zal de vordering veelal gericht zijn op de bescherming van een ideëel belang, en dus niet strekken tot vergoeding van schade. Bij het tot stand komen van de oorspronkelijke regeling is die mogelijkheid al onder ogen gezien. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is destijds opgenomen dat met een collectieve actie kan worden opgekomen voor belangen die mensen rechtstreeks raken, of die mensen zich vanuit een bepaalde overtuiging hebben aangetrokken. Het doet daarbij niet ter zake dat niet ieder lid van de samenleving evenveel waarde aan deze belangen hecht. Mogelijk is zelfs dat de belangen waarvoor men met de procedure wenst op te komen in botsing komen met de ideeën en opvattingen van andere groeperingen in de samenleving.¹⁰⁵⁵ Dat alles werd geen bezwaar geacht.

791. Ik heb hiervóór (randnummer 765) al uitgewerkt dat artikel 3:305a lid 6 BW erin voorziet dat de rechter een belangenorganisatie ontvankelijk kan verklaren zonder dat is voldaan aan de vereisten van artikel 3:305a lid 2, subonderdelen a-e en lid 5. De vordering moet dan een ideëel doel hebben of een heel beperkt financieel belang, en mag niet strekken tot schadevergoeding. Ook kan een uitzondering op de ontvankelijkheidseisen worden gemaakt wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon als bedoeld in lid 1 of van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, daartoe aanleiding geeft. In veel gevallen zullen procedures die tegen de overheid worden gevoerd een ideëel doel hebben en zal er dus ruimte zijn om deze uitzondering toe te passen. Niet voor niets is in de toelichting op lid 6 opgenomen dat ‘het doel van lid 6 is ruimte te laten voor collectieve acties die in beginsel niet zijn gericht op het verkrijgen van schadevergoeding.’¹⁰⁵⁶

792. Het is de vraag of met de uitzondering van lid 6 ook het vereiste van representativiteit overboord kan worden gezet.¹⁰⁵⁷ De eis van representativiteit staat immers in de aanhef van lid 2, terwijl de uitzondering betrekking heeft op de subonderdelen a-e. De toelichting spreekt in meer algemene zin van een uitzondering op lid 2, maar dat is te verklaren door het feit dat het oorspronkelijke wetsvoorstel dat ook deed.¹⁰⁵⁸ Voor een meer algemene uitzondering op de (alle) ontvankelijkheidseisen pleit dat lid 6 is bedoeld om ruimte te laten voor collectieve acties die niet zijn gericht op schadevergoeding. In dergelijke gevallen zal het vaak niet eenvoudig zijn te bepalen wat de groep mensen is die door een bepaald belang wordt geraakt en voor welk deel daarvan een belangenorganisatie op komt. Daar staat echter het volgende tegenover. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was een uitzondering voorzien op de ‘leden 2, 3 en 5’, dus zonder de beperking ‘subonderdelen a-e’. Volgens dat oorspronkelijke wetsvoorstel had de uitzondering dus ook betrekking op de eis van representativiteit. De latere beperking tot de subonderdelen a-e is in de wettekst terecht gekomen door een amendement.¹⁰⁵⁹ In de toelichting op het amendement is te lezen dat het ertoe strekt ervoor te zorgen ‘dat de massaschadeprocedure niet openstaat voor vorderingen door onrepresentatieve rechtspersonen met winstoogmerk zonder band met Nederland.’ Strikt naar de tekst van de wet genomen geldt de eis van representativiteit daarmee ook voor ideële belangenorganisaties. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde inmiddels in deze zin.¹⁰⁶⁰

793. Een strikte toepassing van de representativiteits eis kan bij ideële belangen echter tot problemen leiden. De representativiteit moet volgens lid 2 immers worden getoetst aan ‘de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen.’ Die tweede toetssteen valt bij ideële belangen weg, zodat ‘de achterban’ resteert. Het is nog niet eenvoudig te bepalen hoe moet worden vastgesteld of een

¹⁰⁵⁵ Kamerstukken II 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 22.

¹⁰⁵⁶ Kamerstukken II, 207-2018, 34608, nr. 6, p. 21.

¹⁰⁵⁷ Hierover: Schrama & Bosselaar 2021.

¹⁰⁵⁸ Kamerstukken II, 2016-2017, 34608, nr. 3, p. 29. Zie ook Kamerstukken II, 2017-2018, 34608, nr. 6, p. 21. Zie ook Oving 2020, p. 12.

¹⁰⁵⁹ Kamerstukken II, 2018-2019, 34608, nr. 14.

¹⁰⁶⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177. Het arrest is in stand gelaten door HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:347, *RvdW* 2022/301, maar de Hoge Raad behoefde over deze vraag niet te oordelen.

belangenbehartiger representatief is, als diens achterban niet kan worden afgezet tegen een grotere groep mensen met eenzelfde belang.¹⁰⁶¹ De al genoemde *SGP*-zaak maakt dat duidelijk.¹⁰⁶² Uit het arrest van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de Clara Wichmann Stichting niet representatief was voor ‘vrouwen die zich eventueel voor de SGP kandidaat zouden willen stellen’. Die vrouwen wensten immers de actie van de Clara Wichmann Stichting niet (4.3.2 van het arrest). Dat was geen probleem omdat Clara Wichmann zich inzette voor een grondrecht dat van belang is voor alle burgers van Nederland. Dat was ongetwijfeld waar, maar daarmee is toch niet gezegd dat de Clara Wichmann Stichting op die grond representatief was voor alle burgers in Nederland, of in ieder geval voor een groot deel daarvan. Een belangrijk deel van de Nederlanders zal het passieve kiesrecht in algemene zin, en dat voor SGP-leden in het bijzonder, koud laten. En Deursen & Vetzo wijzen erop dat de Stichting Viruswaarheid opkomt ‘voor het behoud van de democratische rechtstaat’.¹⁰⁶³ Met dat doel zullen maar weinigen in Nederland het oneens zijn, maar toch zou ik niet willen aannemen dat de Stichting Viruswaarheid representatief is voor alle Nederlanders. Zij is ongetwijfeld wel representatief voor haar eigen achterban (als die al is vast te stellen). Maar als dat de toets is, heeft die weinig toegevoegde waarde. Voor iedere overtuiging kan immers wel een achterban worden gevonden.

794. De oplossing moet wat mij betreft van geval tot geval worden gezocht. Het amendement dat heeft geleid tot wijziging van het voorgestelde lid 2 had duidelijk een beperkend doel. De vrees van de indieners van het amendement was dat het voorgestelde lid 6 ‘de deur open (zet) voor vorderingen mét winstoogmerk en/of vorderingen zónder nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer, terwijl een afdoende rechtvaardiging daarvoor ontbreekt.’ Die vrees rechtvaardigt niet om iedere ideële actie langs een strenge representativiteits-lat te leggen. Dan zou het kind met het badwater worden weggegooid.

12.7 De bijzondere positie van de overheid bij bevel- en verbodsacties

795. Het feit dat de drempel voor een algemeen belang-actie niet hoog is, betekent vanzelfsprekend niet dat de toewijzing van een bevel of verbod tegen de overheid geen sinecure is. De positie van de overheid verklaart dat in belangrijke mate. Het is immers de overheid die het beleid maakt en uitvoert en daarbij tot op zekere hoogte beleidsruimte heeft. Ik werk dat uit.

796. Het begrip ‘beleidsvrijheid’ of ‘beleidsruimte’ komt¹⁰⁶⁴, gelet op het takenpakket van de overheid, regelmatig voor wanneer de aansprakelijkheid van de overheid in het geding is, bijvoorbeeld wanneer de wet- en regelgevende bevoegdheden van de overheid aan de orde zijn,¹⁰⁶⁵ de bevoegdheden van de overheid als toezichthouder¹⁰⁶⁶, de overheid als instantie die straffen ten uitvoer legt¹⁰⁶⁷ of als speler op het terrein van het buitenlands beleid.¹⁰⁶⁸ Maar ook in het kader van de aansprakelijkheid voor opstallen of de aansprakelijkheid van waterschappen wordt het begrip

¹⁰⁶¹ Zie bijvoorbeeld de strikte toepassing in Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177, waarin het hof overwoog dat er geen informatie over de achterban was verstrekt.

