

Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak

NTBR 2018/2

In deze bijdrage wordt, na een korte bespreking van de Urgenda-zaak en de rol die schade speelt in de argumentatie van de rechtbank en de partijen, op basis van de meest recente IPCC rapporten gekeken naar de onzekerheden met betrekking tot de gevolgen van klimaatverandering, de afbakening van het begrip 'klimaatschade', en de rol van schade in het rechterlijk bevel en verbod. De bestudering van deze drie 'drakenkoppen' levert twee belangrijke inzichten op. Ten eerste dat de concrete schadelijke gevolgen van klimaatverandering conceptueel en inhoudelijk zeer onduidelijk zijn. Ten tweede dat een fixatie op de schadelijke gevolgen van klimaatverandering afleidt van de eigenlijke discussie die gevoerd zou moeten worden in het kader van een emissiereductiegebod: de inhoud van de verplichting.

1. Inleiding

In het aansprakelijkheidsrecht speelt schade een prominente rol. Schade is immers een noodzakelijke voorwaarde voor (en *raison d'être* van) de actie tot schadevergoeding, en de schadevergoeding is nog altijd het boegbeeld van het aansprakelijkheidsrecht. Maar bij de gebodsactie, het vaak-vergeten broertje van de schadevergoedingsactie, is de aanwezigheid van schade minder vanzelfsprekend, en soms zelfs totaal niet aan de orde.² Schade kan nog wel indirect een rol spelen bij de andere vereisten van de gebodsactie, maar hoe die rol er precies uitziet is nog onduidelijk. Deze speciale editie van het NTBR over het schadebegrip in het aansprakelijkheidsrecht is een mooie gelegenheid om de indirecte rol die schade speelt bij de gebodsactie te verkennen.

De verkenning van het schadebegrip in de context van de gebodsactie, doe ik aan de hand van een rechtszaak over de aansprakelijkheid voor misschien wel het schadelijkste fenomeen op aarde. Ik doel hier uiteraard op het Urgenda-proces.³ In deze rechtszaak heeft de Haagse rechtbank de Nederlandse Staat bevolen om de uitstoot van broeikasgassen te reduceren, om zo een adequate bijdrage te leveren aan

het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering.⁴ In het Urgenda-proces zijn de omvang van klimaatschade en de betekenis van klimaatschade voor de aansprakelijkheid van de Staat belangrijke twistpunten tussen partijen.

Het is geen verrassing dat de partijen hierover twisten. Bij aansprakelijkheid voor klimaatverandering ligt schade namelijk ontzettend ingewikkeld. Dat heeft drie redenen. Ten eerste bestaan er kennisleemtes in de klimaatwetenschap en scenario-onzekerheden met betrekking tot het mondiale klimaatbeleid. Ten tweede is klimaatverandering een veelomvattend fenomeen, waardoor het lastig te bepalen is welke schadelijke gevolgen toegerekend moeten worden aan klimaatverandering. Ten derde, zoals ik eerder opmerkte, speelt schade een indirecte en soms onduidelijke rol in de criteria van het rechterlijk bevel en verbod. Klimaatschade levert dus een draak van een juridische uitdaging op, en de draak heeft drie koppen.

In deze bijdrage doe ik een poging om de driekoppige draak te temmen. Na een korte bespreking van de Urgenda-zaak en de rol die schade speelt in de argumentatie van de rechtbank en de partijen (paragraaf 2.1), schets ik op basis van de meest recente IPCC rapporten de onzekerheden met betrekking tot de gevolgen van klimaatverandering (paragraaf 2.2), ga ik in op de afbakening van het begrip 'klimaatschade' (paragraaf 2.3) en bespreek ik de rol van schade in het rechterlijk bevel en verbod (paragraaf 2.4). De bestudering van de drie drakenkoppen levert twee belangrijke inzichten op. Ten eerste dat de concrete schadelijke gevolgen van klimaatverandering conceptueel en inhoudelijk zeer onduidelijk zijn. Ten tweede dat een fixatie op de schadelijke gevolgen van klimaatverandering afleidt van de eigenlijke discussie die gevoerd zou moeten worden in het kader van een emissiereductiegebod. De gebodsactie kent namelijk een andere normering dan de schadevergoedingsactie. Voor de toewijsbaarheid is niet bepalend of de gedraging zal leiden tot schade, maar of er een verplichting bestaat om zich te onthouden van de gedraging. Ik pleit er dan ook voor om Urgenda niet te begrijpen als 'klimaatschadezaak',⁵ maar als 'klimaatverplichtingenzaak' (paragraaf 3). Hoewel deze verschuiving onbeduidend lijkt, zorgt ze voor een overzichtelijkere en dogmatisch zuiverder juridische discussie. Ik eindig deze bijdrage met enkele algemene constatering over het schadebegrip in de context van de gebodsactie (paragraaf 4).

1 Citeerwijze: T.R. Bleeker, 'Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak', NTBR 2018/2, afl. 1. Mr. T.R. (Tim) Bleeker is als promovendus verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht. Hij bedankt prof. dr. Appy Sluijs voor zijn commentaar op het klimaatwetenschappelijke onderdeel en mr. Thijmen Nuninga voor de opmerkingen op een eerdere versie van dit artikel.

2 Zie hieromtrent T.R. Bleeker, 'De knellende criteria van het rechterlijk bevel en verbod', in: F. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig Weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

3 Rechtbank Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (Urgenda), AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes (hierna: 'Urgenda-vonnis').

4 Urgenda-vonnis r.o. 4.89.

5 Deze aanduiding voor Urgenda gebruikte Loth in: M.A. Loth, 'De Rechtbank Den Haag heeft gesproken...', AV&S 2015/25; ook in veel andere artikelen speelt het Urgenda-proces 'Klimaatschade' een centrale rol.

