

## **Notitie in het kader van het Rondtafelgesprek op 9 maart 2020 over 'dikastocratie'**

### **1. Art. 3:305a BW is 'non-recht', voorzover het algemeenbelangacties betreft**

Sinds 1 juli 1994 is in het Burgerlijk Wetboek (artikel 3:305a) bepaald dat een stichting of vereniging die volgens haar statuten opkomt voor een collectief of algemeen belang - 'gelijksortige belangen van andere personen' in de bewoordingen van dit wetsartikel - een rechtsvordering ter behartiging van dat belang kan instellen bij de civiele rechter. Mijn slotoordeel over art. 3:305a BW in hoofdstuk 8 van mijn dissertatie ('Het burgerlijk kleed van de staat', maart 1996, p. 309) luidde:

*"Door art. 3:305a BW wordt (...) zowel het burgerlijk recht als het publiekrecht ontwricht. Art. 3:305a BW verdraagt zich (...) niet met de constitutieve rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan het publiekrecht (algemeen belang, representatieve democratie, non-identificatie, wetmatigheid) en aan het burgerlijk recht. (...) Art. 3:305a is o.i. daarom te beschouwen als non-recht".*

In een artikel dat ik in 2008 schreef n.a.v. het arrest van het Haagse Hof in de SGP-vrouwenzaak ('De ironie van de SGP-vrouwenzaak', NJB 2008, p. 1524-1530), noemde ik het een 'misbaksel, afkomstig van een wetgever die de in een democratische rechtsstaat inherente grenzen aan zijn bevoegdheid heeft miskend'.

De diepe ironie van deze zaak was dat zij goed liet zien dat en waarom het algemeen belang-actierecht van art. 3:305a BW moeilijk verenigbaar is met de door de Haagse rechters genoemde rechten en beginselen van de democratische rechtstaat en daarom zou moeten worden geschrapt.

De zaak was ook in een ander opzicht ironisch: zo'n actie is de gesecculariseerde versie van de vroegere Christelijke zending met eisers als Clara Wichman, CAN en Urgenda als moderne missionarissen.

### **2. Miskening principieel onderscheid collectief en algemeen belang**

De basisfout is dat algemene belangen zijn gelijkgesteld met collectieve belangen. Dat blijkt niet duidelijk uit de tekst van art. 3:305a BW (dat spreekt van 'gelijksortige belangen van andere personen') maar uit de toelichting op deze bepaling.

Tussen een collectief belang-actie en een algemeen belang-actie zou volgens de toelichting slechts een kwantitatief verschil bestaan.

Dat is echter een misvatting: tussen een collectief belang en een algemeen belang bestaat een kwalitatief, een principieel verschil.

Bij een **collectief belang** gaat het om de identieke of vergelijkbare **private** belangen van een collectiviteit van duidelijk herkenbare (rechts)personen in een bepaalde hoedanigheid (als consument, werknemer, werkgever, gelaedeerde: denk aan de recente wetswijziging i.v.m. massaschade; etc.), die zich daadwerkelijk vertegenwoordigd weten door een organisatie die tot specifieke doelstelling heeft dat als collectief wordt opgekomen voor die identieke/vergelijkbare belangen.

Die organisatie 'bundelt' dan a.h.w. die private belangen tot een gezamenlijk, collectief belang (groepsbelang) in een rechtsvordering. Dat is efficiënt en voorkomt dat ieder lid van die collectiviteit een eigen, aparte rechtsvordering moet instellen.

Een **algemeen belang** is daarentegen niet een eigen belang van bepaalde individuele personen in een bepaalde hoedanigheid, maar is - per definitie - een belang dat een ieder regardeert, in zijn of haar hoedanigheid van burger.

Met de gelijkstelling van algemene met collectieve belangen is miskend dat het meest wezenlijke kenmerk van de rechtsstaat zoals die is ontstaan na de Franse revolutie, nu juist is dat er een principieel onderscheid bestaat tussen algemene belangen en private belangen - óók als die private belangen collectief worden behartigd -, een onderscheid tussen een publieke sfeer en een private sfeer. Het feodale bestel kende dit onderscheid niet. En het (weer) verdwijnen van dit onderscheid is hét kenmerk van een totalitair bestel.

