ARTIKELEN

De relatie tussen burgerlijke rechter en wetgever

L.A.D. Keus

1. De Wet AB

Voor de relatie tussen rechter en wetgever gelden de artikelen 11 en 12 van de Wet algemene bepalingen (Wet AB) als uitgangspunt. Naar luid van artikel 11 moet de rechter volgens de wet rechtspreken en mag hij niet de innerlijke waarde of billijkheid van de wet beoordelen. Artikel 12 verbiedt de rechter 'bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement' uitspraak te doen.

Naar inhoud en achtergrond zijn deze bepalingen niet onomstreden. Men mag echter aannemen dat zij beogen te verhinderen dat rechter en wetgever op elkaars terrein komen. In dat streven past het niet dat de rechter de intrinsieke waarde of billijkheid van de wet beoordeelt, en nog minder dat hij zich de allures van een wetgever aanmeet.¹

Beide bepalingen houden verband met de machtscheiding, zoals voorgestaan door Montesquieu. Bekend is de frase in diens *De l'esprit des lois*, dat 'les juges (...) ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur'. Een zo beperkte opvatting kan niet worden aanvaard. Om te worden toegepast behoeft de wet interpretatie. Bovendien zal interpretatie alleen niet steeds voldoende zijn. De wet biedt niet altijd pasklare oplossingen en voorziet meer dan eens in vage, door de rechter in te vullen normen. Vaak berust het ook op een keuze van de wetgever om de rechtsontwikkeling op bepaalde punten aan de rechter over te laten. Bovendien zal de rechter, voordat hij volgens de wet kan rechtspreken, bij conflicterende regels moeten vaststellen welke van die regels toepasbaar is.

Alhoewel de rechter méér is dan de mond van de wet, zijn in de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad wel degelijk sporen te herkennen van de door de Wet AB beoogde machtscheiding. In deze bijdrage zal ik nalopen waar die sporen zichtbaar zijn. Daarbij komt mede aan de orde of supranationaal recht ertoe dwingt meer afstand van de bedoelde machtscheiding te nemen.

1 Asser/Vranken, *Algemeen deel*** 1995/78.

2. Toetsing aan algemene rechtsbeginselen

2.1 *Het Landbouwwliegers-arrest*

In het *Landbouwwliegers*-arrest heeft de Hoge Raad aanvaard dat de burgerlijke rechter een algemeen verbindend voorschrift (maar niet een wet in formele zin²) onverbindend en – in verband daarmee – de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen op grond van willekeur, hierin gelegen dat de (lagere) wetgever dat voorschrift in redelijkheid niet had kunnen vaststellen, gelet op de daarbij betrokken belangen. Daarbij staat het de rechter echter niet vrij de waarde of het maatschappelijk gewicht van de betrokken belangen naar eigen inzicht vast te stellen, ‘terwijl zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in ons staatsbestel, zoals deze mede in artikel 11 Wet AB tot uiting komt, meebrengen dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten’. Motiveringsgebreken kunnen, nog steeds volgens de Hoge Raad, op zichzelf niet tot onverbindendheid leiden. Wel kan de motivering een rol spelen bij de beoordeling of het betrokken voorschrift een toetsing aan de hiervoor bedoelde willekeurmaatstaf kan doorstaan.³

2.2 *Haarscheurtjes in de Landbouwwliegers-maatstaf?*

In zijn conclusie van 22 december 2017 spreekt staatsraad advocaat-generaal Widdershoven in verband met de *Landbouwwliegers*-maatstaf van een ‘willekeursluis’. Hij beschrijft in zijn conclusie hoe de hoogste bestuursrechters bij hun exceptieve toetsing het *Landbouwwliegers*-arrest hebben gevolgd, maar daarvan inmiddels enige afstand lijken te hebben genomen. Volgens Widdershoven moet de bestuursrechter meer indringend toetsen en mag de ‘willekeursluis’ daarbij niet een extra horde vormen. Wel past ook volgens Widdershoven terughoudendheid, als de (lagere) wetgever een ruime beslissingsmarge heeft of politieke afwegingen maakt; die terughoudendheid belet overigens niet de wijze waarop een eventuele beslissingsruimte wordt ingevuld aan artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en het motiveringsbeginsel te toetsen. Naarmate het voorschrift dieper ingrijpt in het leven en in fundamentele rechten van de burger moeten, nog steeds volgens Widdershoven in zijn conclusie, de materiële toetsing en de toetsing aan artikel 3:2 Awb en het motiveringsbeginsel intensiever zijn.⁴

Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven verdedigt dat de *Landbouwwliegers*-maatstaf in de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters haarscheurtjes is gaan vertonen. Ik acht dat niet zeker. Dat, zoals Widdershoven signaleert, de term ‘willekeur’ niet steeds wordt gebruikt, sluit allerminst uit dat met de door de Hoge Raad verlangde terughoudendheid wordt getoetst, nog daargelaten dat in

2 Art. 120 Gw verbiedt toetsing van de wet in formele zin aan fundamentele rechtsbeginselen die geen uitdrukking hebben gevonden in een eenieder verbindende verdragsbepaling; HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*); HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527, NJ 2000/713 (*Kooren-Maritiem*); HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, NJ 2002/469 (*Herstructurering varkenshouderij*).

3 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, NJ 1987/251 (*Landbouwwliegers*).

4 ECLI:NL:RVS:2017:3557.

het *Landbouwwliegers*-arrest met ‘willekeur’ niet meer is bedoeld dan dat de regelgever, gelet op de betrokken belangen, niet in redelijkheid tot het betrokken voorschrift is kunnen komen.

2.3 De *Landbouwwliegers*-maatstaf en gecodificeerde rechtsbeginselen

Het *Landbouwwliegers*-arrest dateert uit het pre-Awb-tijdperk. De Hoge Raad heeft daarin met ‘algemene rechtsbeginselen’ ongetwijfeld ongeschreven rechtsbeginselen bedoeld. Ook Mok had in zijn conclusie (onder 5.1) de zaak al in die sleutel geplaatst. Dat het *Landbouwwliegers*-arrest ziet op de toetsing aan ongeschreven recht, was ook de opvatting van Scheltema, die in zijn *NJ*-noot (onder 1) opmerkte dat het arrest ‘met zoveel woorden de mogelijkheid [opent] tot rechterlijke toetsing van (lagere) wetgeving aan ongeschreven rechtsbeginselen’. In het recente *Binnenvaart*-arrest spreekt de Hoge Raad zelf onder verwijzing naar het *Landbouwwliegers*-arrest van een toetsing ‘aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht’.⁵

Terwijl het *Landbouwwliegers*-arrest betrekking had op een toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen, heeft de nadien in werking getreden Awb enkele van die beginselen (waaronder het verbod van een kennelijk onredelijke belangenafweging; art. 3:4 lid 2 Awb) gecodificeerd. Deze codificatie is ten dele⁶ van overeenkomstige toepassing op algemeen verbindende voorschriften (art. 3:1 lid 1 onder a Awb). In zoverre hebben deze beginselen, ook jegens de (lagere⁷) wetgever, hun ongeschreven status verloren. Toetsing aan die beginselen is niet langer een toetsing aan ongeschreven recht, maar een toetsing aan de wet.