2. De driekoppige draak

2.1 Prelude

In de *Urgenda*-zaak heeft stichting Urgenda de Nederlandse Staat met succes aangesproken voor het uitblijven van maatregelen om de Nederlandse broeikasgasuitstoot te reduceren. De Haagse rechter beveelt de Staat ervoor te zorgen dat de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen eind 2020 met ten minste 25% zijn verminderd ten opzichte van het niveau van het jaar 1990, om zo onder de kritische tweegradengrens te blijven.⁶

In het vonnis en de processtukken worden de oorzaken en schadelijke gevolgen van klimaatverandering uitvoerig besproken. Urgenda en de rechtbank leggen hierbij duidelijk de focus op de mondiale effecten van klimaatverandering, en staan minder uitgebreid stil bij de concrete gevolgen voor Nederland.⁷ De Staat meent echter dat voor schade in de zin van artikel 6:162 BW niet reeds bestaat in de kans dat 'zich op enige plaats in de wereld, voor wie dan ook een risico op een nadeel realiseert'.⁸ Voor de toewijzing van een emissiereductieverbod is volgens de Staat ten minste vereist dat aangetoond wordt dat Nederlandse emissies zullen leiden tot schade in de vorm van vermogensvermindering of het verlies van een voordeel voor Urgenda.⁹ Meer specifiek betoogt de Staat dat als Urgenda niet kan aantonen dat klimaatverandering zal leiden tot 'feitelijk en concreet nadeel' voor 'een concrete rechtspersoon of een concrete natuurlijke persoon' voor wie Urgenda opkomt, de rechtsvordering zou vastlopen op een gebrek aan voldoende belang.¹⁰ Tevens betoogt de Staat dat de mogelijkheid van concrete individuele schade nodig is om te kunnen spreken van gevaarstelling, waardoor het klimaatbeleid niet te kwalificeren is als onrechtmatig.¹¹ Ten slotte zou door de onzekerheid over specifieke schade er ook geen sprake zijn van een causaal verband,¹² en zou de norm waar Urgenda een beroep op doet ook niet strekken tot de bescherming van hun belangen.¹³ Schade speelt dus een belangrijke rol in het verweer van de Staat. Ook sommige critici zijn verontwaardigd dat ondanks de onduidelijkheid met betrekking tot de schadelijke gevolgen het emissiereductieverbod toegewezen kon worden.

6 *Urgenda*-vonnis r.o. 5.1.

7 Urgenda staat in haar dagvaarding stil bij enkele specifieke risico's voor Nederland onder nummers 37-42, bij de feitenochtschets in hoofdstuk 3 spelen de gevolgen voor Nederland slechts een kleine rol. In de conclusie van repliek concretiseert Urgenda nog een aantal risico's voor Nederland, waarbij ook aandacht wordt besteed aan een aantal Nederlandse klimaatscenario's van het PBL. Zie par. 4.3 en 4.4 van de conclusie van repliek. Alle Processtukken zijn te raadplegen op www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/klimaatverandering/klimaatrechtszaak; De rechtbank spreekt over ernstige gevolgen op wereld- en lokaal niveau, waarbij enkele voorbeelden gegeven. Zie onder hoofdstuk 2 feiten onder B, met name 2.8-2.33, en onder hoofdstuk 4 onder C, met name 4.18 en 4.19. Er is één alinea waarin gesproken wordt over de gevolgen voor Nederland: 4.17.

8 CvD 8.11, MvG 14.80.

9 CvA nr. 8.30, 8.38-8.46, met name 8.41; CvD 8.7-8.12; en grief 23 in de memorie van grieven.

10 CvD 8.11, 8.12.

11 CvD 8.34, 8.35, onder verwijzing naar Hoge Raad 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934 (*Natronloog*); Grief 25 in de MvG 14.97 e.v.

12 Grief 24, MvG 14.84 e.v., met name 14.87.

13 Grief 27, MvG 14.179 e.v.

Lucas Bergkamp lijkt zelfs te willen zeggen dat het verband tussen emissies en milieuschade 'het brandpunt van de rechterlijke analyse' zou moeten zijn.¹⁴

Ik meen echter dat de rechterlijke analyse onnodig ingewikkeld en omslachtig zou worden wanneer klimaatschade het brandpunt vormt. Om dit standpunt te begrijpen moeten eerst de afzonderlijke drakenkoppen bestudeerd worden. In de volgende sub-paragrafen laat ik zien waarom klimaatschade feitelijk onzeker is (drakenkop 1); dat klimaatschade conceptueel onduidelijk is (drakenkop 2); en dat de rol van schade in een gebodsactie de nodige vragen oproept (drakenkop 3).

2.2 Drakenkop 1: Wat zijn de schadelijke gevolgen van klimaatverandering?

Een veelgehoorde frase in de *Urgenda*-discussie is dat nog onzeker is wanneer, waar en in welke omvang klimaatschade zich zal realiseren. Deze onzekerheid vormt de eerste drakenkop. In deze paragraaf leg ik uit waarom deze onzekerheid bestaat, en sta ik stil bij de dynamiek van de klimaatproblematiek. Ik bespreek kort de oorzaken van klimaatverandering en de problemen die bestaan bij het bepalen van de concrete gevolgen. Voor dit feitelijk kader ga ik uit van de meest recente rapporten van het Intergovernmental Panel on Climate Change (hierna 'IPCC').¹⁵ De bevindingen van de IPCC rapporten staan niet ter discussie tussen de procespartijen en worden door (vrijwel)¹⁶ alle commentatoren onderschreven.

Het klimaat verandert: sinds de industriële revolutie is de jaargemiddelde temperatuur van het aardoppervlak met ongeveer 1 °C gestegen.¹⁷ Over de oorzaken van klimaatverandering bestaat brede wetenschappelijke consensus.

14 Dit volgt uit paragraaf 3a, 3d en 4 in L. Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis: Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste', *NJB* 2015/1676. Zie ook L. Bergkamp & J.C. Hanekamp, 'Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies', *European Environmental Law Review* 2015 (Vol. 24, p. 102-114).

15 Het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) is een wetenschappelijk orgaan, opgericht in 1988 door het United Nations Environment Program (UNEP) en de World Meteorological Organization (WMO), en is een onderdeel van de Verenigde Naties (VN). Alle stukken zijn te raadplegen op www.ipcc.ch/report/ar5/.

16 Een enkeling lijkt nog niet overtuigd van de schadelijke gevolgen van klimaatverandering. Pietermans noemt het 'ironisch' dat de rechter doet alsof er geen wetenschappelijk debat is over de schadelijke gevolgen van klimaatverandering. Hij verwijst naar een studie die wijst op een mogelijke ijstijd die op komst is, en bekritiseert de betrouwbaarheid van het IPCC. R. Pietermans, 'Ulrich Beck: een kritische evaluatie van enkele kernaspecten van zijn risicosociologie', *RDW* 2015/2.6. Voor dit punt beroept Pietermans zich op het beruchte 'Global Warming Policy Foundation', een website die door de independent omschreven is als "the UK's most prominent source of climate-change denial". Zie www.independent.co.uk/environment/global-warming-policy-foundation-climate-change-sceptics-membership-fees-a751321.html; Ook opmerkelijk, is dat Bergkamp de IPCC rapporten afdoet als beleidsdocumenten voor overheden en meent dat het vonnis geen recht doet aan de 'diversiteit van wetenschappelijke opinies... en de daaraan gerelateerde complexiteit, onzekerheden, veronderstellingen en beperkingen', zie onder par. 3d van Bergkamp 2015.

17 Zie Intergovernmental Panel on Climate Change, Fifth Assessment Report, 2013: Summary for Policy Makers, Working Group I, 'The physical Science Basis' (Hierna IPCC AR5 WGI), onder 'B. Observed Changes in the Climate System', p. 2-10.