### **3. Miskening van de eis van democratische legitimatie, controle en verantwoording**

Wat een algemeen belang is en welke regels en maatregelen daartoe nodig zijn, wordt in een democratisch rechtsstaat bepaald door of met medewerking van de volksvertegenwoordiging (of, bij een beslissend referendum, door het volk).

Die besluitvorming moet in een pluralistisch bestel zoveel mogelijk geschieden met kennis van alle relevante feiten en nadat alle relevante private en publieke belangen, waaronder de kosten, zijn gewogen en tegen elkaar zijn afgewogen in het licht van de uiteenlopende politieke visies. Dat proces moet controleerbaar en transparant zijn en volksvertegenwoordigers dienen over hun aandeel daarin politieke verantwoording af te leggen. Dat gaat verloren als die besluitvorming in handen wordt gelegd van rechters.

Zoals de federale Duitse constitutionele rechter, het Bundesverfassungsgericht, het uitdrukte;  
*'Nur das vom Volk gewählte Parlament kann den Organ- und Funktionsträgern der Verwaltung auf allen ihren Ebenen demokratische Legitimation vermitteln'.*

Er moet altijd sprake zijn van 'ein ununterbrochener, demokratischer, das heisst auf das Staatsvolk bezogener, Verantwortlichkeits- und Kontrollzusammenhang' (BVerG 7 november 2017, 2 BvE 2/11, BverfGE 147, 50 )

In ieder geval de kernbeslissingen over voor de samenleving ingrijpende maatregelen, de beslissingen over wezenlijke zaken, moeten in een democratische rechtstaat worden genomen met instemming van de volksvertegenwoordiging.

Dit primaat van de democratisch gelegitimeerde wetgever noemt men in Duitsland daarom ook wel 'Parlamentvorsbehalt' en 'Wesentlichkeitsvorbehalt'.

Zo oordeelde de Hoge Raad in 1973 dat voor het aan een eerste levensbehoefte als drinkwater toevoegen van een stof die niets met drinkwatervoorziening te maken heeft (fluor), een uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheidsgrondslag vereist was, hoe nuttig of nodig fluor wellicht ook is in het belang van de volksgezondheid, namelijk als middel ter voorkoming van tandbederf.

Deze jurisprudentie betreft de verhouding tussen wetgevende en uitvoerende macht, maar het is niet in te zien waarom dit – a fortiori -niet óók geldt voor de verhouding tot de rechterlijke macht. Daarin is m.i. ook de wezenlijke betekenis van art. 12 Wet AB gelegen (zie hierna)

Met het vereiste van democratische legitimatie, verantwoording en controle verdraagt zich niet dat een private organisatie ter behartiging van een belang dat naar haar eigen oordeel een algemeen belang is en dat zij in haar statuten tot 'eigen' belang heeft verklaard, zonder dat burgers zich door die organisatie vertegenwoordigd weten en zonder dat er voor hen mogelijkheden bestaan die organisatie te controleren en ter verantwoording te roepen voor wat zij doet, in rechte kan ageren tegen een andere (rechts)persoon die onrechtmatig zou handelen door dat 'algemeen belang' (het 'belang van een ieder') te schenden en aldus, via een rechterlijke uitspraak inbreuk kan maken op de rechtsbelangen van die andere (rechts)persoon.

Helaas werd het wetsvoorstel inzake art. 3:305a BW destijds bijna kamerbreed ondersteund. Alleen het GPV van Geert Schutte stemde om principiële redenen tegen.

Door toekenning van dat actierecht zou, aldus Schutte, aan bepaalde groepen een 'actiewapen in een ideologische strijd' worden geboden om via de rechter af te dwingen wat zij van belang achten voor andere mensen. 'Nu gun ik', zei Schutte, 'iedereen de vrijheid daarover opvattingen te hebben, maar ik vind niet dat dan ook maar de mogelijkheid moet worden geschapen dit gelijk voor de rechter te bevechten'.

Schutte stond bekend als het 'geweten van het parlement'. Helaas heeft het parlement dit geweten destijds niet gevolgd.

### **Nederlandse rechters ontberen democratische legitimatie**

In de literatuur en in de voorafgaand aan het Urgenda-arrest door de plv.PG en de AG uitgebrachte conclusie wordt de Amerikaanse 'political question-doctrine' uitvoerig behandeld (conclusie van 13 sept. 2019, ECLI:NL:PHR:2019:887, r.o. 5.13-5.17).

