

# De Urgenda-zaak en de mogelijkheden voor internationale rechtspraak door de Nederlandse rechter in algemeen-belangacties

*Mr. dr. B.A. Kuiper-Slendeboek\**

## 1. Inleiding

Met de invoering van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW) kan een stichting of vereniging een rechtsoverdracht instellen voor de groep belanghebbenden wiens belangen zij volgens haar statuten behartigt. Een recent voorbeeld van een dergelijke collectieve actie door een belangenorganisatie is de klimaatzaak die Urgenda heeft aangespannen tegen de Nederlandse Staat. Deze zaak is inmiddels door zowel de Rechtbank Den Haag als het Gerechtshof Den Haag behandeld. Beide instanties hebben aandacht besteed aan de internationale verplichtingen waaraan de Staat zich heeft verbonden, de verschillende (internationale) documenten die de opwarming van de aarde en de noodzaak tot het terugbrengen van de CO<sub>2</sub>-uitstoot tot bepaalde percentages aantonen en de (eerdere en huidige) reductiedoelstellingen van de Nederlandse Staat. De rechtbank komt tot de conclusie dat de Staat 'in geval van een reductie onder het niveau van 25-40% tekortschiet in de door hem te betrachten zorg en dusdoende onrechtmatig handelt',<sup>1</sup> en beveelt de Staat het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen zodanig te (doen) beperken dat dit volume aan het einde van 2020 met ten minste 25% zal zijn verminderd ten opzichte van het jaar 1990.<sup>2</sup> Het hof overweegt onder andere dat 'nu al maar zeker in de (nabije) toekomst sprake is van een reële dreiging van gevaarlijke klimaatverandering'<sup>3</sup> en er een 'verplichting voor de Staat [bestaat] om tegen deze reële dreiging bescherming te bieden'.<sup>4</sup> Ook het hof komt tot de conclusie dat 'de Staat onrechtmatig

handelt', en het bekrachtigt het vonnis van de rechtbank dat de Staat ten minste 25% moet reduceren per eind 2020.<sup>5</sup>

De zaak tussen Urgenda en de Staat heeft meer op de kaart gezet dan het klimaat. Zo werd naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Den Haag onder andere geschreven over het directe of indirecte wetgevingsbevel door de rechter,<sup>6</sup> de al dan niet geoorloofde reflexwerking van het internationale recht<sup>7</sup> en de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm in collectieve acties.<sup>8</sup> Na het arrest van het Gerechtshof Den Haag werd onder andere geschreven over de gevolgen van de formulering van de zorgvuldigheidsplicht om een inbreuk op een mensenrecht te voorkomen<sup>9</sup> en de interpretatie van de artikelen 2 en 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)<sup>10</sup> en de daarbij behorende rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).<sup>11</sup> Deze reacties op rechtbank en hof komen voornamelijk vanuit staats- en bestuursrechtelijke en uit mensenrechtelijke hoek, maar ook vanuit de hoek van het internationale recht kan het nodige worden gezegd over deze uitspraken.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Door de directe toepassing en interpretatie van de artikelen 2 en 8 EVRM heeft het hof een andere weg gekozen dan de rechtbank. Is een beroep door een belangenorganisatie op het EVRM een legitieme route (par. 2)? En hoe verhoudt de EVRM-interpretatie door het hof zich tot de uitspraken van het EHRM (par. 3)?

\* Mr. dr. B.A. Kuiper-Slendeboek is docent en onderzoeker aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Zij promoveerde in 2017 aan de Universiteit Leiden op het proefschrift getiteld 'Rechter over grenzen: de interpretatie en doorwerking van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht'.

1. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (Urgenda/Staat), r.o. 4.86.  
2. Ibid., r.o. 5.1.  
3. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Staat/Urgenda), r.o. 38.  
4. Ibid., r.o. 45.

5. Ibid., r.o. 76.

6. G. Boogaard, Urgenda en de rol van de rechter; over de ondraaglijke leegheid van de trias politica, AA 2016, afl. 1, p. 26-33.

7. L.F.M. Besselink, De meer legitieme manier van toetsing, NJB 2019/476.

8. R.J.B. Schutgens, Urgenda en de trias, NJB 2015/1675.

9. P. Gillaerts & W.Th. Nuninga, Privaatrecht en preventie: Urgenda in hoger beroep, AV&S 2019/9.

10. A.E.M. Leijten, De Urgenda-zaak als mensenrechtelijke proeftuin?, AV&S 2019/10.

11. O. Spijkers, Urgenda tegen de Staat der Nederlanden: aan wiens kant staat de Nederlandse burger eigenlijk?, AA, 2019, afl. 3, p. 191-198.

Daarnaast weerspiegelt de redenering van het hof een ontwikkeling in het nationale recht die al langere tijd gaande is. Deze rol en ontwikkeling worden bekeken vanuit het internationale recht (par. 4).