De opwarming van de aarde wordt veroorzaakt door de toename in concentratie van broeikasgassen,¹⁸ en het is *zeer waarschijnlijk* (in de woorden van het IPCC: 'extremely likely') dat menselijke activiteiten, waaronder ontbossing, landbouw, veeteelt en het verbranden van fossiele brandstof voor het opwekken van energie, de *hoofdoorzaak* ('dominant cause') zijn van de opwarming van de aarde.¹⁹ Verder is vrijwel onomstreden dat 'substantiële en duurzame reductie van broeikasgasuitstoot' noodzakelijk is om de verdere opwarming van de aarde te beperken.²⁰ Helaas gebeurt er op dit moment nog weinig om gevaarlijke klimaatverandering te keren.²¹

Het bepalen van de schadelijke gevolgen van klimaatverandering ligt lastiger dan het aanwijzen van de oorzaken. Het is zo goed als zeker dat de opwarming van de aarde leidt tot het smelten van de ijskappen, stijging van de zeespiegel, verzuring van de oceaan, een toename van erosie van kustgebieden, overstromingen, meer en ernstiger weersextremen, woestijnvorming, misoogsten, drinkwatertekorten, en het uitsterven van dier- en plantensoorten.²² Sommige van deze risico's hebben zich al (in min- of meerdere mate) gemanifesteerd. De schadelijke gevolgen van klimaatverandering zullen erger worden naarmate de aarde meer opwarmt.

Maar hoeveel, wanneer, en waar de mogelijke schadelijke gevolgen *precies* intreden, is niet met zekerheid te zeggen. Dat heeft twee redenen.

Ten eerste is de (precieze) klimaatschade lastig in te schatten door een aantal leemtes in de klimaatwetenschap. Bijvoorbeeld, er is nog weinig consensus over de *klimaatgevoeligheid* ('equilibrium climate sensitivity') voor broeikasgassen.²³ Dat betekent dat men nog niet precies weet hoeveel graden de aarde opwarmt bij een verdubbeling van de concentratie van broeikasgassen in de atmosfeer.²⁴

18 IPCC AR5 WGI, onder 'C. Drivers of Climate Change', p. 11-12.

19 IPCC AR5 WGI, onder 'D. Understanding the Climate System and its Recent Changes', p. 13-17, met name onder 'D.3 Detection and Attribution of Climate Change'.

20 Zie IPCC AR5 WGI, onder 'E. Future Global and Regional Climate Change', p. 17-27.

21 Meyer, klimatoloog en voormalig projectleider bij het IPCC, begint zijn kritische artikel over het *Urgenda*-vonnis met de constatering dat het milieubeleid aangescherpt moet worden. In dat kader merkt hij op dat zelfs als we nu de uitstoot van antropogene broeikasgassen volledig zouden stoppen, zou de aarde toch nog verder opwarmen. Broeikasgassen blijven namelijk lang in de atmosfeer hangen en er is een zekere vertraging tussen toename in broeikasgassen en de opwarming van de aarde. L. Meyer, 'Urgenda-vonnis ontbeert goede wetenschappelijke onderbouwing', *Men R* 2016/36.

22 Zie Intergovernmental Panel on Climate Change, Fifth Assessment Report, 2013: Summary for Policy Makers, Working Group II, 'Impacts, Adaptation, and Vulnerability' (hierna IPCC AR5 WGII) onder 'A-1. Observed Impacts, Vulnerability and Exposure' p. 4-8 en onder 'b-1. Key Risks across Sectors and Regions' p. 11-14.

23 Klimaatgevoeligheid heeft te maken met de invloed van de concentratie broeikasgassen in de atmosfeer op de temperatuurverandering die optreedt als gevolg van een verschil tussen inkomende en uitgaande energie van de zon. Zie hieromtrent IPCC AR5 WGI, onder 'D.2 Quantification of Climate Responses'.

24 K. Caldeira, A.K. Jain & M.I. Hoffert, 'Climate Sensitivity Uncertainty and the Need for Energy Without CO₂ Emission', *Science* (2003) Vol. 299, Issue 5615, p. 2052-2054.

De uitkomsten van de studies lopen sterk uiteen. Het IPCC noemt het *waarschijnlijk* ('likely') dat verdubbeling van de broeikasgassen in de lucht zal leiden tot een temperatuurstijging tussen de 1,5 en 4,5 graden ten opzichte van het pre-industriële tijdperk.²⁵ Tevens is de kans dat de klimaatgevoeligheid lager is dan anderhalve graden veel kleiner dan de kans dat de klimaatgevoeligheid hoger dan 4,5 graden ligt. Evengoed is er ook een kleine kans (0-10%) dat de verdubbeling zelfs zal leiden tot een opwarming van 6 graden.²⁶ Met andere woorden, we weten niet zeker hoeveel we nog kunnen uitstoten om onder de kritische tweegradengrens te blijven.²⁷ Een ander voorbeeld kan gevonden worden in 'tipping points'. Er is geen lineair verband tussen menselijke CO₂-productie en de temperatuurstijging in de toekomst. Mogelijk kunnen zelfversterkende effecten de CO₂-concentratie extra hard laten stijgen, bijvoorbeeld door het op grote schaal smelten van permafrost. Zo'n kantelpunt kan abrupt tot onomkeerbare schade leiden. Het probleem is dat er onzekerheid bestaat of, en zo ja wanneer zulke 'tipping points' bereikt worden.²⁸ Door deze en andere onzekere factoren²⁹ in de klimaatwetenschap is het moeilijk te bepalen met welke schadelijke gevolgen van klimaatverandering we rekening moeten houden.

Ten tweede is het onmogelijk op voorhand de precieze omvang van de klimaatschade te bepalen vanwege scenario-onzekerheden. Ontwikkelingen in bevolkingsgroei, technologische doorbraken, of (nucleaire)³⁰ oorlogvoering, om maar een paar voorbeelden te noemen, hebben een enorme impact op het klimaat. Daarnaast is er onzekerheid over hoe het klimaatprobleem zich zal ontwikkelen, doordat überhaupt onduidelijk is welk klimaatbeleid gevoerd zal worden. Op internationaal niveau bestaat grote verdeeldheid over wie welke maatregelen moet nemen, hoe verstrekkend de maatregelen moeten zijn en in hoeverre klimaatadaptatie een reële mogelijkheid is.³¹ Momenteel is de hoop van velen gevestigd op het klimaatakkoord van Parijs. Echter, het akkoord stelt slechts collectieve doelen, het levert geen directe verplichtingen op voor de lidstaten.³² Bij gebrek aan bindende verdragen en handhavingsmogelijkheden van broeikasgasnormen, is het nog zeer de vraag of de reductiedoelstellingen gehaald zullen worden.³³

25 IPCC AR5 WGI, onder 'D.2 Quantification of Climate Responses'.

26 Ibid.

27 Deze tweegradengrens stond centraal in het *Urgenda*-proces. Het klimaatakkoord van Parijs gaat zelfs uit van 'Well-below 2 degrees', met anderhalve graad als streefgetal. Zie artikel 2 lid 1 sub a van het klimaatakkoord.

