

Regulering van onzekere risico's via *public interest litigation*?

Liesbeth Enneking en Elbert de Jong¹

De roep om de civiele rechter vooraf tegenwicht te laten bieden aan een falende risicoregulering en maatschappelijke belangen te laten afwegen in zaken zoals de *Urgenda*-zaak, is in feite een vraag om rechterlijk activisme. Rechterlijk activisme achteraf is niets nieuws onder de aansprakelijkheidsrechtelijke zon. Om individuele slachtoffers tegemoet te komen zijn rechters (heel) ver gegaan om de grenzen van onder meer verjaring en het causale verband aanzienlijk op te rekken. Thans ligt de vraag voor of een rechter vooraf, waar maatschappelijke belangen en soms catastrofale risico's op het spel staan, zich activistisch moet opstellen. Gezien de opkomst van organisaties, zoals het recent opgerichte Public Interest Litigation, die nadrukkelijk de civiele rechter willen gaan inschakelen en de *Urgenda*-zaak, is het een kwestie van tijd alvorens de rechter zich moet buigen over die vraag. De rechterlijke macht doet er daarom goed aan om op fundamenteel niveau na te denken over de maatschappelijke, juridische en rechtspolitieke gevolgen van activisme en de grenzen van zijn capaciteiten om een activistische rol in te nemen.

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

In november 2013 werd door de Nederlandse actie-organisatie Urgenda een civiele procedure aangespannen tegen de Nederlandse overheid wegens haar vermeende nalatigheid om, in het licht van de internationale zorg over klimaatverandering, adequaat beleid vast te stellen met betrekking tot het reduceren van de Nederlandse CO₂-uitstoot.² Rond diezelfde tijd werd de overheid geconfronteerd met een bestuursrechtelijke procedure door onder meer het Nederlandse proefprocessenfonds Clara Wichmann, ditmaal met betrekking tot haar vermeend falen om de gevaren van borstimplantaten adequaat te reguleren. Twee procedures met verschillende achtergronden maar tegelijkertijd belangrijke overeenkomsten.

Allereerst vormen de zaken een voorbeeld van *public interest litigation*.³ Bij dit type procedures trachten eisers de behartiging van maatschappelijke belangen (hier: bescherming van milieu en gezondheid door overheidsregulering) via de rechter af te dwingen.⁴ Verder zijn beide zaken ingegeven door een vermeende tekortkoming aan de zijde van de overheid om milieu- en gezondheidsrisico's adequaat te reguleren.⁵ Daarnaast staan in beide procedures risico's centraal die zijn omgeven met aanzienlijke wetenschappelijke onzekerheid. Zoals besproken wordt in

dit artikel, kunnen situaties van wetenschappelijke onzekerheid regelgevende activiteiten bemoeilijken. Daarmee bestaat er juist in deze gevallen een aanleiding om de vraag naar normstelling en -handhaving via de rechter te spelen. Maar kan de rechter daar ook daadwerkelijk in voorzien? In hoeverre is hij beter in staat de krachten te weerstaan die de wetgever kunnen verlammen? En wat zijn de juridische en rechtsstatelijke grenzen waaraan hij is gebonden?

De relevantie van deze vragen gaat verder dan de twee hiervoor genoemde procedures. Een blik op de VS leert ons dat *public interest litigation* kan worden ingezet ter bevordering van maatschappelijke belangen zoals consumentenrechten, het lokale of internationale milieu, mensenrechten, dierenwelzijn en werknemersrechten. Ook in Nederland hebben rechters de afgelopen decennia te maken gekregen met verscheidene 'algemeenbelangacties',⁶ met als spraakmakende voorbeelden de *Nieuwe Meer*-zaak,⁷ de *Kruisraketten*-zaak⁸ en de *SGP*-zaak.⁹ Tegelijkertijd speelt de problematiek van risicoregulering op een groot aantal andere terreinen, waaronder biotechnologie (denk aan genetisch gemodificeerd voedsel) en nanotechnologie (denk aan nanokoolstofbuisjes).¹⁰ De maatschappelijke belangen waar het hierbij om gaat zijn groot; zo had een verbod op asbest in 1965 - in plaats van in 1993 - 41 biljoen gulden en 34 000 slachtoffers kunnen schelen.¹¹

1.2. Aanpak

In dit artikel onderzoeken we in hoeverre publiek belang-gerelateerde procedures succesvol kunnen zijn bij het afdwingen van risicoregulering voor risico's die zijn omgeven met wetenschappelijke onzekerheid. We richten ons hierbij op procedures voor de civiele rechter. In par. 2 plaatsen we de in de aanleiding genoemde procedures in de bredere context van *public interest litigation*. Daarbij zetten we uiteen wat de karakteristieken zijn van dit type procedures, waar de behoefte tot procederen vandaan komt en wat men verwacht van de civiele rechter. In gevallen van wetenschappelijke onzekerheid is de aanleiding voor *public interest litigation* veelal gelegen in een vermeend falende risicoregulering door de overheid. In par. 3 bespreken we daarom de problematiek van risicoregulering bij wetenschappelijke onzekerheid en de factoren die in deze context kunnen leiden tot een inadequate risicoregulering. We illustreren deze factoren aan de hand van de problematiek ten aanzien van klimaatverandering. Tot slot bespreken we of en in hoeverre de gang naar de civiele rechter een oplossing kan bieden. In par. 4 gaan we eerst in op de vraag in hoeverre de factoren die bij regelgevers kunnen leiden tot een niet adequate risicoregulering ook bij rechters een rol spelen. Vervolgens behandelen we de juridische grenzen van een procedure voor de civiele rechter in deze context. Par. 5 bevat de conclusies.

2. Public interest litigation

2.1. Wat is public interest litigation?

Public interest litigation kan worden omschreven als het inzetten van juridische procedures door private actoren met de bedoeling om een onwenselijk geachte maatschappelijke *status quo* te veranderen. Deze procedures kunnen zich in verschillende hoedanigheden voordoen. Gedacht kan worden aan bestuursrechtelijke procedures, maar ook aan civielrechtelijke procedures die gericht zijn ofwel tegen de overheid met het oog op het beïnvloeden van overheidsbeleid, ofwel tegen bedrijven met het oog op het beïnvloeden van hun ondernemingsbeleid en -activiteiten in binnen- of buitenland. Kenmerkend aan deze procedures is dat ze toekomstgericht zijn, belangen betreffen die breder zijn dan de puur private belangen van de bij het geding betrokken partijen, de nadruk leggen op ideële aspecten en ze doorgaans worden geïnitieerd door of met de steun van

maatschappelijke belangengroeperingen die zich bezighouden met het bevorderen van maatschappelijke belangen.¹²

2.2. Waar en waarom vindt het plaats?

Public interest litigation kan een belangrijk wapen zijn voor gemarginaliseerde groepen in de samenleving die maatschappelijke verandering willen afdwingen maar niet in staat zijn dat via de meer geëigende (democratische) weg van politieke agendering en besluitvorming of via lobby te bewerkstelligen. Met name in opkomende economieën als India en Zuid-Afrika stappen maatschappelijke organisaties

Public interest litigation kan worden ingezet ter bevordering van maatschappelijke belangen zoals consumentenrechten, het lokale of internationale milieu, mensenrechten, dierenwelzijn en werknemersrechten

regelmatig naar de rechter wanneer de betrokken overheden niet in staat blijken om te voorzien in de eerste levensbehoefte van hun burgers, zoals huisvesting en drinkwater.¹³ Ook in westerse landen kent men het concept van maatschappelijke mobilisatie door middel van juridische procedures. Met name in de VS is het concept *regulation through litigation* goed ingeburgerd.¹⁴ Een recent voorbeeld zijn de zaken die zijn aangespannen door consumentenorganisaties tegen voedsel- en drank-producenten in verband met de nadelige gezondheidseffecten van hun producten, zoals (het risico op) overgewicht.¹⁵

In Europa, waar het fenomeen *public interest litigation* minder goed is ingevoerd, worden rechters toch met enige regelmaat geconfronteerd met procedures waarin maatschappelijke belangen als de bescherming van fun-

Auteurs

1. Mr. dr. L.F.H. Enneking en mr. E.R. de Jong zijn beiden als onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (<www.uu.nl/ucall>). De auteurs danken Ivo Giesen en Thijs van Oeffelt voor hun waardevolle commentaren.