Ook voor een toetsing aan de inmiddels in de Awb gecodificeerde rechtsbeginselen houdt de Hoge Raad aan de *Landbouwwliegers*-maatstaf vast. In het *Binnenvaart*-arrest verwijst hij voor een toetsing aan artikel 3:4 Awb naar de *Landbouwwliegers*-maatstaf. Voorts beschrijft hij de essentie van die maatstaf, overigens zonder daarbij de term ‘willekeur’ te gebruiken.⁸ Dat wijst erop dat de Hoge Raad wellicht ook ruimte ziet voor een toetsing aan andere beginselen dan het verbod van een kennelijk onredelijke belangenafweging.⁹ Niet alleen houdt de Hoge Raad voor het overige aan de *Landbouwwliegers*-maatstaf vast, maar ook geeft hij daarop een nuttige aanvulling: men kan die maatstaf niet omzeilen over de band van de derogerende werking van de goede trouw. Gronden die verband houden met een beweerde schending van een algemeen rechtsbeginsel, maar tekortschieten voor een toetsing aan de *Landbouwwliegers*-maatstaf, kunnen ook een beroep op de derogerende werking niet dragen.¹⁰

5 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729 (*Binnenvaart*), r.o. 3.9.1.

6 Art. 3:1 lid 1 onder b Awb verklaart de afdelingen 3.6 Awb (‘Bekendmaking en mededeling’) en 3.7 Awb (‘Motivering’) uitdrukkelijk niet van toepassing op algemeen verbindende voorschriften.

7 Wetten in formele zin zijn geen besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb. Art. 1:1 lid 1 onder a Awb ontzegt de wetgevende macht immers de status van bestuursorgaan.

8 R.o. 3.9.1.

9 Zie ook de woorden ‘onder meer’ in de slotzin van r.o. 3.9.1.

10 R.o. 3.9.2.

De mede door artikel 11 Wet AB geïnspireerde *Landbouwwliegers*-maatstaf en de door de Hoge Raad voorgestane terughoudendheid van de rechter jegens de (lagere) wetgever zijn derhalve nog springlevend en hebben ook met de codificatie van algemene rechtsbeginselen in de Awb niet aan betekenis ingeboet.

2.4 De *Landbouwwliegers*-maatstaf en supranationaal recht

Dat het *Landbouwwliegers*-arrest ook van betekenis zou zijn voor algemene rechtsbeginselen die in rechtstreeks werkende supranationale bepalingen zijn vervat, is niet aannemelijk. Zo onderkende de Hoge Raad in (r.o. 3.4 van) het *Harmonisatiewet*-arrest dat de wet in formele zin wél kan worden getoetst aan fundamentele beginselen die in rechtstreeks werkend supranationaal recht zijn vervat, zonder daarbij naar het (enkele jaren daarvoor gewezen) *Landbouwwliegers*-arrest te verwijzen of andere beperkingen te formuleren. Voor een toetsing van lagere wetgeving aan in supranationaal recht vervatte rechtsbeginselen geldt mijns inziens *a fortiori* hetzelfde. Daarmee is overigens niet gezegd dat de rechter bij een dergelijke toetsing elke terughoudendheid kan laten varen. Denkbaar is dat de supranationale norm zelf de nationale wetgever beoordelingsruimte of (in Straatsburgse termen) een ‘margin of appreciation’ laat, die – zo zij al niet aan rechtstreekse werking in de weg staat – door de nationale rechter moet worden gerespecteerd.

3. Buiten toepassing laten wegens niet-verdisconteerde omstandigheden

Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat, buiten het geval dat een regeling naar haar inhoud met een hogere regeling of algemene rechtsbeginselen strijdt, een (mogelijk zelfs formeel-)wettelijke bepaling buiten toepassing moet blijven als vanwege door de wetgever niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden de (strikte) toepassing van die bepaling zozeer met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht in strijd is, dat zij achterwege moet blijven.¹¹

In wezen neemt de Hoge Raad ook hier de machtenscheiding van de Wet AB in acht. De rechter respecteert de door de wetgever gemaakte keuzes en grijpt slechts in als toepassing van de wet als gevolg van niet-verdisconteerde omstandigheden tot een onaanvaardbaar en ook met de veronderstelde bedoelingen van de wetgever strijdig resultaat zou leiden. Een dergelijke ingreep raakt de verbindende kracht van de betrokken bepaling niet.¹²

Men kan deze benadering opvatten als een vorm van rechterlijke interpretatie. Zij doet denken aan het geval dat de rechter bij zijn uitleg van een overeenkomst een leemte signaleert, waarin hij vervolgens met toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid voorziet. Ook in het geval van door de wetgever niet-verdisconteerde omstandigheden hoeft de rechter zich niet steeds ertoe te beperken de betrokken bepaling buiten toepassing te laten. Zoals hierna

11 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729 (*Binnenvaart*), r.o. 3.8.1; HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344 (*Bosentan*), r.o. 3.6.2.

12 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*), r.o. 3.9.

aan de orde komt, kan de rechter soms in de leemte als gevolg van het buiten toepassing laten van een bepaling voorzien.

4. Rechterlijke aanvulling en abstinentie

Volgens de Wet AB is de rechtsvormende taak van de rechter begrensd. Dat laat zich in het bijzonder dan gevoelen, als het buiten toepassing laten van een bepaling de belanghebbende geen soelaas biedt en, in de woorden van de Hoge Raad in het *Arbeidskostenforfait*-arrest, een rechtstekort laat bestaan. Volgens de Hoge Raad kan de rechter daarin voorzien als uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk blijkt hoe dat moet gebeuren. Als echter verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard, moet de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laten. Daarbij wijst de Hoge Raad zowel op de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid als op de beperkte mogelijkheden van de rechter. De Hoge Raad sluit echter niet uit dat de rechter zelf een keuze maakt als de wetgever met het rechtstekort bekend is, maar nalatig blijft daarin te voorzien.¹³

Ook dit stelsel van rechterlijke aanvulling en abstinentie respecteert de door de Wet AB beoogde machtenscheiding. De rechter acht zijn rechtsvormende taak beperkt tot gevallen waarin uit de wet zelf voldoende duidelijk blijkt hoe een leemte als gevolg van het buiten toepassing laten moet worden ingevuld. Een dergelijke invulling was aan de orde in het *Binnenvaart*-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de (besluit)wetgever de in 1991 vastgestelde limiet van de in artikel 8:983 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bedoelde aansprakelijkheidsbeperking in 2008 niet in redelijkheid ongewijzigd had kunnen laten, maar had moeten verhogen. Volgens de Hoge Raad gaat een aanpassing van de limiet aan de opgetreden geldontwaarding de rechtsvormende taak van de rechter niet te buiten, omdat zij zich naar objectieve maatstaven laat bepalen en bovendien in overeenstemming is te achten met de veronderstelde bedoeling van de (besluit)wetgever, nu een dergelijke aanpassing de limiet in feite op haar reële economische waarde houdt.

5. De afwijzing van wetgevingsbevelen

5.1 Het Waterpakt-arrest

De Hoge Raad is pertinent in zijn afwijzing van wetgevingsbevelen. De sporen van de Wet AB zijn duidelijk te herkennen in de rechtspraak van de Hoge Raad die rechterlijke ingrepen in het proces van wetgeving categorisch afwijst.

13 HR (belastingkamer) 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*). De civiele kamer volgt eenzelfde lijn; zie HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0437, NJ 1989/740 (*Naamrecht*) en recent HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729 (*Binnenvaart*).