28 Zie IPCC AR5 WGII, onder 'B-1. Key Risks across Sectors and Regions', p. 14.

29 Er is bijvoorbeeld ook nog onzekerheid met betrekking tot hoe snel en sterk extreem weer – een van de grootste oorzaken van schade – zal veranderen.

30 A.J. Liska e.a., 'Nuclear Weapons in a Changing Climate: Probability, Increasing Risks, and Perception', *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, Volume 59, 2017 – Issue 4, <https://doi.org/10.1080/00139157.2017.1325300>.

31 In dit verband spreekt Spier van een 'political deadlock'. J. Spier & J. de Jong, *Shaping the law for global crisis*, Den Haag: Eleven International publishing 2012, p. 22-23.

32 De nationale verplichtingen hangen af van de *Nationally determined contributions*, zie artikel 3 van het klimaatakkoord.

33 Zie voor een handig grafisch overzicht 'The Notre Dame Global Adaptation Index (ND-GAIN), te vinden op <https://index.gain.org/>.

In 2012 heeft het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) een studie gepubliceerd over de effecten van klimaatverandering voor Nederland.³⁴ Nu al zijn er negatieve,³⁵ maar ook positieve³⁶ effecten merkbaar. Als klimaatverandering doorzet met het huidige tempo, dan zijn de gevolgen volgens het PBL in beginsel 'beheersbaar'.³⁷ Nederland is namelijk door haar geografische ligging en de beschikbaarheid van financiële middelen relatief goed in staat te adapteren. We kunnen bijvoorbeeld dijken bouwen en rivieren de ruimte geven. Echter, de hiervoor besproken onzekerheden met betrekking tot de mondiale klimaatproblematiek gelden ook voor Nederland. In dat kader wijst het PBL zelf ook op scenario-onzekerheden over de toekomstige ontwikkeling van de bevolking en economie, en het rapport staat ook stil bij de onzekerheden in de klimaatwetenschap.³⁸

Kortom, dat klimaatverandering desastreuze gevolgen kan hebben staat buiten kijf, maar welke concrete schadelijke gevolgen van klimaatverandering daadwerkelijk zullen intreden is onzeker en scenario-afhankelijk.

2.3 *Drakenkop 2: Welke schadelijke gevolgen zijn relevant?*

Ook al zou er over de schadelijke gevolgen van klimaatverandering geen onzekerheid bestaan (*quod non*), dan is er alsnog conceptuele onduidelijkheid over welke schadelijke gebeurtenissen te kwalificeren zijn als klimaatschade. Bij deze drakenkop bespreek ik een viertal kwesties die illustreren dat de afbakening van klimaatschade buitengewoon ingewikkeld ligt.

Ten eerste – en dit is een belangrijk twistpunt voor de procespartijen in de *Urgenda*-zaak – moet de vraag beantwoord worden of op de Staat enkel een rechtsplicht rust met betrekking tot klimaatschade in Nederland, of ook voor klimaatschade elders ter wereld. Hoe hoger de broeikasgasconcentratie van de atmosfeer, hoe meer klimaatadaptatie nodig is. In hoeverre adaptatie mogelijk en effectief is, verschilt sterk per streek en is afhankelijk van onder meer kennis, technische ontwikkelingen en de beschikbaarheid van financiële middelen. De opwarming van de aarde is desastreuus voor kleine eilandstaten en landen in centraal Afrika, maar Nederland is, zoals gezegd, relatief weerbaar en

zal wellicht zelfs van een aantal voordelen genieten.³⁹ Doen deze omstandigheden af aan de onrechtmatigheid van het handelen van de Staat?

Ten tweede, wanneer we het hebben over klimaatschade, over welke tijdvak hebben we het dan? Hoewel de gevolgen van klimaatverandering deze eeuw (volgens de projecties) nog beheersbaar zijn voor Nederland, is niet uitgesloten dat dat beeld er over enkele eeuwen heel anders uitziet. Voor verre toekomstige generaties is Nederland wellicht niet meer bewoonbaar. Tot welke generatie strekt de verantwoordelijkheid van de Staat zich uit?

Ten derde, moet enkel *directe* klimaatschade in acht genomen worden, bijvoorbeeld schade die het gevolg is van extreem weer en uitdroging, of ook *indirecte* klimaatschade, zoals schade gerelateerd aan de internationale instabiliteit die het gevolg is van klimaatverandering? Bijvoorbeeld, naarmate meer gebieden wereldwijd onbewoonbaar worden door droogte, hitte, erosie en een stijgende zeespiegel, is massamigratie onvermijdelijk. Linksom of rechtsom zal dit fenomeen leiden tot kosten in Nederland. Ofwel doordat Nederland bijdraagt aan humanitaire hulp bij opvang van (klimaat)vluchtelingen, dan wel – bij een minder solidaire grondhouding – doordat Nederland de grenzen intensief zal moeten bewaken en andere kostbare veiligheidsmaatregelen moet nemen. Moeten deze kosten ook gerekend worden tot klimaatschade? Een ander lastig voorbeeld: moeten de kosten voor adaptatiemaatregelen, zoals de ophoging van dijken, ook gezien worden als klimaatschade?⁴⁰

Ten vierde, welk *soort* schade moet in acht genomen worden? Kijken we, zoals de Staat betoogt, slechts naar vermogensvermindering of verlies van voordeel van personen en bedrijven? Of kijken we ook naar schade die losstaat van de belangen van (Nederlandse) rechtssubjecten, zoals schade aan ecosystemen, verlies aan biodiversiteit, of verslechtering van de kwaliteit van grondwater? (Hoe) moet bijvoorbeeld het verlies van koraalriffen – die zelfs als de opwarming beperkt kan blijven tot twee graden waarschijnlijk, voor twee-derde zullen verdwijnen⁴¹ – meegewogen worden in de beoordeling van eventuele vorderingen tegen de Nederlandse Staat?

De keuze voor een extensieve of restrictieve interpretatie van klimaatschade zorgt voor totaal verschillende schade-posten. Vergelijk de volgende uitersten: slechts de directe klimaatschade voor de huidige generatie Nederlandse rechtssubjecten, versus alle directe en indirecte schade van klimaatverandering in zowel binnen- als buitenland, voor de huidige generatie alsook op lange termijn, niet alleen

34 Planbureau voor de leefomgeving (2012), 'Effecten van klimaatverandering in Nederland', te raadplegen op www.pbl.nl/sites/default/files/cms/publicaties/PBL_2012_Effecten-van-klimaatverandering_500193003_0.pdf.

