

# Voorbij de trias politica

## Over de constitutionele betekenis van ‘public interest litigation’

Rob van Gestel & Marc Loth\*

Zoals de Urgenda-zaak laat zien, roept ‘public interest litigation’ al snel de vraag op of de rechter niet op de stoel van de wetgever gaat zitten, waardoor democratische waarborgen doorkruist zouden worden. Wij menen dat die stelling soms ook omgedraaid kan worden en dat algemeenbelangacties die beslecht worden door de rechter juist als een uitdrukking van democratische legitimatie gezien kunnen worden, zolang de rechter de beleidsvrijheid van de Staat voldoende respecteert en zijn normstellende optreden objectieveert en rechtvaardigt.

\* Prof.dr. R.A.J. van Gestel en prof.mr. M.A. Loth zijn als respectievelijk hoogleraar theorie en methode van wetgeving en hoogleraar privaatrecht verbonden aan Tilburg Law School. Tevens zijn zij directeur van Tilburg Institute of Private Law (TIP).

1 Zie bijv. M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden, ‘De kwadratuur van de algemeen belangactie?’, *RMThemis* 2000, afl. 2, p. 43-58; A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997; J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleed van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

2 R.J.B. Schutgens, ‘Urgenda en de trias, enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter’, *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2270-2277.

3 E.R. de Jong, ‘Urgenda en de beoordeling van macroargumenten’, *MvV* 2019, afl. 4, p. 133-141.

4 Voor een overzicht zie A.W. Jongbloed, ‘Commentaar op art. 3:305a BW’, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig), aant. 32.

### 1 Inleiding

De redactie heeft ons gevraagd te reflecteren op ‘het gebruik van het recht buiten zijn oorspronkelijke bedoeling’. Volgens sommigen is het collectieve-actierecht van artikel 3:305a BW een typisch voorbeeld daarvan, omdat het gaat om een bepaling waarvan de wetgever niet had bedacht dat die als een krachtig wapen tegen de overheid zou kunnen gaan werken, zoals we thans in de Urgenda-zaak zien. Van oudsher is er de kritiek van ‘de Maastrichtse school’ in het bestuursrecht dat deze bepaling een breuk vormt met de traditie dat het privaatrecht particuliere belangen beschermt op initiatief van daarbij betrokken bijzondere personen, en dat algemene belangen aan de overheid zijn toevertrouwd.<sup>1</sup> Recent is daaraan toegevoegd de kritiek dat artikel 3:305a BW weliswaar algemeenbelangacties tegen de overheid toelaat, maar dat dit niet verenigbaar is met een ‘indringende’ toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW.<sup>2</sup> Vooral deze laatste kritiek impliceert dat artikel 3:305a BW in

de Urgenda-zaak buiten de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever is toegepast. Maar is dat wel zo?

Volgens sommigen is het collectieve-actierecht van artikel 3:305a BW een bepaling waarvan de wetgever niet had bedacht dat die als een krachtig wapen tegen de overheid zou kunnen gaan werken, zoals we thans in de Urgenda-zaak zien

Uitgangspunt is dat artikel 3:305a BW niet alleen de grondslag is voor vorderingen die particuliere belangen bundelen, maar tevens de basis biedt voor vorderingen die algemene belangen dienen, zoals het belang van een duurzame samenleving. Deze bepaling faciliteert derhalve niet alleen ‘class-actions’ in de privaatrechtelijke sfeer (van consu-

menten of beleggers), maar in toenemende mate ook vormen van ‘public interest litigation’. Daarmee is het aansprakelijkheidsrecht een instrument voor de regulering van boven-individuele belangen en risico’s in het publieke domein geworden.<sup>3</sup> Volgens de hiervoor aangehaalde critici overschrijdt de burgerlijke rechter daarmee de grenzen van zijn rechtsvormende taak, ondermijnt hij het primaat van de politiek en dient de wetgever het initiatief tot rechtsvorming te hernemen. Maar is deze analyse niet te oppervlakkig, nu de wetgever heeft gefaciliteerd dat burgers zich organiseren en voor algemene belangen opkomen, zonder daarbij een terughoudende toetsing voor te schrijven? Ligt het dan niet meer voor de hand om – tegen de achtergrond van gewijzigde constitutionele verhoudingen – traditionele concepten als de trias politica te herijken? Deze bijdrage is gewijd aan de vraag hoe ‘public interest litigation’ op de voet van artikel 3:305a BW zich verhoudt tot de leer van de trias politica. Wat is eigenlijk de constitutionele betekenis van deze vorm van rechterlijk optreden? Om deze vragen te onderzoeken staan wij allereerst stil bij de strekking en reikwijdte van ‘public interest litigation’ op de voet van artikel 3:305a BW (zie par. 2). Vervolgens gaan we in op de vraag naar de ‘checks and balances’ binnen de gewijzigde constitutionele verhoudingen en doen dat – om het concreet te maken – aan de hand van de Urgenda-casus (par. 3 en 4). We besluiten met enkele vragen rond een nieuwe legitimatie van de gewijzigde verhoudingen tussen de wetgever en de rechter (par. 5).

**Deze bijdrage is gewijd aan de vraag hoe ‘public interest litigation’ op de voet van artikel 3:305a BW zich verhoudt tot de leer van de trias politica. Wat is eigenlijk de constitutionele betekenis van deze vorm van rechterlijk optreden?**

## 2 ‘Public interest litigation’

De Urgenda-zaak is aangespannen door de Stichting Urgenda en een aantal individuele eisers op de voet van artikel 3:305a BW. Die bepaling maakt het voor een stichting of formele vereniging mogelijk op te komen voor ‘gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover die in de statuten zijn omschreven’.

Volgens vaste rechtspraak worden in deze bepaling drie vereisten gelezen.<sup>4</sup> In de eerste plaats komt dit collectieve-actierecht uitsluitend toe aan stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid.<sup>5</sup> Voorts dient de ingestelde rechtsvordering te strekken tot de behartiging van gelijksoortige belangen van andere personen (dan de eiser).<sup>6</sup> Het vereiste van gelijksoortigheid brengt mee dat de belangen die in het geding zijn zich lenen voor bundeling, dat wil zeggen, dat zij een effectieve en efficiënte rechtsbescherming van de belanghebbenden dienen.<sup>7</sup> Ten slotte is vereist dat de eiser die belangen ingevolge haar statuten behartigt, hetgeen impliceert dat die statutaire doelomschrijving die belangen voldoende concreet beschrijft<sup>8</sup> en dat zij ook daadwerkelijk worden gediend.<sup>9</sup> Daarnaast gelden enkele aanvullende vereisten, zoals het vereiste van overleg tussen de eisende rechtspersoon en de gedaagde (art. 3:305a, tweede lid, BW),<sup>10</sup> voldoende kennis en vaardigheden bij de rechtspersoon,<sup>11</sup> en het niet-openstaan van een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang.<sup>12</sup>