Een wezenlijk verschil tussen de Nederlandse Amerikaanse situatie is daarbij onbelicht gebleven: Amerikaanse rechters hebben een andere positie in het rechtsbestel en beschikken, anders dan Nederlandse rechters, ook een democratische legitimatie, ook al zitten rechters er niet namens een politieke partij en zijn ze onafhankelijk. Rechters in de deelstaten worden gekozen, federale rechters worden benoemd door de president met instemming van de volksvertegenwoordiging en er is juryrechtspraak is. Daardoor kunnen rechterlijke uitspraken bogen op een zekere democratische legitimatie.

Maar ook en zelfs Amerikaanse rechters onthouden zich van een oordeel als sprake is van een 'political question' : gezien de stevigere democratische legitimatie van het Congres moet de rechter de beslissing in beginsel overlaten aan het Congres als de uitspraak zou neerkomen op een politiek oordeel.

Dat geldt a fortiori voor Nederlandse rechters, die een democratische legitimatie geheel ontberen en zich voor hun uitspraken niet behoeven te verantwoorden, anders dan door de motivering van die uitspraken. Ik ben géén voorstander van het Amerikaanse stelsel, maar Nederlandse rechters zouden zich wel beter bewust moeten zijn van hun positie in ons rechtsbestel.

Als Nederlandse rechters zich bevoegd achten uitspraken te doen over wat een algemeen belang is en welke maatregelen daartoe nodig zijn, moeten ze ook bereid zijn te worden ondergebracht in een democratische 'Verantwoordelijkheids- und Kontrollzusammenhang'. In ieder geval zouden ze bereid moeten zijn te accepteren dat hun uitspraken door pers en politiek aan kritiek worden onderworpen. Nu reageren ze op kritiek veelal als zouden ze door een wesp zijn gestoken. Ook verdient bij de aanstelling van recht hun politieke voorkeur méér aandacht dan deze nu krijgt.

#### **4 Miskening van de hoofddoelstelling van het in 1994 ingevoerde procesrecht: individuele rechtsbescherming (contentieux subjectif) i.p.v. handhaving van het objectieve recht (contentieux objectif)**

Art. 3:305a BW werd beschouwd als de civielrechtelijke pendant van het beroepsrecht dat in het bestuursrecht al aan collectief en algemeen belangorganisaties was toegekend (art. 1:2 lid 3 Algemene wet bestuursrecht. Daar ga ik nog ap[art op in).

(Art. 3:305a BW gaat echter nog aanzienlijk verder: terwijl een beroep bij de bestuursrechter zich slechts richt tegen een al door een overheidsorgaan genomen besluit (als de uiterste grens van een procedure), biedt de civielrechtelijke actiebevoegdheid aan de procederende organisatie de mogelijkheid om zelfstandig in haar rechtsvordering te omschrijven wat door een collectief of algemeen belang zou worden vereist).

Hoofddoelstelling van het in 1994 ingevoerde procesrecht was, hoe dan ook, de individuele rechtsbescherming (contentieux subjectif) in plaats van handhaving van het objectieve recht (contentieux objectif). Als een burger bij de rechter ging ageren, moest het voortaan om de bescherming van zijn eigen, individuele (subjectieve) rechtsbelangen ('his rights'; art. 6 EVRM) en niet (meer) om het handhaven en bescherming van het objectieve recht, van algemene belangen, dus – bijvoorbeeld – niet om de bescherming van de mensenrechten van alle Nederlandse ingezetenen.

Dat de taak van de rechter in de trias politica (in ieder geval in een continentaal civil law-stelsel) individuele rechtsbescherming is, volgt ook art. 12 Wet AB (waar ik apart nog iets over zal zeggen).

Dat dit ook de bedoeling was bij art. 3:305a BW, blijkt ook uit de in de parlementaire stukken genoemde voorbeelden van algemeenbelangacties, zoals de actie van een vereniging van omwonenden van een vliegveld om geluidsisolatie op te leggen. Procedures zoals de SGP-vrouwenzaak, de Rookruimtenzaak en de Urgendazaak zijn destijds niet heeft voorzien

#### **5. Art. 3:305a BW verleent algemeenbelangorganisaties – en daarmee salonpopulisten – een wettelijk (procedeer)privilege.**

Een procedure als bedoeld in art. 3:305a BW kan slechts worden ingesteld door een algemeenbelangorganisatie, niet door 'gewone' burgers die willen opkomen voor een algemeen belang (zoals zij dat zien). Dat bleek onlangs ook uit de het recente vonnis van de Haagse rechtbank van 5 februari 2020, waarbij de burgers Wiersma en Februari niet-ontvankelijk werden verklaard. Als de rechtbank zich daar over had uitgelaten, zouden ook de 800 burger-klagers in de Urgendazaak niet-ontvankelijk zijn verklaard.