In het *Waterpakt*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet in formele zin tot stand zal komen, op grond van politieke besluitvorming en afweging van de betrokken belangen door de regering en de Staten-Generaal moet worden beantwoord. Volgens de Hoge Raad brengt de verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen mee dat de rechter niet in die procedure van politieke besluitvorming mag ingrijpen en is dit niet anders als het met de beoogde wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen dat moet zijn bereikt, in een Europese richtlijn vastliggen.¹⁴

Het daarop volgende *Faunabescherming*-arrest verlangt eenzelfde terughoudendheid ten aanzien van een provinciale verordening en de gevorderde intrekking daarvan. Volgens de Hoge Raad zou een bevel tot vaststelling of intrekking ongeoorloofd ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming en belangenafweging, die aan de gekozen vertegenwoordigers in de provinciale staten is voorbehouden. Voorts zou een dergelijk bevel ook gevolgen voor niet bij de procedure betrokken derden hebben.¹⁵

Blijkens het meer recente *Thuiskopievergoeding*-arrest geldt de afwijzing van het wetgevingsbevel ook voor de vaststelling van algemene maatregelen van bestuur (bestuurswetgeving) en de daaraan ten grondslag liggende politieke besluitvorming en afweging van belangen.¹⁶

5.2 Kritiek op het *Waterpakt*-arrest

Het *Waterpakt*-arrest is in de literatuur wisselend ontvangen. De kern van de kritiek daarop is, dat waar richtlijnen ertoe dwingen binnen een bepaalde termijn wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen, politieke besluitvorming over de vraag of wetgeving tot stand moet komen, en zo ja, wanneer en met welke inhoud, niet of nauwelijks meer aan de orde is. Voorts is erop gewezen dat binnen de rechtsorde van de Europese Unie (EU) nationale regels van constitutionele aard niet beslissend zijn en dat het Hof van Justitie beperkingen van de nationale rechter met betrekking tot wetgeving al eerder heeft doorbroken.

De gedachte dat het bij de uitvoering van richtlijnen zou gaan om de totstandbrenging van wetgeving met een vooraf reeds dwingend bepaalde inhoud, mist in haar algemeenheid grond. Dat voor het instrument van de richtlijn is gekozen, impliceert dat de Europese wetgever de lidstaten weliswaar een bepaald resultaat heeft voorgeschreven, maar niet de exacte route om dat resultaat te bereiken. Tot dat laatste is de richtlijnwetgever ook niet bevoegd; artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) schrijft immers voor dat aan de nationale instanties de bevoegdheid wordt gelaten om vorm en middelen te kiezen. Als de EU een ook reeds naar inhoud bepaalde regeling aan de lidstaten wil opleggen, moet zij niet voor een richtlijn, maar voor een (in al haar onderdelen verbindende en rechtstreeks toepasselijke) verordening kiezen. Doorgaans zijn er meer wegen die naar het door een richtlijn voorgeschreven resultaat leiden. Niet

14 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691 (*Waterpakt*).

15 HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, NJ 2004/679 (*Faunabescherming*).

16 HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523, AB 2014/230 (*Thuiskopievergoeding*).

valt in te zien waarom het bij de keuze van de te volgen route in het algemeen aan de door de Hoge Raad bedoelde politieke besluitvorming en belangenafweging zou ontbreken.

Dat het Hof van Justitie al eerder rechterlijke beperkingen met betrekking tot wetgeving heeft doorbroken, is juist. Zo oordeelde het in het *Factortame*-arrest dat de nationale kortgedingrechter een voorschrift dat hem verhindert met het Unierecht strijdige regelgeving bij wijze van voorlopige maatregel op te schorten, moet negeren.¹⁷ Het voorlopig (tussen partijen) opschorten van nationale regelgeving (te vergelijken met de hierna nog te bespreken buitenwerkingstelling) is echter van wezenlijk andere en minder verstrekkende aard dan een wetgevingsbevel.

5.3 Dwingt het Unierecht tot een aanpassing van de Waterpakt-leer?

Als nationaal recht aan de verwerkelijking van Unierechtelijke aanspraken in de weg staat, moet het op grond van de zogenaamde *Rewe*-leer wijken, wanneer het een toetsing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel niet kan doorstaan.¹⁸ Omdat de Hoge Raad wetgevingsbevelen categorisch uitsluit, is aan het gelijkwaardigheidsbeginsel voldaan. Het effectiviteitsbeginsel zou echter aan de uitsluiting van wetgevingsbevelen in de weg staan, als die uitsluiting de verwerkelijking van Unierechtelijke aanspraken onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Dat laatste valt mijns inziens niet vol te houden.

In de eerste plaats heeft het Hof van Justitie een samenhangend stelsel van rechtsbescherming in geval van niet-tijdige of onjuiste implementatie van richtlijnen ontwikkeld. Biedt richtlijnconforme interpretatie geen soelaas en kan de betrokken richtlijn niet rechtstreeks jegens de overheid worden ingeroepen, dan rest een mogelijke staatsaansprakelijkheid op grond van de *Francovich*-rechtspraak.¹⁹ Kennelijk is in de ogen van het Hof schadevergoeding op grond van de *Francovich*-rechtspraak een *ultimum remedium*. Dat wijst niet erop dat de Europese burger naar Unierecht verdergaande mogelijkheden dient te hebben om bij de nationale rechter een correcte implementatie af te dwingen. Erg voor de hand liggen dergelijke mogelijkheden ook niet. De implementatieplicht beoogt niet de belangen van de Europese burger, maar de institutionele orde binnen de EU te beschermen. Het afdwingen daarvan door het Hof in een inbreukprocedure (waarin in de tweede ronde een dwangsom kan worden opgelegd; art. 260 lid 2 VWEU) ligt veel meer voor de hand dan dit aan de nationale rechter over te laten. Als aan de voorwaarden van *Francovich* is voldaan, kan een niet-tijdige of onjuiste implementatie naar Unierecht tot een door de nationale rechter toe te kennen schadevergoeding leiden. Zoals hierna nog aan de orde zal komen, wordt die mogelijkheid naar Nederlands overheidsaansprakelijkheidsrecht ten volle (en zelfs méér dan dat) erkend.

17 HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:216, NJ 1992/761 (*Factortame*).

18 Zie reeds HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*).

19 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, NJ 1994/2 (*Francovich*).

In de tweede plaats moet worden betwijfeld of wetgevingsbevelen noodzakelijk en geschikt zijn. Men kan zich afvragen wat een wetgevingsbevel toevoegt aan de rechterlijke constatering dat nationale wetgeving aanpassing behoeft. De Staat pleegt rechterlijke uitspraken na te komen; daarop berust in Nederland het gebruik om bevelen aan de overheid niet met dwangsommen te versterken. Men zou het zo kunnen formuleren dat reeds de rechterlijke signalering dat de wet aanpassing behoeft, als ‘materieel wetgevingsbevel’ geldt. Een in het dictum vervat ‘formeel wetgevingsbevel’ zou daaraan weinig toevoegen, zeker als het niet met een dwangsom zou zijn versterkt. Naar in de literatuur wel is verdedigd, zou een dergelijk bevel zelfs contraproductief zijn, omdat het de verhouding tussen de rechter en de wetgever onnodig onder druk zou zetten en het gezag van de rechter zou aantasten als het bevel zou worden genegeerd.²⁰