35 Het PBL noemt een toename in extreme weersituaties, afname van de kwaliteit van het oppervlaktewater en van biodiversiteit, een versnelde zeespiegelstijging, en een grotere kans op ziektes en plagen in landbouw en volksgezondheid. Zie PBL rapport 2012 p. 7.

36 Zoals een toename van de landbouwproductie en van het aantal gunstige recreatiedagen, PBL rapport 2012 p. 7.

37 Ook The Notre Dame Global Adaptation Index bevestigt dat Nederland relatief goed in staat is te adapteren. Zie <https://index.gain.org/country/netherlands>.

38 Zie onder meer par. 2.7 en 2.8 van het PBL rapport 2012. Ook sluit vrijwel elk hoofdstuk af met een paragraaf waarin de onzekerheden met betrekking tot klimaatverandering geduid worden. Als voorbeeld van een kennisleemte geven ze de klimaatgevoeligheid. PBL rapport 2012 p. 33.

39 AR5 WGII onder b-3 'Regional Key Risks and Potential for Adaptation'.

40 De aansprakelijkheidsjurist is wellicht geneigd dit te duiden als de reële kosten ter voorkoming van schade, en daarom ook als schade. Echter, afdeling 6.1.10 uit het BW regelt de omvangsfase van de schadevergoedingsactie, en is niet van toepassing bij het rechterlijk bevel en verbod.

41 K. Frieler e.a., 'Limiting global warming to 2°C is unlikely to save most coral reefs', *Nature Climate Change* 3, 165-170 (2013).

voor rechtssubjecten maar ook voor flora, fauna en ecosystemen. Beide invullingen van het concept klimaatschade zijn onhoudbaar, maar de bespreking van de uitersten geeft een spectrum waarbinnen de relevante schade zich bevindt. Hoeveel schade in de juridische weegschaal wordt gelegd, is dus niet alleen een feitelijke vraag, maar hangt ook af van hoe het concept klimaatschade afgebakend wordt.

2.4 *Drakenkop 3: Welke rol speelt schade in de gebodsactie?*

Welke concrete schadelijke gevolgen van klimaatverandering zich zullen manifesteren, is dus onzeker en van veel factoren afhankelijk, en daarbovenop is discussie mogelijk over welke schade toegerekend moet worden aan klimaatverandering. Maar stel dat er overeenstemming wordt bereikt over wat begrepen moet worden onder klimaatschade, dan heeft de draak nog een derde kop. De rol die schade speelt bij de beoordeling van het rechterlijk bevel en verbod is namelijk indirect en onduidelijk. Omdat de gebodsactie een relatief onbekend figuur is, zal ik eerst stilstaan bij de kenmerken en vereisten van deze remedie.⁴² Na deze algemene beschouwing kom ik in paragraaf drie terug op de gebodsactie in het *Urgenda*-proces.

2.4.1 *Grondslag en criteria*

De grondslag van de gebodsactie kan gevonden worden in artikel 3:296 BW.⁴³ Dit artikel wordt doorgaans geassocieerd met de nakomingsactie van verbintenissen uit overeenkomsten, maar artikel 3:296 BW ziet op nakoming van verplichtingen in de brede zin van het woord. In de context van de gebodsactie gaat het meestal om (de door artikel 6:162 BW geïmpliceerde) 'kale' verplichting *dat men niet onrechtmatig handelt jegens een ander*.⁴⁴ Anders gezegd: aan de verbintenis uit onrechtmatige daad gaat een verplichting vooraf – de rechtsplicht om niet onrechtmatig te handelen – en aan die verplichting kun je iemand zo nodig via de rechter houden middels de gebodsactie.⁴⁵ De gebodsactie is dan ook naar aard toekomstgericht, en heeft primair als doel om dreigend onrecht te voorkomen.⁴⁶

Het rechterlijk bevel is geboren als nevenvordering van de schadevergoedingsactie, maar heeft zich gaandeweg ontwikkeld tot een zelfstandige remedie met een eigen doel, functie, en criteria.⁴⁷ Voor de toewijzing van een rechterlijk bevel moet de eiser 1) *voldoende belang* hebben bij het bevel in de zin van 3:303 BW, en er moet sprake zijn van een 2) *reële dreiging* van een 3) *onrechtmatige gedraging* 4) *jegens de eiser*.⁴⁸ Merk op dat de reële dreiging toeziet op de ge-

draging, niet op schadelijke gevolgen. Niet vereist voor de gebodsactie is dat de gedraging toegerekend kan worden aan de laedens in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW.⁴⁹ Ook is het causaliteitsvereiste zoals bekend van de schadevergoedingsactie niet van toepassing bij het rechterlijk bevel en verbod.⁵⁰ Maar het belangrijkste in het kader van deze bijdrage, is dat schade geen constitutief vereiste is voor de gebodsactie.⁵¹ Zelfs niet vereist is dat de eiser door de dreigende onrechtmatige gedraging schade zal leiden.⁵² Er zijn verschillende voorbeelden denkbaar van gebodsacties waarbij geen sprake is van (vermogensrechtelijke) schade, zoals een verbod op de uitbouw op een auteursrechtelijk beschermd bouwwerk,⁵³ een contactverbod,⁵⁴ of gebodsacties die zien op de bescherming van persoonlijkheidsrechten.⁵⁵

Overigens, in de praktijk wordt nog wel eens vergeten dat de gebodsactie een zelfstandige remedie is met andere criteria dan de schadevergoedingsactie.⁵⁶ Dit gebeurde ook in het *Urgenda*-proces. Bergkamp spreekt bijvoorbeeld van het ontbreken van een *condicio sine qua non verband*.⁵⁷ Dit is geen vereiste voor de gebodsactie, en hoewel het CSQN-verband in het schadevergoedingsrecht bekend staat als een zeer grofmazige toets, kan het voor een rechterlijk bevel en verbod een onredelijke drempel opleveren.⁵⁸ Ook de Staat leent een aantal verweren uit het schadevergoedingsrecht, bijvoorbeeld met betrekking tot toerekening, causaliteit en schade.⁵⁹

Ik keer terug naar de rol van schade in de gebodsactie. Schade is dus geen zelfstandig vereiste voor het rechterlijk bevel en verbod, maar (de mogelijkheid van) schade speelt nog

42 Deze sub-paragraaf is gebaseerd op Bleeker 2017.

43 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153*.

44 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/8-10*; Van Nispen 1978, p. 8-15.

45 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153*.