¹⁰⁶² HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

¹⁰⁶³ Deursen & Vetzo 2021. Inmiddels oordeelde het Gerechtshof Den Haag dat in een specifieke zaak niet vastgesteld kon worden dat de Stichting Viruswaarheid voldeed aan de representativiteitseis. Zie Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643.

¹⁰⁶⁴ Ik gebruik in navolging van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Hoge Raad de termen ‘beleidsruimte’ en ‘beoordelingsruimte’ in plaats van beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid. Een overheidsorgaan opereert immers niet in volledige vrijheid, maar heeft de ruimte om een keuze tussen verschillende beleidsalternatieven te maken. Wie de lagere jurisprudentie bekijkt ziet dat de term ‘beleidsruimte’ nog niet goed is ingeburgerd.

¹⁰⁶⁵ Bijvoorbeeld: Gerechtshof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1736.

¹⁰⁶⁶ Bijvoorbeeld: HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, *NJ* 2015/217; HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527 (*Vie d’or*) en HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, *NJ* 2017/372 (*asbest*).

¹⁰⁶⁷ Bijvoorbeeld: Rb. Den Haag (vzr.) 30 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9411.

¹⁰⁶⁸ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002/217, m.nt. T. Koopmans (*Kernwapens*).

beleidsruimte of het begrip beoordelingsruimte regelmatig gehanteerd.¹⁰⁶⁹ Beleidsruimte is iets anders dan beoordelingsruimte: bij beoordelingsruimte gaat het om de bevoegdheid van de overheid om te beoordelen of zich het geval voordoet waarvoor de betrokken bevoegdheid is gegeven.¹⁰⁷⁰

797. Het begrip beleidsruimte is noch in de wet, noch in de jurisprudentie gedefinieerd. Het is nauw verbonden met en afhankelijk van de grote hoeveelheid taken die de overheid heeft uit te voeren en de keuzes die bij die uitvoering zijn te maken. Beleidsruimte geeft aan dat er grenzen zijn waarbinnen de overheid vrij moet zijn om naar eigen inzicht te handelen.¹⁰⁷¹ Voor zover die grenzen niet zijn getrokken bij de wettelijke omschrijving van de overheidstaak, worden deze bepaald door de aard van die taak en de omstandigheden waaronder deze moet worden volbracht.¹⁰⁷² Beleidsruimte kan dus voortvloeien uit de regels die worden toegepast en die de overheid ruimte laten om hetzij op de ene, hetzij op de andere manier die regels ten uitvoer te leggen, maar beleidsruimte kan ook samenhangen met het feit dat er afwegingen van politieke aard moeten worden gemaakt. Tenzij die afwegingen dwingend worden ingevuld door (hoger) recht, dient de rechter de overheid daarbij ruimte te laten. Beleidsruimte brengt aldus mee dat de overheid ruimte nodig heeft om zó te handelen als de omstandigheden gebiedt.¹⁰⁷³ Beleidsruimte brengt ook mee dat de rechter niet of slechts zeer terughoudend oordeelt over de wijze waarop de overheid haar bevoegdheden binnen die beleidsruimte toepast. Al in de *Landsmeer*-arresten overwoog de Hoge Raad dat, als de overheid gebruik maakt van een discretionaire bevoegdheid zij ‘*bij de afweging van de daarbij in aanmerking komende belangen in beginsel vrij is naar eigen inzicht de rangorde dier belangen te bepalen en overeenkomstig dat inzicht te beslissen*’.¹⁰⁷⁴ Voor de burgerlijke rechter bestaat dan slechts ruimte om in te grijpen indien de overheid de bevoegdheid aanwendt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven, of indien de overheid bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen. Die laatste toets legde de Hoge Raad ook aan in het arrest *Hirsi Ali*, dat betrekking had op de vraag of de Staat jegens andere bewoners van een appartementencomplex onrechtmatig handelde door in het complex een appartement voor te beveiligen personen – in dit geval: *Hirsi Ali* – in te richten.¹⁰⁷⁵ Ook ten aanzien van het toezicht door de Arbeidsinspectie stond ter beoordeling van de burgerlijke rechter slechts of de Arbeidsinspectie in ‘*redelijkheid tot haar beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen*’.¹⁰⁷⁶

798. Volgens Snijders betekent het bestaan van beleids- en beoordelingsruimte dat de beslissing van en de beoordeling door de overheid als zodanig slechts marginaal kan worden getoetst door de rechter.¹⁰⁷⁷ Die marginale toetsing brengt mee dat moet worden getoetst of het betrokken overheidsorgaan in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Sieburgh komt juist tot de conclusie ‘*dat naar huidige opvatting het aan de overheid toekennen van een zekere beleidsvrijheid niet impliceert dat het overheidsoptreden slechts marginaal kan worden getoetst; zie uitdrukkelijk in deze zin HR 9 november 2001, NJ 2002/446 (Van den Berg/Waterschap de oude Rijnstromen)*’, zij het dat zij een kentering bespeurt in de meer recente jurisprudentie.¹⁰⁷⁸ Hartlief zegt het in zijn noot onder het *Wilnis*-arrest zo: ‘*Kern van de zaak is, in beide visies, dat naar mate de overheid meer beleidsvrijheid heeft, de rechter minder ruimte heeft om zijn oordeel over wat juist optreden was in de*

¹⁰⁶⁹ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T.Hartlief (*Wilnis*). Zie bijvoorbeeld ook HR 9 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4240, NJ 1982/332, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bargerbeek*). Zie ook de toelichting op art. 6:174 BW: PG Boek 6 (Inv. 3,5 en 6), p. 1394.

¹⁰⁷⁰ G. Snijders, Mon. BW A26a/15.

¹⁰⁷¹ Hierover ook: Smith & Kloosterhuis 2022.

¹⁰⁷² HR 29 maart 1940, NJ 1940, p. 1128 (*Heldenkermis*).

¹⁰⁷³ Asser / Sieburgh, 6-IV 2019/358 en de daar genoemde jurisprudentie.

¹⁰⁷⁴ HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:161, NJ 1964/202 en 204 (*Landsmeer*).

¹⁰⁷⁵ HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7463, NJ 2007/3 (*Hirsi Ali*).

¹⁰⁷⁶ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372 (*asbest*).

¹⁰⁷⁷ G. Snijders, Mon. BW A26a/15.

¹⁰⁷⁸ Asser / Sieburgh, 6-IV, 2019/358 en de daar genoemde jurisprudentie.

*plaats te stellen van dat van de overheid.*¹⁰⁷⁹ Omgekeerd betekent dit dat, naarmate de overheid *minder* vrijheid heeft, er ook minder aanleiding voor de burgerlijke rechter zal zijn om terughoudend te toetsen.

799. De beleidsruimte van de overheid kan ook een rol spelen bij de toetsing van niet-formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen. Omdat die toetsing niet vaak tot een rechterlijk bevel of verbod zal leiden (een wetgevingsbevel is immers niet toegestaan, zie paragraaf 12.9) volsta ik op dit punt met een verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 24 september 2021, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de in eerdere arresten voorgeschreven toetsingsintensiteit van niet-formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen, overeen komt met de wijze waarop de bestuursrechter daarover oordeelt.¹⁰⁸⁰

12.8 Wat betekent het bestaan van beleidsruimte voor het bevel en verbod?

800. Het bestaan van beleidsruimte heeft belangrijke consequenties voor de toewijsbaarheid van een rechterlijk bevel en verbod tegen de overheid. Met name zaken op het gebied van het buitenlands- en defensiebeleid laten dat zien.