Ten slotte is in de literatuur wel verdedigd dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie over Richtlijn 2008/50/EG (luchtkwaliteit) zou blijken dat de rechter tot het geven van wetgevingsbevelen verplicht kan zijn. In het *ClientEarth*-arrest oordeelde het Hof dat, wanneer een lidstaat artikel 13 lid 1, tweede alinea (het vanaf zekere data voorkomen van overschrijding van zekere grenswaarden), van die richtlijn niet heeft nageleefd, de nationale rechter jegens de bevoegde nationale autoriteit alle noodzakelijke maatregelen moet treffen, zoals een bevel tot het opstellen van het in artikel 23 vereiste luchtkwaliteitsplan.²¹ Het arrest betreft niet de algemene uit artikel 288 VWEU voortvloeiende implementatieplicht, maar een specifieke in de richtlijn zelf vervatte verplichting om een luchtkwaliteitsplan op te stellen dat aan de vereisten van de richtlijn voldoet. Het Hof achtte die verplichting kennelijk onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk om een rechtstreeks beroep daarop jegens de overheid toe te staan (zie punt 53: ‘een duidelijke verplichting (...) om een luchtkwaliteitsplan op te stellen dat aan bepaalde vereisten moet voldoen’). Temeer nu nergens uit het arrest blijkt dat voor het opstellen van een dergelijk luchtkwaliteitsplan wetgeving is vereist, kan daaruit niet worden afgeleid dat de pertinente afwijzing van wetgevingsbevelen onhoudbaar zou zijn.

6. De buitenwerkingstelling

6.1 De onmiskenbaarheidseis

Van een wetgevingsbevel moet de buitenwerkingstelling worden onderscheiden. In het *LSV*-arrest omschreef de Hoge Raad de door de kortgedingrechter uit te

20 Zie (ook voor de gebruikte terminologie) G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel* (diss. Amsterdam UvA), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013. Zie voor een bespreking daarvan R.J.B. Schutgens, ‘Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten’, *RMThemis* 2014, p. 104-108.

21 HvJ EU 19 november 2014, C-404/13, ECLI:EU:C:2014:2382, AB 2015/38 (*ClientEarth*); zie voor het opstellen van een actieplan onder Richtlijn 96/62/EG (voorganger van Richtlijn 2008/50/EG) HvJ EU 25 juli 2008, C-237/07, ECLI:EU:C:2008:447, AB 2008/283 (*Janacek*). Zie voor een gebod tot het opstellen van een luchtkwaliteitsplan Rb. Den Haag (vzr.) 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171, AB 2017/335, en de afwijkende uitspraak ten gronde van die rechtbank van 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, AB 2018/115 (*Milieudefensie*).

spreken buitenwerkingstelling als een in algemene termen vervat verbod, ertoe strekkende dat de Staat zich – totdat de betrokken regeling in een eventuele bodemprocedure verbindend wordt geoordeeld – heeft te onthouden van gedragingen die op die regeling zijn gegrond, met name het (doen) uitvoeren daarvan, bijvoorbeeld door daden van opsporing en strafvervolgning.²²

Hoewel een buitenwerkingstelling slechts rechten geeft aan partijen die haar hebben verkregen en niet de betekenis heeft van een wetgevingsbevel, heeft de Hoge Raad haar toch aan beperkingen onderworpen. De bekendste daarvan is de eis van een onmiskenbare onverbindendheid. Voorts geldt als eis dat voor de belanghebbende geen andere rechtsgang openstaat om zich met de vereiste spoed een voorziening te verschaffen. De Hoge Raad is in de vormgeving van de buitenwerkingstelling behoedzaam, ook daar waar hij het uitdrukkelijk aan de strafrechter overlaat te oordelen over de ontvankelijkheid van de officier van justitie bij een strafvervolgning van de partij die de voorziening verkreeg. Een en ander wijst erop dat de Hoge Raad, ook zonder dat van een wetgevingsbevel sprake is, hecht aan rechterlijke terughoudendheid bij het treffen van een in algemene termen vervatte (maar slechts tussen partijen geldende) voorziening die de uitvoering van de wet raakt.

6.2 De onmiskenbaarheidseis en supranationaal recht

Als een beweerde onverbindendheid op strijd met Unierecht wordt gebaseerd, doet dat mijns inziens niet af aan de gelding van de onmiskenbaarheidseis. Die eis geldt in het algemeen, waarmee aan het gelijkwaardigheidsbeginsel uit de *Rewe*-leer is voldaan. Over het effectiviteitsbeginsel is meer discussie mogelijk, maar de voorwaarde dat de onverbindendheid zich met een zekere evidentie opdringt, maakt de verwerkelijking van het Unierecht niet (zo goed als) onmogelijk. Daarbij moet worden bedacht dat ook de kortgedingprocedure waarin het EU-procesrecht voorziet, aan strenge beperkingen is onderworpen, onder meer aan die van een *fumus boni iuris*, een voldoende mate van waarschijnlijkheid dat de verzoeker het gelijk aan zijn zijde heeft. In elk geval lijkt de Hoge Raad ook in door het Unierecht beheerste situaties van de onmiskenbaarheidseis uit te gaan.²³

Aan de onmiskenbaarheidseis kan evenmin betekenis worden onzegd voor een verlangde buitenwerkingstelling op grond van strijd met ander internationaal recht. Artikel 94 van de Grondwet (Gw) bepaalt dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Dat toepassing in een bepaald geval met een eenieder verbindende verdragsbepaling onverenigbaar is, impliceert niet zonder meer de onverbindendheid van het betrokken voorschrift. Daarvan is slechts sprake als elke mogelijke toepassing met de verdragsbepaling conflicteert. Ook als dit laatste zich voordoet, kan artikel 94 Gw mijns inziens niet zo worden

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

23 HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5775, NJ 2000/714 (*Runderkoppen*), r.o. 3.7; zie ook HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8513, NJ 2010/567 (*Fijnstofdifferentiatie*), r.o. 3.4.

opgevat, dat het de kortgedingrechter in alle gevallen (en ook zonder dat aan de onmiskenbaarheidseis is voldaan) tot een buitenwerkingstelling zou verplichten.²⁴

7. Het onrechtmatigheidsoordeel

7.1 *De onrechtmatigheid van lagere wetgeving*

Een door de burgerlijke rechter te treffen voorziening komt slechts aan de orde, als de onrechtmatigheid van de handeling waartegen de gevraagde voorziening is gericht, vaststaat. Een voor de hand liggende grond voor onrechtmatigheid van (de vaststelling en handhaving van) lagere wetgeving is strijd van die wetgeving met hoger recht. In het *Van Gelder*-arrest overwoog de Hoge Raad dat, als een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen, daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam is gegeven.²⁵

Als eenmaal strijd met de hogere regeling en de ‘mitsdien’ daaruit voortvloeiende onverbindendheid zijn vastgesteld, is de Hoge Raad derhalve onverbiddelijk. De onrechtmatigheid van (de uitvaardiging en handhaving van) de betrokken regeling staat dan vast, terwijl daarmee in beginsel ook de schuld van het overheidslichaam is gegeven. Dat komt neer op een bijna-risicoaansprakelijkheid.