## 2. De ontvankelijkheid van de belangenvereniging onder het EVRM

In de Urgenda-zaak bij rechtbank en hof speelt de vraag naar de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie Urgenda in haar vorderingen. Urgenda baseert haar stelling dat de Staat jegens haar onrechtmatig handelt op de artikelen 6:162 BW en 2 en 8 EVRM. Volgens de rechtbank kan het EVRM niet rechtstreeks worden toegepast omdat Urgenda als belangenorganisatie geen direct of indirect slachtoffer is – in de zin van artikel 34 EVRM – van schending van de artikelen 2 en 8 EVRM en daarom voor de rechter geen beroep kan doen op dit verdrag.<sup>12</sup> Vervolgens behandelt de rechtbank deze zaak – kort gezegd – op basis van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW, waarbij zij voor de toepassing en invulling van deze nationaalrechtelijke open norm rekening houdt met onder andere het Klimaatverdrag van de Verenigde Naties uit 1992 en de grondrechten uit de artikelen 2 en 8 EVRM – de zogenoemde reflexwerking.<sup>13</sup>

In hoger beroep acht het hof (terecht) het EVRM wél rechtstreeks van toepassing:

‘De rechtbank heeft, in navolging van de Staat, aan artikel 34 EVRM ontleend dat Urgenda geen rechtstreeks beroep toekomt op de artikelen 2 en 8 EVRM. Hiermee miskent de rechtbank dat artikel 34 EVRM (slechts) gaat over de toegang tot het EHRM. (...) Voor toegang tot de Nederlandse rechter is de Nederlandse wet bepalend, in het geval van Urgenda in deze procedure met name artikel 3:305a BW, waarin is voorzien in een collectieve actie door belangenorganisaties. Nu individuele personen die onder de rechtsmacht van de Staat vallen voor de rechter een beroep kunnen doen op de (rechtstreeks werkende) artikelen 2 en 8 EVRM, kan Urgenda dat ook op de voet van artikel 3:305a BW voor hen doen. De grief van Urgenda in incidenteel appel is dus gegrond.’<sup>14</sup>

In Nederland kunnen belangenorganisaties onder de in artikel 3:305a BW gestelde voorwaarden opkomen voor de algemene belangen en collectieve belangen van natuurlijke personen. Nu deze natuurlijke personen belangen hebben die door de artikelen 2 en 8 EVRM worden beschermd en zij daarop bij de burgerlijke rechter een beroep kunnen doen, kan Urgenda dat

beroep ook ten behoeve van hen doen op grond van artikel 3:305a BW, aldus het hof.<sup>15</sup>

De rol die belangenorganisaties kunnen spelen in procedures voor de nationale rechter met betrekking tot de handhaving van de door het EVRM beschermde rechten van natuurlijke personen is ook door het EHRM erkend.<sup>16</sup> Eind jaren negentig wordt door een Spaanse belangenorganisatie met succes opgekomen tegen concrete voornemens van lokale autoriteiten om een dam te bouwen in de regio. Een aantal jaar later neemt het regionale parlement een wet aan voor de bouw van een soortgelijke dam en beginnen nieuwe juridische procedures waarbij ook de belangenorganisatie procespartij is. Vervolgens wordt door enkele leden van de belangenorganisatie bij het EHRM geklaagd over onder meer de afwezigheid van een eerlijk proces (art. 6 lid 1 EVRM) in deze procedures. Het EHRM overweegt dat deze leden ‘slachtoffer’ waren in de zin van artikel 34 EVRM, en dat zij – zonder procespartij te zijn geweest in de nationale procedure – de nationale rechtsmiddelen hadden uitgeput in de zin van artikel 35 EVRM, doordat de belangenorganisatie die hiertoe was opgericht ten behoeve van hen deze procedure had gevoerd. Bij deze overweging geeft het EHRM zijdelings zijn visie op de rol van belangenorganisaties in juridische procedures:

‘However, like the other provisions of the Convention, the term “victim” in Article 34 must also be interpreted in an evolutive manner in the light of conditions in contemporary society. And indeed, in modern-day societies, when citizens are confronted with particularly complex administrative decisions, recourse to collective bodies such as associations is one of the accessible means, sometimes the only means, available to them whereby they can defend their particular interests effectively. Moreover, the standing of associations to bring legal proceedings in defence of their members’ interests is recognised by the legislation of most European countries. That is precisely the situation that obtained in the present case. The Court cannot disregard that fact when interpreting the concept of “victim”. Any other, excessively formalistic, interpretation of that concept would make protection of the rights guaranteed by the Convention ineffectual and illusory.’<sup>17</sup>

Het EHRM accepteert dus dat particuliere belangen op effectieve(re) wijze kunnen worden verdedigd voor de nationale

12. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (Urgenda/Staat), r.o. 4.45.