801. Voordat ik de relevante jurisprudentie bespreek, roep ik daarbij in herinnering dat artikel 3:296 BW betrekking heeft op verbintenissen en andere rechtsplichten. Als de overheid wordt aangesproken op het gevoerde beleid, zal de vordering meestal gebaseerd zijn op een gesteld onrechtmatig handelen. Hiervóór, bij de bespreking van de vraag of artikel 3:296 BW een discretionaire vrijheid voor de rechter in het leven roept, heb ik die vraag ontkennend beantwoord, maar ook uiteen gezet dat de rechter wel vrijheid heeft om een bepaald handelen al dan niet onrechtmatig te oordelen of een bepaalde overeenkomst uit te leggen op een wijze die hem vrijheid geeft bij het al dan niet opleggen van een bevel of verbod.

802. Voor de beleidsruimte van de overheid geldt iets dergelijks. Het al dan niet bestaan van beleidsruimte raakt niet de vraag of de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft, maar het raakt de vraag of er voor de overheid een bepaalde rechtsplicht geldt. Om dat te concretiseren: ter bestrijding van de verspreiding van het coronavirus heeft de Staat verschillende maatregelen kunnen nemen en genomen. De eerste vraag bij het toetsen van die maatregelen is vanzelfsprekend of er voor het nemen van die maatregelen een wettelijke bevoegdheid bestaat.¹⁰⁸¹ Als een wettelijke bevoegdheid voor het nemen van een maatregel ontbreekt, speelt beleidsruimte geen rol. De vraag of zo'n bevoegdheid bestaat, behoeft door de rechter ook niet terughoudend te worden getoetst. Als er wel een dergelijke bevoegdheid bestaat, en de Staat op meerdere manieren van die bevoegdheid gebruik kan maken, is de keuze voor het ene of het andere middel niet zonder meer onrechtmatig. Het gegeven dat de Staat daarbij beleidsruimte heeft, staat daaraan in de weg. Met andere woorden: het aanwenden van het ene middel in plaats van het andere brengt niet zonder meer een handelen in strijd met een rechtsplicht mee. De Haagse voorzieningenrechter heeft bij zijn toets van verschillende corona-maatregelen steeds die beleidsruimte tot uitgangspunt genomen:

'Bij de beoordeling van dat standpunt wordt vooropgesteld dat aan de Staat een ruime beoordelingsvrijheid ("margin of appreciation") toekomt bij de keuzen die hem uit het oogpunt van algemeen belang nodig of gewenst voorkomen, in het bijzonder als het gaat om preventieve maatregelen op het gebied van gezondheid (vgl. EHRM 4 januari 2008, Shelly/VK, nr. 23800/06). Deze vrijheid om (politieke) keuzen te maken, beperkt de vrijheid van de voorzieningenrechter in de toetsing van de noodzaak daarvan. De besluiten die de regering in dit kader neemt, zijn voortdurend onderwerp van politiek debat en afwegingen op dit gebied behoren bij uitstek tot het

¹⁰⁷⁹ Hartlief in zijn noot onder HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 (Wilnis).

¹⁰⁸⁰ HR 21 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, NJ 2022/7 (opt-out system Amsterdam).

¹⁰⁸¹ V.z. Rb. Den Haag 31 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1343 (ontbreken wettelijke grondslag voor PCR-test Nederlanders).

*domein van de uitvoerende macht. Dit brengt met zich dat de civiele rechter – en temeer de rechter in kort geding – zich zeer terughoudend dient op te stellen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de Staat op dit punt. Er is – anders dan Viruswaarheid c.s. kennelijk menen – geen plaats voor een eigen, “volle” afweging door de burgerlijke rechter. Zo heeft de rechter niet de taak om naar eigen inzicht belangen te wegen of waarde toe te kennen aan wetenschappelijke adviezen. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat aldus niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten de nu nog geldende maatregelen voort te laten duren, is plaats voor rechterlijk ingrijpen.*¹⁰⁸²

803. Zolang de Staat binnen die grenzen van zijn beleidsruimte blijft, is er van schending van een rechtsplicht geen sprake en kan er dus geen rechterlijk bevel of verbod aanhakend op een schending, worden uitgesproken.¹⁰⁸³ De discussie over de beleidsruimte is daarmee niet alleen een discussie over de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid tot het opleggen van een bevel en verbod, maar ook en primair een discussie over de grenzen van de rechtsplichten van de overheid.

804. Uit oudere jurisprudentie kan de betekenis van de beleidsruimte voor het rechterlijk bevel en verbod eveneens worden afgeleid. In een arrest van 21 december 2001 was de vraag aan de orde of een verklaring voor recht kon worden gegeven die ertoe strekte dat – zeer sterk samengevat – het gebruik van kernwapens door de Staat onrechtmatig is en of dergelijk gebruik de Staat zou kunnen worden verboden.¹⁰⁸⁴ Hoewel het arrest ook in de sleutel van het belang bij de vordering staat, is het relevant voor een onderzoek naar de rol van het rechterlijk bevel en verbod tegen de overheid. De Hoge Raad overwoog dat de ingestelde vorderingen betrekking hadden op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, ‘welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval.’ De burgerlijke rechter zal daarom ‘een grote mate van terughoudendheid’ aan de dag moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie ‘die in de toekomst zouden kunnen worden verricht, reeds thans als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken.’ Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat het niet aan de burgerlijke rechter is om politieke afwegingen te maken, terwijl de burgerlijke rechter de Staat op voorhand voldoende ruimte dient te laten voor het maken van deze politieke afwegingen aan de hand van thans niet te voorziene concrete omstandigheden van het geval, ‘en deze ruimte zo min mogelijk op voorhand te beperken door het opleggen van een verbod waarbij deze omstandigheden niet in aanmerking kunnen worden genomen.’ De Hoge Raad laat daarmee aan de Staat de nodige ruimte om beleidsmatige afwegingen op het terrein van het buitenlands beleid en het defensiebeleid te maken. De rechter kan daar slechts met de grootste terughoudendheid in treden. De grote ruimte die de Staat wordt gelaten, betekent dat hij niet snel zal handelen in strijd met een op hem rustende rechtsplicht. In het verlengde daarvan zal de rechter ook niet snel een bevel of verbod kunnen opleggen. Dat betekent niet dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft, maar het betekent slechts dat de Staat een grote beleidsruimte heeft. De vrijheid ligt, met andere woorden, niet bij de rechter, maar bij de Staat.

805. In een relatief kort daarna gewezen arrest van 6 februari 2004 ging het om de vraag of het de Staat verboden moest worden steun te verlenen aan de door de VS ontplooid militaire acties in Afghanistan.¹⁰⁸⁵ De Hoge Raad stelde voorop dat de vorderingen betrekking hadden op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie en herhaalde dat dergelijk beleid ‘in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de

¹⁰⁸² V.zr. Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856 (*Viruswaan*).

¹⁰⁸³ Vgl. ook Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285 (*avondklok*). Volledigheidshalve zij opgemerkt dat ik deel uitmaakte van de combinatie die dit arrest wees.

¹⁰⁸⁴ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002/217, m.nt. T. Koopmans (*Kernwapens*).

¹⁰⁸⁵ HR 6 februari 2002, ECLI:NL:HR:2004:AN8071, *NJ* 2004/329. Het petitum was iets ruimer geformuleerd, zie de weergave in het arrest.

omstandigheden van het geval.’ Daaraan voegde de Hoge Raad opnieuw toe dat het niet aan de burgerlijke rechter is om deze politieke afwegingen te maken ‘*en op verlangen van een burger de Staat (de regering) bepaalde handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid of defensie te verbieden of hem te gelasten op dit gebied een bepaalde gedragslijn te volgen.*’ Met die overweging was gegeven dat de rechter de Staat ook niet een bevel als gevorderd, kon geven.