Ook buiten het geval van onverbindendheid kan van onrechtmatigheid van wetgeving sprake zijn. Een voorbeeld is het *Swill*-arrest, waarin een buitenwerkingstelling werd afgewezen, maar de betrokken regeling jegens bepaalde swillmasters onrechtmatig werd geoordeeld wegens strijd met het willekeurverbod.²⁶ Men zou hier van een relatieve onrechtmatigheid kunnen spreken.²⁷

7.2 *Onrechtmatigheid van de wet in formele zin en artikel 94 Gw*

Onrechtmatigheid van de wet in formele zin is problematischer. De wet in formele zin wordt door artikel 120 Gw van een toetsing aan de Grondwet en ongeschreven algemene rechtsbeginselen gevrijwaard. Zij is slechts vatbaar voor een toetsing van haar toepassing aan (geschreven) supranationaal recht: volgens artikel 94 Gw vinden binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing, indien die toepassing niet verenigbaar is met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Artikel 94 Gw raakt niet de wet, maar slechts haar toepassing. Als in een bepaalde situatie toepassing onverenigbaar is met een eenieder verbindende supranationale bepaling, moet de wet in dié situatie buiten toepassing worden gelaten. Arti-

24 Zie ook mijn bijdrage ‘De toverformule van de onmiskenbare onverbindendheid’, in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria*, Deventer: Kluwer 2002, p. 117-129.

25 HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, NJ 1987/252 (*Van Gelder*).

26 HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, NJ 1992/638 (*Swill*).

27 Zie O. de Savornin Lohman, ‘Onrechtmatige doch niet onverbindende wetgeving’, *RegelMaat* 1988, p. 2-9.

kel 94 Gw leidt niet tot onverbindendheid, tenzij een met de betrokken supranationale bepaling verenigbare toepassing zich überhaupt niet laat denken.

7.3 Eenieder verbindende bepaling

Het bereik van artikel 94 Gw wordt allereerst bepaald door de vraag wat onder een eenieder verbindende bepaling moet worden verstaan. In 1986 overwoog de Hoge Raad dat, als noch uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van de verdragsbepaling blijkt dat daaraan geen directe werking toekomt, slechts de inhoud daarvan beslissend is. Daarbij komt het aan op de vraag of de bepaling de Nederlandse wetgever verplicht tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, dan wel van dien aard is dat zij in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren.²⁸ Deze maatstaf is in latere arresten herhaald, onder meer in het *Clara Wichmann*-arrest, waarin de Hoge Raad mede van belang achtte of de verdragsbepaling onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig om door de rechter te worden toegepast.²⁹

Alhoewel uit die maatstaf is afgeleid dat internationale bepalingen die beleidsvrijheid laten niet rechtstreeks werken,³⁰ kan volgens de Hoge Raad daaraan ook zijn voldaan als zulke bepalingen nadere maatregelen voorschrijven. Dat bleek reeds uit het arrest *Staat en SGP/Clara Wichmann*,³¹ maar werd nog eens geëxpliciteerd in het *Rookverbod*-arrest. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat, als het volgens een verdragsbepaling te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet belet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft. Of van rechtstreekse werking sprake is, hangt ervan af of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren.³²

Zeker na het *Rookverbod*-arrest geldt dat, zoals Alkema reeds in zijn *NJ*-noot bij het arrest *Staat en SGP/Clara Wichmann* signaleerde, de afstand tussen wel en niet rechtstreeks werkend internationaal recht geringer wordt. Er lijkt sprake van een ontwikkeling waarbij de aandacht van inhoud en strekking van de internationale bepaling naar de mate van concreetheid van het daarmee nagestreefde resultaat verschuift. Advocaat-generaal Langemeijer heeft in zijn conclusie voor het *Rookverbod*-arrest tegen een dergelijke benadering stelling genomen, maar is daarin niet gevolgd.³³ Ook Alkema is blijkens zijn *NJ*-noot bij dat arrest niet van de door de Hoge Raad gevolgde benadering overtuigd. Hij oppert echter de mogelijkheid dat aan de door de Hoge Raad aangenomen rechtstreekse werking mede ten grondslag ligt dat de geschonden norm tevens een *standstill*-verplichting omvat,

28 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, NJ 1986/688 (*Spoorwegstaking*).

29 HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354 (*Clara Wichmann*).

30 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2007/08, 29861, 19, p. 3-4.

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

32 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12 (*Rookverbod*).

33 Conclusie onder 3.14.

die door het eerst later introduceren van een uitzondering op het rookverbod voor de kleine cafés zou zijn geschonden.

Wat ook zij van deze ontwikkeling, de Hoge Raad kan niet worden tegengeworpen dat de grondwetgever met ‘eenieder verbindende bepalingen’ een vast en onveranderlijk begrip heeft beoogd. Van regeringszijde werd bij de voorbereiding van de grondwetsherziening van 1983 opgemerkt dat artikel 94 Gw ruimte laat voor een verschuiving naar een ruimere betekenis van het begrip en dat daarmee fricties met de jurisprudentie van het Hof van Justitie over rechtstreekse werking kunnen worden voorkomen.³⁴ Deze laatste opmerking is interessant, omdat zich binnen de rechtspraak van het Hof over de vraag wanneer richtlijnbeoordelingen rechtstreeks jegens de overheid kunnen worden ingeroepen, een ontwikkeling voordoet, waarin minder betekenis aan het al dan niet bestaan van beleidsruimte en meer betekenis aan de mate van concreetheid van het uiteindelijk met de bepaling beoogde resultaat lijkt te worden toegekend.

7.4 *Parallele ontwikkeling in rechtspraak Hof van Justitie*

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen daarvoor in aanmerking komende bepalingen van niet tijdig of onjuist uitgevoerde richtlijnen rechtstreeks tegen de nationale overheid worden ingeroepen. Daartoe is vereist dat zij onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk zijn.³⁵ Een bepaling is onvoorwaardelijk, wanneer de verplichting die zij oplegt van geen enkele voorwaarde en haar uitvoering of werking van generlei handeling van de instellingen of de lidstaten afhankelijk is gesteld.³⁶ Die formulering lijkt uit te sluiten dat een richtlijnbeoordeling die voor haar uitvoering afhankelijk is van een door de lidstaat nog te maken en aan zijn beoordelingsvrijheid overgelaten keuze, rechtstreeks inroepbaar is. Het Hof blijkt daarover echter anders te denken.

Reeds in de jaren zeventig van de vorige eeuw besliste het Hof in het VNO-arrest dat de nationale rechter voor wie een richtlijnbeoordeling wordt ingeroepen, behoort vast te stellen of de omstreden nationale maatregel de beoordelingsruimte van de lidstaat overschrijdt en dus niet als een rechtmatige uitvoering van de richtlijnbeoordeling kan worden beschouwd. Volgens het Hof behoort de rechter daarop acht te slaan bij zijn beslissing op de vordering van de betrokkene (de zogenaamde objectieve rechtmatigheidstoetsing).³⁷ Alhoewel het Hof eind jaren zeventig nog enkele malen naar het VNO-arrest heeft verwezen,³⁸ leek de leer van de objectieve rechtmatigheidstoetsing reeds een zachte dood te zijn gestorven, toen het Hof haar bijna twintig jaar later in het *Kraaijeveld*-arrest nieuw leven inblies; volgens het Hof moet de justitiabele zich voor de nationale rechter erop kunnen beroepen dat de nationale wetgever bij de uitoefening van de hem gelaten vrijheid ten aanzien

34 *Kamerstukken I* 1980/81, 15049 (R 1100), 19, p. 3.