13. Ibid., r.o. 4.46 e.v.

14. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Staat/Urgenda), r.o. 36-37.

15. Hierover merken Gillaerts en Nuninga (2019) op dat het hof geen duidelijk onderscheid maakt tussen de ontvankelijkheid van Urgenda en de mogelijkheid om art. 2 en 8 EVRM in te roepen. Deze vragen moeten volgens hen – meer dan het hof hier doet – uit elkaar worden getrokken: eerst is de vraag aan de orde of de vordering van Urgenda ontvankelijk is, vervolgens komt de vraag aan de orde op welke beweerdelijk geschonden belangen zij zich kan beroepen.

16. D.G.J. Sanderink, noot bij Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, JB 2019/10 (Staat/Urgenda).

17. EHRM 27 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0427 (Gorraiz Lizarraga e.a./Spanje), r.o. 38.

rechter door middel van procedures door belangenorganisaties.

Het EHRM neemt nationale ontwikkelingen in ogenschouw, het hof gebruikt de ontwikkelingen in de EHRM-rechtspraak bij de verdere behandeling van deze zaak. Dit wordt duidelijk bij de verwijzingen van het hof naar recente en minder recente uitspraken van het EHRM ter onderbouwing van zijn redenering (par. 3). Deze onderbouwing getuigt mede van een rol van de nationale rechter in het internationale recht die in het licht van recente ontwikkelingen kan worden geplaatst (par. 4).

### 3. De toepassing en interpretatie van de artikelen 2 en 8 EVRM

Na de vaststelling van de ontvankelijkheid van een belangenorganisatie voor de nationale rechter onderzoekt het Gerechtshof Den Haag het beroep van Urgenda op de artikelen 2 en 8 EVRM.<sup>18</sup> Het begint met het uiteenzetten van de belangen die worden beschermd door deze artikelen: artikel 2 EVRM beschermt het recht op leven, artikel 8 EVRM beschermt het recht op respect voor het privéleven, het familieleven, de woning en correspondentie. Beide artikelen kunnen volgens het hof ook van toepassing zijn in omgevingsgerelateerde situaties.<sup>19</sup> Met betrekking tot de door deze artikelen beschermde belangen heeft de overheid zowel positieve als negatieve verplichtingen, waaronder 'de positieve verplichting om ter voorkoming van een toekomstige aantasting van deze belangen concrete handelingen te verrichten'.<sup>20</sup> Van een toekomstige aantasting is sprake als het desbetreffende belang aangetast dreigt te worden als 'gevolg van een handeling/activiteit of natuurlijke gebeurtenis' en bij concrete aantasting het 'minimum level of severity' wordt overschreden.<sup>21</sup> De positieve verplichting om concrete handelingen te verrichten, moet zo worden uitgelegd dat deze geen onmogelijke of disproportionele last op de overheid legt, het alleen om handelingen gaat waartoe de overheid bevoegd is, en er sprake moet zijn van een reëel en onmiddellijk dreigend gevaar waarmee de overheid bekend is.<sup>22</sup>

De bovenstaande uiteenzetting van het hof wordt ondersteund door EHRM-rechtspraak,<sup>23</sup> van welke zaken hierna een compilatie volgt. Zo wordt zichtbaar dat de EHRM-rechtspraak die het hof aanhaalt, zich kenmerkt door het uitbreiden van de tot dan toe bestaande reikwijdte van het EVRM of het inzetten van een nieuwe trend, waarop het hof voortbouwt in de Urgenda-zaak. Zo overweegt het EHRM in Öneriyildiz/Turkije over de door artikel 2 EVRM beschermde belangen:

'[T]he object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings

requires its provisions to be interpreted and applied in such a way as to make its safeguards practical and effective.'<sup>24</sup>

Om het EVRM een praktisch en effectief middel te laten zijn voor de bescherming van individuele mensenrechten acht het EHRM de reikwijdte van artikel 2 EVRM breder dan alleen het voorkomen van sterfgevallen door de Staat, maar behelst dit artikel ook 'a positive obligation on States to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction'.<sup>25</sup> Daarbij benadrukt het EHRM dat ook bedreigingen van het milieu onder artikel 2 EVRM vallen: er is door Straatsburgse instanties immers nooit geoordeeld dat artikel 2 EVRM hierop *niet* van toepassing zou zijn.<sup>26</sup> Deze (ver)brede reikwijdte van de positieve verplichting om calamiteiten in milieuzaken te voorkomen door het verrichten van concrete handelingen door de Staat heeft het EHRM zowel in Budeyava/Rusland<sup>27</sup> als in Kolyadenko/Rusland bevestigd:

'[T]he positive obligation to take all appropriate steps to safeguard life for the purposes of Article 2 (...) entails above all a primary duty on the State to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right of life (...). The Court considers that this obligation must be construed as applying in the context of *any activity, whether public or not*, in which the right of life may be at stake.'<sup>28</sup>

Het EVRM kent geen specifieke bepaling voor bescherming tegen milieurisico's, maar het EHRM verleent in deze uitspraken een zo ruim mogelijke betekenis aan de plicht tot bescherming van het recht op leven tegen inbreuken van buitenaf.