806. De vrijheid die de Staat toekomt bij het vormgeven van het internationale beleid is meer recent benadrukt in het arrest over de *IS-moeders*.¹⁰⁸⁶ Deze zaak had betrekking op de vraag of de Staat gehouden was zich in te spannen voor repatriëring van vrouwen en kinderen die waren uitgereisd naar gebied dat destijds in handen van IS was. Nadat de Hoge Raad in die zaak had vastgesteld dat de Staat geen rechtsmacht had in (Noord-)Syrië in de zin van het EVRM en het IVRK, overwoog hij dat de Staat niettemin een bijzondere verantwoordelijkheid heeft tegenover in ieder geval personen met de Nederlandse nationaliteit. Ook de vorderingen van de vrouwen en kinderen in deze zaak hielden echter nauw verband met vragen van (nationale) veiligheid en buitenlands beleid. Omdat het beleid van de Staat op die gebieden in sterke mate afhangt van politieke en andere beleidsmatige afwegingen oordeelde de Hoge Raad opnieuw dat het niet aan de rechter is om die afwegingen te maken en dat hij zich terughoudend moet opstellen met betrekking tot de door de Staat gemaakte afwegingen. De rechter dient zich, voor zover het handelen van de Staat valt binnen de hem toekomende beleids- en beoordelingsruimte, ertoe te beperken na te gaan of de Staat alle betrokken belangen heeft afgewogen en of hij daarbij in het licht van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid heeft kunnen komen tot zijn handelwijze. Ook uit deze zaak volgt dat de Staat, zolang hij blijft binnen de hem toekomende beleidsruimte, geen bevel of verbod kan worden opgelegd.

807. Daar staat tegenover dat de beleidsruimte van de Staat niet onbeperkt is. Ook ten aanzien van internationaal beleid, kan die beleidsruimte beperkt worden door internationale normen. Een voorbeeld is te vinden in een arrest van 20 juni 2017 van het gerechtshof Den Haag, dat betrekking had op de vraag of de Staat verplicht was actief vluchtelingen naar Nederland over te brengen.¹⁰⁸⁷ Het hof stelde voorop dat de Staat grote vrijheid heeft bij de inrichting van het vreemdelingenbeleid en dat de ruimte van de rechter om daarin in te grijpen daarom beperkt is. Maar het hof voegde daaraan toe dat dit anders kan zijn wanneer er Unierechtelijke of andere verdragsrechtelijke verplichtingen bestaan voor de Staat die een bepaald handelen voorschrijven en die voor derden afdwingbaar zijn. In dat geval wordt de beleidsruimte van de Staat door die internationale verplichtingen beperkt en kan de rechter dus oordelen over de vraag of die supranationale verplichtingen worden nageleefd. Bij een beperkte beleidsruimte voor de Staat zal eerder sprake zijn van een schending van een rechtsplicht en zal er dus eerder een taak zijn voor de rechter.¹⁰⁸⁸

808. Ook in de *Urgenda*-zaak kwam vanzelfsprekend de vraag aan de orde of het gevorderde bevel de politieke ruimte van de Staat niet te zeer beperkte. De Hoge Raad benaderde die vraag primair vanuit het uitgangspunt dat ook de overheid op grond van het bepaalde in artikel 3:296 BW kan worden veroordeeld datgene te doen waartoe hij verplicht is. Dat is een fundamentele regel van de rechtsstaat die strookt met het recht op effectieve rechtsbescherming van artikel 13 EVRM.¹⁰⁸⁹ De rechtsplicht die in deze zaak aan de orde was, werd weliswaar gevonden in de artikelen 2 en 8 EVRM, maar het oordeel van de Hoge Raad over de taak van de rechter bij het vaststellen van die rechtsplicht is bepaald genuanceerd te noemen. Om te beoordelen welke rechtsplicht er op de Staat rust, diende de Hoge Raad eerst de artikelen 2 en 8 EVRM uit te leggen. Dat leidde tot de conclusie dat uit de

¹⁰⁸⁶ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148 (*IS-moeders*).

¹⁰⁸⁷ Gerechtshof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1664. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat ik voorzitter was van de combinatie die dit arrest wees.

¹⁰⁸⁸ Zij het dat de internationale normen vanzelfsprekend ook weer ruimte kunnen laten waar de rechter niet in kan treden.

¹⁰⁸⁹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41 rov. 8.2.1 e.v (*Urgenda*).

artikelen 2 en 8 EVRM voortvloeit dat staten verplicht zijn om tegen het gevaar van klimaatverandering ‘het hunne’ te doen (rov. 5.8) en daarom dat de Staat verplicht is passende maatregelen te nemen om de uitstoot van broeikasgassen vanaf het Nederlandse grondgebied te beperken. De vraag wat deze verplichting inhoudt behoort echter volgens de Hoge Raad zowel nationaal als internationaal tot het politieke domein (rov. 6.2). Uit de hiervoor besproken jurisprudentie zou afgeleid kunnen worden dat de rechter dus een stap terug moet doen. De Hoge Raad overweegt in het *Urgenda*-arrest echter dat de rechter in ieder geval een taak heeft als de Staat minder maatregelen neemt dan overeenkomt met hetgeen evident de ondergrens is van zijn aandeel in de maatregelen die wereldwijd tegen een gevaarlijke klimaatverandering moeten worden genomen (rov. 6.3). Als de Staat helemaal niets doet, kan de rechter daarom oordelen dat de Staat tekort schiet. Bovendien kan de rechter op basis van ‘duidelijke opvattingen, afspraken en/of consensus in internationaal verband’ tot de conclusie komen dat een minimale ‘fair share’ van de Staat is vast te stellen. Daaraan moet dan door de rechter een gevolgtrekking worden verbonden. Het is de taak van de rechter in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming (artikel 13 EVRM) om te onderzoeken of voldoende objectieve gronden bestaan waaraan in het gegeven geval een concrete norm kan worden ontleend (rov. 6.4). Een dergelijke norm zal in de regel de rechtsplicht bepalen waaraan het handelen van de Staat moet worden getoetst. Met andere woorden: weliswaar heeft de Staat een zekere beleidsruimte, maar die is niet onbeperkt. Als uitgangspunt geldt dat de vaststelling van de verplichtingen om tegen klimaatverandering op te treden tot het politieke domein behoort, maar het is de taak van de rechter om te onderzoeken of er een ondergrens bestaat en of er internationaal aanvaarde normen zijn waaruit een verplichting voor de Staat kan volgen. De Hoge Raad sloot echter ook in *Urgenda* af met een waarschuwing: bij de vaststelling van hetgeen waartoe de Staat minimaal gehouden is, past de rechter terughoudendheid, zeker als daarbij regels of afspraken worden betrokken die op zichzelf niet bindend zijn. Alleen in duidelijke gevallen kan de rechter daarom oordelen dat voor de Staat een rechtsplicht tot het nemen van bepaalde maatregelen bestaat (rov. 6.6).

809. Op de overwegingen met betrekking tot de taak van de rechter bij het vaststellen van de rechtsplicht van de Staat, greep de Hoge Raad later in het arrest nog terug bij de bespreking van het meer algemene verweer van de Staat dat het niet de taak is van de rechter om politieke afwegingen te maken die nodig zijn voor besluitvorming over reductie van de uitstoot van broeikasgassen. Ten aanzien van die vraag stelt de Hoge Raad opnieuw de vrijheid van regering en parlement voorop om politieke afwegingen te maken over de reductie van de uitstoot van broeikasgassen, zij het binnen de grenzen van het recht. En die grenzen van het recht worden mede bepaald door het EVRM. Omdat het beleid van de Staat in strijd met de artikelen 2 en 8 EVRM werd geoordeeld, kon het reductiebevel worden uitgesproken.