We kennen niet (meer) de mogelijkheid van een actio popularis: een beroep in een algemeen belang, waarbij geen eigen (particulier) belang wordt geraakt.

In het bestuursprocesrecht is de actio popularis, die bestond in het omgevingsrecht, in 2005 afgeschaft omdat die niet zou passen binnen de doelstelling van het procesrecht: individuele rechtsbescherming (contentieux subjectif).

Destijds heb in een artikel in de Gemeentestem – te vergeefs – al gemotiveerd, waarom bij schrapping van de actio popularis óók de beroepsmogelijkheid voor algemeenbelangorganisaties zou moeten worden geschrapt: zo'n organisatie fungeert in feite als een bestuursrechtelijk pseudo-OM, maar dan niet ingebed in de overheidsorganisatie.

Daar is in de Crisis- en Herstelwet – en later in de Abw (art. 8:69a Awb) nog aan toegevoegd: óók als iemand wél belanghebbende is (bijv. omdat hij omwonende is) en het bestreden besluit in strijd is met een rechtsnorm die niet strekt tot bescherming van de eigen belangen van de appellant, dan mag de rechter dat besluit desondanks niet om die reden vernietigen.

Ook art. 6 EVRM voorziet niet in een actio popularis

Maar voor een algemeenbelangorganisatie levert het relativiteitsbeginsel in bestuursrechtelijke en in civiele procedures in beginsel geen barrière op

Art. 3:305a BW is daarmee een **wettelijke bevoordeling**, een privilege, dat niet past in een rechtsstaat, waarin een ieder beschikt over zelfde rechten en plichten.

De doelstelling van art. 3:305a BW is: een effectieve bundeling van belangen mogelijk maken. Maar bij een algemeenbelangorganisatie zijn er geen belangen van burgers die te bundelen zijn, omdat ze zelf geen procedemogelijkheid hebben.

Art. 3:305a BW is een instrument voor salonpopulisten, zoals Volkskrantcolumnist Martin Sommer hen noemde naar aanleiding van de Urgendazaak (Martin Sommer, 'Rechterlijk salonpopulisme. De Urgenda-uitspraak is niet bevorderlijk voor het vertrouwen in de politiek', De Volkskrant 26 mei 2018 ).

Populisten wordt altijd verweten dat ze zich, met de redenering dat niet wordt geluisterd naar de ware noden van het volk, niet neerleggen bij de uitkomst van het democratisch proces, schreef Sommer. Maar dat is precies dezelfde redenering als die van 'salonpopulisten' noemt: hoger opgeleiden die, met de redering dat politici onvoldoende oog hebben voor een zaak als het klimaat en daarmee bewijzen dat ze niet inzien wat in het algemeen belang is, hun particuliere opvattingen over het algemeen belang via de rechter willen en kunnen afdwingen, waardoor 'het algemeen belang' afhangt van wie de machtigste actiegroep is, met de beste lobby en de diepste zakken om advocaten te betalen.

Dit klemt te meer, nu tegelijkertijd de democratische participatiemogelijkheden voor 'gewone' burgers sinds 1994 zijn ingeperkt (afschaffing actio popularis in 2005, invoering relativiteitsbeginsel, afschaffing consultatief referendum)

### **6. Art. 3:305a BW in strijdig met het dispositiebeginsel en schendt de individuele autonomie**

Het is een rechtsstatelijk uitgangspunt dat burgers zélf moeten kunnen uitmaken of ter bescherming van hun belangen een rechterlijke procedure moet worden aangespannen. Dat een organisatie op grond van art. 3:305a BW bij de civiele rechter een actie kan instellen ter behartiging van de 'gelijksoortige belangen van andere personen' (bij een algemeenbelangactie: van alle burgers), die daarvoor geen machtiging hebben verleend en er niet eens over behoeven te worden geïnformeerd en die principiële bezwaren tegen die actie kunnen hebben, staat ook haaks op het 'dispositiebeginsel'. Iedere burger behoort op grond van zijn privaatrechtelijke autonomie in beginsel zélf de controle ('dispositie') te behouden over zijn eigen rechtsbelangen en moet zélf kunnen bepalen óf hij bij de rechter ageert tegen een aantasting van die belangen en, zo ja, wat hij dan in rechte vordert.