### 2.1 Bundeling van belangen?

De zojuist genoemde vereisten leveren in het algemeen weinig beperkingen op. Weliswaar komt het nog wel eens voor dat een eisende partij op grond van artikel 3:305a BW niet-ontvankelijk wordt verklaard, maar het is betrekkelijk eenvoudig om een organisatie zo in te richten dat de vereisten voor ontvankelijkheid worden vervuld. Het antwoord op de vraag of aan die vereisten wordt voldaan is meestal geen discussiepunt, en sommige gebreken kunnen tijdens de procedure worden hersteld. De rechter onderzoekt mogelijke gebreken met betrekking tot de ontvankelijkheid in de praktijk overigens meestal pas wanneer deze worden betwist en stelt zich dus op dit punt terughoudend op.<sup>13</sup>

Nadat de Hoge Raad in het Nieuwe Meer-arrest in 1986 had overwogen dat een milieu-organisatie mag opkomen voor belangen ‘die in de regel grote groepen burgers tezamen raken, terwijl de gevolgen van een eventuele aantasting ten aanzien van ieder van die burgers zich vaak moeilijk laten overzien’,<sup>14</sup> heeft de wetgever onderstreept dat artikel 3:305a BW niet vereist dat ieder van die burgers zelf een rechtsvordering toekomt. Voldoende is dat door het optreden van de organisatie de diffuse belangen van vele burgers worden gebundeld, dat wil zeggen, de belangen waarvan niet op voorhand duidelijk is wie bij aantasting daarvan schade ondervindt:

- 5 *Kamerstukken II* 1993/94, 22486, 14. Zie ook Rechtbank Amsterdam 31 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:504, r.o. 4.7, waarin niet aan dit vereiste was voldaan.
- 6 Hierop zijn de vorderingen gestrand in Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618 en Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693.
- 7 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 23. Zie Rechtbank Gelderland 18 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1743.
- 8 Rechtbank Midden-Nederland 6 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3117.
- 9 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 20.
- 10 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 28.
- 11 *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 3.
- 12 Rechtbank Den Haag 19 december 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15099, Rechtbank Den Haag 10 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:171 en Rechtbank Den Haag 23 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2050, Gerechtshof Den Haag 3 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1769.
- 13 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33126, 3, p. 12.
- 14 HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:A08410, NJ 1987/743 (*Nieuwe Meer*).
- 15 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 21-22.
- 16 *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, 5, p. 8-9.
- 17 Zie: <https://science.sciencemag.org/content/294/5547/1617>. Hierbij geldt overigens dat historisch gezien de voetafdruk van Nederland per hoofd van de bevolking op de uitstoot van broeikasgasen veel groter is dan die van de bevolking van Bangladesh.
- 18 Rechtbank Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, r.o. 4.4-4.10.
- 19 Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, r.o. 36-38.
- 20 HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388 (*Staat en SGP / Clara Wichman c.s.*). In deze zaak ging het om de toelaatbaarheid van de uitsluiting van vrouwen van het passieve kiesrecht door de SGP, of anders en kort



Stock Photo/Przemyslaw Koch  
Bewerking: Manon Heinsman | © Ars Aequi

gezegd, om de afweging van het grondrecht van vereniging en het discriminatieverbod.

21 Verweerschrift Urgenda 12 april 2019, p. 106-107 ([www.urgenda.nl](http://www.urgenda.nl)).

22 I. Giesen, 'Het privaatrecht als instrument in het publieke domein', *NJB* 2018/1645, afl. 31, p. 2316-2321.

23 Rechtbank Den Haag 30 december 2009, ECLI: NL:RBDHA:2009:BY9854 (*Olielekkage Ihot, Ada Udo*).

24 Gerechtshof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541.

25 Zie o.a.: [www.france24.com/en/20180929-french-pip-breast-implants-scandal](http://www.france24.com/en/20180929-french-pip-breast-implants-scandal).

26 Daarover ook: Werkgroep Trias Politica, *Stoelendansen met de macht, Verslag van een conferentie over de trias politica 27 januari 2006*, Den Haag: Tweede Kamer der Staten-Generaal 2006.

27 B. Ackerman, 'Good-bye Montesquieu', in: S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth & B. Emerson (red.), *Comparative Administrative Law: Second Edition*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017, p. 38.

28 W.J.M. Voermans, 'Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever', *RegelMaat* 1998, afl. 1, p. 35. We laten voor wat betreft de vermeende schending van het primaat van de wetgever dan nog even in het midden dat de wetgever in formele zin zelf art. 3:305a in het BW heeft opgenomen.

'De belangen die zich voor bundeling in een collectieve verdeling lenen, kunnen vermogensbelangen betreffen, maar ook meer ideëel getinte belangen. Met de actie kan opgekomen worden voor belangen die mensen rechtstreeks raken, of die mensen zich vanuit een bepaalde overtuiging hebben aangetrokken. Bij de meer ideëel getinte belangen doet het 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 in de procedure wenst op te komen, in botsing komen met de ideeën en opvattingen van andere groeperingen in de samenleving. Dit op zichzelf zal een collectieve actie niet in de weg staan. Wel moet men bedenken dat de ontvankelijkheid nog niets zegt over de toewijsbaarheid van de vordering [...]'.<sup>15</sup>

Voor bundeling lenen zich derhalve ook belangen waarvan de gevolgen diffuus zijn. Zo is een concrete aantasting van het milieu doorgaans een duidelijk gegeven, maar zijn de gevolgen voor individuele personen vaak moeilijk aantoonbaar.<sup>16</sup> Waar het klimaat-schade betreft, zal een welvarend en technologisch hoogontwikkeld land als Nederland zich bijvoorbeeld beter kunnen wapenen tegen een stijging van de zeespiegel als gevolg van de uitstoot van broeikasgassen, dan een arm land als Bangladesh.<sup>17</sup>

In de zaak Urgenda hebben de eisers in feitelijke aanleg de ontvankelijkheidshobbel eenvoudig genomen. In eerste aanleg spitste de discussie zich toe op de uitleg van de statutaire doelomschrijving van Stichting Urgenda ('het stimuleren en versnellen van transitieprocessen naar een duurzamere samenleving, te starten in Nederland'). De rechtbank oordeelde dat deze doelomschrijving – gelet op de internationale en intergenerationele dimensie van 'duurzaamheid' – mede strekt tot de bevordering van de belangen van niet-ingezetenen en toekomstige generaties (zowel hier als elders).<sup>18</sup> In hoger beroep klaagde de Staat over deze uitleg, maar het Gerechtshof Den Haag oordeelde dat deze daarbij geen belang heeft omdat Urgenda sowieso kan

worden ontvangen voor zover zij opkomt voor de belangen van (huidige) ingezetenen van Nederland.<sup>19</sup>

## 2.2 Urgenda en het doel van collectieve-actierecht

Urgenda mocht derhalve in rechte opkomen voor het algemene belang van een duurzame samenleving. In cassatie heeft de Staat de ontvankelijkheid van deze stichting opnieuw betwist, waarop Urgenda heeft betoogd dat haar ontvankelijkheid juist goed past bij het collectieve-actierecht van artikel 3:305a BW, omdat 1) het diffuse karakter van de gevolgen van de gestelde klimaatschade voor de burgers een belangrijke reden is voor collectieve rechtsbescherming, 2) collectieve actie bijdraagt aan een effectieve en efficiënte rechtsbescherming, 3) het feit dat een deel van de samenleving dit soort actie afwijst, daaraan blijkens de SGP-zaak niet in de weg staat<sup>20</sup> en 4) met een collectieve actie ook kan worden opgekomen tegen een dreigende aantasting in de toekomst, zelfs als onduidelijk is wie de aantasting zal treffen en wanneer.<sup>21</sup>