35 HvJ EG 5 april 1979, 148/78, ECLI:EU:C:1979:110, punt 23 (*Ratti*).

36 HvJ EG 23 februari 1994, C-236/92, ECLI:EU:C:1994:60, punt 9 (*Stadsafval*).

37 HvJ EG 1 februari 1977, 51/76, ECLI:EU:C:1977:12, punt 29 (*VNO*).

38 HvJ EG 23 november 1977, 38/77, ECLI:EU:C:1977:190, punten 9 en 10 (*Enka*) en HvJ EG 29 november 1978, 21/78, ECLI:EU:C:1978:213, punt 19 (*Delkvist*).

van de vorm en middelen ter uitvoering van de richtlijn niet binnen de door de richtlijn aangegeven beoordelingsgrenzen is gebleven.³⁹ In de zaak *Janecek* oordeelde het Hof in vergelijkbare zin. Alhoewel de richtlijnbeeping die in die zaak aan de orde was de lidstaten een ruime beoordelingsmarge liet, oordeelde het Hof dat de grenzen die de richtlijnbeeping daaraan stelde voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen.⁴⁰

Mijn bezwaar tegen deze benadering (en die van de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest) is dat het begrip directe werking daardoor wel erg ver wordt opgerekt. Behoudens het geval waarin het supranationale recht zelf zich tegen directe werking verzet, kan steeds wel enigerlei vorm van directe werking worden geconstrueerd. Verdragsbepalingen zullen, althans wat het te bereiken resultaat betreft, doorgaans enige mate van duidelijkheid bezitten. En dat laatste geldt zeker voor richtlijnen, die door artikel 288, derde alinea, VWEU, juist wat het te bereiken resultaat betreft, verbindend worden verklaard. Zou een richtlijn niet een voldoende duidelijk resultaat voorschrijven, dan zou zij geen goede richtlijn zijn. Maar een voldoende duidelijk omschreven resultaat maakt in de hier bedoelde benadering nationale regelgeving, althans in zoverre, steeds aan de betrokken richtlijn toetsbaar. Bij die stand van zaken lijkt het onderscheid tussen wel en niet direct werkende normen te zeer te vervagen. Aan elke verdrags- c.q. richtlijnbeeping komt in die benadering in potentie rechtstreekse werking toe, zij het dat het niveau waarop rechtstreekse werking kan worden toegekend, zal verschillen: de toetsing aan de supranationale norm zal meer marginaal zal zijn naarmate de uitvoeringsverplichtingen minder exact zijn omschreven en het louter op het voorgeschreven resultaat aankomt.

Als de Hoge Raad zich in het *Rookverbod*-arrest heeft laten inspireren door de rechtspraak van het Hof over rechtstreeks jegens de overheid inroepbare richtlijnbeeping, moet overigens worden bedacht dat niet geheel vanzelfsprekend is om bij de uitleg van artikel 94 Gw juist bij die rechtspraak aan te haken. Naast de bedoelde rechtspraak staat immers de rechtspraak van het Hof over de directe werking van door de EU en haar lidstaten gesloten verdragen met derde landen. Volgens die rechtspraak moet een bepaling van een door de EU en haar lidstaten met derde landen gesloten overeenkomst worden geacht rechtstreekse werking te hebben, wanneer zij, gelet op haar bewoordingen en op het doel en de aard van de overeenkomst, een duidelijke en nauwkeurig omschreven verplichting behelst voor de uitvoering of werking waarvan geen verdere handeling is vereist.⁴¹ Ik betwijfel of het Hof bij de beantwoording van de vraag of sprake is van verdrags-

39 HvJ EG 24 oktober 1996, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404, M&R 1997/45 (*Kraaijeveld*), punt 56.

40 HvJ EG 25 juli 2008, C-237/07, ECLI:EU:C:2008:447, AB 2008/283 (*Janecek*), punt 46. Het ging daarin om de inhoud van ingevolge art. 7 lid 3 Richtlijn 96/62/EG (Luchtkwaliteit) bij dreigende overschrijding van de grenswaarden op te stellen actieplannen. Het Hof achtte de voorwaarde dat de actieplannen afdoende moeten zijn om het risico van overschrijding te beperken, toetsbaar.

41 HvJ EU 8 maart 2011, C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125, NJ 2011/364 (*Verdrag van Aarhus*), punt 44.

bepalingen met ook voor de EU zelf rechtstreekse werking een vergelijkbare benadering als die van de objectieve rechtmatigheidstoetsing zal volgen.

7.5 *Buiten toepassing laten en onrechtmatigheid*

Buiten toepassing laten, zoals artikel 94 Gw voorschrijft, is niet hetzelfde als het vaststellen van onverbindendheid. Dat wordt weliswaar vrij algemeen aanvaard, maar voor het overige was de reikwijdte van een dergelijk buiten toepassing laten, althans tot voor kort, omstreden.

Zo werd in de literatuur betoogd dat buiten toepassing laten *niet* impliceert dat (de vaststelling en handhaving van) het betrokken voorschrift als zodanig onrechtmatig zou(den) zijn en dat de bepaling niet méér verlangt dan dat de rechter de toepassing en niet ook de wet als zodanig toetst.⁴² Ook het tegendeel, te weten dat het door artikel 94 Gw omschreven gevolg onrechtmatigheid impliceert, is wel verdedigd.⁴³ Daarbij is erop gewezen dat het van toevallige factoren afhangt of een wet reeds als zodanig dan wel slechts door haar toepassing schade veroorzaakt.⁴⁴

Artikel 94 Gw zwijgt over de verdere consequenties van een onverenigbare toepassing. Daaruit kan niet *a contrario* worden afgeleid dat onrechtmatigheid zou zijn uitgesloten. Onrechtmatigheid van het betrokken voorschrift als zodanig ligt in de systematiek van de bepaling echter niet voor de hand, zoals Drion in zijn NJ-noot bij het *Pocketbooks II*-arrest al overtuigend heeft uiteengezet.⁴⁵ In elk geval lijkt de bijna-risicoaansprakelijkheid van het *Van Gelder*-arrest niet in aanmerking te komen. Buiten toepassing laten impliceert immers niet (zonder meer) onverbindendheid; in zoverre is niet aan de voorwaarde van 'een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift' voldaan.

In het *Vakantiedagen*-arrest besliste de Hoge Raad echter anders.⁴⁶ Volgens de Hoge Raad brengt artikel 94 Gw mee dat, als wetgeving in formele zin in strijd is met eenieder verbindende bepalingen, dat niet alleen tot gevolg heeft dat die wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar ook dat het uitvaardigen en handhaven daarvan onrechtmatig is en op grond van artikel 6:162 BW tot schadevergoeding verplicht. Voorts legde de Hoge Raad een link met de regel van de in beginsel gegeven schuld van het *Van Gelder*-arrest; volgens de Hoge Raad is er onvoldoende grond om deze regel niet toe te passen als wetgeving in formele zin strijdt met rechtstreeks werkend internationaal recht of met de verplichting tot implementatie van een richtlijn.

42 H. Drion, noot onder 2, in fine, bij HR 24 januari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4903, NJ 1969/316 (*Pocketbooks II*). Zie voorts C.A.J.M. Kortmann, 'Overheidsaansprakelijkheid voor de wet in formele zin', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 506.

43 Zie o.m. A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, Deventer: Kluwer 1991, p. 131.

44 Zie R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009, p. 38-39.

45 Zie voetnoot 42.

46 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, NJ 2016/166 (*Vakantiedagen*).