De maatstaf van de materiële verplichtingen van artikel 2 EVRM valt grotendeels samen met die van artikel 8 EVRM en biedt ook bescherming van het privéleven en het recht op huisvesting in verband met planning en milieu. In Budeyava/Rusland merkt het EHRM op:

'It has been recognised that in the context of dangerous activities the scope of the positive obligations under Article 2 of the Convention largely overlap with those under Article 8 (...). Consequently, the principles developed in the Court's case-law relating to planning and environmen-

18. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Staat/Urgenda), r.o. 39.

19. Ibid., r.o. 40.

20. Ibid., r.o. 41.

21. Ibid.

22. Ibid., r.o. 42-43.

23. Ibid., r.o. 41.

24. EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999 (Öneriyildiz/Turkije), r.o. 69.

25. Ibid.

26. E.A. Alkema, noot bij EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999, NJ 2005/210 (Öneriyildiz/Turkije).

27. EHRM 20 maart 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD6179 (Budeyava/Rusland), r.o. 128-130. Het Gerechtshof Den Haag verwijst in Urgenda naar deze zaak onder de naam Budayeva/Rusland.

28. EHRM 28 februari 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW6229 (Kolyadenko e.a./Rusland), r.o. 157-158. Cursivering door auteur.

tal matters affecting private life and home may also be relied on for the protection of the right to life.<sup>29</sup>

Zo wordt ook artikel 8 EVRM van toepassing geacht op omgevingsgerelateerde situaties. Ook uit andere jurisprudentie blijkt dat dit artikel van toepassing kan zijn op milieuvervuiling, mits er een duidelijk verband is met het welzijn van personen.<sup>30</sup> In *Fadeyeva/Rusland* geeft het EHRM twee voorwaarden waaronder artikel 8 EVRM van toepassing is: er moet sprake zijn van een causaal verband en de nadelige invloed moet een zeker minimum – een *level of severity* – bereiken.<sup>31</sup>

Wanneer de Staat vervolgens maatregelen neemt, valt volgens het EHRM deze praktische uitwerking van de positieve verplichtingen binnen de *margin of appreciation* van de Staat.<sup>32</sup> Meer specifiek mag de Staat geen ‘impossible or disproportionate burdens’ worden opgelegd.<sup>33</sup> Over de reikwijdte van de positieve verplichtingen en de daaraan verbonden staatsaansprakelijkheid zegt het EHRM:

‘The scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation.’<sup>34</sup>

De toets die het EHRM oplegt, wordt veelal traditioneel ingevuld, waarbij voornamelijk feiten en omstandigheden over een eventuele schending bepalen,<sup>35</sup> maar in een aantal recentere zaken hanteert het EHRM een meer abstracte toets. Zo is het EHRM in *Tatar/Roemenië* van oordeel dat – ondanks het ontbreken van bewijs van een causaal verband – het bestaan van een ernstig en aanzienlijk risico voor de gezondheid en het welzijn van de verzoeksters een positieve verplichting voor de Staat vormde om redelijke en toereikende maatregelen te nemen om de rechten van de betrokkenen te beschermen met respect voor hun privéleven en hun huis en, meer in het algemeen, te genieten van een veilige en gezonde omgeving.<sup>36</sup> In deze zaak brengt het EHRM ook het voorzorgsbeginsel naar voren:

‘Het Hof herhaalt het belang van het voorzorgsbeginsel (voor het eerst vastgelegd in de Verklaring van Rio), “dat bedoeld is om van toepassing te zijn om een hoog niveau

van bescherming van de gezondheid en de veiligheid te waarborgen van de consument en het milieu, bij alle activiteiten van de Gemeenschap”.<sup>37</sup>

Het voorzorgsbeginsel kan zo worden uitgelegd dat ‘een gebrek aan volledige zekerheid omtrent het intreden van een risico ten gevolge van een activiteit niet als reden kan worden aangevoerd om beschermende maatregelen uit te stellen’.<sup>38</sup>

Naar aanleiding van deze uitspraak is gespeculeerd of het EHRM heeft bedoeld dat artikel 8 EVRM niet langer enkel betrekking heeft op milieu, maar ook op andere terreinen waar de wetenschap nog onvoldoende duidelijkheid heeft over de potentiële gevaren, maar wel de gezondheid van personen in het geding is, zoals voedselveiligheid of bepaalde ziekten.<sup>39</sup> Het voorzorgsbeginsel maakt het voor burgers immers makkelijker op te komen tegen gevaren voor milieu en gezondheid omdat er geen sluitend bewijs nodig is dat een bepaalde activiteit hiervan de oorzaak is. Het hof haalt het voorzorgsbeginsel aan – een ‘algemeen aanvaard beginsel van internationaal recht’ dat in het VN-Klimaatverdrag is opgenomen en in *Tatar/Roemenië* wordt bevestigd<sup>40</sup> –, dat zich ertegen verzet dat de Staat zich beroept op de onzekerheden van klimaatverandering en verdere maatregelen achterwege laat.