Noten

2. J.M. van den Berg, R.H.J. Cox, 'Is de staat aansprakelijk voor klimaatverandering?', *AV&S* 2014/2, p. 5-11.
3. T. Hartlief, 'Een rechtszaak uit liefde', *NJB* 2013/2448, afl. 42, p. 2911.

4. R. Rijnhout e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2013/5, p. 173; L.F.H. Enneking, *Foreign direct liability and beyond* (Diss. Utrecht), Eleven 2012, p. 116-117, 495-521.

5. Onder regulering verstaan wij verder ook steeds handhaving van normen.

6. Groene Serie Vermogensrecht art. 3:305a BW, nr. 8.

7. HR 17 juni 1986, *NJ* 1987/743 (*De Nieuwe Meer*).

8. HR 10 november 1989, *NJ* 1991/248 (*Kruisraketten*).

9. HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388 (*SGP*).

10. E.R. de Jong, 'Onzekerheid troef?' *NJB*

2014/305, afl. 6, p. 382-389; E.R. de Jong, 'Tussen fabel en feit, over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling bij onzekere risico's aan de hand van nanotechnologie', *NJB* 2011/2146, afl. 42, p. 2836-2843.

11. P. Harremoës e.a., *Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*, EEA 2000, p. 58.

12. A. Chayes, 'The role of the judge in public law litigation', *Harvard Law Review* vol. 89 (1976), p. 1281-1316; S.L. Cummings & D.L. Rhode, 'Public interest litigation: Insights from theory and practice', *Fordham Urban Law Journal* 2009/36, p. 603-651.

13. S. Deva, 'Public interest litigation in India: A critical review', *Civil Justice Quarterly* vol. 28 (2009), pp. 19-40; J. Klaaren et al., *Public interest litigation in South Africa*, Indiana University Press, 2011.

14. P. Luff, 'Risk Regulation and Regulatory Litigation', *Rutgers Law Review* 2011/61, p. 173-215; A.E. Morriss e.a., *Regulation by litigation*, Yale University Press 2008; W.K. Viscusi, *Regulation through litigation*, AEI-Brookings 2002.

15. 'Where is the beef? The challenge of obesity lawsuits', <<http://www.bna.com/wheres-the-beef-the-challenges-of-obesity-lawsuits>>.

damentele rechten, volksgezondheid en milieubescher-
ming aan de kaak worden gesteld.¹⁶ En hoewel in Neder-
land het primaat in beginsel bij de bestuursrechter ligt
waar het gaat om door private actoren geïnitieerde
publiek belang-gerelateerde procedures, laat de *Urgenda*-
zaak zien dat belangenorganisaties hier te lande ook de
weg naar de *civiele* rechter weten te vinden.¹⁷ De Neder-
landse *Shell*-zaak, waarin Shell door Nigeriaanse boeren
en Milieudefensie aansprakelijk werd gesteld voor mili-
euevervuiling in de Nigerdelta, is een voorbeeld van een
procedure gericht op het beïnvloeden van onderne-
mingsbeleid en -activiteiten.¹⁸ Daarnaast laat deze zaak
net als de *Urgenda*-zaak zien dat het in dit soort proce-
dures ook kan gaan om risico's ten aanzien van internati-
onale of buitenlandse belangen.

2.3. Wat brengt de toekomst?

Er zijn redenen om aan te nemen dat procedures als de
Urgenda-zaak zich ook in de toekomst voor blijven doen.
Zo kan de huidige nadruk op de rol van de actieve burger
in de zogenoemde 'participatie-samenleving' leiden tot

Wetenschappelijke onzekerheid kan zich voordoen ten aanzien van verschillende aspecten van een risico

een context waarin dit soort zaken goed kan gedijen. Deze
nadruk vertaalt zich niet alleen in een toenemende ver-
antwoordelijkheid van burgers voor de behartiging van
publieke belangen (zorg, veiligheid, milieu, armoedebe-
strijding) maar ook in directere manieren van beïnvloe-
ding van overheidsbeleid.¹⁹ Andere ontwikkelingen die tot
een toename van soortgelijke zaken voor Nederlandse
rechters kunnen leiden zijn onder meer de negatieve
neveneffecten van voortschrijdende industriële en techno-
logische ontwikkeling, toenemende aandacht voor privaatrechtelijke
handhaving van normen en een terugtrekkende
overheid op het gebied van risicoregulering. Als laatste
kan men denken aan de groeiende roep om actie ten aan-
zien van mondiale problemen door NGO's, in de weten-
schap, in de media en, tot op zekere hoogte, door politici.

Een relevante ontwikkeling op juridisch vlak is het
feit dat de toegang tot bestuursrechtelijke procedures – in
beginsel bij uitstek ingericht op participatie van de burger
bij de totstandkoming van overheidsbeleid – om verschil-
lende redenen de afgelopen jaren minder laagdrempelig is
geworden.²⁰ Ten slotte klinkt het pleidooi van verschillen-
de gezaghebbende juristen om het civiele recht in te schakelen
bij gebrek aan regulering op het terrein van klimaat-
verandering. Spier, die zich al jaren inzet voor het
ontwikkelen van preventieve strategieën in het klimaat-
dossier, is een belangrijke pleitbezorger voor de mogelijk-
heid om, onder geschikte omstandigheden, de (civiele)
rechter in te schakelen.²¹ En zo riep ook Drion in 2007 op

tot de inzet van rechterlijke procedures om het tekortschieten van de politiek bij de aanpak van het klimaatveranderingsprobleem te ondervangen.²² Hartlief pleitte onlangs nog voor 'een welwillende benadering van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht als breekijzer' in procedures als de *Urgenda*-zaak.²³ Daar moet tegenovergesteld worden dat er ook sceptici zijn, zoals Theunissen die in 2008 naar aanleiding van de eerdergenoemde *SGP*-zaak pleitte voor het afschaffen van de mogelijkheid voor belangenorganisaties om 'in het algemeen belang' civiele procedures te entameren.²⁴

2.4. Waar liggen de grenzen?

Er zijn grenzen aan de mogelijkheden die een civiele procedure biedt om een vermeend falende *risicoregulering* van overheidswege te corrigeren. Allereerst rijst de vraag of dezelfde factoren die ertoe leiden dat de overheid niet komt tot een – in de ogen van de aanjagers van dit soort procedures – adequate regulering van de risico's in kwestie, niet ook invloed zullen hebben op de mogelijkheden en bereidheid van de aangeropen rechters om tot andere uitkomsten te komen. Daarnaast wordt het potentieel van dit soort zaken – zowel waar het gaat om het initiëren daarvan als om de uitkomsten – begrensd door de geldende regels van ons burgerlijk (proces)recht. En ten slotte rijzen in dit soort zaken vragen naar de rechtstatelijke grenzen aan rechterlijk activisme. Door via gebods- en verbodsacties aan de rechter te vragen om normen te stellen ten aanzien van bepaalde risico's die door de wetgever (in de ogen van de eiseres) niet adequaat gereguleerd worden, wordt hij immers feitelijk gevraagd om op de stoel van diezelfde wetgever te gaan zitten.