Ook moet hij zélf kunnen bepalen of hij een aangespannen procedure al dan niet beëindigt, zonder dat hij daarvoor toestemming behoeft (bijv. van de rechter). Die afwegingen behoren burgers dus in beginsel zélf te kunnen maken. Dit kan slechts anders liggen als het gaat om onmondige kinderen, om onder curatele gestelden of anderen die geacht moeten worden niet zelf te weten wat goed voor ze is. Dit geldt sinds de invoering van art. 3:305a BW bij een actie van een algemeenbelangorganisatie echter voor alle burgers.

Art. 3:305a BW is m.i. dan ook strijdig met art. 6 EVRM, art. 11 EVRM (verenigingsvrijheid, die óók de vrijheid impliceert om niet mee te doen met bv. een door een belangenorganisatie aangespannen procedure: "Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests") en art. 13 EVRM ("Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity").

Het punt is natuurlijk ook dat gewone burgers, als ze zelfstandig zouden willen procederen, niet-ontvankelijk worden verklaard omdat we niet (meer) de mogelijkheid van een actio popularis kennen: een beroep in het algemeen belang.

Neem de SGP-vrouwenzaak. Volgens het Haagse hof was nu de eis niet was gericht tegen de SGP maar tegen de staat (namelijk om tegen de SGP maatregelen te treffen), 'niet van belang dat vrouwen die zich door de SGP gediscrimineerd voelen zelf een rechtsvordering tegen de SGP aanhangig zouden kunnen maken' en deed het voor de ontvankelijkheid en toewijsbaarheid van de vordering evenmin ter zake of de procedure plaatsvond 'tegen de wens van de vrouwen om wie het primair gaat'. Aan de vrouwen wier vrijheden beweerdelijk in geding zou zijn, behoefde dus niets te worden gevraagd !

In zijn 'conclusie' in die zaak betoogde AG Langemeijer dat het door art. 3:305a gestelde vereiste van gelijksoortigheid 'niet inhoudt dat alle personen wier belang de belangorganisatie stelt te behartigen, hetzelfde moeten willen', aangezien 'de wetgever (...) ervoor heeft gekozen, in art. 3:305a BW niet de eis te stellen van representativiteit van de belangenorganisatie voor de personen voor wier belangen zij zegt op te komen'.

En in de Urgendzaak mochten de belangen van alle ingezetenen van Nederland worden behartigd, ook als ze daar faliekant tegen zijn .

### **'Opt out' onmogelijk**

Dat een procedure wordt aangespannen ter behartiging van belangen van personen die daar niet van worden verwittigd en er zelfs bezwaren tegen kunnen hebben, is volgens de Amerikaanse 'class action'-regeling onmogelijk. De Amerikaanse 'class action'-regeling was een belangrijke inspiratiebron bij de opstelling van art. 3:305a BW.

Art. 3:305a BW wijkt echter op wezenlijk punten af van het Amerikaanse voorbeeld. In de Amerikaanse class action-regeling is voorgeschreven dat iedere belanghebbende ('persoon tot bescherming van wiens belang de rechtsvordering strekt'), dus elk lid van de 'class', van de procedure op de hoogte moet worden gesteld en de mogelijkheid heeft zich individueel terug te trekken.

Hiervan hebben de opstellers van de Nederlandse regeling welbewust afgezien. In plaats daarvan werd bepaald (art. 3:305a lid 5-oud BW) dat een belanghebbende aan de gedaagde/veroordeelde kan verklaren dat hij "zich verzet tegen werking van de uitspraak ten opzichte van hem". Dan heeft de rechterlijke uitspraak ten aanzien van die belanghebbende "geen gevolg", "tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten". Die laatste situatie zal zich bijna altijd voordoen bij een na een algemeen belangactie gedane rechterlijke uitspraak die is gericht tegen de Staat en betrekking heeft op het gehele grondgebied, zoals in de Urgendzaak.