#### 4. Positionering van de Urgenda-uitspraak in recente ontwikkelingen

Het hof maakt gebruik van de reikwijdte van het EVRM en de ruimte voor interpretatie en toepassing op omgevingsgerelateerde situaties, zoals deze in de aangehaalde jurisprudentie is gecreëerd door het EHRM (par. 3). Desalniettemin bestaat er kritiek op de werkwijze van het hof. Zo zou het hof in de uiteenzetting van de artikelen 2 en 8 EVRM een aantal stappen overslaan, waardoor niet blijkt dat de artikelen op fundamentele punten van elkaar verschillen.<sup>41</sup> Ook zou de aangehaalde – en vergelijkbare maar níét-aangehaalde – jurisprudentie over de artikelen 2 en 8 EVRM niet om gelijksoortige zaken gaan: de schade is al ingetreden en is toegebracht aan een specifieke groep mensen, door een specifieke handeling of nalaten van de overheid.<sup>42</sup>

Bezien vanuit de rol van de nationale rechter in het internationale recht is de werkwijze van het hof in de Urgenda-zaak in lijn met de jurisprudentie van het EVRM te aanvaarden. Deze werkwijze kan namelijk worden geschaard onder een bredere ontwikkeling in de Nederlandse rechtspraak die zich uit in twee verschillende rollen van de rechter. Naast de handhavende rol die de rechter inneemt ten aanzien van de

29. EHRM 20 maart 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD6179 (*Budeyava/Rusland*), r.o. 133.

30. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, noot bij EHRM 27 januari 2009, ECLI:NL:XX:2009:BI0380, AB 2009/285 (*Tatar/Roemenië*).

31. EHRM 9 juni 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0609JUD005572300 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 70.

32. EHRM 20 maart 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD6179 (*Budeyava/Rusland*), r.o. 134.

33. *Ibid.*, r.o. 135.

34. *Ibid.*, r.o. 137; EHRM 28 februari 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW6229 (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 161.

35. E.A. Alkema, noot bij EHRM 20 maart 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD6179 (*Budeyava/Rusland*).

36. EHRM 27 januari 2009, ECLI:NL:XX:2009:BI0380 (*Tatar/Roemenië*), r.o. 107.

37. *Ibid.*, r.o. 120. Vertaling uit het Frans door de auteur.

38. M. Peeters, noot bij EHRM 27 januari 2009, ECLI:NL:XX:2009:BI0380, EHRC 2009/40 (*Tatar/Roemenië*).

39. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, noot bij EHRM 27 januari 2009, ECLI:NL:XX:2009:BI0380, AB 2009/285 (*Tatar/Roemenië*).

40. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Staat/Urgenda*), r.o. 63.

41. Leijten 2019.

42. Spijkers 2019.

verplichtingen die de Staat internationaalrechtelijk is aangeaan (par. 4.1), heeft de rechter ook een legitimerende rol met betrekking tot het internationale recht (par. 4.2).

#### 4.1 De handhavende rol van de rechter in de rechtsstaat

De eerste ontwikkeling vindt plaats in de rolverdeling tussen de verschillende organen in onze rechtsstaat. Van oudsher sluit de Staat als wetgever zich aan bij internationale verdragen en afspraken en de Nederlandse rechter toetst de uit deze verdragen voortvloeiende rechten en plichten aan het nationale recht. In de Urgenda-zaak vervult de rechter deze rol op actievrije wijze dan voorheen door te refereren aan onder andere het VN-Klimaatverdrag – met de door dit verdrag ingestelde *Conference of the Parties* en haar besluiten – en het Akkoord van Parijs, omdat dit bronnen zijn waarbij de Staat zich als verdragspartij heeft aangesloten.<sup>43</sup> Ook in Europees verband heeft de Staat zich aan verschillende verplichtingen verbonden, waaronder de genoemde emissiereductiedoelstellingen.<sup>44</sup> Tot slot besteedt de rechter aandacht aan het internationaal gewoonrecht, waartoe het voorzorgs- en het ‘no harm’-beginsel behoren.<sup>45</sup> Deze ontwikkeling is te begrijpen in het licht van twee arresten van de Hoge Raad – het Spoorwegstaking-arrest en het Rookverbod-arrest –, die hierna uiteengezet worden.