46 Deurvorst (GS), nr. II.1.2.1.1.3, R. Blaauw, *De verstraffing van ons privaatrecht: 150 jaar sanctionering van rechtsplichten* (Bundel: Recht vooruit), Deventer: Kluwer 1988, p. 1.

47 Voor een uitgebreider overzicht van de ontwikkeling van het rechterlijk bevel en verbod, zie Bleeker 2017; Van Nispen 1978, hoofdstuk 2.

48 Zie voor een overzicht van de vereisten *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153*; Deurvorst (GS), nr. II.1.2.1.1.3.

49 HR 18 augustus 1944, NJ 1944/45, 598 Alkmaar/Provincie Noord Holland; Van Nispen 1978, nr. 31; Deurvorst (GS), nr. II.1.2.1.2.1.

50 Voor het recht op schadevergoeding is een *condicio sine qua non* verband nodig tussen de gedraging en schade en moet de schade redelijkerwijs kunnen worden toegerekend aan de laedens. Art. 6:162 lid 1 en 6:98 BW.

51 Toelichting ad art. 6.3.1. Ontwerp-BW, p. 632, gevonden in Van Nispen 1978, nr. 86; HR 4 januari 1952, NJ 1953/158.

52 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153*; J. Spier e.a., *Studiereeks Burgerlijk Recht – Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 10a; Deurvorst (GS), II.1.2.1.2.1.; Toelichting ad art. 6.3.1. Ontwerp-BW, p. 632, zie voor de verhouding tussen de onrechtmatigheid van een gedraging en de veroorzaakte schade ook C. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 57-58.

53 Rechtbank Den Haag 7 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2739.

54 Dit voorbeeld wordt gebruikt in A.L.M. Keirse, 'Een verklaring voor recht als mijlpaal', *WPNR* 2011, p. 869-871.

55 Zie hieromtrent J. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2013, met name paragrafen 8.5, 8.8 en 7.3.

56 Van Dijk lijkt ervan uit te gaan dat het rechterlijk bevel en verbod een subsidiaire vordering is van de schadevergoedingsactie en dat alle vereisten onverminderd gelden, G. van Dijk, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2015/1787.

57 Bergkamp 2015.

58 Bijvoorbeeld doordat scenario-onzekerheid het *condicio sine qua non* verband in de weg staat; of, doordat er alternatieve oorzaken bestaan voor de schade waarbij elke veroorzaker individueel een verplichting heeft zich te onthouden van de betreffende gedraging.

59 De Staat beroept zich op het ontbreken van een *condicio sine qua non* verband, CvD 8.40 en 8.41, MvG 14.86. Verder is grief 26 gericht op het ontbreken van toerekenbaarheid, MvG 14.169 e.v.; ook meent de Staat dat er sprake moet zijn van schade in de zin van artikel 6:95 BW, maar afdeling 6.1.10 is niet van toepassing is op de gebodsactie; MvG 14.87.

wel een rol bij de andere criteria voor het rechterlijk bevel en verbod, te weten bij onrechtmatigheid, relativiteit en voldoende belang. Hier zal ik nu op ingaan.

2.4.2 Onrechtmatigheid

Bij de gebodsactie is artikel 6:162 lid 2 BW het vertrekpunt voor de onrechtmatigheidstoets.⁶⁰ Dit artikel geeft drie onrechtmatigheidscategorieën, Urgenda doet een beroep op strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kortweg ook wel de *zorgplicht* genoemd. Urgenda betoogt dat de Staat in strijd handelt met zijn zorgplicht vanwege gevaarzettend gedrag. De vraag of gedrag in strijd is met een ongeschreven zorgvuldigheidnorm wordt beoordeeld aan de hand van een afweging van de daarbij betrokken belangen. In het *Kelderluik*-arrest zijn hiervoor verschillende factoren geformuleerd, namelijk: 1) de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid (bij het potentiële slachtoffer) kan worden verwacht; 2) aard en omvang van de gevreesde schade; 3) de waarschijnlijkheid dat deze schade zich als gevolg van bepaald gedrag zal voordoen; 4) de aard van de gedraging; 5) de bezwaarlijkheid (voor de potentiële dader) in termen van kosten, tijd en moeite voor het nemen van voorzorgsmaatregelen.⁶¹ De *Kelderluik*-toets kan vergeleken worden met een weegschaal. Op de ene schaal ligt de schade vermenigvuldigd met de kans op het intreden van de schade, en op de andere schaal liggen de kosten om voorzorgsmaatregelen te nemen. Zonder schade, of in het geval van onduidelijke schade, is het lastig de weegschaal te bedienen.⁶²

2.4.3 Relativiteit

Voor de invulling van de relativiteitseis pleegt men te kijken naar het uit het schadevergoedingsrecht afkomstige artikel 6:163 BW en de daarbij horende jurisprudentie, waarin schade een centrale rol speelt. Artikel 6:163 BW bepaalt dat geen verplichting tot *schadevergoeding* bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Of de gedraging onrechtmatig jegens de gelaedeerde is, hangt af van 'het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt'.⁶³ In de doctrine geldt voor de zorgplicht dat relativiteit onderdeel

uitmaakt van de geformuleerde norm, in die zin dat de norm slechts strekt tot de bescherming van bepaalde personen tegen bepaalde wijzen van ontstaan van schade.⁶⁴ Ook bij de relativiteitstoets vormt schade aldus een onderdeel, hetgeen zoals gezegd bij een rechterlijk bevel en verbod ingewikkelder ligt dan bij de schadevergoedingsactie, nu schade niet vereist is en ook niet altijd aanwezig zal zijn.⁶⁵

2.4.4 Voldoende belang

Voldoende belang is een relatief onbekend en tamelijk ambigu leerstuk⁶⁶ maar in de context van het rechterlijk bevel en verbod een zeer belangrijk criterium, en behoeft daarom uitvoeriger bespreking. Artikel 3:303 BW bepaalt dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt. Om rechtens voldoende belang te hebben, moet de toewijzing van het verbod voor de eiser een juridisch (en daarmee feitelijk) verschil kunnen maken, en de eiser bovendien in een betere positie brengen.⁶⁷ Bij een schadevergoedingsactie is het voldoende belang al snel gegeven, de toewijzing van een schadevergoeding brengt de eiser immers per definitie in een betere positie. Als de gebodsactie erop gericht is om schade te voorkomen, dan is het belang voor de toewijzing van het rechterlijk bevel ook al snel gegeven.