3. De problematiek van een (in)adequate risicoregulering²⁵

3.1. Risico's, risicoregulering en wetenschappelijke onzekerheid

Risico's drukken de waarschijnlijkheid uit dat gedragingen in de verre of nabijgelegen toekomst nadelige effecten

16. Voor voorbeelden: Amsterdam International Law Clinic, 'The case concerning climate change', 2007, <http://www.bank-track.org/download/climate_change_litigation_cases_analyses_of_issues_to_be_addressed/0_071215_climate_change_litigation_cases.pdf>.

17. P. Luff 2011, p. 179.

18. L.F.H. Enneking, 'The future of foreign direct liability? Exploring the international relevance of the Dutch Shell Nigeria case', *ULR* 2014/10, p. 44-54; L.F.H. Enneking, 'Zorgplichten van multinationals in Nederland – *Second best zo slecht nog niet?*', *NJB* 2013/607, afl. 12, p. 744-750.

19. Bijv. P. van Houwelingen e.a., *Burgermacht op eigen kracht?*, SCP-rapport 26 maart 2014.

20. In meer detail: B. van den Broek & L. Enneking, 'Public interest litigation in the

Netherlands', *ULR* 2014 (nog te verschijnen).

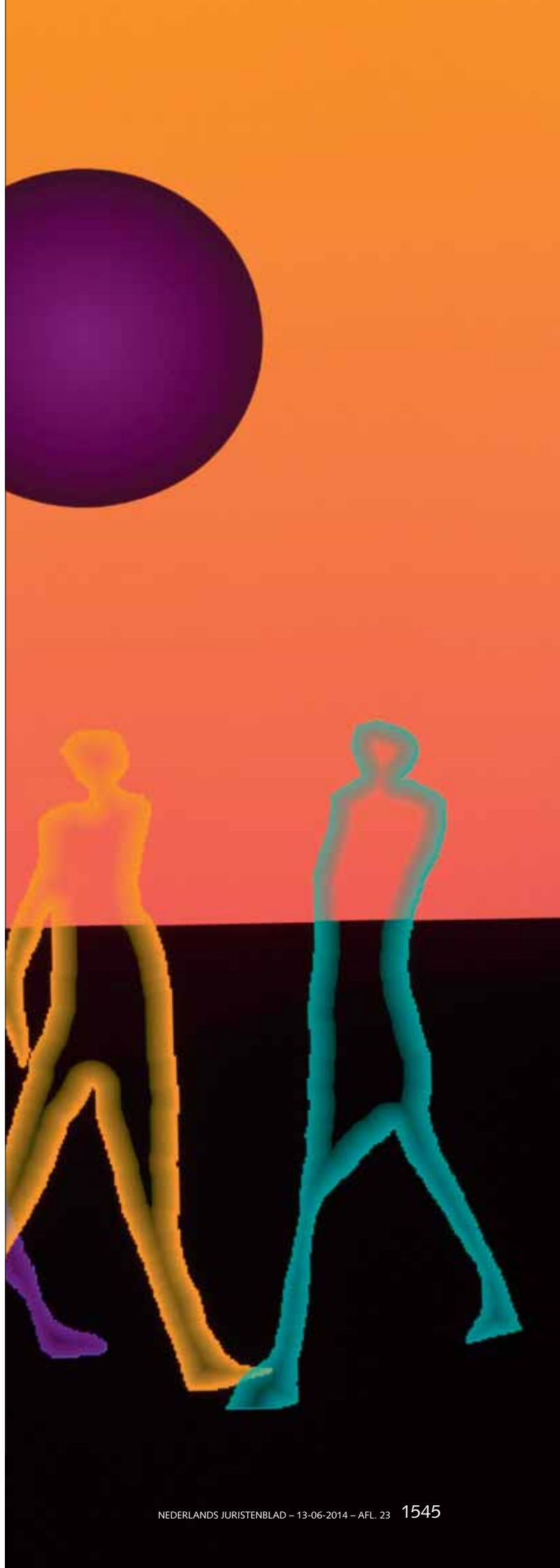
21. J. Spier, 'Injunctive Relief: Opportunities and Challenges: Thoughts About a Potentially Promising Legal Vehicle to Stem the Tide', in: J. J. Spier en U. Magnus (red.), *Climate Change Remedies*, Eleven 2014, p. 2-155.

22. C. Drion, 'Van een duty to care naar een duty of care', *NJB* 2007/2331, afl. 45, p. 2857.

23. T. Hartlief 2013.

24. J.M.H.F. Theunissen, 'De ironie van de SGP-vrouwenzaak: Schrap de algemeen belang-actie uit 3:305a BW!', *NJB* 2008, afl. 25, p. 1524-1530.

25. Deze paragraaf is gebaseerd op een hoofdstuk uit het nog te verdedigen proefschrift van E.R. de Jong.



zullen hebben.²⁶ Risicoregulering draait om het bepalen van de gewenste omgangsvorm met deze mogelijke nadelige effecten. Natuurwetenschappelijke kennis en onderzoek vormen een belangrijke kennisbron bij het vaststellen van risico's; in het kader van klimaatrisico's wordt deze kennis vergaard en geïnterpreteerd door het IPCC, een daartoe ingesteld internationaal panel van wetenschappers en beleidsmakers. De term *wetenschappelijke onzekerheid* geeft aan in hoeverre het mogelijk is om op basis van de beschikbare natuurwetenschappelijke kennis uitsluitel te geven over de waarschijnlijkheid dat een negatief effect zal intreden, óf om hierover nader kennis op te doen.²⁷ Wetenschappelijke onzekerheid kan zich voordoen ten aanzien van verschillende aspecten van een risico.²⁸

Bij klimaatverandering bestaat er met name wetenschappelijke onzekerheid over de vraag wanneer, waar en in welke *exacte* omvang, welke *specifieke* effecten zullen intreden, alsmede over de effectiviteit en negatieve neven-effecten van bepaalde voorzorgsmaatregelen, zoals GEO-engineering.²⁹ Daarentegen wordt wel met (verregaande) wetenschappelijke zekerheid aangenomen dat klimaatverandering plaatsvindt en gaat vinden, dat er zonder actie negatieve effecten van catastrofale omvang zullen intreden én dat menselijk gedrag een belangrijke oorzaak is van het probleem. Derhalve spitst de onzekerheids- en reguleringsproblematiek zich in deze context niet zozeer toe op de noodzaak tot handelen, maar op de aard en omvang van de gewenste regulering. Dát er gehandeld moet worden is vanuit natuurwetenschappelijke optiek niet te betwijfelen. Het recentste rapport van het IPCC luidt wederom de noodklok: op korte termijn kan de opwarming van de aarde onomkeerbaar worden, met grote gevolgen.³⁰ Ook uit juridische optiek is duidelijk dat er gehandeld moet worden. De kans dat bij stilzitten ernstige effecten van catastrofale omvang plaatsvinden is voorzienbaar en wetenschappelijk in hoge mate zeker, er bestaat weinig tijd om het gevaar af te wenden én de kosten van het thans nemen van voorzorgsmaatregelen zijn aanzienlijk lager dan wanneer men later handelt of in het geheel niet handelt.³¹ Er zijn evenwel enkele factoren die ertoe leiden dat overheden niet altijd (adequaat) reageren op de dreigingen. In de komende paragrafen besteden we hier aandacht aan.