De rol van de Nederlandse rechter bij het toepassen van internationale verdragen en besluiten bestond er lange tijd uit dat hij over de werking van dit verdrag een keuze maakte tussen – grofweg – óf een verplichting inhoudend voor de Staat om wetgeving aan te nemen óf rechten bevattend die door de rechter rechtstreeks konden worden toegepast.<sup>46</sup> De eerste categorie had meestal de overhand, waarmee de rol van de rechter beperkt bleef; in het beste geval werd de wetgever door de rechter herinnerd aan deze plicht, in een enkel geval werd de wetgever een bepaalde termijn gegeven om hieraan te voldoen, waarna de rechter zelf zou overgaan tot het nemen van maatregelen.<sup>47</sup>

Sporadisch paste de rechter wél (normen uit) internationale rechtsbronnen toe, vaak via de reflexwerking of via de handhaving van een minimumstandaard.<sup>48</sup> De reflexwerking houdt in dat internationale rechtsnormen die vanwege bovenstaande keuze *niet* rechtstreeks kunnen worden toegepast, worden gebruikt om een invulling te geven aan (inter)nationale rechts-

normen die door de rechter wél rechtstreeks worden toegepast. De rechtbank gebruikt deze reflexwerking in de Urgenda-zaak bij de invulling van het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 6:162 BW aan de hand van de normen uit de artikelen 2 en 8 EVRM, waarop volgens de rechtbank geen rechtstreeks beroep kon worden gedaan.<sup>49</sup> De handhaving van een minimumstandaard komt aan de orde wanneer internationale verplichtingen zijn uitgewerkt in nationale wetgeving, en deze wetgeving wordt gewijzigd waardoor het bestaande beschermingsniveau wordt verlaagd, zonder dat hiervoor een rechtvaardiging bestaat. Deze handhaving hangt samen met het uitgangspunt dat van de Staat mag worden verwacht dat hij niet handelt in strijd met zijn internationale verplichtingen.<sup>50</sup> In dergelijke gevallen wordt (de norm uit) een verdrag rechtstreeks toegepast, ook wanneer dit verdrag (enkel) een verplichting aan de Staat bevatte en (dus) geen rechten die rechtstreeks konden worden toegepast.<sup>51</sup>

De keuze tussen ‘verplichting aan de Staat’ of ‘rechtstreeks toepasbaar door de rechter’ verandert na het Rookverbod-arrest.<sup>52</sup> In dit arrest komt de Hoge Raad tot de conclusie dat een verplichting voor de Staat om wetgeving aan te nemen niet belemmert dat de nationale rechter in het concrete geval de rechten uit het verdrag rechtstreeks kan toepassen.<sup>53</sup> Hiermee wordt de keuze die eerder gold – een verdrag bevat óf een verplichting voor de Staat om wetgeving aan te nemen, óf kan rechtstreeks worden toegepast – vervangen door een stappenplan, waarbij de rechter eerst de rechtstreekse toepassing in het concrete geval beoordeelt, terwijl het verdrag tegelijkertijd de verplichting van de wetgever kan bevatten om wetgeving aan te nemen. Het stappenplan betekent een actieve(re) rol voor de rechter, die het internationale recht vaker moet en kan interpreteren, omdat elk concreet geval getoetst moet worden ten behoeve van rechtstreekse toepassing van internationale rechten en verplichtingen. Anders gezegd:

‘[D]e wetgever kan niet vrijblijvend of ongestraft meewerken aan regels en internationale normen zonder dat deze ultimo tot in rechte hanteerbare en concrete normen en verplichtingen (kunnen) leiden, al dan niet via de band van algemene rechtsbeginselen.’<sup>54</sup>

De toepassing van al dan niet rechtstreeks werkende regels en internationale normen waaraan de Staat is gebonden, is ook aan de orde in de Urgenda-zaak. De rechtbank benoemt de binding van de Staat aan de verschillende genoemde internationale klimaatverdragen en rechtsbeginselen, en overweegt dat de Staat wordt vermoed zijn volkenrechtelijke verplichtin-

43. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Staat/Urgenda), r.o. 5-15.

44. *Ibid.*, r.o. 16-18.

45. Resp. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Staat/Urgenda), r.o. 63 en Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (Urgenda/Staat), r.o. 4.39.

46. Zie voor een uitgebreide beschrijving B.A. Kuiper-Slendebroek, *Rechter over grenzen: de toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht* (diss. Leiden), 2017.

47. Leidend bij deze keuzemogelijkheden was het Spoorwegstaking-arrest, HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402.

48. Voorbeeld reflexwerking: HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, NJ 1995/259, r.o. 3.4. Voorbeeld minimumstandaard: CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375.

49. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (Urgenda/Staat), r.o. 4.43.

50. *Ibid.*

51. Zie ook E.A. Alkema, noot bij HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12 (Rookverbod-arrest).

52. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (Rookverbod-arrest).

53. *Ibid.*, r.o. 3.5.3.

54. A.W. Heringa, *Rechter en politiek: verzaakt de politiek/wetgever of dient de rechter juist het belang van de wetgever?*, M en R 2016/34.

gen te willen nakomen.<sup>55</sup> Het hof overweegt dat het is gehouden rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen waarbij Nederland partij is – zoals de artikelen 2 en 8 EVRM – toe te passen.<sup>56</sup> Ook wordt in reactie op het verweer van de Staat stilgestaan bij het feit dat de Staat zijn eerdere reductiedoelstellingen heeft afgezwakt zonder daarvoor een rechtvaardiging te geven – hetgeen de verlaging van een bestaand beschermingsniveau inhoudt.<sup>57</sup>

Dat internationale verplichtingen sinds het Rookverbod-arrest in een concreet geval inderdaad rechtstreeks kunnen worden toegepast, is zichtbaar in de rechtspraak omtrent de toepassing van artikel 11 Vrouwenverdrag.<sup>58</sup> In 2011 komt de Hoge Raad nog tot de conclusie dat dit artikel onvoldoende nauwkeurig is omschreven om door de nationale rechter rechtstreeks te worden toegepast.<sup>59</sup> In het verlengde van deze zaak in 2017 wordt hetzelfde artikel door de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) rechtstreeks toegepast.<sup>60</sup> De CRvB beroept zich daarvoor op de ontwikkeling van ‘het leerstuk van de rechtstreekse werking’ en het Rookverbod-arrest.<sup>61</sup> De CRvB acht artikel 11 Vrouwenverdrag in dit concrete geval rechtstreeks werkend, gezien het na te streven ‘minimumresultaat’ dat uit de verdragsbepaling kan worden afgeleid, en oordeelt dat de Staat niet aan zijn verplichting heeft voldaan om dit minimumresultaat te bereiken en te behouden. In de Urgenda-zaak hebben rechtbank en hof het zichzelf niet gepermitteerd uit de overvloed aan internationale milieurechtelijke verdragen een rechtstreeks werkende norm te destilleren waaraan de Staat in dit concrete geval kan worden gehouden.<sup>62</sup> Echter, de ontwikkeling die is ingezet met het Rookverbod-arrest laat zien dat rechtstreekse toepassing van een dergelijke norm wel degelijk behoort tot het arsenaal van de handhavende rechter.

#### *4.2 De legitimerende rol van de rechter in het internationale recht*

Naast de handhavende rol die de rechter speelt ten aanzien van de verplichtingen die de Staat internationaalrechtelijk is aangegaan, speelt de rechter ook een legitimerende rol met betrekking tot het internationale recht. Voor de nationale rechter vormen de ontwikkeling van het internationale recht en zijn rol hierin een uitdaging:

‘[D]e moderne rechter [zoekt] oplossingen voor complexe grensoverschrijdende problemen waar hij tegen aanloopt in een open en meerlagige rechtsorde als de onze.’<sup>63</sup>

Om het internationale recht te kunnen toepassen moet de nationale rechter dit recht eerst interpreteren. Deze interpretatie wordt – net als in de Urgenda-zaak – gevonden mede aan de hand van de rechtspraak van nationale en internationale instanties. Op deze manier worden de ontwikkelingen in het internationale recht door de nationale rechter geïdentificeerd, geïnterpreteerd en – op een wijze die het nationale recht daarvoor aanwijst – toegepast.

Vervolgens vindt een zekere wisselwerking plaats tussen de nationale rechter en het internationale recht. Deze bestaat hierin dat de uitspraak van de nationale rechter het bestaande internationale recht legitimeert, toepast en zo verder ontwikkelt. Bij de vaststelling van de status van het internationale gewoonterecht worden bijvoorbeeld de uitspraken van zowel nationale als internationale rechters gebruikt ter indicatie voor het bestaan en de inhoud van een bepaalde rechtsregel. Deze wordt door de nationale rechter toegepast en vormt voor een volgende rechter weer een datapunt bij het vaststellen van het bestaan en de inhoud van deze rechtsregel.<sup>64</sup>

Het internationale recht is daarmee niet statisch, maar dynamisch: het daalt neer in het nationale recht, en stijgt daar ook uit op. Zo maken rechtbank en hof in de Urgenda-zaak gebruik van de interpretaties van de artikelen 2 en 8 EVRM in de EHRM-rechtspraak, terwijl het EHRM op zijn beurt de ontwikkelingen in verschillende nationale rechtsordes betreft voor het vaststellen van de rol van belangenorganisaties bij de verdediging van de belangen van hun leden en de rol van het EVRM in nationale procedures.<sup>65</sup> Daarnaast is het EVRM een ‘living instrument’, en de uitleg ervan reflecteert de ontwikkelingen in nationaal, internationaal en Europees recht.<sup>66</sup> Wat die ontwikkelingen betreft is het Gerechtshof Den Haag – net zo goed als het EHRM – een internationale rechter die de ontwikkelingen in al deze rechtsgebieden weegt en daarop zijn uitspraak baseert.<sup>67</sup>