810. Met die laatste afweging is ook duidelijk gemaakt waarin *Urgenda* verschilde van de hiervoor besproken zaken over kernwapens en de betrokkenheid bij de oorlog in Afghanistan. In die beide zaken kon (kennelijk) niet worden vastgesteld dat door de Staat werd gehandeld in strijd met een op hem rustende rechtsplicht. Dan heeft de Staat dus in volle omvang de vrijheid om die beslissingen te nemen die hij wil en dient de rechter een stap terug te doen. En bevel is dan niet aan de orde. Indien er wel een rechtsplicht van de Staat is aan te wijzen, dient het handelen van de Staat daaraan te worden getoetst en kan (dient) een bevel of verbod te worden uitgesproken indien het handelen niet met die rechtsplicht strookt

811. Het arrest maakt andermaal duidelijk dat de vraag of een vordering die ertoe strekt dat de overheid een bevel of verbod wordt opgelegd, in de eerste plaats beantwoord moet worden aan de hand van de rechtsplicht die in het spel is. Die rechtsplicht is, zoals ik hiervoor al opmerkte, bij veel overheidstaken niet zonder meer duidelijk. De beleidsruimte die de Staat vaak heeft, dwingt tot een zekere terughoudendheid van de rechter. Hoewel de vordering van *Urgenda* is toegewezen, is dat uitgangspunt van terughoudendheid niet verlaten. De *Urgenda*-zaak maakt echter duidelijk dat er een door de rechter vast te stellen ondergrens is die niet mag worden overschreden en dat, als dit wel

gebeurt, het rechterlijk bevel in stelling kan worden gebracht. Hoewel de Hoge Raad schrijft (rov. 8.2.2) dat de Staat tot nakoming van de door de rechter vastgestelde en op de Staat rustende rechtsplicht *kan* worden veroordeeld, zal bedoeld zijn dat de Staat daartoe moet worden veroordeeld, tenzij zich een van de in artikel 3:296 BW opgenomen uitzonderingen voordoet. De Hoge Raad vervolgt dan met een uiteenzetting over de (on)mogelijkheid en wetgevingsbevel te geven. Daarop ga ik in de volgende paragraaf in.

12.9 *Het wetgevingsbevel*

812. De scheiding der machten brengt mee dat de rechter de overheid niet kan dwingen tot wetgeving.¹⁰⁹⁰ In het *Waterpakt*-arrest van 21 maart 2003 plaatste de Hoge Raad dat oordeel nadrukkelijk in het kader van de ‘*op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen*’ waaruit volgt dat de rechter ‘*niet vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming*’.¹⁰⁹¹ De Hoge Raad voegde daaraan toe dat dit uitgangspunt ook geldt indien het met de wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn. Over de werking in dit verband van artikel 3:296 BW overwoog de Hoge Raad dat dit artikel niet dwingt tot het aannemen van de mogelijkheid van een wetgevingsbevel. Weliswaar schrijft het artikel voor dat diegene die verplicht is een onrechtmatige toestand op te heffen, daartoe door de rechter wordt veroordeeld, maar ten aanzien van het bevel om wetgeving uit te vaardigen doen zich de in artikel 3:296 BW opgenomen uitzonderingen voor dat uit de wet of de aard van de verplichting iets anders voortvloeit.

813. Het zijn hier dus de (Grond)wet en de aard van de verplichting die aan een wetgevingsbevel in de weg staan. Dat de Grondwet (meer specifiek: de daarin neergelegde verdeling van bevoegdheden) aan het geven van een bevel tot wetgeving in de weg staat spreekt hier meer aan dan dat de aard van de verplichting eraan in de weg staat. Die verplichting was in de *Waterpakt*-zaak immers niets anders dan de nakoming van een Unierechtelijke verplichting tot implementatie van een richtlijn die op zichzelf nagekomen moet worden en in zoverre ook afgedwongen zou moeten kunnen worden. Dat dit toch niet mogelijk is, komt door de Grondwettelijke verdeling van staatsrechtelijke bevoegdheden, niet door de aard van de verplichting als zodanig.

814. De Hoge Raad heeft in een arrest van 1 oktober 2004 bevestigd dat de regel uit *Waterpakt* ook geldt voor het intrekken van provinciale verordeningen, aangezien het intrekken van een verordening geschiedt door het vaststellen van een verordening tot intrekking van de eerder vastgestelde verordening en dus ook een daad van wetgeving is.¹⁰⁹²

815. Van belang is dat de Hoge Raad in *Waterpakt* is ingegaan op de vraag hoe de weigering om een wetgevingsbevel te geven zich verhoudt tot het (toenmalige) EG-recht. Uit (thans) het Unierecht kan immers de verplichting voor een lidstaat voortvloeien om wetgeving tot stand te brengen of aan te passen. Die verplichting zou afdwingbaar moeten zijn en dus door de rechter moeten kunnen worden opgelegd. De mouw die daaraan is gepast is dat volgens de Hoge Raad aangenomen moet worden dat de taak van de rechter om de volle werking van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen te verzekeren, slechts kan worden vervuld binnen het kader van de voor hem bestaande bevoegdheden, en dat deze bevoegdheden worden bepaald door het nationale recht. Omdat de rechter naar Nederlands recht niet bevoegd is de Staat te bevelen formele wetgeving tot stand te brengen, is er volgens de Hoge Raad ook

¹⁰⁹⁰ En dus ook niet tot intrekking van wetgeving omdat intrekking van een wet (in formele zin) bij wet (in formele zin) gebeurt. Een bevel tot wetgeving zou overigens een ‘wetgevingsverplichting’ impliceren. Zie Boogaart 2013, p. 21.

¹⁰⁹¹ HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*).

¹⁰⁹² HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, NJ 2004/679, m.nt. T. Koopmans (*Faunabescherming Friesland*).

geen Unierechtelijk probleem. Ik denk dat bij deze benadering vraagtekens kunnen worden gezet. Ik kom daar later op terug.

816. In het *SGP*-arrest heeft de Hoge Raad herhaald dat de rechter niet bevoegd is een wetgevingsbevel te geven.¹⁰⁹³ Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat voor een rechterlijk gebod tot het treffen van specifieke maatregelen ter voldoening aan artikel 7 Vrouwenverdrag in beginsel evenmin plaats is, omdat de keuze van dergelijke door de Staat te treffen maatregelen een afweging van belangen vergt die in zodanige mate samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van een rechter kan worden verlangd. Daarmee is in dit arrest de nadruk gelegd op de situatie waarin een afweging van politieke aard noodzakelijk is. In een dergelijk geval overschrijdt de rechter de grenzen van de vrijheid van de overheid wanneer hij de Staat dwingt tot een activiteit die het uitvloeisel is van die politieke afweging. Daarop ging ik in de vorige paragraaf uitvoerig in.