Die opt out-mogelijkheid is dan ook per 1 januari jl. overgeheveld naar de in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering opgenomen nadere regeling van de procedure bij massaschade

Kortom, aan burgers die zich met de Urgenda-uitspraak niet kunnen verenigen, is niet de mogelijkheid geboden zich tegen die uitspraak te verzetten. Sterker nog, op grond van art. 3:305a BW worden hun belangen geacht 'gelijksoortig' te zijn aan de door de stichting Urgenda volgens haar statuten te behartigen belangen.

Kennelijk worden ook deze burgers geacht te beschikken over een 'verkeerd bewustzijn' – om een marxistische term te gebruiken - en niet zelf te kunnen weten wat goed voor ze is.

### **7. Art. 3:305a BW leidt tot (de schijn van) 'een-tweetjes'**

Een maand voordat de Hoge Raad uitspraak deed in de SGP-vrouwenzaak had Kathalijne Buitenweg, de voorzitter van het eisende proefprocessenfonds, in de Volkskrant de staat al opgeroepen 'recht in de leer' te zijn en het niet langer op te nemen voor de SGP.

Met de rechtszaak heeft die actieclub méér bereikt dan een parlementariër voor elkaar had kunnen krijgen. Buitenweg was tien jaar Europarlementariër en is tegenwoordig vicevoorzitter van de Tweede Kamerfractie van GroenLinks. Gezien de politieke verhoudingen in ons parlement zou zelfs een Kamermotie waarbij de regering zou worden opgeroepen een wetsvoorstel in te dienen om de SGP te dwingen ook vrouwen verkiesbaar te stellen, geen schijn van kans hebben gehad. Maar via de rechter kan de Staat er kennelijk wél toe worden gedwongen.

Voor staatssecretaris Blokhuis, die het roken geheel uit wil roeien, was de uitspraak van het Haagse Hof over de rookruimtes in de horeca een godsgeschenk. Door die uitspraak kon hij ook de besloten rookruimtes verbieden zonder dat hij daarvoor politieke machtiging nodig had. Om eventuele schadeclaims te ontlopen gaf hij horecaondernemers nog een uitstel van maximaal twee jaar, maar uit het op 27 september 2019 gewezen arrest bevestigde de Hoge Raad echter het oordeel van het Hof dat de staat na de inwerkingtreding van het verdrag in 2005 al een redelijke overgangstermijn heeft gehad om aan de verdragsverplichting te voldoen.

Hiermee wil ik niet beweren dat sprake was van een 'één-tweetje' tussen politiek en rechter ofwel, om in voetbalterminologie te blijven, een inkoppertje. Wél maakt het duidelijk dat zulke uitspraken het de politiek mogelijk maken om politieke verantwoordelijkheid te ontlopen en zelfs om in een politieke strijd de beslissing feitelijk te verleggen naar de rechter.

Wie de uitspraken van de Haagse rechtbank en van het Haagse Hof in de Urgendzaak leest, zal het opvallen hoe vaak gesproken wordt over de "tussen partijen vaststaande feiten" en dat wordt overwogen dat de Staat het met de stichting Urgenda eens is over nut en noodzaak van CO2-reductie, over de kwalijke gevolgen van de Nederlandse CO2 uitstoot en zelfs over de te bereiken CO2-reducties in de komende decennia, en dat de Staat zelfs stelt dat die maatregelen ook best betaalbaar en uitvoerbaar zijn ("De partijen het er over eens zijn dat..."). Alleen de doelstelling van 2020 zou volgens de Staat niet wenselijk zijn. Beide rechterlijke uitspraken zijn 'uitvoerbaar bij

voorraad' verklaard, wat betekent dat instelling van hoger beroep respectievelijk cassatieberoep géén schorsende werking zou hebben.

Wilde de Staat, die aangaf het inhoudelijk nagenoeg eens te zijn met de stichting Urgenda, zich eigenlijk wel verdedigen of was hij uit op een veroordelende rechterlijke uitspraak die zou kunnen worden gebruikt ter rechtvaardiging van de klimaatmaatregelen die het kabinet sowieso wil treffen? Is bewust een zwak verweer gevoerd en is de zaak met opzet verloren? Dat de Staat zich niet tegen de uitvoerbaarverklaring bij voorraad heeft verzet, lijkt dit vermoeden alleen maar te bevestigen.