Hoewel het internationale recht door verschillen in interpretatie en verschillen in nationale rechtsordes ook aan betekenis kan verliezen in de vertaling naar het nationale recht, zullen de interpretaties van nationale rechters eerder leiden tot een positieve ontwikkeling van het internationale recht. De verschillen

55. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (Urgenda/Staat), r.o. 4.42-4.43.

56. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Staat/Urgenda), r.o. 69.

57. Ibid., r.o. 66.

58. Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen.

59. HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, r.o. 3.3.3.

60. Na het arrest van de Hoge Raad is door enkele vrouwen een klacht ingediend bij CEDAW, de (internationale) commissie die toeziet op de juiste uitvoering van het Vrouwenverdrag. Daar zijn klaagsters in het gelijk gesteld, maar de Nederlandse Staat legde deze uitspraak naast zich neer. Na het aanvragen van een uitkering bij het UWV komen klaagsters uiteindelijk terecht bij de CRvB.

61. CRvB 27 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2461, r.o. 4.3.4.

62. Zie ook J.W.A. Fleuren, Urgenda en niet(?)-rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht, NJB 2019/475.

63. R. van Gestel & M. Loth, Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?, NJ 2015/17.

64. HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999; IGH 3 februari 2012 (Germany/Italy).

65. EHRM 27 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0427 (Gorraiz Lizarraga e.a./Spanje), r.o. 38.

66. Zie ook de in par. 2 aangehaalde uitspraak EHRM 27 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0427 (Gorraiz Lizarraga e.a./Spanje).

67. Met dit verschil dat het EHRM is ingesteld om nakoming van verplichtingen uit het EVRM door verdragspartijen te verzekeren (art. 19 EVRM).

in interpretaties betekenen immers niet per se dat staten het oneens zijn, maar geeft hun de mogelijkheid van elkaar te leren en te komen tot een internationale samenleving waarin deze verschillen hetzij reden voor discussie en aanscherping, hetzij verrijkende invalshoeken blijken te zijn. De wisselwerking tussen nationaal en internationaal recht kan beide rechtsstelsels versterken dankzij deze rol van de nationale rechter:

‘If we accept that national courts act as both norm internalizers and norm creators, then international law may be somewhat lost in translation from the international to the domestic, but international law is also found in translation as domestic courts help to constitute international law.’<sup>68</sup>

Door de meerlagigheid van de rechtsorde zijn verschillende nationale en internationale rechters betrokken bij de beantwoording van de vragen die in – bijvoorbeeld – internationale klimaatzaken spelen. Hierdoor neemt de nationale rechterlijke hiërarchie in betekenis af en verschuift het accent naar de grensoverschrijdende dialoog tussen nationale en internationale rechters.<sup>69</sup> Door de rechtbank en het hof is deze dialoog gevoed met twee uitspraken, die verschillen in de route maar overeenkomen in het eindpunt: beide legitimeren het internationale recht.

### 5. Conclusie

De uitspraak van het Gerechtshof Den Haag in de Urgenda-zaak bevestigt de ontwikkelingen in de nationale rechtspraak met betrekking tot de toepassing en interpretatie van het internationale recht. De Nederlandse rechter speelt hierin een actieve dubbelrol, namelijk als handhaver van de verplichtingen van de Staat en als internationale rechter: hij brengt de rechtsopvattingen in het nationale recht op één lijn met de verplichtingen van de Staat en ontwikkelingen in het internationale recht.

Naar aanleiding van de Urgenda-zaak wordt niet alleen de dialoog gevoerd over de verhouding tussen de Nederlandse staatsmachten – al dan niet gezien vanuit het internationale recht –, maar ook over de betekenis van het internationale klimaatrecht en de mogelijkheden voor algemeen-belangacties op andere gebieden. De concrete invulling van het EVRM aan de hand van internationale rechtspraak leidt de Staat naar zijn verplichting van de positieve bescherming van mensenrechten en de belangen van burgers. Een rechtstreeks werkende internationale norm heeft de rechter hierbij nog niet geformuleerd. De mogelijkheden die deze ontwikkeling biedt voor algemeen-belangacties op andere gebieden moet door toekomstige (inter)nationale rechtspraak worden uitgewezen.

68. A. Roberts, Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law, *International & Comparative Law Quarterly* 2011/60.

69. Van Gestel & Loth 2015.