## 2.3 'Private action for public interest'

Daarmee is overigens niet gezegd dat algemeenbelangacties op grond van artikel 3:305a BW altijd tegen de overheid gericht zijn. Het kan ook gaan om publieke belangen die (niet) door andere organisaties of bedrijven worden gediend. In deze lijn onderscheidt Giesen vier verschillende toepassingen waarbij het aansprakelijkheidsrecht – meestal via collectieve acties – in het publieke domein wordt ingezet.<sup>22</sup>

Om te beginnen is het aansprakelijkheidsrecht een instrument om publieke belangen of beleidsdoelen te dienen, hetzij 1) tegen de

overheid, zoals in de Urgenda-zaak, oftewel 2) tegenover private partijen, zoals in de zaken van Milieudefensie en enkele Nigeriaanse boeren tegen Shell.<sup>23</sup> Daarnaast wordt het aansprakelijkheidsrecht ingezet om de secundaire dader aan te spreken op het nalaten om voor een veilige publieke ruimte te zorgen, of om de benadeelde afdoende te beschermen. Ook deze procedures worden gevoerd 3) tegen de overheid, zoals in de zaak Tristan van der Vlis die in 2011 in Winkelcentrum De Ridderhof in Alphen aan den Rijn zes mensen doodschoot en er zeventien verwondde, waarbij de vraag rees of het overheidstoezicht op particulier vuurwapenbezit wel goed geregeld was<sup>24</sup> of 4) tegen private partijen, zoals in het geval van de collectieve acties tegen de private keuringsinstellingen die toezicht hadden moeten houden op de Franse fabrikant (PIP) van borstimplantaten die industriële siliconen had gebruikt in implantaten, die vervolgens bleken te kunnen gaan lekken.<sup>25</sup>

### 3 Goodbye Montesquieu

Opvallend in de rechtswetenschappelijke discussie over de Urgenda-zaak is dat – vooral door staatsrechtgeleerden – de trias-doctrine van stal gehaald wordt als de moeder aller constitutionele argumenten om te benadrukken waarom de ‘rechter niet op de stoel van de wetgever’ mag gaan zitten.<sup>26</sup> Het opvallende zit hem daarbij onder andere in het feit dat toen Montesquieu in 1748 zijn ‘De l’Esprit des Lois’ publiceerde met daarin de beroemde leer over de scheiding der machten, de constitutionele verhoudingen heel wat anders lagen dan thans. Politieke partijen bestonden nog niet, vrije verkiezingen ontbraken, van een moderne bureaucratie was geen sprake en van een ‘rise of the regulatory state’ had nog niemand gehoord. Ackerman is daarom verrast dat veel constitutionalisten nog steeds geloven dat je de realiteit van een complexe, meergelaagde rechtsorde zou kunnen vangen in een systeem met drie simpele boxen die elkaar in evenwicht moeten houden: wetgever, bestuur en rechter.<sup>27</sup>

*De iure* geldt dat het toezicht op de uitholling van het primaat van de wetgever door anderen dan het parlement geen tanden heeft

#### 3.1 Verhouding wetgever-rechter

Wanneer we ons gemakshalve even beperken tot de verhouding wetgever-rechter, zoals in Urgenda aan de orde, dan moet worden gezegd dat het ‘primaat van de wetgever’ – inhoudende dat deze zelf de voornaamste rechtspolitieke keuzen over de inhoud van het recht in wettelijke regelingen behoort te maken, en die keuzen niet aan anderen, waaronder de rechter, kan overlaten<sup>28</sup> – *de facto* en *de iure* al lang niet meer bestaat. *De facto* is omstreeks driekwart van de regelgeving op rijksniveau gedelegeerde (bestuurs)regelgeving,<sup>29</sup> waarbij doorgaans van parlementaire medebetrokkenheid nauwelijks sprake is. De idee dat alleen meer technische uitvoeringskwesties door de wetgever in formele zin (mogen) worden uitbesteed aan het bestuur is daarmee nauwelijks geloofwaardig meer.<sup>30</sup> Vandaar dat in de literatuur zelfs wordt gerept over een verschuiving van een trias naar een duas politica.<sup>31</sup> *De iure* geldt dat het toezicht op de uitholling van het primaat van de wetgever door anderen dan het parlement geen tanden heeft.<sup>32</sup> De Raad van State bezit bijvoorbeeld geen blokkeringsmacht om wetsvoorstellen tegen te houden wanneer die de Aanwijzingen voor de regelgeving schenden op het punt van bescherming van het primaat.<sup>33</sup> Artikel 120 Grondwet voorkomt bovendien dat de rechter wetten in formele zin kan toetsen aan grondwettelijke bepalingen die de verhouding tussen regering en parlement regelen.

#### 3.2 Uitbesteding normstelling aan andere regelgevers

Hier komt nog bij dat kaderwetgeving – zeker in het omgevingsrecht<sup>34</sup> – in opkomst lijkt. Daarbij bevat de wet in formele zin slechts algemene open normen, beginselen en procedures – een kader voor beleid – maar wordt de uitwerking overgelaten aan het bestuur in de vorm van AMvB’s, ministeriële regelingen, regels van zelfstandige bestuursorganen of private regelgevers. Nieuw is ook de groeiende populariteit van experiment-wetgeving die het mogelijk maakt – meestal bij AMvB – tijdelijk af te wijken van de wet – denk aan experimenten met de ondergrondse opslag van CO<sub>2</sub> – om te kijken of die mogelijkheid breder uitgerold moet worden.<sup>35</sup> Hier is het probleem niet dat er geen grondslag voor afwijking in de wet in formele zin bestaat, maar dat bij het scheppen van de bevoegdheid om te experimenteren soms nog niet overzien wordt waar de bestaande wetgeving precies knelt.<sup>36</sup>

29 Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 31731, F. Vgl. ook: [www.eerstekamer.nl/overig/20131204/grafieken\\_regelgevingsmonitor\\_2013\\_document](http://www.eerstekamer.nl/overig/20131204/grafieken_regelgevingsmonitor_2013_document).

30 Soms wordt via zogeheten voorhangprocedures nog getracht de Tweede Kamer een rol te geven bij de totstandkoming van AMvB’s, maar de ervaring leert dat we van dat toezicht geen overspannen verwachtingen mogen koesteren. Zie T.C. Borman, ‘Het ambacht: De voorhang van het Besluit luchtkwaliteit: een wetgevingssoap in 25 afleveringen’, *RegelMaat* 2003, afl. 6, p. 244 en V.M. Reimert, ‘Voorwaardelijke delegatie in de parlementaire praktijk’, *RegelMaat* 2001, afl. 5, p. 185-193.