817. In het *Urgenda*-arrest heeft de Hoge Raad voorop gesteld dat de overheid, indien zij tot iets verplicht is, net als ieder ander door de rechter daartoe kan worden veroordeeld. Vervolgens is herhaald dat het verbod om een wetgevingsbevel uit te spreken een toepassing is van de in artikel 3:296 BW neergelegde uitzondering die volgt uit de wet, uit de aard der verplichting of de rechtshandeling. Dat een verbod om een wetgevingsbevel uit te spreken uit een *rechtshandeling* voortvloeit, is overigens niet zo voor de hand liggend en zo zal de Hoge Raad het ook niet bedoeld hebben. In het *Urgenda*-arrest heeft de Hoge Raad ook uiteen gezet dat het verbod om een wetgevingsbevel uit te spreken op twee overwegingen berust: in de eerste plaats is voor wetgeving politieke besluitvorming nodig waarin de rechter zich niet mag begeven. In de tweede plaats leidt een dergelijk bevel ertoe dat er regelgeving in het leven wordt geroepen die ook voor anderen dan procespartijen geldt. Interessant is dat de Hoge Raad daaraan toevoegt dat het niet zo is dat de rechter zich in het geheel niet op het terrein van de politieke besluitvorming mag begeven. Hij mag wetgeving buiten toepassing laten en hij mag een verklaring voor recht uitspreken die erop neerkomt dat een overheidsorgaan onrechtmatig handelt door geen wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen. Hij dient zich echter niet door het geven van een wetgevingsbevel te mengen in de politieke besluitvorming met betrekking tot de opportuniteit van het tot stand brengen van wetgeving met een bepaalde, concreet omschreven inhoud. De in *Waterpakt* gegeven regel is daarmee aldus gespecificeerd dat de rechter de wetgever geen bevel kan geven om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen. Het staat de rechter dan ook wel vrij een bevel te geven om maatregelen te nemen teneinde een bepaald doel te bereiken, zolang dat bevel niet neerkomt op een bevel om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen.

818. Het oordeel dat de rechter niet een bevel mag geven wetgeving met een bepaalde, specifieke, inhoud tot stand te brengen, impliceert niet dat de rechter wel een bevel mag geven wetgeving met een algemene, niet specifieke inhoud tot stand te brengen.¹⁰⁹⁴ Niet alleen is niet goed voorstelbaar hoe wetgeving *niet* een bepaalde, specifieke inhoud kan hebben, maar bovendien is het oordeel van de Hoge Raad niet gericht op het toestaan van een algemeen wetgevingsbevel, maar op het specificeren van wat de rechter niet mag. De Hoge Raad overweegt bovendien nadrukkelijk wat de rechter wel mag doen: hij mag een bevel geven om maatregelen te nemen teneinde een bepaald doel te bereiken. Het is vervolgens aan de Staat om te bepalen welke maatregelen hij neemt om dat doel te bereiken.

819. Een argument tegen het wetgevingsbevel dat de Hoge Raad niet noemt, maar dat in praktische zin zeker zo belangrijk is, is het gegeven dat een wetgevingsbevel tot executieproblemen kan leiden. In de conclusie voor het *Urgenda*-arrest is dit argument wel besproken.¹⁰⁹⁵ De Staat als rechtspersoon kan theoretisch wel worden veroordeeld tot het maken van wetgeving in formele zin, maar de Staat als

¹⁰⁹³ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

¹⁰⁹⁴ Anders: Bovend'Eert 2021, p. 139, die in het arrest leest dat de rechter de bevoegdheid heeft een algemeen wetgevingsbevel te geven.

¹⁰⁹⁵ ECLI:NL:PHR:2019:887, par. 5.44.

rechtspersoon kan individuele parlementariërs natuurlijk niet dwingen om met een wetsvoorstel in te stemmen. Een dwangsom maakt dat niet anders, want ook onder dreiging van een dwangsom kan de Staat individuele parlementariërs niet dwingen met een wetsvoorstel in te stemmen.¹⁰⁹⁶ Daarmee is overigens ook duidelijk gemaakt dat dit praktische bezwaar een belangrijke constitutionele component heeft: het parlement als deel van de wetgevende macht behoeft zijn oren niet te laten hangen naar de uitvoerende macht en uiteindelijk ook niet naar de rechtsprekende macht.

820. Het in *Urgenda* uitgesproken reductiebevel is tegelijkertijd zo veel omvattend dat de vraag gesteld kan worden of uitvoering daarvan mogelijk is zonder wetgeving.¹⁰⁹⁷ Uzman & Boogaard zien mede daarom in het *Urgenda*-arrest een verschuiving ten opzichte van de regel in *Waterpakt*: de rechter mag alleen geen bevel geven wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen, terwijl in *Waterpakt* een meer algemeen verbod was geformuleerd. Inderdaad benadrukt de Hoge Raad in *Urgenda* dat het verbod om een wetgevingsbevel uit te spreken is beperkt tot de situatie waarin een bevel wordt gegeven om ‘wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen.’ Zodra de rechter de overheid beveelt een wet tot stand te brengen, zal die situatie zich veelal voordoen: het is niet goed mogelijk een wetgevingsbevel te geven *zonder* te bepalen wat er in die wet moet staan. Tegelijkertijd laat deze nuancering de rechter de mogelijkheid de overheid te gebieden in meer brede zin maatregelen te treffen om aan een bepaalde verplichting te voldoen. Het kan zijn dat die maatregelen wetgeving noodzakelijk maken, maar dat is dan geen onoverkomelijk bezwaar omdat de rechter op die manier niet treedt in de afweging die door de politiek moet worden gemaakt.

821. Dat een bevel aan de overheid tot het uitvaardigen van wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud niet mogelijk is, laat onverlet dat de rechter wel de mogelijkheid heeft regelgeving buiten werking te stellen wegens strijdigheid met rechtstreeks werkende regels van hoger recht. Dat buiten werking stellen heeft te gelden als een in algemene termen vervat verbod daartoe strekkende dat de Staat zich heeft te onthouden van gedragingen die op de werking van die regelgeving zijn gegrond.¹⁰⁹⁸ Een dergelijk verbod zal in de meeste gevallen niet als zodanig in het dictum terug te vinden zijn. Het ligt besloten in de beslissing de regeling buiten werking te stellen. Die beslissing geldt weliswaar slechts tussen de in de procedure betrokken partijen, maar ‘*derden kunnen profiteren van het praktische gevolg, gelegen in de verwachting dat die rechter in volgende, soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen.*’¹⁰⁹⁹

822. Het feit dat een wetgevingsbevel niet is toegelaten, sluit voorts niet uit dat de rechter uitspreekt dat het (wel of niet) uitvaardigen van materiële wetgeving onrechtmatig is wegens strijd met formele wetgeving.¹¹⁰⁰ Een dergelijke uitspraak geldt immers, zo overwoog de Hoge Raad, alleen tussen partijen en heeft niet tot gevolg dat de materiële wetgeving moet worden gewijzigd of ingetrokken. Een verklaring voor recht laat de Staat bovendien ‘*alle ruimte te voorzien in regelgeving die wel in overeenstemming met de genoemde richtlijn- en wetsbepalingen is, zodat de beleidsvrijheid van de Staat daardoor niet aangetast wordt.*’

823. Op de beslissing ten aanzien van het wetgevingsbevel¹¹⁰¹ in het *Urgenda*-arrest is door onder anderen Keus en Bovend’Eert kritiek geuit.¹¹⁰² Zij brengen onder meer naar voren dat de rechter die een bevel uitspreekt dat dwingt tot wetgeving, zichzelf boven de wetgever plaatst. Keus betoogt dat de rechter de wetgever het ‘recht van initiatief’ ontnemt en bovendien het recht ontnemt om zelf de strekking van de tot stand te brengen wetgeving te bepalen. Bovend’Eert spreekt van een

¹⁰⁹⁶ Zie over de oplegging van dwangsommen aan de overheid Boogaard & Schutgens 2019.

¹⁰⁹⁷ Uzman & Boogaard 2020.

¹⁰⁹⁸ HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4624, *RvdW* 1983/131.

¹⁰⁹⁹ HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*). HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4624, *RvdW* 1983/131.

¹¹⁰⁰ HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523, *NJ* 2016/184, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Staat/Norma*).

¹¹⁰¹ Ook op andere onderdelen van het arrest is kritiek geuit, maar die is voor deze paragraaf niet relevant.

¹¹⁰² Keus 2021, p. 149 en 150 en Bovend’Eert 2021, p. 138.