Na de uitspraak van het Haagse Hof juichte het grootste deel linkse oppositie in de Tweede kamer deze 'historische' uitspraak toe. "Als je jezelf het groenste kabinet ooit noemt, kun je deze uitspraak niet naast je neer leggen", zei GroenLinks-leider Jesse Klaver. Minister Eric Wiebes (Economische Zaken en Klimaat) liet weten dat de Staat sowieso van plan was "25 procent broeikasreductie te halen in 2020" maar zich wél af te vragen of de rechter hier 'princiëel' over gaat. Daarom werd cassatieberoep bij de Hoge Raad wenselijk geacht.

Als de Hoge Raad het cassatieberoep verwerpt, kan de regering haar handen in onschuld wassen: "Er is éérs hoger beroep en toen ook nog cassatieberoep ingesteld. We kunnen niet anders dan de door de rechter bevolen maatregelen uitvoeren". De regering behoeft zich voor die maatregelen niet politiek te verantwoorden maar kan volstaan met verwijzing naar de rechterlijke uitspraken 'die nu eenmaal moeten worden uitgevoerd'. De rechter kan politiek niet ter verantwoording worden geroepen maar kan volstaan met verwijzing naar de motivering van zijn uitspraak en er verder het zwijgen toe doen. Kortom: niemand kan voor de volgens de rechter te nemen maatregelen politiek ter verantwoording worden geroepen.

### **8. De rechter is de afgelopen decennia juist minder intensief gaan toetsen, behalve in 'Europese' zaken, in het bijzonder in zaken die door algemeenbelangorganisatie zijn aangespannen**

Het is een misverstand te menen dat de rechter intensiever is gaan toetsen. Hij is juist aanzienlijk terughoudender gaan toetsen. De kans voor een 'gewone' burger om te 'winnen' in een procedure bij de bestuurs- of belastingrechter, is niet groter dan 5 tot 10 %. Zelf heb ik die procedure betiteld als een 'gesofisticeerde vorm van boerenbedrog'. Twan Tak heeft in de vorig jaar verschenen druk van het deel van zijn handboek Bestuursprocesrecht, dat gaat over de praktijk daarvan, veranderd in 'Van rechtsbescherming naar machtsbescherming'.

De uitspraken waarin de Raad van State indringend toetst, zijn vooral aanhangig gemaakt door algemeenbelangorganisaties en betreft de uitvoering van Europees recht, zoals de Habitatrictlijn (in de nitraatkwesitie) en de Dienstenrichtlijn. Het zijn uitzonderingen die de regel bevestigen.

Ook de uitleg van mensenrechtenbepalingen is de laatste twee decennia aanzienlijk marginale geworden dan voorheen. Als voorbeeld noem ik de uitleg van art. 8 EVRM – dat ook in het Urgenda-arrest een belangrijke rol speelt – door de Hoge Raad in fiscale zaken.

Art. 8 EVRM impliceert – zou je dnek – toch in ieder geval de vrijheid om zelf te bepalen hoe je je gezinsleven inricht (levensvormneutraliteit), wat ook betekent dat aan de gemaakte keuze geen financiële consequenties worden verbonden. In Nederland moet een gezin met één inkomen echter tot 6,3 keer zoveel betalen als een gezin met hetzelfde gezinsinkomen, dat uit 2 bronnen komt. Nergens ter wereld is dit verschil zo groot als in Nederland. In Duitsland maakt het niets uit. Een regeling zoals de Nederlandse wordt in Duitsland strijdig met de Grondwet geacht, i.h.b. de artt. 1 en 6 Grw. De Hoge Raad vond dat er niets aan de hand is: HR 13.4.2018, ECLI:NL:HR:2018:429, en HR 13.4.2018, ECLI:NL:HR:2018:593 |

(Te voren had ik in een kranteninterview al voorspeld dat de Nederlandse rechter de Nederlandse regeling zou aanvaarden, omdat een andere uitleg strijdig zou zijn met het D66-partijprogramma).

### **9. Miskenning van art. 12 Wet Algemene Bepalingen. De taak van de rechter in de trias politica: individuele rechtsbescherming**

In de uitspraken van de Haagse rechters blijft een belangrijke wetsbepaling onvermeld. Artikel 12 van de in 1838 in werking getreden 'Wet van 15 mei 1829, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk') bepaalt (in nu nogal archaische aandoende bewoordingen):

*'Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn'.*

De oorspronkelijke, Franse versie van deze bepaling staat nog altijd in de preliminaire artikelen in de Code Civil.