3.2. De lastige keuze tussen vals positieven en vals negatieven

Bij risicoregulering speelt de keuze tussen het vermijden van een 'vals positief' enerzijds en het vermijden van een 'vals negatief' anderzijds, een centrale rol. Beide concepten zijn gerelateerd aan een verkeerde inschatting van de noodzaak tot het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen.³² Bij een vals positief meent men dat er een risico van een bepaalde omvang bestaat maar blijkt vervolgens, bijvoorbeeld door voortschrijdend wetenschappelijk inzicht, dat het gevreesde risico veel kleiner is dan gedacht of überhaupt niet bestaat. Indien ter regulering van het risico voorzorgsmaatregelen zijn voorgeschreven, zijn deze onnodig voorgeschreven.³³ Bij een vals negatief meent men dat er geen risico is of dat het risico klein is, maar blijkt dit risico (naar voortschrijdend wetenschappelijk inzicht) wel te bestaan of groter te zijn dan werd aangenomen. Het gevolg is dat er ten onrechte geen voorzorgsmaatregelen zijn voorgeschreven, of dat er

maatregelen voorgeschreven zijn die niet afdoende zijn gezien de werkelijke ernst van het risico.

Een vals positief heeft met name negatieve consequenties voor degenen die de kosten van de (achteraf overbodige) voorzorgsmaatregelen moeten dragen. Deze consequenties zijn ingrijpender naarmate de risicoveroorzakende activiteit meer maatschappelijke voordelen oplevert en de te nemen voorzorgsmaatregelen kostbaarder zijn. Ons strafrechtssysteem is een voorbeeld van een systeem dat sterk gericht is op het vermijden van vals positieven, getuige het adagium 'beter 1 schuldige op straat, dan 10 onschuldigen in de cel'. Een vals negatief heeft met name negatieve consequenties voor degenen die bescherming behoeven tegen het intreden van een risico. Deze

Er bestaat een sterke prikkel voor belanghebbenden om de beschikbare wetenschappelijke gegevens zoveel mogelijk in lijn met hun eigen belangen te interpreteren en te presenteren

consequenties zijn ingrijpender naarmate het risico meer mensen treft en/of ernstiger negatieve effecten met zich brengt. Een voorbeeld van een systeem dat met soms verregaande maatregelen sterk is gericht op het vermijden van vals negatieven is terrorismebestrijding. Met de opmars van het voorzorgsbeginsel komt ook in het milieu- en fysieke veiligheidsbeleid de nadruk in toenemende mate te liggen op het vermijden van vals negatieven.

De kunst van een adequate risicoregulering is om zowel vals positieven als vals negatieven te vermijden. Aangezien het risico's betreft, en dus mogelijke effecten waarvan vooraf onzeker is of zij zich ook daadwerkelijk zullen voordoen, is dit een lastige kwestie. Het brengt met zich dat een regelgever (of: de rechter) de keuze moet maken tussen ofwel het vermijden van ten onrechte handelen (een vals positief), ofwel het vermijden van ten onrechte niet handelen (een vals negatief). De moeilijkheidsgraad van deze opgave is onder meer afhankelijk van de mate van wetenschappelijke zekerheid over de diverse aspecten van het risico, de ernst van de effecten en de beschikbaarheid, bezwaarlijkheid en effectiviteit van de voorzorgsmaatregelen. Dit leidt ertoe dat de kans groot is dat in situaties van wetenschappelijke onzekerheid een adequate risicoregulering uitblijft. Er is een (groeioende) academische consensus dat dit zich momenteel voordoet in de context van klimaatverandering.

3.3. Factoren die risicoregulering beïnvloeden en bemoeilijken

Er is een aantal factoren dat ertoe kan leiden dat regelgevers bewust of onbewust geneigd zijn om hun focus teveel

te richten op het vermijden van ten onrechte handelen (een vals positief) en daarmee een adequate risicoregulering in de weg kunnen staan.

I Ontbreken van noodzakelijke kennis en kunde

Idealiter is (de interpretatie van) wetenschappelijke informatie dusdanig eenduidig dat het regelgevers in staat stelt om op basis daarvan keuzes te maken ten aanzien van de juiste vorm en mate van risicoregulering en robuuste beleidslijnen uit te stippelen. Dat ideaal wordt vaak niet bereikt. Zo bestaat er ten aanzien van het klimaatveranderingsprobleem nog aanzienlijke onzekerheid over de vraag wanneer, waar en in welke exacte omvang, welke *specifieke* effecten zullen intreden en wat de effectiviteit is en de eventuele negatieve neveneffecten zijn van bepaalde voorzorgsmaatregelen (zie ook par. 3.1). Hierdoor kunnen verschillende (verantwoorde) interpretaties worden gegeven aan dezelfde wetenschappelijke gegevens, hetgeen leidt tot verschillende oordelen over de vereiste aard en omvang van de benodigde risicoregulering.³⁴ In deze situatie ontstaat een zogeheten onzekerheidsparadox: om te kunnen oordelen over de aanvaardbaarheid van wetenschappelijke onzekere risico's wil men een bepaalde mate van zekerheid hebben, maar de wetenschap kan daarin niet voorzien.³⁵ Het ontbreken van eenduidige wetenschappelijke informatie leidt er bovendien toe dat regelgevers zijn aangewezen op hun eigen oordeelsvermogen ten aanzien van een probleem dat hun eigen kennis en kunde overstijgt (de zgn. 'deskundigenparadox').

Gezien de grote belangen die bij risicoregulering vaak een rol spelen, bestaat er een sterke prikkel voor belanghebbenden om de beschikbare wetenschappelijke gegevens zoveel mogelijk in lijn met hun eigen belangen te interpreteren en te presenteren.³⁶ Dit brengt het gevaar van *regulatory capture* met zich, waarbij regelgevers door beïnvloeding komen tot een systeem van risicoregulering dat de belangen bevordert van specifieke (vaak: commerciële) belangengroeperingen die de betreffende industrie of sector domineren, in plaats van het algemene belang. Daarnaast ligt het voor de hand om, alvorens ingrijpende risicoreducerende voorzorgsmaatregelen voor te schrijven, onderzoek te (laten) doen om meer zekerheid te verwerven. Onderzoek kan evenwel verlamd werken (*'paralysis by analysis'*) doordat tijdens de onderzoeksfase andere voorzorgsmaatregelen die al wel kunnen (en moeten) worden genomen, worden uitgesteld. Studies van het Euro-

pees Milieuagentschap, onder meer naar de omgang met asbestrisico's en DES, bevestigen dit beeld.³⁷

II Economische krachten

Ook spelen er economische factoren die kunnen leiden tot een onevenredig grote focus op het vermijden van een vals positief. Als eerste is relevant dat de risicoveroorzakende activiteit vaak maatschappelijk nuttig is en om die reden tot op bepaalde hoogte wordt gestimuleerd door de overheid.³⁸ In een situatie waarin de kosten van het nemen van de voorzorgsmaatregelen én de voordelen van de activiteit zich op korte termijn voordoen, terwijl de risico's zich pas op lange termijn (mogelijkerwijs) zullen verwezenlijken, ontstaat dan het gevaar dat de negatieve gevolgen van ten onrechte handelen eerder in tijd worden beoordeeld dan de gevolgen van ten onrechte niet handelen.³⁹ In een economisch systeem dat is gericht op korte termijn-resultaten, ligt het dan voor de hand om de pijlen eerst op het vermijden van ten onrechte handelen te richten, wat kan leiden tot een inadequate regulering van langetermijnrisico's.⁴⁰

Daarnaast komen de kosten van een gematerialiseerd risico vaak niet of niet volledig voor rekening van degenen die de dreiging in het leven roepen, terwijl de kosten voor het (ten onrechte) nemen van voorzorgsmaatregelen wél voor hun rekening komen.⁴¹ Zo zullen de meest(e) ernstige effecten van klimaatverandering voornamelijk ergens anders intreden dan waar de activiteiten die het probleem veroorzaken plaatsvinden en economisch gewin opleveren, namelijk in de Derde Wereld. Dit probleem wordt versterkt door het feit dat het gevaar alleen kan worden weggenomen indien een substantieel aantal veroorzakers hun CO₂-uitstoot reduceert. Dit betekent dat welwillende overheden geneigd kunnen zijn om af te zien van het realiseren van de noodzakelijke CO₂-reductie indien zij zien dat andere landen dit nalaten. Bij gebrek aan een *'level playing field'* lopen zij anders het risico om zichzelf en de in hun land gevestigde ondernemingen op een economische achterstand te plaatsen ten opzichte van (ondernemingen uit) andere landen, terwijl het gevaar niet wordt weggenomen.⁴²

III Maatschappelijke krachtenvelden

Maatschappelijke krachtenvelden kunnen ook in de weg staan aan een adequate risicoregulering.⁴³ Hierbij kan niet alleen gedacht worden aan lobbybewegingen (het probleem van *regulatory capture* werd hierboven al bespro-

26. Zie met verwijzingen E.R. de Jong, 'Regulating Uncertain Risks in an Innovative Society', in: E. Hilgendorf en J-P Günther (red.), *Robotik und Recht Band I*, Nomos Verlag 2013, p. 163-183.