Het is opmerkelijk dat in de benadering van de Hoge Raad niet de toepassing, maar de wet zelf wordt getoetst en niet de strijdige toepassing, maar het uitvaardigen en handhaven van de wet onrechtmatig worden geacht. Opmerkelijk is ook de link met de regel van het *Van Gelder*-arrest, die een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift betreft. Artikel 94 Gw leidt op zichzelf niet tot onverbindendheid. Dat laatste geldt ook voor strijd met rechtstreeks werkend Unierecht, die bijvoorbeeld tot grensoverschrijdende situaties kan zijn beperkt.⁴⁷ En wat voorschriften betreft die niet sporen met een richtlijn waarvan de uitvoeringstermijn reeds is verstreken, is er, naar de Hoge Raad in (r.o. 3.4.4 van) het *Vakantiedagen*-arrest uitdrukkelijk onderkent, geen sprake van dat de rechter deze zelfs maar buiten toepassing zou moeten laten.

7.6 Aansprakelijkheid voor niet-tijdige of onjuiste implementatie van richtlijnen

Met het *Vakantiedagen*-arrest aanvaardt de Hoge Raad de bijna-risicoaansprakelijkheid van het *Van Gelder*-arrest niettemin mede voor een gebrekkige implementatie van richtlijnen. Dat is ook daarom opmerkelijk, omdat de Hoge Raad de grondslag voor die aansprakelijkheid niet zoekt in een regelconflict, maar in strijd van het handelen van de Staat met artikel 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) (het beginsel van loyale samenwerking) en artikel 288, derde volzin, VWEU (de verbindendheid van een richtlijn ten aanzien van het te bereiken resultaat). Nog daargelaten of beide verdragsbepalingen rechtstreeks werken, geldt dat zij de institutionele orde binnen de EU regelen en dat moet worden betwijfeld of zij ertoe strekken de individuele Europese burger tegen schade als gevolg van een gebrekkige implementatie te beschermen (art. 6:163 BW).

De niettemin aanvaarde bijna-risicoaansprakelijkheid gaat veel verder dan de staatsaansprakelijkheid volgens de Europese rechtspraak. Het Hof van Justitie acht de lidstaten naar Unierecht slechts aansprakelijk voor verdragsinbreuken, als sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht. Terwijl volgens het *Van Gelder*-arrest schuld in beginsel is gegeven, is de lidstaat naar Unierecht (in termen van schuld) slechts aansprakelijk in geval van gekwalificeerde schuld.⁴⁸

7.7 Reflexwerking van niet rechtstreeks werkend internationaal recht?

De rechter acht zich niet steeds op artikel 94 Gw of direct werkend Unierecht aangewezen om de Staat aansprakelijk te houden voor een met diens volkenrechtelijke verplichtingen samenhangende onrechtmatige daad.⁴⁹ In de *Urgenda*-zaak beval de Haagse rechtbank de Staat om de Nederlandse emissies van broeikasgasen zodanig te (doen) beperken dat deze eind 2020 ten opzichte van 1990 met ten minste 25 procent zullen zijn verminderd. Aan dit bevel heeft de rechtbank

47 Overigens verlangt ook het Hof van Justitie in geval van strijd met rechtstreeks werkend Unierecht niet meer dan dat de nationale rechter het betrokken voorschrift 'buiten toepassing laat'; HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, NJ 1978/656 (*Simmenthal*).

48 HvJ EG 5 maart 1996, C-46 en 48/93, ECLI:EU:C:1996:79, NJ 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur*).

49 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, O&A 2015/58.

– kort samengevat – ten grondslag gelegd dat de Staat tekortschiet in de door hem te betrachten zorg om bepaalde klimaatdoelstellingen te bereiken, en dat hij aldus in strijd handelt met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 BW). De rechtbank sprak hier van een ‘reflexwerking’ van de betrokken (mogelijk niet direct werkende) volkenrechtelijke verplichtingen in het nationale recht.

Over het vonnis is al veel gezegd en geschreven, zowel ten faveure als in meer kritische zin. Ik beperk mij tot het aspect van de reflexwerking. De redenering van de rechtbank komt in wezen erop neer dat niet direct werkende internationale normen waaraan de rechter het overheidshandelen niet kan toetsen, kunnen worden geoperationaliseerd door aan die normen een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm te ontleen. Deze redenering vindt een precedent in de zogenaamde correctie-Langemeijer: als de relativiteitseis zich ertegen verzet een onrechtmatige daad te baseren op de overtreding van bepaalde wetsvoorschriften, kan de benadeelde soms worden tegemoetgekomen door een zorgvuldigheidsnorm te construeren die in verband met de bedoelde overtreding is geschonden.⁵⁰ Oztürk en Van der Veen wijzen in hun noot in *Overheid en Aansprakelijkheid* op een belangrijk verschil tussen de correctie-Langemeijer en de in het *Urgenda*-vonnis bedoelde reflexwerking. De reflexwerking van de correctie-Langemeijer betreft algemeen verbindende en zich reeds voor rechterlijke toepassing lenende normen, terwijl met de reflexwerking van het *Urgenda*-vonnis wordt getracht om normen waaraan de rechter niet kan toetsen toch binnen diens bereik te brengen. Overigens biedt de reflexwerking van *Urgenda* geen soelaas voor zover zij in stelling wordt gebracht tegen wetten in formele zin, die immers van een toetsing aan ongeschreven recht zijn gevrijwaard.

Het doorbreken van beperkingen voor rechterlijke toetsing over de band van een louter privaatrechtelijke rechtsfiguur (in casu een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm) is niet geheel zonder precedent. Al eerder noemde ik de poging om de strenge *Landbouwwliegers*-maatstaf over de band van de redelijkheid en billijkheid te omzeilen. Die poging heeft in het *Binnenvaart*-arrest schipbreuk geleden. De Hoge Raad lijkt weinig geneigd de rechter toe te staan met een greep in de civielrechtelijke gereedschapskist de bestaande grenzen tussen rechter en wetgever te verleggen.

7.8 Het vermijden van een onrechtmatigheidsoordeel door conforme interpretatie

Regelconflicten hoeven niet altijd op het scherp van de snede te worden uitgevochten. Soms kunnen potentiële regelconflicten door conforme interpretatie worden opgelost en kan de rechter een onrechtmatigheidsoordeel langs die weg voorkomen. De veronderstelling dat de wetgever conformiteit met hoger recht heeft beoogd, zal daarbij doorgaans het vertrekpunt zijn. Door de regelgeving in overeenstemming met dat hogere recht uit te leggen komt de rechter de wetgever als het ware te hulp.

50 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Beukers/Dorenbos*).

De conforme uitleg heeft vooral opgang gemaakt in de Unierechtelijke gedaante van de richtlijnconforme interpretatie. Bij die interpretatie gaat de veronderstelling dat de wetgever conformiteit zal hebben beoogd, niet altijd op. Weliswaar is bij de uitleg van implementatiewetgeving (of in het geval van een door de wetgever niet nodig geachte uitvoering van de richtlijn) het uitgangspunt van een door de wetgever beoogde conformiteit legitiem, maar richtlijnconforme interpretatie speelt ook en vooral een rol in situaties waarin implementatiewetgeving geheel ontbreekt en de wetgever zich niet aantoonbaar rekenschap heeft gegeven of uitvoering achterwege kon blijven. Daarbij komt dat het Hof van Justitie de nationale rechter richtlijnconforme interpretatie dwingend oplegt, ook voor het geval dat de nationale rechter zelf een conforme uitleg niet aannemelijk acht. De verplichting om richtlijnconform te interpreteren geldt weliswaar 'voor zover mogelijk', maar dat biedt weinig ruimte om van richtlijnconforme interpretatie af te zien. Dat laatste is slechts mogelijk als een dergelijke uitleg de interpretatieve mogelijkheden van de rechter in absolute zin te boven gaat dan wel strijd met algemene rechtsbeginselen of een uitleg *contra legem* zou opleveren.⁵¹ Richtlijnconforme interpretatie kan de rechter daarom ertoe dwingen jegens de wetgever méér vrijheid te nemen dan hem naar nationaal recht toekomt en een wetsuitleg te omarmen waarvoor hij, zonder verplichting tot richtlijnconforme interpretatie, nimmer zou hebben gekozen.