Met art. 12 Wet AB heeft de constitutionele wetgever willen vastleggen dat de rechter slechts beslissingen mag geven die bindend zijn voor de procespartijen in een rechtsgeding en zich daarbij

moet onthouden van het geven van algemene bindende regels. Dat is voorbehouden aan de wetgever. Een rechter mag géén uitspraken doen die voor een ieder gevolgen hebben.

Maar dat is precies wat er is gebeurd toen de Hoge Raad in de Urgendazaak het arrest van het Hof in die zaak bevestigde.

In hun uitgebreide conclusie gaan de plv. procureur-generaal en de advocaat-generaal maar heel kort in op art. 12 Wet AB en schrijven ze:

*"Bij de uitoefening van zijn taak blijft de rechter gebonden aan de grenzen van de rechtsstrijd in het aan hem voorgelegde geval. De rechter mag zich niet, los van het aan hem voorgelegde geval, opstellen als ware hij de wetgever".*

De woorden 'los van het aan hem voorgestelde geval' zijn opmerkelijk, want overbodig aangezien een rechter alléén beslissingen mag nemen in de hem voorgelegde gevallen. Als met die woorden zou worden gesuggereerd dat de rechter zich wél mag opstellen 'als ware hij de wetgever' als dat niet losstaat van het aan hem voorgelegde geval (zoals in de Urgendazaak), dan zou daarmee worden afgeweken van de duidelijke tekst van art. 12 Wet AB: de rechter mag zich 'in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn' – dus in alle hem voorgelegde gevallen – niet opstellen als ware hij de wetgever. Daarom past de algemeenbelangactie niet in ons rechtssysteem.

Dat art. 12 Wet AB verder niet meer wordt vermeld in de zeer uitgebreide conclusie, verbaast niet, aangezien de constatering dat een rechterlijke uitspraak slechts tussen partijen mag werken, m.i. had moeten leiden tot vernietiging van het arrest van het Haagse Hof.

Toen ik daar op had gewezen, reageerde een andere hoogleraar staatsrecht daar op met de woorden dat art. 12 Wet AB 'een dode letter' is. Maar wie bepaalt dat een wetsbepaling – die is gehandhaafd, terwijl andere bepalingen uit de Wet AB zijn geschrapt – een 'dode letter' ? Voor de verhouding tussen wetgevende en uitvoerende macht is er de 'Wesenlichkeitstheorie' (in ieder geval de voor de samenleving wezenlijke beslissingen moeten worden genomen door de wetgever). Art. 12 Wet AB geeft uitdrukking aan eenzelfde uitgangspunt voor de verhouding tussen wetgever en rechter.

Ook bij de toetsing van een nationale regeling aan rechtstreeks bindende verdragsbepalingen moet de rechter zich – aldus het al genoemde artikel 94 Grondwet - beperken tot de vraag of die nationale regeling in het hem voorgelegde geval al dan niet buiten toepassing behoort te blijven omdat die toepassing met zo'n verdragsbepaling onverenigbaar is. Artikel 94 Grondwet geeft hem niet de bevoegdheid die nationale regeling te vernietigen of, zelfs, een – vervangende – algemene regeling te geven.

## **10. Ontbrekende regels voor de bekostiging van algemeenbelangorganisaties**

Om ongewenste beïnvloeding van de Nederlandse democratie te voorkomen zijn strenge regels gesteld aan de bekostiging van politieke partijen.

Omdat de eerdere Wet subsidiëring politieke partijen hun de vrijheid liet om naast de overheidssubsidie inkomsten naar eigen inzicht te genereren is die wet vervangen door de nog strengere Wet financiering politieke partijen (Wfpp).

Alleen al de schijn van belangenverstrengeling – het vermoeden dat politieke invloed kan worden 'gekocht' – kan het aanzien van de democratie schaden, aldus de toelichting In februari 2018 kondigde op de Wet financiering politieke partijen.

In februari 2018 kondigde Minister van BiZa Ollongren (D66) aan dat, om "ongewenste beïnvloeding van de Nederlandse democratie" te voorkomen, de grens waaronder partijen anonieme giften kunnen ontvangen verder zou worden verlaagd tot € 2500.

En dan zouden flinke giften aan bv. Urgenda om via de rechter, buiten het parlement om, de staat tot ingrijpende maatregelen te dwingen géén ongewenste beïnvloeding van de Nederlandse democratie zijn? Het is, hoe dan ook, gewenst hierover regels te stellen.