'gezagsverhouding' tussen de rechter enerzijds en de regering en Staten-Generaal anderzijds. Die kritiek onderschrijf ik niet. Van een gezagsverhouding tussen de rechter die een bevel aan de Staat uitspreekt enerzijds en de regering en de Staten-Generaal anderzijds is geen sprake. Van een gezagsverhouding tussen het recht en de Staat (als procespartij; regering en Staten-Generaal zijn civielrechtelijk gezien slechts organen) wel. De rechter die een bevel aan de Staat uitspreekt om het recht na te leven, plaatst zich niet boven de Staat, maar bevestigt dat de Staat ook aan het recht is gebonden. In zoverre is ook de kritiek dat de rechter de wetgever het recht van initiatief ontnemt niet gegrond: op het moment waarop de rechter moet spreken heeft de wetgever het initiatief verloren laten gaan en zal er sprake zijn van een reeds geschonden rechtsplicht of een zodanig dreigende schending van een rechtsplicht dat de Staat kennelijk een duwtje in de rug nodig heeft om het initiatief tot maatregelen te nemen.

824. Met het *Urgenda*-arrest zijn de strikte grenzen van het oordeel in de *Waterpakt*-zaak duidelijk opgerektd. Niet langer is ieder wetgevingsbevel uitgesloten, maar is slechts uitgesloten dat de wetgever een bevel geeft om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen. Dat impliceert dat de rechter wel een bevel kan geven waarvoor noodzakelijk is dat wetgeving tot stand wordt gebracht, mits de rechter de inhoud van die wetgeving niet voorschrijft. In paragraaf 10.4.3 heb ik uiteen gezet dat een bevel met voldoende precisie duidelijk moet maken wat er van een veroordeelde wordt verwacht. De rechter die een bevel uitspreekt dat noodzaakt tot wetgeving zal moeten schipperen tussen enerzijds het verbod om een wetgevingsbevel uit te spreken en anderzijds de eis dat het dictum voldoende duidelijk is. Een duidelijk dictum zal al snel de vorm aannemen van een precieze instructie aan de Staat hoe eventuele wetgeving moet luiden. Een dergelijke instructie is echter niet toegestaan. Wat de rechter blijkens het *Urgenda*-arrest wel kan, is het einddoel voorschrijven dat door de Staat moet worden bereikt. In ieder geval dat einddoel zal volstrekt duidelijk moeten maken wat er als resultaat van de Staat wordt verwacht.

12.10 Conclusie

825. Nu ik hiervoor de positie van de overheid ten opzichte van het rechterlijk bevel en verbod uiteen heb gezet, kan ik toetsen of het rechterlijk bevel en verbod ook in (dreigende) geschillen met de overheid heeft te gelden als een effectieve remedie. Hiervoor (hoofdstuk 6) heb ik geconcludeerd dat een effectieve remedie aan de volgende eisen moet voldoen:

Een preventieve remedie is effectief wanneer zij

- a) materiële rechten kan afdwingen
- b) tijdig is
- c) een afschrikkende functie heeft en
- d) proportioneel is.

826. De *preventieve beschikbaarheid* is bij een collectieve of individuele actie tegen de overheid niet in algemene zin een probleem. Integendeel, door de mogelijkheid van een collectieve actie, wordt (ook) preventief optreden vereenvoudigd. Een individu dat zal terugschrikken voor de kosten van een procedure zal in collectief verband mogelijk wel overgaan tot het voeren daarvan.

827. Het preventieve karakter van een actie tegen de overheid heeft echter als kenmerk dat het onrechtmatig handelen nog niet is geschied en daardoor in sommige gevallen wat onbepaald is. De *Kernwapen*-zaak maakte dat duidelijk: omdat niet vast staat of en onder welke omstandigheden (ooit) door de Staat kernwapens zullen worden ingezet, is het moeilijk dat handelen te toetsen. De overheid neemt op dat punt echter niet een speciale plaats in. Bij ieder preventief optreden kan de vraag rijzen welke vorm het handelen dat voorkomen moet worden precies gaat aannemen. Zo is de vraag of een

net door de buurman aangeplante boom ooit onrechtmatig het licht in de tuin van een ander zal wegnemen ook nog onbepaald en loopt een preventieve actie daartegen tegen hetzelfde probleem op als de actie tegen het overheidslichaam.

828. In andere gevallen is het voorgenomen handelen van de overheid volstrekt helder. Een door het parlement aangenomen (en door het staatshoofd ondertekende) wet die op een termijn van enkele maanden in werking zal treden leent zich uitstekend voor preventieve toetsing door de (voorzieningen)rechter aan hogere regelgeving. Dat de rechter in een dergelijk geval de overheid (in dit voorbeeld: de Staat) niet kan dwingen de reeds aangenomen wet in te trekken omdat dit wetgeving vereist, is van ondergeschikt belang. Het buiten werking stellen van de wet heeft immers te gelden als een in algemene termen vervat verbod, dat ertoe strekt dat de overheid zich heeft te onthouden van gedragingen die op de werking van die wet zijn gebaseerd. Het rechterlijk oordeel zal in een dergelijk geval dus niet aan de inwerkingtreding van de onrechtmatig geachte wet in de weg behoeven te staan, maar de Staat zal er weinig meer mee kunnen. Aan de eis dat een remedie preventief beschikbaar moet zijn, kleven bij toepassing op de overheid dus geen bijzondere problemen.

829. Wanneer het aankomt op het *afdwingen van materiële rechten* wordt het beeld al iets minder eenduidig. Indien de overheid in strijd handelt met een heldere rechtsplicht, is er niets aan de hand. Ook de overheid dient te worden veroordeeld tot het naleven daarvan, omdat ook de overheid niet boven de wet staat. Uit het *Urgenda*-arrest weten we dat dit niet anders is wanneer er politieke afwegingen in het spel zijn, mits die politieke afwegingen hun weg hebben gevonden naar een regel die de overheid bindt. Tegelijkertijd zijn er vele regels die de overheid een zekere ruimte geven om zijn eigen bevoegdheid en soms zijn eigen plichten in te vullen of uit te leggen. Wanneer dergelijke beleidsruimte bestaat, is er ruimte voor het eigen oordeel van de overheid over de uitleg van de op diezelfde overheid rustende plicht. Wanneer de rechter die ruimte moet respecteren kan het afdwingen van de materiële rechten in het geding komen. Om dat te voorkomen zal de rechter steeds expliciet moeten toetsen of de materiële norm het betrokken overheidslichaam daadwerkelijk ruimte biedt voor een eigen afweging en moeten beoordelen hoever die eigen afweging kan strekken.

830. Indien de overheid (veelal: de Staat) nalaat wetgeving tot stand te brengen waartoe hij op grond van het Unierecht gehouden is, komt het afdwingen van materiële rechten evenwel in het gedrang. Zoals ik hiervoor uiteen zette, staat het de rechter niet vrij de overheid te bevelen wetgeving tot stand te brengen. Het oordeel van de Hoge Raad in het *Waterpakt*-arrest dat dit verbod ook geldt 'ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt' overtuigt mij steeds minder. Als zowel het resultaat als de termijn waarbinnen dat resultaat moet zijn bereikt, vast ligt, lijkt er niet zoveel ruimte meer voor het maken van politieke afwegingen waarvan de rechter zich verre moet houden. Ik ben gevoelig voor het oordeel van de Hoge Raad dat een wetgevingsbevel ook anderen treft dan de in de procedure betrokkenen, maar dat is – feitelijk – ook het geval indien wetgeving buiten toepassing wordt gelaten. En dat er derden zijn die geen behoefte hebben aan hetgeen door een belangenorganisatie te hunnen behoeve wordt gevorderd, is in andere zaken geen bezwaar gebleken. Juist is natuurlijk wel dat, indien een richtlijn rechtstreekse werking heeft, burgers daarop een beroep kunnen doen en daarin rechtsbescherming kunnen vinden. Dat de Staat onder omstandigheden tot schadevergoeding gehouden is, zoals de Hoge Raad overweegt, kan een schrale troost zijn omdat, zoals ik hiervoor reeds opmerkte, de weg naar schadevergoeding met vele hobbels is omgeven.