31 M.G. Rood, ‘Heeft de rechter een taak in zogeheten politieke zaken?’, in: *Handelingen 1975 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 32; A.F.M. Brenninkmeijer, ‘De plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde’, in: J.M. Polak e.a., *De rechter als dictator? Dynamiek in de trias. Verschuivingen in de verhouding regelgeving, bestuur en rechtspraak*, Lochem: Van den Brink 1987, p. 51-70; T. Koopmans, *Courts and Political Institutions*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 247.

32 Natuurlijk kan geredeneerd worden dat het de wetgever in formele zin zelf is die besluit om regelgevende bevoegdheden te delegeren en dat van ‘uitholling’ van het primaat om die reden geen sprake kan zijn, maar dit laat onverlet dat wanneer de regering een steeds sterkere positie gaat innemen binnen de taakverdeling die art. 81 Grondwet voorzien heeft voor de wetgever, er weinig andere remmen zitten op het delegeren van wetgevende bevoegdheid buiten de (beperkte) sfeer van de grondwettelijke delegatieverboden.

33 Zie Aanwijzing 2.19. De toelichting bij deze Aanwijzing stelt o.a.: ‘Het primaat van de wetgever dient niet aldus te worden verstaan dat het parlement bij alle onderdelen van een regeling rechtstreeks moet worden betrokken. Lang niet alle onderdelen van een regeling zijn van die betekenis dat directe parlementaire invloed op de vaststelling daarvan in de rede ligt. De mogelijk-

heid die het parlement heeft het regeringsbeleid achteraf te controleren, is dan voldoende. Gelet op het vorenstaande dient voor de keuze welke elementen van een regeling in de wet moeten worden geregeld en ter zake van welke elementen delegatie toelaatbaar is, steeds te worden onderzocht welke elementen van een regeling zo gewichtig zijn dat de volksvertegenwoordiging rechtstreeks bij de vaststelling moet worden betrokken. Aldus moeten ten minste de hoofdelementen van een regeling in de wet worden opgenomen.<sup>34</sup> De toelichting bespreekt verder wat in elk geval als 'hoofdelement' kan gelden. (Zie: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005730/2018-01-01>).

<sup>34</sup> Vgl. de nieuwe Omgevingswet. Zie voor het kaderstellende karakter daarvan het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 19 mei 2017, No.W14.16.0418/IV, *Kamerstukken II* 2018/19, 35054, 4.

<sup>35</sup> Zie voor CO<sub>2</sub>-opslag: [www.rijksverheid.nl/onderwerpen/klimaatverandering/co2-opslag](http://www.rijksverheid.nl/onderwerpen/klimaatverandering/co2-opslag). Vgl. voor andere recente voorbeelden M.J. Jacobs, *Experimentele wetgeving* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

<sup>36</sup> Zie bijv. het besluit experiment regelluwe scholen PO/VO (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0037242/2019-01-01>), waarin in feite carte blanche werd gegeven om allerlei oplossingen te vinden voor vermeende regeldruk in het onderwijs, zonder dat duidelijk was waar bestaande wettelijke regels nu precies (het meest) knellen en uit eerder onderzoek (zie *Kamerstukken II* 2014/15, 29515, 358, p. 1-2) was gebleken dat docenten de begrippen regeldruk en werkdruk door elkaar gebruiken, terwijl werkdruk natuurlijk ook door andere zaken dan overbodige regels kan worden veroorzaakt. Vgl. ook het advies van de Raad van State van 18 september 2015, W05.15.0195/I, *Stcrt.* 2015, 43020.

<sup>37</sup> Raad van State, *Jaarverslag 2013*, Den Haag 2014, p. 13.

<sup>38</sup> R.A. Koole, 'Is een "akkoord-democratie" wel een democratie?', *RegelMaat* 2019, afl. 2, p. 95.

<sup>39</sup> Zie bijv. art. 50 Grondwet: 'De Staten-Generaal ver-

### 3.3 Regeren bij akkoord

Relevant voor het beleid inzake CO<sub>2</sub>-reductie is wat de Raad van State heeft aangemerkt als het in toenemende mate 'regeren bij akkoord'. Dat wil zeggen voorafgaand of in plaats van het (formele) wetgevingsproces afspraken worden gemaakt tussen regering en maatschappelijke 'stakeholders' waar de inhoud van deze afspraken voorheen eerder voortvloeiden uit het wetgevingsproces zelf. We zien dat bij het energieakkoord, het woonakkoord en nu ook bij het (concept)klimaatakkoord. In het Jaarverslag over 2013 zegt de Raad van State hierover enerzijds dat dit regeren bij akkoord het pluriforme en gedecentraliseerde karakter van het politieke en maatschappelijke krachtenveld demonstreert, maar tegelijkertijd ook de kwetsbaarheid daarvan toont. Wat nodig wordt geacht qua beleid is daardoor vertrekpunt geworden voor onderhandelingen en niet de uitkomst. Dit maakt een stap terug door de wetgever later vrijwel uitgesloten en biedt deelnemers aan het akkoord de mogelijkheid om nieuwe wensen op andere terreinen af te dwingen en te dreigen met opzegging van eerdere akkoorden.<sup>37</sup> Door de nadruk te leggen op de bereikte 'consensus met het veld' wordt bovendien het signaal afgegeven aan het parlement dat er weinig meer veranderd kan worden aan hetgeen van regeringswege is voorbereid, op straffe van verlies aan draagvlak.<sup>38</sup> Tot op heden is daartegen nauwelijks geageerd vanuit het parlement, hoewel in de Grondwet staat dat de Staten Generaal het Nederlandse volk vertegenwoordigen. Dat is iets anders dan dat de regering dat gaat doen in overleg met 'stakeholders'.<sup>39</sup>

## Niet goed in te zien valt waarom de rechtsvormende taak van de rechter per se tot een afbreuk van democratische waarden leidt

### 3.4 Terugtrekking van de wetgever en opmars van de rechter

In het jaarverslag over 2018 roept de Raad van State op tot herstel van het primaat van de wetgever en waarschuwt hij voor een opmars van de rechter als gevolg van de terugtrekking van de wetgever. Herstel van de medewetgevende rol van het parlement is echter onwaarschijnlijk als gevolg van structurele veranderingen bij het reguleren van maatschappelijke vraagstukken.