27. M.B.A. van Asselt e.a., 'Science, knowledge and uncertainty in EU risk regulation', in: M. Everson en E. Vos, *Uncertain Risks Regulated*, Routledge-Cavendish 2009, p. 389-399, p. 363.

28. Zie verder E.R. de Jong 2014, p. 386 e.v.

29. Zie nader J. Verschuuren en F. Fleurbaey,

'Sleutelen aan het klimaat', *NJB* 2014/470, afl 9, p. 470.

30. Zie het laatste IPCC rapport: <http://ipcc-wg2.gov/AR5/images/uploads/IPCC_WG2AR5_SPM_Approved.pdf>.

31. Vergelijk J. Spier 2014, p. 48 e.v.

32. Zie uitgebreid: S.F.H. Hansen en J.A. Tickner 'The precautionary principle and false alarms – lessons learned' in: *Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation*, EEA 2013, pp. 21-65.

33. Indien de voorzorgsmaatregelen effectief zijn en het risico reduceren of afwenden

heeft men niet te maken met een vals positief.

34. A. Klinke en O. Renn, 'A New Approach to Risk Evaluation and Management: Risk-Based, Precaution-Based, and Discourse-Based Strategies', *Risk Analysis* 2002/22, p. 1071-1094, p. 1085.

35. M.B.A. van Asselt en E. Vos 'The Precautionary Principle and the Uncertainty Paradox', *Journal of Risks Research*, 2006/9, p. 313-336.

36. B. Ewing en D. Kysar, 'Prods and Pleas: Limited Government in an Era of Unlimited

Harm', *Yale Law Journal* 2011/121, p. 350-424, p. 354.

37. P. Harremoës e.a. 2000; EEA 2013.

38. Vergelijk asbestverleden.

39. E.R. de Jong 2014, p. 385.

40. H. Grassl en B. Metz, 'Climate change: science and the precautionary principle', in EEA 2013, p. 308-346, p. 338.

41. In rechtseconomische termen: *externalities*.

42. E.R. de Jong 2011, par. 4.1.

43. Zie nader: R. Posner, *Catastrophe*, Oxford University Press 2004, p. 110 e.v.

Deze 'denial industry' heeft onder meer als doel om de schijn te wekken dat de wetenschap nog in onzekerheid verkeert over de vraag of er überhaupt sprake is van klimaatverandering

ken), maar ook aan de mate van publieke bezorgdheid over een dreiging. Als gevolg van een gebrek aan publiek debat en zorg over een bepaald risico, kunnen regelgevers te weinig maatschappelijke druk en draagvlak voelen voor ingrijpende regulering, terwijl dat wel in de rede zou liggen.⁴⁴ Er is een aantal omstandigheden van sociaal-psychologische aard die ervoor kunnen zorgen dat maatschappelijke en politieke zorg over catastrofale risico's en/of langetermijnrisico's niet zo groot is als men op basis van een natuurwetenschappelijke beoordeling van het risico zou verwachten. Zo wordt ten aanzien van langetermijnrisico's en catastrofale risico's (zoals klimaatrisico's) wel beweerd dat ze vanwege de omvang, lange termijn en complexe wetenschappelijke informatie zo moeilijk te bevatten zijn en dat er te weinig maatschappelijke en politieke aandacht aan de dreiging wordt besteed.

Een dergelijk gebrek aan publieke bezorgdheid over een bepaald risico kan nauw samenhangen met de maatschappelijke lobby van belangengroeperingen. Ten aanzien van klimaatrisico's is bekend dat de industrie soms de publieke opinie manipuleert door de schijn van wetenschappelijke (on)zekerheid te creëren, ook ten aanzien van aspecten van de risico's waarover inmiddels een verregaande mate van zekerheid bestaat (zie par. 3.1).⁴⁵ Deze 'denial industry' heeft onder meer als doel om de schijn te wekken dat de wetenschap nog in onzekerheid verkeert over de vraag of er überhaupt sprake is van klimaatverandering en of het hier gaat om een (gedeeltelijk) door de mens gecreëerd risico.⁴⁶ Anderzijds kan door het disproportioneel opblazen van een risico, bijvoorbeeld in de media of in films, de publieke bezorgdheid over een risico afnemen. Het ten onrechte schetsen van doemscenario's die niet uitkomen (bijvoorbeeld stellen dat half Nederland binnen afzienbare tijd onder water staat), kan ertoe leiden dat mensen afgestompt raken en onheilprognoses in het vervolg minder of in het geheel niet meer serieus nemen.

Daarnaast geldt dat mensen geneigd zijn zich minder zorgen te maken over een risico waarvan de effecten zowel qua tijd als qua plaats elders (zullen) intreden. Men maakt zich meer druk over directe en in het oog springende dreigingen, zoals financiële crises en immigratiepolitiek. Daar komt bij dat mensen de neiging hebben om risico's die gerelateerd zijn aan maatschappelijk nuttige activiteiten te onderschatten.⁴⁷ Deze omstandigheden vormen een belangrijke prikkel voor politici – mede gezien de duur van een ambtstermijn en de noodzaak om herkozen te worden – om zich ook meer te gaan richten op het behartigen van (lokale) kortetermijnbelangen.

IV Grenzen aan regelgevende capaciteiten in een globaliserende wereld

De laatste factor die risicoregulering bemoeilijkt, is het feit dat in een globaliserende wereld de grenzen aan de regelgevende capaciteiten van nationale overheden in zicht

komen. Het wegnemen van mondiale gevaren zal bij voorkeur op internationaal niveau moeten worden aangepakt, ook gezien het belang van een level playing field en met name in een context als die van de klimaatveranderingsproblematiek, waar het gevaar alleen kan worden weggenomen wanneer veroorzakers wereldwijd hun CO₂-uitstoot reduceren. Het opstellen van internationale regels kan echter, vanwege verschillende perspectieven op de wenselijke veiligheidsniveaus en achterliggende uiteenlopende economische belangen, leiden tot lange onderhandelingsprocedures, met uiteindelijk weinig resultaat. Anderzijds is het, onder meer vanwege de economische consequenties en de beperkte effectiviteit wat betreft het afwenden van het gevaar, politiek geen aantrekkelijke optie om CO₂-uitstoot louter op nationaal niveau vergaand te reduceren.⁴⁸ Daar komt bij dat de mogelijkheden om door middel van nationale beleidsmaatregelen actoren en activiteiten in het buitenland te reguleren beperkt zijn in onze op het territorialiteitsbeginsel gestoelde internationale rechtsorde.⁴⁹

4. Een rol voor de civiele rechter?

4.1. Wordt de rechter beïnvloed door dezelfde factoren als de wetgever?

Zoals gezegd worden publiek belang-gerelateerde civiele procedures zoals de *Urgenda*-zaak ingesteld om vooraf een verregaande(re) risicoregulering af te dwingen. In feite proberen de eisers in dit soort zaken een (in hun ogen) te grote focus van overheidswege op het vermijden van een vals positief (vermijden van ten onrechte handelen) via de civiele rechter, vooraf, om te buigen in een focus op het vermijden van een vals negatief (vermijden van ten onrechte niet handelen). Of dergelijke pogingen een kans van slagen hebben, hangt niet alleen af van hieronder te bespreken juridische factoren, maar ook van de vraag of de rechter tegenwicht kan bieden aan de hierboven besproken factoren. In deze paragraaf zullen we die vraag per geïdentificeerde factor behandelen.