831. Het *Urgenda*-arrest lijkt, zoals hierboven besproken, ten opzichte van *Waterpakt* iets meer ruimte te bieden. Het wetgevingsbevel-verbod houdt niet meer in dan dat het de rechter verboden is een bevel te geven om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen. In de vordering van *Waterpakt* was inderdaad een dergelijke 'bepaalde, specifieke inhoud' opgenomen. *Waterpakt* vorderde immers, naast een verklaring voor recht, een veroordeling van de Staat om 'al het nodige te doen om aan de onrechtmatigheid een einde te maken, waartoe de Staat in elk geval een nieuw actieprogramma zal moeten opstellen, dat in elk geval zal moeten voldoen aan het vereiste dat

de eutrofiëring wordt teruggedrongen en voorkomen.’ In cassatie heeft de Hoge Raad de voorliggende vraag geherformuleerd tot de vraag ‘of het Nederlandse recht eraan in de weg staat dat de rechter de Staat een bevel geeft wetgeving in formele zin tot stand te brengen teneinde de onrechtmatige toestand op te heffen.’ Die vraag is bevestigend beantwoord. Maar als in het licht van het Urgenda-criterium gekeken wordt naar de vordering van Waterpakt, was een andere uitkomst wellicht mogelijk geweest. Zou niet een bevel aan de Staat mogelijk zijn geweest ‘datgene te doen wat nodig is om te voldoen aan Richtlijn X’? In het geval van Waterpakt zou dat een bevel zijn geweest wetgeving tot stand te brengen, maar de inhoud van die wetgeving zou aan de Staat worden gelaten. Het zou denkbaar moeten zijn om de vordering aldus te herformuleren dat niet wordt gevorderd wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen, maar een ruimer geformuleerd bevel om de naleving van het supranationale recht af te dwingen.

832. Met de *Urgenda*-uitspraak is ook gegeven dat het rechterlijk bevel en verbod effectief kunnen worden ingezet om de rechten uit het EVRM te waarborgen. De onmogelijkheid de Staat te bevelen wetgeving met een specifieke inhoud tot stand te brengen is in het licht van het EVRM geen bezwaar. Het wel uit te spreken bevel om alle nodige maatregelen te nemen die leiden tot een reductie van de CO₂-uitstoot is voldoende doeltreffend.

833. Het Unierecht dwingt niet tot een andere conclusie. Daarbij past wel een kanttekening. In het *Waterpakt*-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de nationale rechter de volle werking van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen dient te verzekeren binnen de voor hem bestaande bevoegdheden, en dat deze bevoegdheden worden bepaald door het nationale recht.¹¹⁰³ Om die reden was het verbod om wetgeving te bevelen volgens de Hoge Raad te verenigen met het Unierecht. Al uit het arrest *Factortame* van het Hof van Justitie EU volgt echter dat indien de nationale rechter in een bij hem aanhangig geding betreffende het gemeenschapsrecht van oordeel is dat het enige dat hem belet voorlopige maatregelen te gelasten, een regel van nationaal recht is, hij die regel buiten toepassing moet laten.¹¹⁰⁴ Het beginsel van procedurele autonomie laat onverlet dat nationale bepalingen de uitoefening van Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (het effectiviteitsbeginsel).¹¹⁰⁵ En al uit het *Johnston*-arrest volgt dat het recht om zijn rechten voor een gerecht te doen gelden voortvloeit uit een algemeen ‘rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan het constitutionele erfgoed dat alle Lid-Staten gemeen hebben.’¹¹⁰⁶ Volgens Boogaard kan in het licht van deze uitgangspunten evengoed een redenering ‘worden opgezet waarin alle constitutionele bezwaren van de Hoge Raad verdampen in het licht van de effectiviteit van het Unierecht.’¹¹⁰⁷ Met andere woorden: aan de eis dat de volle werking van het Unierecht verzekerd dient te worden, wordt ontoelaatbaar afbreuk gedaan indien de Staat op nakoming van zijn verplichtingen niet kan worden aangesproken met een rechterlijk bevel.

834. Meijer & Wissink zijn daar minder zeker van.¹¹⁰⁸ Zij zijn van oordeel dat zowel aan de eis van gelijkwaardigheid als aan de effectiviteitseis wordt voldaan, omdat er geen regel in het nationale recht is die belemmert dat de richtlijn correct wordt omgezet, terwijl het evenmin aan remedies ontbreekt. Alleen de bevelsactie ontbreekt. Ook zij plaatsen evenwel de kanttekening dat uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan voortvloeien dat de nationale rechter in sommige gevallen rechtsbescherming moet bieden in gevallen waar hij dat zuiver nationaalrechtelijk niet had behoeven te doen.

¹¹⁰³ Zie hierover ook Backes 2004, die het arrest ‘fundamenteel onjuist’ noemt.

¹¹⁰⁴ HvJ 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257.

¹¹⁰⁵ HvJ 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*).

¹¹⁰⁶ HvJ 15 mei 1986, zaak C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*).

¹¹⁰⁷ Boogaard 2013, p. 168.

¹¹⁰⁸ Meijer & Wissink 2007, par. 21.

835. Zoals ik hiervoor in paragraaf 5.4 uiteen heb gezet bestaat er niet een algemene regel die meebrengt dat er een preventieve remedie beschikbaar moet zijn om naleving van het Unierecht af te dwingen. Waar het om gaat is dat aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming wordt voldaan. Dat kan ook door andere remedies dan het rechterlijk bevel of verbod. In het licht van het wat ruimere *Urgenda*-criterium kan niet worden gezegd dat het verbod een wetgevingsbevel uit te spreken, zoals in het *Urgenda*-arrest geformuleerd, te veel afbreuk doet aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Niet alleen is een verklaring voor recht of schadevergoeding mogelijk, maar ook moet in het licht van *Urgenda* worden aangenomen dat een wat meer onbepaalde uitspraak die ertoe strekt dat de overheid wordt bevolen maatregelen te nemen die strekken tot een juiste implementatie van richtlijn X mogelijk is.¹¹⁰⁹ Op die manier zijn de rechten van individuen op naleving van het Unierecht in voldoende mate gewaarborgd.

836. Per saldo ben ik daarom van oordeel dat ook in overheidszaken wordt voldaan aan de eis dat materiële rechten kunnen worden afgedwongen.

837. Ten aanzien van de *tijdigheid* en *efficiëntie* van de remedie neemt de overheid geen bijzondere positie in. Het kort geding tegen de overheid is even efficiënt en tijdig als een kort geding tegen een ander, zij het dat de aard van de zaken vaak wat bewerkelijker is.

838. Ook de *proportionaliteit* van de maatregel roept geen bijzondere problemen in het leven voor de overheid. Datzelfde geldt voor de *afschrikkende functie* van de remedie. De bijzondere positie van de overheid brengt echter wel mee dat een tegen de overheid uitgesproken bevel veelal geen bredere werking zal hebben en ook niet de strekking zal hebben dat anderen zich in gelijke zin gedragen, simpelweg omdat zij niet in dezelfde positie zijn als een overheidsorgaan. Van het overheidslichaam mag worden verwacht zich bij toekomstig handelen te richten naar het uitgesproken rechterlijk oordeel. In zoverre heeft een bevel of verbod wel degelijk een afschrikkende functie.

839. De *conclusie* kan daarom zijn dat het rechterlijk bevel en verbod ook in overheidszaken hebben te gelden als een effectieve remedie.

¹¹⁰⁹ Daarbij is overigens een belangrijke waarschuwing op zijn plaats: een dergelijke vordering loopt het levensgrote risico als te onbepaald te worden afgeserveerd.