Niet alleen in Nederland, maar ook elders zijn veel taken inmiddels uitbesteed aan andere regelgevers (EU-instellingen, zelfstandige bestuursorganen (zbo's), normalisatie-instituten enz.), hetgeen moeilijk ongedaan gemaakt kan worden, omdat de formele wetgever zelf simpelweg de hoeveelheid regelgeving niet meer aan zou kunnen indien hij alle aan anderen overgelaten regulerende taken weer aan zich zou moeten trekken. Belangrijker is echter dat ons parlement in een kritische zelfreflectie eerder heeft aangegeven dat haar taken steeds meer zijn verschoven van medewetgeving naar toezicht op de regering.<sup>40</sup> Daarmee gaat de Raad van State dus volledig voorbij aan de vraag of ons parlement het wetgevingsprimaat nog wel ambiëert. Het is, zoals de Raad overigens toegeeft, onvermijdelijk dat bij een gebrek aan duidelijke materiële normen in de wet, de rechter meer uitspraken zal gaan doen met een rechtsvormend karakter al was het maar om duidelijkheid te verkrijgen in geval van onenigheid over de uitleg van open normen in de wet die via lagere regelgeving worden ingekleurd.<sup>41</sup>

## In de theorie van Rosanvallon kan een beroep op de rechter evengoed worden gezien als een poging van burgers om hun stem te laten horen, anders dan via een periodiek kruisje op een stembiljet

Niet goed in te zien valt echter waarom deze rechtsvormende taak van de rechter per se tot een afbreuk van democratische waarden leidt. Wat dat betreft kan worden gewezen op het werk van historicus en politiek filosoof Rosanvallon. Hij spreekt over de opkomst van een 'contre-démocratie', die het falen van gangbare democratische kanalen moet compenseren.<sup>42</sup> In dat kader noemt hij toezichthouders die machtsmisbruik door bestuursorganen kunnen tegengaan, zoals de figuur van de Ombudsman, media die als hindermacht kunnen fungeren – denk aan 'fact checking' van uitspraken van politici in verkiezingstijd – maar ook de rechter die door burgers via collectieve acties wordt ingeschakeld wanneer de wetgever niet tot beslissingen blijkt te kunnen komen of bijvoorbeeld maatregelen lanceert die in strijd zijn met hoger recht. In de theorie van Rosanvallon kan zo'n beroep op de rechter evengoed worden gezien als

een poging van burgers om hun stem te laten horen, anders dan via een periodiek kruisje op een stembiljet.<sup>43</sup>

#### 4 Welcome back checks and balances

Wanneer we door een bril van machtenscheiding naar de beslissingen van rechtbank en gerechtshof in de Urgenda-zaak kijken dan vallen ons enkele kritiekpunten op, die op het eerste gezicht passen bij de waarschuwing van de Raad van State voor een opmars van rechterlijke rechtsvorming, namelijk: 1) de rechter zou een verboden (verkapt) bevel tot wetgeven hebben uitgevaardigd; 2) de rechter zou op ontoelaatbare wijze zijn getreden in de beleidsvrijheid van de Staat en 3) collectieve acties via de band van het burgerlijk recht zouden ongeschikt zijn om als privaat handhavinginstrument tegen de overheid gebruikt te worden.

##### 4.1 Wetgevingsbevel

Een veel gehoord argument is dat door de rechter een verboden (verkapt) bevel tot wetgeven zou zijn gegeven aan de Staat, waarmee de lijn van de HR uit het Waterpakt-arrest zou worden gefrustreerd.<sup>44</sup> Deze lijn houdt in essentie in dat de rechter geen politieke beslissingen van de wetgever doorkruist. Kenmerkend voor de vordering van Urgenda is echter juist dat er lange tijd ten onrechte geen besluitvorming door de wetgever tot stand is gekomen. Na jaren van politiek gesteggel is er pas op 28 mei jongstleden een klimaatwet in de Eerste Kamer aangenomen die de uitstoot van broeikasgassen aan banden moet gaan leggen.<sup>45</sup> Als inertie op dit punt zou inhouden dat de rechter niet mag toetsen of daardoor privaatrechtelijke zorgplichten of positieve publiekrechtelijke verdragsverplichtingen worden geschonden, dan zou de consequentie zijn dat het klimaatbeleid van de regering boven iedere rechtmatigheidscheck verheven is; een moderne variant van: 'the King can do no wrong'.

Los hiervan zou de Staat de volledige vrijheid behouden om te bepalen op welke wijze hij aan het reductiebevel van de rechter wil voldoen. Zeker ten tijde van de initiële vordering bij de rechtbank in 2015 waren er nog tal van mogelijkheden anders dan wetgeving, die ook als zodanig zijn benoemd door Urgenda, zoals het uit de markt halen (opkopen) van CO<sub>2</sub>-rechten, het subsidiëren van duurzame energie en het maken van afspraken met energiebedrijven, al dan niet met een dreiging tot wetgeving bij het uitblijven van

afspraken.<sup>46</sup> Dat er geen alternatieven voor wetgeving waren is ongeloofwaardig. Het kan bovendien niet zo zijn – zoals de Raad van State beweert – dat energie- en klimaatknoorden de wetgever buitenspel zetten, maar dat ze – zoals Besselink meent – tegelijkertijd te vrijblijvend zijn waardoor een rechterlijk bevel tot CO<sub>2</sub>-reductie als impliciete opdracht tot wetgeving moet worden gezien.<sup>47</sup>

Fleuren stelt terecht dat het best zo kan zijn dat politieke organen in beginsel beter geëquipeerd zijn voor het nemen van besluiten over geïndiceerde CO<sub>2</sub>-reductie, maar dat dit niet wegneemt dat het legitiem is dat de rechter overheidsorganen op de vingers tikt, wanneer deze het beter hadden moeten doen, maar dat vervolgens hebben nagelaten. Dit geldt temeer wanneer er fundamentele rechten in het geding zijn.<sup>48</sup> In dit kader is in het verleden van diverse zijden opgemerkt dat zelfs een bevel tot wetgeven niet categorisch uitgesloten mag worden, zeker wanneer de nationale wetgever op grond van Europees of internationaal recht in feite geen keuze- of beslissingsvrijheid bezit. In zo'n geval kan een wetgevingsbevel ook civielrechtelijk toegevoegde waarde bezitten omdat het de grondslag biedt voor aansprakelijkheid bij niet-naleving.<sup>49</sup> Dit is in feite wat we ook zien bij Francovich-aansprakelijkheid voor het niet (tijdig) omzetten van EU-richtlijnen in nationale wetgeving.<sup>50</sup> Daar zeggen we doorgaans ook niet dat de (Europese) rechter op de stoel van de (nationale) wetgever gaat zitten.

**In het verleden is opgemerkt dat zelfs een bevel tot wetgeven niet categorisch uitgesloten mag worden, zeker wanneer de nationale wetgever op grond van Europees of internationaal recht in feite geen keuze- of beslissingsvrijheid bezit**

##### 4.2 Niet respecteren beleidsvrijheid

Nauw verwant met de toelaatbaarheid van een wetgevingsbevel is het debat over het respecteren van de beleidsvrijheid van wetgever en bestuur door de rechter. Met Besselink stelt ook Elzinga de cruciale staatsrechtelijke vraag hoever de bemoeienis van de rechter kan reiken:

<sup>46</sup>Kan een rechter de politiek op percentages binden? En waarom is een CO<sub>2</sub>-reductie van 25% aanvaardbaar, maar een reductie van 23% of 20% niet?<sup>251</sup>

tegenwoordigen het gehele Nederlandse volk.'