Het wordt ingewikkelder, wanneer de te verbieden gedraging in zeer indirect verband staat met schade. Dan komen er vragen in zicht over de eisen die gesteld moeten worden aan de effectiviteit van het gebod. Het is ook mogelijk een gebodsactie in te stellen met een ander doel dan het voorkomen van schade. Maar in dat geval zal de eisende partij wel een ander privaatrechtelijk belang daarvoor in de plaats moeten stellen. De civiele procedure staat namelijk niet open voor elk denkbaar belang.⁶⁸ Zo kan het belang bij

60 Bij de gebodsactie is niet altijd sprake onrechtmatigheid, de remedie kan bijvoorbeeld ook ingezet worden voor de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst – expliciet geen onrechtmatige daad.

61 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 (*Kelderluik*).

62 Niet alleen de afwezigheid van schade kan problemen opleveren, maar ook het ex ante perspectief als de gebodsactie botst met de *Kelderluik*-toets. Traditioneel is de invulling van de zorgplicht nauw verbonden met de concrete omstandigheden van het geval. HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, NJ 1988/393 (*Bushalte*). Bij de gebodsactie liggen zowel de gedraging als de gevolgen nog in de toekomst. Nu de rechter niet de luxe heeft van concrete omstandigheden, maar moet uitgaan van een hypothetische situatie, is het formuleren van een zorgplicht al snel een betrekkelijk arbitraire exercitie.

63 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:A06012, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*), m.nt. Hijma.

64 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153*; zie bijvoorbeeld HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995/288 (*Poot/ABP*); HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196 (*Staat/Shell*).

65 Dit verweer wordt ook gebruikt door de Staat in de memorie van grieven, grief 27, MvG par. 14.178 e.v.

66 Frenk noemt voldoende belang een 'kameleontisch' leerstuk, en gebruikt daarmee de bewoording van N. Okma in zijn dissertatie *Misbruik van recht*, Amsterdam (VU) 1945, p. 43; N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss.) Nijmegen, Kluwer: Deventer 1994, p. 23. In de handboeken wordt voldoende belang vaak ingeleid met de disclaimer dat er nog geen communis opinio bestaat, dat de wetgever zich weinig rekenschap heeft gegeven over de uitleg en invulling van dit leerstuk, of dat het moeilijke materie betreft. T. Deurvorst, *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, Kluwer 2017, II.1.2.1.2.8; A. Jongbloed *Groene Serie Vermogensrecht*, Kluwer, artikel 303 Boek 3 BW, aant. 3; L. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridisch 2010, p. 46; N. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor het recht* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 40, C. Van Nispen, *Het Rechterlijk Bevel en Verbod* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, nr. 101; Frenk 1994, p. 35-36; J. van Baars, *Point d'intérêt, point d'action* (diss. Amsterdam), 1971 p. 160 e.v.

67 Dit is respectievelijk het processuele en materiële belang dat vereist is op grond van 3:303 BW, zie voor een overzicht onder meer A.W. Jongbloed, *GS Vermogensrecht*, artikel 303 Boek 3 BW, aant. 3; Deurvorst (GS), nr. II.1.2.1.2.8; N. Frenk 1994, p. 35-36.

68 M. Verburgh, *Privaatrecht en kollektief belang* (oratie Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1975, p. 31.

waarheidsvinding *sec*,⁶⁹ een principieel belang,⁷⁰ het belang dat wetten worden nageleefd,⁷¹ of een zuiver emotioneel belang⁷² in beginsel niet aangemerkt worden als voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW.⁷³ De doctrine heeft nog geen duidelijk antwoord op de vraag hoe voldoende belang ingevuld moet worden, wanneer de rechtsvordering niet gericht is op het voorkomen van schade.⁷⁴ Deze lastige kwestie kan overigens niet worden opgelost door een belangenorganisatie op te richten. Artikel 3:305a BW is namelijk geen uitzondering op of *lex specialis* van artikel 3:303 BW, maar beoogt het slechts mogelijk te maken dat een ander dan de aanspraakgerechtigde een vordering geldend kan maken.⁷⁵

2.4.5 *Tussenstand*

Schade is geen zelfstandig vereiste voor het rechterlijk bevel en verbod. Maar (de mogelijkheid van) schade speelt nog wel indirect een rol via de andere criteria voor de gebodsactie. Die rol is niet altijd duidelijk, en in bepaalde gevallen zelfs problematisch. Het rechterlijk verbod is namelijk toegesneden op de handhaving van rechtsplichten, ongeacht of deze rechtsplichten gericht zijn op het voorkomen van schade. Dat enkele vereisten voor de toewijzing van een gebodsactie zo sterk leunen op de aanwezigheid van schade, beperkt het toepassingsbereik van de remedie. Dit levert vooral problemen op bij gebodsacties waar er geen sprake is van (dreigende) schade, of de schade zeer complex of onzeker is. De derde drakenkop is dus een juridische: een nadruk op schade kan de rechterlijke analyse doen vastlopen, simpelweg omdat schade een indirecte rol speelt bij de gebodsactie.

3. Het temmen van de draak

Wil men de toewijsbaarheid van de het emissiereductiegebod laten afhangen van de (concrete) schadelijke gevolgen van klimaatverandering, dan komen alle drie de drakenkoppen samen. De conclusie met betrekking tot de aansprake-

lijkheid hangt af van een reeks aannames over de feitelijke gevolgen van klimaatverandering, de afbakening van klimaatschade en de invulling van de onduidelijkheden in het rechterlijk bevel en verbod. Draai aan één van de knoppen, en het beeld van de rechtsplicht en eventuele aansprakelijkheid kantelt. De conclusie krijgt daarmee al snel het karakter van een doelredenering.

Neem bijvoorbeeld de Kelderluiktoets. Welke klimaatschade moet in de weegschaal geplaatst worden? Een extensief schadebegrip met een pessimistisch klimaatscenario als uitgangspunt (oftewel: onomkeerbare schade voor vrijwel iedereen op aarde) zal de balans snel doen doorslaan naar onrechtmatigheid, ongeacht de voorzorgsmaatregelen die in de andere schaal geplaatst worden. Gaat men ervan uit dat de klimaatdoelen van Parijs gehaald zullen worden en hanteert men een restrictieve opvatting van klimaatschade, dus bijvoorbeeld slechts de directe schadelijke gevolgen van klimaatverandering voor de huidige generatie Nederlandse rechtssubjecten, dan ziet de aansprakelijkheid van de Staat er weer heel anders uit. Dit roept tevens de vraag op hoe zinnig het überhaupt is om de gevaarzettingsleer toe te passen op de *Urgenda*-casus, nu klimaatschade zo'n vaag, onzeker en rekbaar begrip is.⁷⁶

Een discussie over een emissiereductieverbod met schade als brandpunt is niet alleen een lastige en contingente discussie, het is ook de verkeerde discussie. Het zou de gebodsactie reduceren tot een provisionele schadevergoedingsactie. Met de gebodsactie kan een eiser nakoming vragen van een rechtsplicht, en hierin zit de crux: deze rechtsplicht hoeft niet gericht te zijn op het voorkomen van schade! Er zijn allerlei rechtsplichten denkbaar van de Staat die niets te maken hebben met schade, zoals het voorkomen van discriminatie of het voorzien in goed onderwijs. Deze voorbeelden hebben een wettelijke grondslag, maar de verplichting die via de rechter gehandhaafd kan worden met een beroep op 3:296 BW, kan ook een ongeschreven verplichting zijn.