Met betrekking tot factor I (het ontbreken van de noodzakelijke kennis en kunde) staat voorop dat ook voor een rechter wetenschappelijke kennis over de risico's en kundigheid om deze kennis op de juiste wijze te interpreteren, essentieel zijn. Er is echter geen reden om aan te nemen dat de rechter *beter* in staat zou zijn dan regelgevers om in gevallen van aanzienlijke wetenschappelijke onzekerheid om te springen met wetenschappelijke kennis. In tegenstelling tot de wetgever (juridische verplichtingen daargelaten) is de rechter wel verplicht om te komen met een besluit, zelfs als het gaat over iets waarvan hij geen of slechts weinig verstand heeft.⁵⁰ Daar komt bij dat de rechter, anders dan de wetgever, in de praktijk grotendeels afhankelijk is van wat de partijen aandragen én weinig ruimte heeft om *zelfstandig* opdracht te geven

tot onafhankelijk fundamenteel onderzoek. Bovendien zal een rechter doorgaans minder tijd (en vrijheid) hebben om zich te verdiepen in de maatschappelijke en wetenschappelijke problematiek rond een specifiek risico. Volgens sommige commentatoren wordt door dit soort omstandigheden de kans op fouten zo groot dat rechters zich zouden moeten onthouden van normstelling ten aanzien van onzekere risico's.⁵¹

Een civiele procedure kan echter ook voordelen met zich brengen waar het gaat om besluitvorming rond onzekere risico's. Indien partijen de feiten tot een overzichtelijk complex weten terug te brengen, kan een rechter de basisregels van verantwoordelijkheid op een tamelijk hoog abstractieniveau vastleggen, zonder in te hoeven gaan op niet ter zake doende wetenschappelijke details en onzekerheden.⁵² Daarnaast kan het bestaan van onzekerheid over de effectiviteit van voorzorgsmaatregelen in sommige gevallen – afhankelijk van de vordering – minder problematisch zijn voor de rechter dan voor de wetgever. Zo hoeft een rechter, tenzij hier specifiek om wordt verzocht, zich niet *per sé* uit te laten over de vraag met welke voorzorgsmaatregelen een bepaalde risicoregulering gestalte moet krijgen, maar kan hij volstaan met een oordeel over het wenselijke veiligheidsniveau.⁵³ Het is vervolgens aan de betreffende actoren om daaraan uitvoering te geven. Ook zal de rechter beter tegenwicht kunnen bieden aan het gevaar van *paralysis by analysis* als gevolg van het feit dat hij een oordeel moet geven en zoals gezegd in beginsel niet uit eigen beweging opdracht kan geven tot fundamenteel onderzoek.⁵⁴

Wat betreft factor II (economische krachten) staat voorop dat een rechter niet, zoals bij de wetgever tot op zekere hoogte wel het geval is, door de kiezer wordt afgerekend op (economische) resultaten. Economische incentives hebben derhalve geen invloed op het rechterlijk oordeel over de aanvaardbaarheid van een risico. Daarnaast is het voor een rechter dagelijkse kost om economische voordelen van een bepaalde activiteit af te wegen tegen de risico's daarvan. Hierbij kan de rechter onder meer terugvallen op *Kelderluik*-achtige factoren en het voorzorgsbeginsel, waarbij geldt dat bij ernstige risico's minder gewicht toekomt aan economische overwegingen. Voor wat betreft het tijdsaspect houdt hij bij zijn afweging in beginsel niet alleen rekening met de gevolgen die zich op de korte termijn manifesteren, maar ook met langetermijngevolgen.

Anderzijds kan men zich afvragen in hoeverre de rechter binnen de grenzen een civiele procedure in staat is om de maatschappelijke gevolgen van zijn beslissing, met name ook voor niet bij het geschil betrokken derden, te overzien. Hier speelt ook het punt dat de rechter gro-

tendeels afhankelijk is van de door partijen aangedragen informatie. Zelfs wanneer de maatschappelijke gevolgen te overzien zijn voor de rechter, speelt de inhoudelijke vraag of en in hoeverre hij deze moet meewegen. Het gaat daarbij in voorkomende gevallen niet alleen om de gevolgen voor niet bij de procedure betrokken Nederlandse derden, maar ook om gevolgen die qua tijd en plaats elders (zullen) plaatsvinden. De vraag kan – uiteraard – worden omzeild door de vordering zo in te stellen dat louter, althans in ieder geval ook, de gevolgen voor Nederlandse burgers worden beoordeeld.

Voor wat betreft factor III (maatschappelijke krachten) kan het inschakelen van de civiele rechter een belangrijke tegenkracht vormen. Lobby-activiteiten kunnen immers alleen via door de partijen bij het geschil naar voren gebrachte standpunten de rechter beïnvloeden. Daarnaast geldt dat een rechter, nu hij geen democratische verantwoording hoeft af te leggen, in beginsel bij zijn oordeelsvorming niet beïnvloed wordt door een gebrek aan maatschappelijke aandacht omtrent de aan hem voorgelegde zaken. Sterker nog, het recht kan onder bepaalde omstandigheden dienen ter correctie van een gebrek aan politieke en maatschappelijke aandacht voor maatschappelijke problemen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat veel publiek belang-gerelateerde civiele procedures aangebracht worden (mede) met het doel om de publieke opinie te mobiliseren. De eisers in dit soort zaken manifesteren zich vaak uitgebreid in de media; zo verspreidde Urgenda de dagvaarding onder andere via media, internet en juridische vakbladen. Procederen wordt daarmee een middel an sich om de maatschappelijke focus op het vermijden van een vals negatief (vermijden van ten onrechte niet handelen) te krijgen.

Een rechter kan en moet soms (op juridische gronden) krachtige signalen afgeven over de toelaatbaarheid van gedragingen waarvan bekend is dat zij ernstige, maatschappelijk ingrijpende, risico's met zich brengen. Het (asbest)verleden leert dat bij politieke en maatschappelijke onderschatting of verwaarlozing van risico's het recht – achteraf – hard uit de hoek komt. De omstandigheid dat maatschappelijke druk of aandacht ten aanzien van de risicovolle gedragingen ontbreekt of dat zij (van overheidswegen) worden gestimuleerd, lijkt daarbij irrelevant.⁵⁵ In sommige gevallen kan het zelfs zo zijn dat politici die welwillend zijn om verregaand in te grijpen, maar hiervoor niet het draagvlak menen te hebben, een rechterlijke uitspraak juist verwelkomen.⁵⁶

Ook voor wat betreft de laatste factor (grenzen aan regelgevende capaciteiten in een globaliserende wereld) kan een

44. J. Spier 2014, p. 83.

45. E.R. de Jong 2014, p. 389.

46. R.J. Brulle, 'Institutionalizing delay: foundation funding and the creation of U.S. climate change counter-movement organizations', *Climatic Change* 2014/122, p. 681-694.