8. Conclusie en slotopmerkingen

De rechtspraak van de Hoge Raad geeft nog altijd blijk van een grote terughoudendheid van de burgerlijke rechter ten opzichte van de wetgever.

Zo doet de *Landbouwwliegers*-maatstaf nog altijd opgeld, ook voor algemene rechtsbeginselen die inmiddels in de Awb zijn gecodificeerd. Bovendien kan die maatstaf niet worden omzeild door over de band van de redelijkheid en billijkheid aan algemene rechtsbeginselen te toetsen.

Ik zie geen wezenlijke verschillen tussen de *Landbouwwliegers*-maatstaf, zoals de Hoge Raad die thans toepast, en de voorstellen van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven met betrekking tot de toepassing van dat beginsel in het kader van de exceptieve toetsing door de bestuursrechter. Door te spreken van willekeur heeft de Hoge Raad mijns inziens nimmer bedoeld de toetsing van lagere regelgeving aan algemene rechtsbeginselen (en meer in het bijzonder aan het verbod van een kennelijk onredelijke belangenafweging) aan een extra sluis (de door Widdershoven gewraakte 'willekeursluis') te onderwerpen. Daarop wijst ook dat de Hoge Raad in het recente *Binnenvaart*-arrest niet meer van willekeur spreekt. Dat het *Landbouwwliegers*-arrest te zeer tot terughoudendheid zou nopen, kan bovendien niet worden volgehouden, als dat arrest, zoals de Hoge Raad in het *Binnenvaart*-arrest suggereert, een toetsing aan andere rechtsbeginselen dan het verbod van een kennelijk onredelijke belangenafweging niet geheel uitsluit.

51 Zie bijv. HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, NJ 2014/246 (*Association de médiation sociale*), punten 38 en 39.

De Hoge Raad houdt vast aan het uitgangspunt dat buiten het geval van strijd met hoger recht (in voorkomend geval algemene rechtsbeginselen en ander ongeschreven recht daaronder begrepen) de rechter slechts in geval van door de wetgever niet-verdisconteerde omstandigheden van een onaanvaardbare wetstoepassing kan afzien. Het is naar mijn mening terecht dat de Hoge Raad, buiten het geval van strijd met hoger recht, het oordeel van de rechter niet boven dat van de wetgever stelt.

Als het buiten toepassing laten van een voorschrift een rechtstekort laat bestaan, kan de rechter daarin slechts voorzien voor zover de wet zelf daarvoor voldoende aanknopingspunten biedt. In het andere geval gaat aanvulling de rechtsvormende taak van de rechter te buiten, zij het dat de Hoge Raad een slag om de arm houdt voor het geval dat de wetgever blijvend tekortschiet. Wat de exacte betekenis van dat laatste voorbehoud is, laat zich moeilijk inschatten. Ik denk dat het voorbehoud vooral ertoe strekt de wetgever te herinneren aan zijn verantwoordelijkheid de nodige consequenties te verbinden aan een (onherroepelijk) door de rechter geconstateerd rechtstekort. Dat laatste mag inderdaad van de wetgever worden verwacht. Het is niet aannemelijk dat de wetgever, door een (onherroepelijk) rechterlijk oordeel dienaangaande blijvend te negeren, het daadwerkelijk zal laten aankomen op een constitutionele crisis, waarin de rechter zich niet langer aan de wettelijke beperkingen van zijn bevoegdheid gebonden zal achten.

Wetgevingsbevelen worden door de Hoge Raad nog altijd categorisch afgewezen, terwijl de kortgedingrechter ook bij het treffen van een buitenwerkingstelling terughoudendheid past. Supranationaal recht doet daaraan niet af, alhoewel het vooral vanuit Unierechtelijk perspectief gevoerde debat over het wetgevingsbevel nog geenszins is verstomd. Dat laatste is in die zin begrijpelijk, dat het Hof van Justitie een effectieve toepassing van het Unierecht doorgaans zwaarder laat wegen dan uit het nationale recht voortvloeiende beperkingen, zelfs als die beperkingen van constitutionele aard zijn. Wat daarvan overigens zij, ik meen dat de onmogelijkheid van een wetgevingsbevel een effectieve rechtsbescherming geenszins uitsluit, zeker niet in het licht van de vergaande overheidsaansprakelijkheid voor implementatiegebreken die de Hoge Raad inmiddels heeft aanvaard. Bovendien lijkt het mij ook voor het Hof van Justitie een brug te ver om van de nationale rechter te verlangen zich in strijd met de nationale constitutie boven de nationale wetgever te stellen en de legislatieve activiteiten van de nationale wetgever aan zijn bevelen te onderwerpen.

Beweging is er wel in de perceptie van het grondwettelijk begrip 'algemeen verbindende bepalingen'. De Hoge Raad lijkt geneigd sneller directe werking aan te nemen, hetgeen de mogelijkheden van rechterlijke toetsing van wetgeving vergroot. Aan de bedoelde rechtspraak is een zekere vervaging van de grens tussen wel en niet direct werkend supranationaal recht inherent. Uit oogpunt van rechtszekerheid valt die ontwikkeling te betreuren, zeker nu de rechtspraak van het Hof van Justitie die mogelijk als inspiratiebron heeft gediend, daarvoor naar mijn mening onvoldoende grond biedt.

Ontwikkelingen zijn er voorts op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving. De al langer bestaande bijna-risicoaansprakelijkheid voor wegens strijd met een hogere regeling onverbindende wetgeving wordt inmiddels ook aanvaard voor regelingen die wegens strijd met direct werkend internationaal recht buiten toepassing moeten worden gelaten of niet sporen met richtlijnen waarvan de uitvoeringstermijn is verstreken. Ook die ontwikkeling acht ik minder gelukkig, zowel omdat een niet tot bepaalde toepassingsgevallen beperkte aansprakelijkheid voor niet-onverbindende wetgeving weinig voor de hand ligt, als omdat het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht zich daardoor (nog verder) van het (minder strenge) overheidsaansprakelijkheidsrecht van de EU verwijdt.

Nieuwe ontwikkelingen zijn uiteraard niet geheel uit te sluiten. Zo zal het Hof van Justitie wellicht nog worden geroepen zich uit te spreken over het wetgevingsbevel en zal naar verwachting eerdaags in hogere instantie worden beslist over de mogelijkheid van reflexwerking van niet rechtstreeks werkend internationaal recht 'over de band' van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.⁵²

52 Na het sluiten van de kopij heeft het Gerechtshof Den Haag op 9 oktober 2018 het hoger beroep van de Staat in de *Urgenda*-zaak verworpen (ECLI:NL:GHDHA:2018:2591). Daarbij baseerde het hof zich echter niet op de door de rechtbank aangenomen reflexwerking van niet rechtstreeks werkend internationaal recht, maar op de artikelen 2 en 8 EVRM.