- <sup>40</sup> *Vertrouwen en zelfvertrouwen. Analyse en aanbevelingen*, Den Haag 2009, p. 10, waar o.a. wordt opgemerkt: 'Een verschuiving van de aandacht van de Kamer van productie naar onderzoek, van minder medewetgeving naar meer systematische controle zou wenselijk zijn.', [www.parlement.com/19291000/d/conferentiebundel%20parlementaire%20zelfreflectie.pdf](http://www.parlement.com/19291000/d/conferentiebundel%20parlementaire%20zelfreflectie.pdf). Niet iedereen is het hier overigens mee eens. Zie o.a.: P.P.T. Bovend'Eert & J.L.W. Broeksteeg, 'Vertrouwen in het parlement? Kanttekeningen bij een parlementaire zelfreflectie', *TvCr* 2010, afl. 1, p. 24-50.
- <sup>41</sup> Raad van State, *Jaarverslag 2018*, Den Haag 2019, p. 26.
- <sup>42</sup> P. Rosanvallon, *Democratie en tegendemocratie*, Amsterdam: Boom 2012, p. 106-107.
- <sup>43</sup> Zie in dat verband over het verlies van de betekenis van verkiezingen als uitingsvorm van democratische legitimatie ook D. van Reybrouck, *Tegen de verkiezingen*, Amsterdam: Bezige Bij 2014. Van Reybrouck verdedigt dat stemmen steeds minder een geschikt middel is om democratische legitimatie van overheidsbesluitvorming te waarborgen. Hij stelt o.a. voor om vaker met een systeem van loting te gaan werken waarbij gelote burgers meer directe invloed krijgen op het besluitvormingsproces.
- <sup>44</sup> HR 21 maart 2003, ECLI: NL:PHR:2003:AE8462, *NJ* 2003/691 (*Waterpakt*)
- <sup>45</sup> *Handelingen I*, 2018/19, 32, item 8.
- <sup>46</sup> Zie de Memorie van Antwoord in principaal appel nr. 4.25-4.30.
- <sup>47</sup> L. Besselink, 'De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing: Urgenda voor het Hof Den Haag', *NJB* 2018/2154, afl. 41, p. 3078-3082.
- <sup>48</sup> J.W.A. Fleuren, 'Urgenda en niet(?)-rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht', *NJB* 2019/475, afl. 9, p. 605.
- <sup>49</sup> Zie R.A.J. van Gestel & M.S. Groenhuijsen, 'Geen rechterlijk bevel tot wetgeven, of toch ...?', *NJB* 2006, afl. 36, p. 2050-2056 en de aldaar genoemde literatuur.
- <sup>50</sup> HvJ EU 19 november 1991 (gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90). Het bevel is hier alleen een verdragsverplichting en niet een rechterlijk bevel. Niettemin zal ook hier

de rechter de onrechtmatigheid moeten vaststellen.

51 Zie D.J. Elzinga, 'Urgenda-arrest gaat vrijwel zeker van tafel', *Publiekrechtspolitik.nl* 4 maart 2019 ([www.publiekrechtspolitik.nl/urgenda-arrest-gaat-vrijwel-zeker-van-tafel/](http://www.publiekrechtspolitik.nl/urgenda-arrest-gaat-vrijwel-zeker-van-tafel/)).

52 Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, r.o. 51.

53 Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, r.o. 52 jo. 72.

54 P.J.J. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden*, Deventer: Kluwer 1978 p. 200-201. Zie ook Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *WRR-Rapport Rechtshandhaving*, nr. 35, 's Gravenhage: Staatsuitgeverij 1988, p. 61: 'Inbreuken op regels [...] zijn niet alleen schendingen van door het publiekrecht gearceuleerde rechtsplichten, zij zijn in menig geval ook te construeren als inbreuken op privaatrechtelijke rechtsplichten. Indien de wetgever echter in zekere zin een blinde vlek blijft houden voor dit aspect en het bestuur het zich in juridisch opzicht activistisch opstellen van particulieren (en hun organisaties) als een hinderlijke complicatie blijft beschouwen, schrijft het daarmee de mogelijkheden dat de maatschappij zelf gaat bijdragen aan de bewaking van voor haar functioneren wezenlijke normen bij voorbaat af.'

55 Zie Heldeweg, Schlössels & Seerden 2000; Tak 1997; Teunissen 1996.

56 Verweerschrift Urgenda 12 april 2019, p. 103-107 ([www.urgenda.nl](http://www.urgenda.nl)).

57 C.J.J.C. van Nispen, 'De kinderjaren van de collectieve actie', in: *Verdediging van collectieve belangen via de rechter*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 4-5.

58 M. Geelhoed, 'Privaatrechtelijke handhaving door milieuorganisaties', *Milieu & Recht* 2015/63, p. 331. R.A.J. van Gestel & J.C.A. de Poorter, 'Je maintiendrai. Naar een prominere rol van burgers en milieuorganisaties bij de handhaving van het omgevingsrecht?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2002, afl. 3, p. 84-95 en J.H. Nieuwenhuis, 'Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht', *NJB* 1998, afl. 1, p. 9-17.

Beiden stellen bovendien dat ook het gerechtshof niet rechtstreeks werkende verplichtingen van de Nederlandse Staat nodig heeft om de schending van artikel 2 en 8 EVRM te concretiseren.

Zoals Urgenda in het verweerschrift in casu optekent, bevatten deze EVRM-normen wel een 'duty of care' en dus een rechtsplicht, maar daarmee nog geen concrete 'standard of care' waarmee bepaald kan worden of aan die rechtsplicht wordt voldaan. Deze 'standard' moet door de rechter gevonden worden, maar daarmee is nog geen sprake van rechterlijke willekeur. Het is namelijk geen toeval dat rechtbank en gerechtshof uitkomen op die 25%-norm. Wanneer we ons beperken tot het arrest van het hof, dan zijn er in feite drie gronden waarop de rechter zich baseert om te komen tot deze 'standard of care' ter invulling van de zorgplicht van artikel 2 en 8 EVRM.

In de eerste plaats beroept het hof zich op *wetenschappelijke inzichten* uit het AR4-rapport van het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) uit 2007, waarin is aangegeven dat een reductie van tussen 25-40% reductie voor Annex I-landen (waaronder Nederland) eind 2020 noodzakelijk is voor het behalen van de kritische twee-graadoelstelling om onomkeerbare klimaatverandering te voorkomen. Deze conclusie is door alle partijen bij het United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) uit 1994, waaronder Nederland, bij herhaling onderschreven.<sup>52</sup>

In de tweede plaats is de Staat *ongemotiveerd afgeweken van een eerdere vaste beleidslijn*. Tot 2011 ging de Staat zelf uit van een reductiedoelstelling van 30% in 2020. Het hof wijst erop dat de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer in een brief van 12 oktober 2009 heeft aangegeven dat dit nodig was, omdat de 25-40% reductie nodig zou zijn om op 'een geloofwaardig traject te blijven om de 2 graden doelstelling binnen bereik te houden'. Na 2011 is dat standpunt losgelaten en de doelstelling voor 2020 verlaagd naar 20%, maar niet gemotiveerd is waardoor die versoepeling gerechtvaardigd wordt, terwijl Nederland zich ook niet kan verschuilen achter EU-beleid, omdat de EU als geheel naar verwachting uitkomt op een reductie van 26-27% in 2020.<sup>53</sup>

In de derde en laatste plaats redeneert het hof dat er *geen rechtvaardigingsgrond is voor het binden van Nederland aan een lagere reductienorm* dan geldt voor Annex I-landen als geheel (25-40%), aangezien de CO<sub>2</sub>-uitstoot

per hoofd van de bevolking in Nederland tot de hoogste van de Annex I-landen behoort en in elk geval ver boven het gemiddelde ligt.