47. D. Kysar, 'What Climate Change can do about Tort Law', *Environmental Law*

2011/41, p. 1-71, p. 70.

48. Adaptatiemaatregelen (maatregelen die dienen ter verkleining van de impact van de effecten) kunnen wel nationaal worden genomen.

49. Zie nader: L.F.H. Enneking 2012, p. 469-474.

50. Art. 26 Rv (verbod van rechtsweigeren).

51. L. Bergkamp en J.C. Hanekamp, 'Voorzorgsaansprakelijkheid: naar een Post-Normale Jurisprudentie?' *AV&S* 2003, p. 123 e.v.

52. Ewing en D. Kysar 2011, p. 356.

53. Zie echter *Lansink vs. Ritsma*, waar de HR casseert mede omdat het Hof aan had moeten geven welke voorzorgsmaatregelen de werkgever had moeten/kunnen nemen.

HR 7 juni 2013, *NJ* 2014/99, (*Lansink vs. Ritsma*).

54. Ewing en D. Kysar 2011, p. 381.

55. HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999/683 (*De Schelde-Cijsouw II*). Althans met betrekking tot bedrijven, de vraag is of hetzelfde geldt ten aanzien van overheden.

56. J. Spier 2014, p. 4.

procedure voor de civiele rechter een belangrijke tegenkracht vormen. De civiele rechter kan 'gewoon', op grond van het recht, overgaan tot een afweging van de bij het geschil betrokken belangen, zonder zich daarbij zorgen hoeven te maken over de internationale politieke implicaties van zijn oordeel. In het geval een procedure relevante aanknopingspunten heeft met een andere rechtsorde, biedt het internationaal privaatrecht een 'neutraal' instrument waarin de betrokkenheid van nationale rechtssystemen (bevoegdheid, toepasselijk recht, erkenning en ten uitvoerlegging) bij een internationale kwestie is vastgelegd.

Ook hier dienen zich (inhoudelijke) vragen aan. In hoeverre maakt het bijvoorbeeld uit voor de rechtmatigheid van CO₂-uitstoot dat buitenlandse mede-veroorzakers niet afdoende verantwoordelijkheid nemen, waardoor de effectiviteit van de CO₂-uitstootreductie van (actoren uit) een afzonderlijk land gering zal zijn? In dat geval heeft het voorschrijven van voorzorgsmaatregelen door de nationale rechter op grond van nationaal recht meer een symbolische aard dan dat daardoor ook daadwerkelijk het *mondiale* gevaar wordt afgewend.

4.2. Waar liggen de juridische grenzen?

De juridische haalbaarheid van publiek belang-gerelateerde civiele procedures wordt bepaald door verschillende factoren, waaronder de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie die de claim instelt, de bevoegdheid van de civiele rechter, de juridische grondslag van de claim, procedurele en praktische factoren en de meer algemene rechtsstatelijke grenzen die de bevoegdheid van de rechter ten opzichte van de wetgever beperken.

Bij een procedure die wordt ingesteld door een belangenorganisatie geldt dat de organisatie ontvankelijk is in haar claim indien is voldaan aan de vereisten van artikel 3:305a BW. De belangrijkste vereisten van dit artikel zijn dat uit de statuten van de organisatie moet blijken dat de bescherming van de belangen ter bevordering waarvan zij de procedure heeft geïnitieerd tot haar doelstellingen behoort, dat de betreffende belangen zich voor bundeling lenen en (voorlopig nog) dat door middel van de collectieve actie geen schadevergoeding kan worden gevorderd.⁵⁷ Daarnaast dient de belangenorganisatie, alvorens zich tot de rechter te wenden, een poging te hebben gedaan om het gevorderde door overleg te bereiken en moeten de belangen van degenen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld voldoende zijn gewaarborgd met de rechtsvordering. Dit laatste vereiste is in januari 2014 toegevoegd in reactie op zorgen over de toename van massaschade-claims door *ad hoc* organisaties die meer gericht zijn op het realiseren van eigen opbrengsten dan op het realiseren van schadevergoeding voor de slachtoffers.⁵⁸ Dit punt lijkt minder relevant voor de hier aan de orde zijnde algemeen-belangacties, alhoewel ook daar vragen kunnen rijzen in verband met representativiteit. Hier geldt dat het feit dat andere maatschappelijke actoren minder waarde hechten aan de door de belangenorganisatie vertegenwoordigde belangen of deze zelfs in strijd achten met hun overtuigingen, niet betekent dat de vordering niet aangebracht mag worden maar wel gevolgen kan hebben voor de mogelijkheid dat zij ook daadwerkelijk wordt toegewezen.⁵⁹ Dit is van belang in een context als die van de klimaatproblematiek, waar maatschappelijke krachtenvelden kunnen leiden

tot verschillende gedachten over (de noodzaak tot) risicoregulering (zie par. 3.3).

Naast de vereisten gesteld door artikel 3:305a BW geldt dat de civiele rechter in beginsel bevoegd is als de vordering (duidelijk genoeg) betrekking heeft op een geschil omtrent privaatrechtelijke rechten en belangen.⁶⁰ Gaat het echter om een procedure die ook (eerst) aangebracht zou kunnen worden bij een andere rechter, zoals de bestuursrechter, dan zal de civiele rechter de eisers niet-ontvankelijk verklaren.⁶¹ Dit laatste kan een rol spelen in publiek belang-gerelateerde civiele procedures gericht tegen de overheid, zij het in beginsel alleen in die zaken waar het gaat om het aanvechten van overheidsbesluiten die op grond van de artikelen 1:3 jo. 8:1 AWB ook openstaan voor beroep bij de bestuursrechter. Gaat het om niet-appellabele overheidsbesluiten zoals algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, dan ligt de weg naar de civiele rechter in principe open.⁶²

Een andere factor die de haalbaarheid van dit soort procedures bepaalt, zijn de vereisten die verbonden zijn aan de juridische grondslag voor de vordering. Het gros van deze procedures, waaronder ook de in de aanleiding besproken zaken, betreft een rechterlijke gebods- en/of verbodsactie ex. artikel 3:296 BW die zijn grondslag vindt in een actie uit (een dreigende of reeds plaatsvindende) onrechtmatige daad. De vraag of er sprake is van onrechtmatig handelen, wordt dan ook voornamelijk beantwoord aan de hand van criteria die voortvloeien uit artikel 6:162 en 6:163 BW.⁶³ De klimaatveranderingsproblematiek roept in dit kader nieuwe vragen op (zie ook par. 4.1.), zoals of er een bepaalde minimale causale bijdrage moet zijn voordat een CO₂-uitstoot als onrechtmatig wordt geoordeeld, of dat louter het uitstoten van CO₂ al onrechtmatig kan zijn.⁶⁴ Voor wat betreft het relativiteitsvereiste kunnen vragen ontstaan ten aanzien van de beschermingsreikwijdte in tijd en plaats van de door de rechter vastgestelde norm (zie ook par. 4.1.). Daarnaast geldt dat zelfs als de belangenorganisatie op grond van de vereisten van artikel 3:305a BW ontvankelijk is in haar vordering, deze toch op grond van artikel 6:163 in een later stadium afgewezen kan worden indien de beweerdelijk geschonden norm niet strekt ter bescherming van haar belangen. Hierbij kan ook een rol spelen dat de belangen die men met de vordering beoogt te beschermen botsen met de belangen van andere, niet in de procedure vertegenwoordigde, maatschappelijke groeperingen.⁶⁵