Het gerechtshof schrijft de Staat niet de wet voor, maar koppelt het reductiebevel aan de absolute minimumnorm voor CO<sub>2</sub>-reductie die: 1) wetenschappelijk als ondergrens wordt gezien om onomkeerbare klimaatverandering te voorkomen, 2) internationaalrechtelijk al sinds het UNFCCC-verdrag wordt erkend als noodzakelijk en die lange tijd door de Staat als vaste beleidslijn is gehanteerd en 3) als redelijk en billijk kan worden beschouwd gelet op enerzijds de (groeierende) reductieambities van de Staat – Nederland wil op korte termijn verder gaan dan het EU-gemiddelde – en anderzijds de grote bijdrage die Nederland per hoofd van de bevolking als Annex I-land levert aan de mondiale CO<sub>2</sub>-uitstoot.

#### 4.3 Collectieve acties en handhaving als exclusieve overheidstaak

Van Buuren schreef al in 1978 dat in toenemende mate erkend zou moeten worden dat er rechtsplichten zijn die niet tegenover de een of ander in het bijzonder gelden, maar die als rechtsplicht *sec*, dat wil zeggen als rechtsplicht *in abstracto* bestaan. Hij stelde toen:

'Om uiteenlopende redenen kan het gewenst zijn de handhaving van zulke rechtsplichten ook privaatrechtelijk te verzekeren: het strafrecht schiet te kort, het OM is overbelast, politiedwang kent zijn eigen bezwaren en last but not least: waarom zou men uitsluitend op overheidsorganen vertrouwen, terwijl het particuliere initiatief staat te popelen en vraagt om een erkenning.'<sup>54</sup>

Ondanks de codificatie van het collectieve actierecht in artikel 3:305a BW, lijken velen handhaving te blijven zien als exclusieve overheidstaak.<sup>55</sup> Juist de Urgenda-zaak laat echter zien dat dit privaatrechtelijke handavingsinstrument een grote constitutionele betekenis heeft.<sup>56</sup> De wetgever heeft met deze bepaling tot uitdrukking gebracht dat de overheid niet het monopolie bezit op wat het algemeen belang inhoudt, en dat de behartiging ervan ook niet een exclusieve overheidstaak is.<sup>57</sup> Tegen de achtergrond van de erkenning dat inertie – stilzitten van de overheid – soms doorbroken moet kunnen worden en omdat ook de overheid milieubepalingen kan overtreden, is aan milieuorganisaties een handhavende rol toebedeeld die een wezenlijk onderdeel uitmaakt van de rechtsstatelijke controle op het handelen en nalaten van de overheid.<sup>58</sup>

Langs deze weg kan aan de burgerlijke rechter de tamelijk abstracte afweging van grondrechten worden voorgelegd die in an-

dere rechtssystemen aan een constitutionele rechter is voorbehouden, zoals ook het SGP-arrest laat zien.<sup>59</sup> Dat de Nederlandse Staat in dit geval mondiaal gezien in absolute zin slechts een klein deel van de CO<sub>2</sub>-uitstoot voor zijn rekening neemt en dat een collectieve actie om die reden per definitie niet effectief kan zijn, overtuigt niet. De uitspraken van rechtbank en hof stellen immers dat door middel van een reductiebevel de onrechtmatige gedraging van de Staat in elk geval wordt beëindigd, hetgeen nodig is omdat het 'beleid' zelf onrechtmatig is. Het van regeringswege afzwakken van de eerdere CO<sub>2</sub>-reductiedoelstellingen van 25-40%, althans het nalaten van een verdere reductie per eind 2020, levert namelijk, volgens het Haagse hof, een schending op van de positieve verplichtingen neergelegd in artikelen 2 en 8 van het EVRM.<sup>60</sup>

Daar komt bij dat het feit dat het HvJ EU geen toegang biedt voor collectieve acties van milieuoorganisaties geen valide tegenargument is, aangezien Van Wolferen in zijn dissertatie heeft aangetoond dat het hof juist de bedoeling heeft dat collectieve acties zoveel mogelijk op nationaal niveau plaatsvinden.<sup>61</sup> Ten slotte heeft de Urgenda-zaak een olievlekwerking richting 'class actions' tegen overheden in andere landen.<sup>62</sup> Daardoor kan ook niet zonder meer gezegd worden dat overheden in andere landen de dans ontspringen.

**Anders dan de Raad van State meent, is het onwaarschijnlijk dat het primaat van de wetgever hersteld kan worden. Daarvoor zijn er inmiddels te veel regelgevende taken uitbesteed**

### 5 Conclusie: andere constitutionele verhoudingen en de zoektocht naar legitimatie

De Urgenda-zaak staat niet alleen model voor de groeiende invloed die burgers en NGO's via het aansprakelijkheidsrecht met behulp van collectieve acties proberen uit te oefenen op de aanpak van grensoverschrijdende problemen, maar is ook illustratief voor veranderende constitutionele verhoudingen binnen onze meergelaagde rechtsorde.

Anders dan de Raad van State meent, is het onwaarschijnlijk dat het primaat van de wetgever hersteld kan worden. Daarvoor

zijn er inmiddels te veel regelgevende taken uitbesteed aan EU-instellingen, gedelegeerde regelgevers, zbo's, decentrale overheden en private regelgevers. Of we het nu leuk vinden of niet: een zekere 'Entparlamentarisierung der Gesetzgebung', zoals Kirchoff het noemt,<sup>63</sup> lijkt een feit en ons parlement geeft dat in de hierboven genoemde parlementaire zelfreflectie ook zelf toe.

De Urgenda-zaak laat gelukkig zien dat de rechter onder omstandigheden bereid is in het gat te springen dat de wetgever achterlaat door, zoals in dit geval, het niet tijdig nemen van wetgevende (klimaat)maatregelen om overheden en bedrijven te dwingen de uitstoot van broeikasgassen terug te dringen tot een niveau dat de veiligheid van huidige en toekomstige generaties niet in gevaar brengt. Het is best mogelijk dat bij de invoering van artikel 3:305a BW door de wetgever niet voorzien is dat het collectieve-actierecht op deze manier een enorme invloed zou kunnen hebben op de traditionele verhoudingen binnen de trias. De vraag is evenwel: is dat erg? Wij menen dat dit niet het geval is als men het recht – inclusief het constitutionele recht – als een levend instrument beschouwt, dat zich volgens zijn eigen beginselen met de tijd ontwikkelt. Daarbij is van belang dat er voldoende 'checks and balances' blijven bestaan tussen oude en nieuwe rechtsvormers, dat wil zeggen, dat de beslissing van de rechter geen bestaande mechanismen voor wederzijdse controle schendt en bovendien in de gewijzigde verhoudingen bijdraagt aan een nieuw evenwicht van machten.