Naast de technisch-juridische factoren wordt de juridische haalbaarheid van publiek belang-gerelateerde civiele procedures in belangrijke mate bepaald door procedurele en praktische factoren als de mogelijkheden tot het financieren van de procedure en de mogelijkheden tot het verkrijgen van bewijs. In vergelijking met de VS, waar *public interest litigation* een lange en rijke traditie kent (zie ook par. 2.2), is in Nederland (net zoals in veel andere Europese landen) de toegang tot de civiele rechter minder laagdrempelig. Drempels die potentiële eisers ervan kunnen weerhouden om een civiele procedure aan te brengen zijn onder meer gelegen in het risico van een proceskostenveroordeling, de relatief beperkte mogelijkheden om op een *no cure no pay*-basis een advocaat in te huren, (vooralsnog) de uitsluiting van een collectieve actie tot schadevergoeding en de relatief restrictieve benadering van het recht van de ene partij in een civiel geding om

inzage te krijgen in bewijsmateriaal dat in het bezit is van de andere partij of van derden.⁶⁶

Daarnaast ontbreekt in Nederland een institutioneel kader van specifiek op het voeren van dit soort procedures gerichte NGO's, advocatenkantoren en *law school clinics*, zoals men die in de VS bijvoorbeeld wel kent.⁶⁷ Desalniettemin laat de gestage stroom aan algemeenbelangacties die de afgelopen jaren zijn ingesteld voor Nederlandse rechters zien dat er wel degelijk organisaties bestaan die zich op structurele of *ad hoc* basis richten op het voeren van dit soort procedures (denk bijvoorbeeld aan het Clara Wichmann Proefprocessenfonds, Urgenda, Milieudefensie en de Consumentenbond). Het is interessant om te constateren dat er zich wellicht ook hier in Nederland een breder institutioneel kader aan het ontwikkelen is, getuige bijvoorbeeld de oprichting van een *Public Interest Litigation* fonds door het NJCM en van een juridisch platform genaamd 'We The People' dat de *claim making capacity* van burgers en maatschappelijke organisaties beoogt te versterken.⁶⁸

Tot slot wordt de juridische haalbaarheid van dit soort procedures bepaald door de meer algemene rechtsstatelijke grenzen aan de bevoegdheid van de rechter ten opzichte van de wetgever. Deze grenzen komen met name in zicht bij publiek belang-gerelateerde civiele procedures die worden ingesteld tegen de overheid met het oog op het beïnvloeden van overheidsbeleid. In het licht van de *trias politica* moet de rechter terughoudend zijn bij de toetsing van politieke beslissingen; hij kan het gedrag van de overheid dan ook slechts marginaal toetsen en zal zich alleen uitspreken over de vraag of de overheid in redelijkheid tot het betreffende beleid heeft kunnen komen. In diezelfde lijn ligt de constatering van Boogaard dat hoewel er wel degelijk zaken zijn te vinden waarin de Hoge Raad duidelijk de bedoeling heeft om wetgevingsinitiatief te bevorderen, ons hoogste rechtscollege de grens trekt bij het geven van een formeel wetgevingsbevel (dat wil zeggen: een rechterlijk bevel aan de wetgever om wetgeving tot stand te brengen, al of niet met een bepaalde inhoud, op een bepaald terrein).⁶⁹ Uit verschillende arresten blijkt bovendien dat de Hoge Raad in het kader van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsprocedures tegen de staat veel waarde hecht aan de beleidsvrijheid van de overheid.⁷⁰ Anderzijds kan men zich afvragen of, en in hoeverre, de beleidsvrijheid bestaat om stil te zitten ten aanzien van ernstige risico's, zoals bij klimaatverandering het geval is. Is dat redelijkerwijs nog te verdedigen? Met andere woorden: neemt de mate van beleidsvrijheid niet af als de omvang en ernst van de risico's toenemen?

57. Art. 3:305a BW lid 1 en 3. Zie echter de in 2011 aangenomen motie-Dijkema (*Kamerstukken II* 2011/12, 33000, 14), die uitgewerkt wordt tot een wetsvoorstel waarin gepleit wordt voor een wijziging van lid 3 die collectieve schadevergoedingsacties wél mogelijk maakt.

58. Art. 3:305a BW lid 2.

59. MvT 22486, p. 22.

60. Art. 112 GW. Vergelijk H.J. Snijders e.a., *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Kluwer

2011, p. 96-97. In procedures met internationale aspecten speelt ook de vraag naar de internationale competentie van de Nederlandse rechter een rol.

61. Snijders p. 97-98.

62. Van de Broek en L.F.H. Enneking, 2014.

63. In procedures met internationale aspecten speelt ook de vraag naar het toepasselijk recht een rol.

64. J. Spier 2014, p. 42 e.v.

65. MvT 22 486, p. 22.

5. Conclusie

De roep om de civiele rechter vooraf tegenwicht te laten bieden aan een falende risicoregulering en maatschappelijke belangen te laten afwegen in zaken zoals de *Urgenda*-zaak, is in feite een vraag om rechterlijk activisme. Rechterlijk activisme achteraf is niets nieuws onder de aansprakelijkheidsrechtelijke zon. Om individuele slachtoffers tegemoet te komen zijn rechters (heel) ver gegaan om de grenzen van onder meer verjaring en het causale verband (denk aan proportionele aansprakelijkheid) aanzienlijk op te rekken. Thans ligt de vraag voor of een rechter vooraf, waar maatschappelijke belangen (en soms catastrofale risico's) op het spel staan, zich activistisch moet opstellen. Gezien de

De civiele rechter is in beginsel bevoegd als de vordering (duidelijk genoeg) betrekking heeft op een geschil omtrent privaatrechtelijke rechten en belangen

opkomst van organisaties, zoals het recent opgerichte *Public Interest Litigation*, die nadrukkelijk de civiele rechter willen gaan inschakelen en de *Urgenda*-zaak, is het een kwestie van tijd alvorens de rechter zich moet buigen over die vraag. Voor een toenemend aantal voorstaande juristen, in het kader van klimaatverandering, is het antwoord klinkklaar. Drion verwoordde het in 2007 krachtig als volgt: *'Immers, ofwel de internationale politiek slaagt erin om concrete normen te formuleren, welke rechters dan kunnen toetsen, ofwel de politiek blijft falen en dan zullen rechters, hoe contrarie ook en in eerste instantie alleen in echt sprekende gevallen, in actie moeten komen om – in het voetspoor van de oude stripheld Bul Super – te doen waar het recht voor is geschapen: rechtmaken wat niet langer krom kan blijven.'*

Tussen activisme prediken en uitvoeren zit echter een wereld van verschil. De rechterlijke macht doet er daarom goed aan om die – thans nog te onbekende – wereld tijdig in kaart te brengen, door op fundamenteel niveau na te denken over de maatschappelijke, juridische en rechtspolitieke gevolgen van activisme en de grenzen van zijn capaciteiten om een activistische rol in te nemen. •

66. Zie bijvoorbeeld: U. Magnus, 'Why is US tort law so different?', *Journal of European Tort Law* 2010/1, p. 102-124. Zie ook L.F.H. Enneking 2012, p. 191-197 en L.F.H. Enneking, 'Multinationals and transparency

in foreign direct liability cases, *The Dovensmidt Quarterly*, 2013/2, p. 134-147.

67. Cummings en Rhode, 2009.

68. NJCM Jaarverslag 2013, p. 125-127:

<<http://www.njcm.nl/site/events/show/154>> en het 'We The People'-project

van Dietz, Dröge en van Loo.

69. Recent: G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel* (Diss. UvA), Wolf Legal Publishers 2013.

70. In het oog springen het *Wilnis*-arrest en het *Dordtse Paalrot*-arrest, waarin een ruime beleidsvrijheid aan overheidsorganen wordt gelaten ten aanzien van risico's die ook in het kader van klimaatverandering relevant zijn. Zie HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155 (*Wilnis*); HR 30 november 2012, *TBR* 2013/72 (*Dordtse paalrot*).