Van een verstoring van het machts-evenwicht is hier evenwel geen sprake. Zo lijkt de vrees voor een 'floodgate' aan procedures waarbij de Staat aansprakelijk wordt gehouden ongegrond. Recentelijk heeft Milieudefensie bijvoorbeeld het hoger beroep verloren in een zaak tegen de Staat die handelde over het niet tijdig terugdringen van luchtverontreiniging in strijd met normen die de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) hanteert en die verder gaan dan die van Richtlijn 2008/50/EG.<sup>64</sup> Het Haagse gerechtshof oordeelde dat de WHO-normen geen bindende voorschriften zijn en de Staat niet onrechtmatig handelde door de WHO-aanbevelingen niet sneller door te voeren, aangezien artikel 2 en 8 EVRM een 'margin of appreciation' laten die in casu niet overschreden wordt, nu de Staat in 2018 een plan heeft opgesteld om de resterende luchtverontreiniging versneld aan te pakken zodat de normen voor de uitstoot van met name fijnstof en stikstofdioxide uit Richt-

59 HR 9 april 2010, ECLI: NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388 (*Staat en SGP/ Clara Wichmann c.s.*).

60 Gerechtshof Den Haag, 9 oktober 2018, ECLI:NL: GHDHA:2018:2591, r.o. 76.

61 M. van Wolferen, *To Justify the Ways of God to Men. Limits to the Court's powers of interpretation* (diss. Groningen), 2018, [www.rug.nl/research/portal/files/66168969/Complete\\_thesis.pdf](http://www.rug.nl/research/portal/files/66168969/Complete_thesis.pdf).

62 Zie: D. Carrington, 'Can climate litigation save the world?', *The Guardian* 20 maart 2018.

63 P. Kirchoff, 'Entparlamentarisierung der Demokratie?', in: A. Kaiser & T. Zittel (red.), *Demokratietheorie und Demokratieentwicklung. Festschrift für Peter Graf Kielmansegg*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2004, p. 362.

64 Gerechtshof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL: GHDHA:2019:915.



lijn 2008/50/EG en de WHO-richtlijnen die de Staat eerder zelf heeft onderschreven weer in acht genomen worden. Dit arrest laat zien dat de rechter in Nederland over constitutionele wijsheid beschikt en de kunst van de zelfbeheersing machtig is, zodat niet iedere schending van niet rechtstreeks werkende internationale normen gelijk een onrechtmatige daad oplevert.

De Urgenda-zaak is in die zin tamelijk uniek, omdat wat ons betreft de beleidsvrijheid van de Staat niet wordt aangetast door het bevel om in 2020 de CO<sub>2</sub>-uitstoot met (minimaal) 25% te reduceren. Dat percentage heeft de rechter niet zelf bedacht, maar is van regeringswege zelf jarenlang erkend als het absolute minimum dat noodzakelijk is om mogelijke onomkeerbare klimaatverandering nog tijdig te stoppen, waarbij de regering mede door het tekenen van de klimaatafspraken in Parijs bovendien recentelijk te kennen heeft gegeven dat er op korte termijn eigenlijk nog veel meer moet gebeuren. In deze context is het wat ons betreft niet vreemd of onverantwoord om de Staat te bevelen om de eerder strikt noodzakelijk geachte minimumreductiedoelstelling ook waar te maken. Indien de wetgever het met die beslissing alsnog oneens blijkt te zijn – hetgeen ons moeilijk denkbaar lijkt<sup>65</sup> – staat, indien de Hoge Raad de beslissing van het hof in stand laat, altijd nog de weg open om de beslissing van de rechter te corrigeren via de wet in formele zin. Dit is alleen anders wanneer de Hoge Raad mocht besluiten om prejudiciële vragen aan het EHRM te stellen en dat college uiteindelijk mocht besluiten om de lijn die is ingezet door het Gerechtshof Den Haag te volgen.

### Collectieve acties vormen een belangrijke stok achter de deur voor wetgever en bestuur om in actie te komen waar privaatrechtelijke zorgplichten dreigen te worden geschonden en fundamentele verdragsrechten in het geding zijn

De *bottom line* is wat ons betreft dat collectieve acties een belangrijke stok achter de deur vormen voor wetgever en bestuur om in actie te komen waar privaatrechtelijke zorgplichten

dreigen te worden geschonden en fundamentele verdragsrechten in het geding zijn. Wij zien niet in waarom dit ondemocratisch zou zijn. Burgers en maatschappelijke organisaties maken simpelweg gebruik van de rechtsbeschermingsmogelijkheden die het burgerlijk recht hen biedt. Handhaving door middel van het privaatrecht maakt daarbij onlosmakelijk deel uit van ons democratisch bestel.

Betekent dit laatste dat er geen legitimatievragen bij een opmars van de rechtsvormende taak van de rechter te stellen zijn? Natuurlijk niet. Hoewel hoogste rechters inmiddels algemeen erkennen dat rechtsvorming niet meer exclusief aan de wetgever toebehoort,<sup>66</sup> valt er nog het nodige denkwerk te verrichten met betrekking tot de wijze waarop de rechter op een meer methodisch verantwoorde wijze als ‘occasional legislator’ kan optreden. Doordat hoogste rechters tot op heden vooral gemotiveerd hebben waarom iets buiten hun rechtsvormende taak valt, weten we nog maar weinig over wat er precies gebeurt als rechtsvorming wel aangewezen is. Daarbij zijn twee vragen te onderscheiden. In de eerste plaats rijst de vraag of rechtsvorming door de rechter is aangewezen. Welke gezichtspunten spelen hier een rol? Passen de Urgenda-uitspraken van de rechtbank en het hof in een traditie van rechterlijk ingrijpen wanneer acuut gevaar dreigt, zoals Urgenda zelf heeft aangevoerd? Als de rechter rechtsvormend optreedt, rijst vervolgens de vraag hoe hij dit doet. Hoe houdt de rechter bijvoorbeeld rekening met de toekomstige gevolgen van de normen die hij stelt (denk bijv. aan de figuur van de *amicus curiae* die gebruikt zou kunnen worden om informatie te vergaren omtrent hoe verschillende mogelijke rechterlijke beslissingen zouden kunnen uitvallen), in hoeverre en op welke wijze kan hij verantwoord gebruikmaken van de jurisprudentie van buitenlandse rechtscolleges die zich met vergelijkbare vragen bezighouden (welke randvoorwaarden kunnen gesteld worden aan transnationale ‘judicial dialogues’ en welke rechtskracht kan worden toegekend aan zelfregulering en *soft law* (zijn er ‘rules of recognition’ te bedenken op dit punt)? Deze en andere vragen verdienen nader onderzoek. Dat onderzoek zal veel sneller en beter van de grond komen wanneer we het klassieke paradigma van de *trias politica* durven te doorbreken om te doordenken hoe de rechter in een meergelaagde rechtsorde rechtsvormend kan optreden.

65 Anders had de Eerste Kamer op 28 mei jl. de Klimaatwet immers niet hoeven aannemen.

66 Zie M. Feteris, ‘Development of the Law by Supreme Courts in Europe’, *Utrecht Law Review* 2017, afl. 1, p. 155-169 op p. 156.