69 Zie hierover E. Gras, 'Over de rechtspraak inzake het emotionele belang tegen de achtergrond van art. 6 EVRM jo. 6 EUV/65 EGV', *PP* 2005/6.

70 Hof Amsterdam 8 december 2005, *LJN AV3085*, *JBPr* 2006, 65 (*Remaz Berrens*); HR 24 februari 1989, *NJ* 1989/425.

71 HR 9 november 1973, *NJ* 1974/91 (*Limmen/Houtkoop*), zie ook *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/145.

72 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998/853 (*Van Aalten/VCWO ofwel Jeffrey*); HR 5 november 1999, *NJ* 2000/63, m.nt. Bloembergen (*L.M./C.M.*).

73 Meer voorbeelden, zie A. Hartkamp & C. Sieburgh, *Asser/Hartkamp & Sieburgh Verbintenissenrecht 6-IV* 2015/153; *Asser/Bakels* ea, nr. 182; *Jongbloed (GS)*, artikel 303 Boek 3 BW, aant. 3 en 5.

74 Naar aanleiding van het *Jeffrey*-arrest was er een levendige discussie over art. 3:303 BW. Sommige auteurs menen dat het *Jeffrey*-arrest achterhaald is sinds het *Chipshol*-arrest, zie hieromtrent onder meer A.L.M. Keirse, 'Een verklaring voor recht als mijlpaal', *WPNR* 2011, p. 869-871; G. van Maanen, 'Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey?', *NTBR* 2010/24; Sniijders meent dat het überhaupt onzinnig is om onderscheid te maken tussen vermogensrechtelijke en emotionele belangen. H. Sniijders, 'Proces en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar de mediatie', *BW-krant Jaarboek*, 2001 Vol. 17, p. 23-24. Ten slotte, niet alle emotionele belangen zijn uitgesloten, zie bijvoorbeeld HR 15 april 1994, *NJ* 1994/608 (*Valkenhorst*) en HR 21 februari 1997, *NJ* 1999/145 (*wrongful birth*).

75 *Wiggers-Rust* 2010, p. 23; *Frenk* 1994 p. 78, E. Gras, 'De *Urgenda*-zaak: Rechtbank Den Haag toetst klimaat-vordering niet aan belang-eis van artikel 3:303 BW', *Bb* 2015/64.

76 Schutgens vraagt zich dan ook hardop af of dit wel een *Kelderluik*-geval is. Schutgens: "Het is een novum dat de burgerlijke rechter de *Kelderluik*-afweging inzet in een '3:305a BW-zaak' als deze, en daarbij op vordering van een ideële organisatie een aantal verreikende, eenieder rakende algemene belangen tegen elkaar afweegt, om een verstrekkend aspect van algemeen overheidsbeleid inhoudelijk te toetsen." R. Schutgens, 'Urgenda en Trias: Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675. Zo ook De Jong, in E.R. de Jong, 'Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?', *NTBR* 2015/46; en Öztürk en Vnan der Veen in hun annotatie bij het *Urgenda* vonnis: Een essentieel verschil tussen de casus in de hiervoor genoemde jurisprudentie en het thema van klimaatverandering is echter de omstandigheid dat het in de onderhavige zaak gaat om een gevaar waarvan de gevolgen in de toekomst zijn gelegen en zich nog niet hebben verwezenlijkt; bovendien is onzeker wanneer, waar en in welke exacte omvang het gevaar zich zal realiseren. Naast dit alles betreft het onderwerp van klimaatverandering een mondiaal probleem waarvan het handelen van de Staat slechts tot op zekere hoogte van invloed is. Aan deze omstandigheden maken dat er eigenlijk geen concreet gevaar is al te wijzen waartegen de Staat specifieke maatregelen kan treffen. De vraag kan dan ook worden gesteld in hoeverre het gevaarzettingsleerstuk zich leent voor toepassing op de mondiale klimaatproblematiek. Rb. Den Haag 24 juni 2015, *ECLI:NL:RBDHA:2015:7145*, *O&A* 2015/58, m.nt. T.G. Öztürk en G.A. van der Veen. Anders: C.H. van Dijk, 'Opwarming van de Aarde en de *Kelderluik*criteria', *M en R* 2016/43.

Het is immers ook een rechtsplicht om niet te handelen in strijd met 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'.⁷⁷

De discussie die mijns inziens gevoerd zou moeten worden in het *Urgenda*-proces, is niet voor welke klimaatschade de Nederlandse Staat aansprakelijk is, maar welke klimaatverplichtingen de Nederlandse Staat heeft. Dit is alsnog geen makkelijke opgave, en er is debat mogelijk over de inhoud van deze verplichting. Hoe krijgt de rechtsplicht vorm? Bij gebrek aan een wettelijke norm of een concreet recht dat dreigt geschonden te worden, zal gekeken moeten worden naar het ongeschreven recht. Hiervoor is geen (gouden) Kelderluik⁷⁸ nodig, gevaarstelling is immers slechts één van de manieren om strijd met het ongeschreven recht vast te stellen. In plaats daarvan kan bijvoorbeeld gekeken worden naar (een combinatie van) volkenrechtelijke verplichtingen, de betrokken mensenrechten, internationaal erkende rechtsbeginselen, en andere zorgplichten. De schadelijke gevolgen van klimaatverandering spelen nog wel een rol voor het vestigen van aansprakelijkheid, maar dan als factor bij het bepalen van de *verplichting* waarvan nakoming gevraagd wordt. Dit doet mijns inziens meer recht aan de aard van de gebodsactie dan wanneer de afwezigheid van concrete schade zou leiden tot de afwezigheid van een dreigende onrechtmatige gedraging.

De dreiging van een onrechtmatige gedraging, kan vervolgens vastgesteld worden door aan te tonen dat het gevoerde klimaatbeleid niet voldoet aan de geformuleerde norm. Dan zijn we er nog niet, er blijven andere lastige kwesties over. Alsnog moet de discussie gevoerd worden wiens belangen de norm beoogt te beschermen (relativiteit), en wie voldoende belang heeft om de norm te handhaven (belangvereiste), en voor wiens en welke belangen een belangenorganisatie kan opkomen (samenhang artikel 3:305a en 3:303 BW). Bij de beantwoording van sommige van deze vragen zal schade alsnog een factor zijn. Maar het is belangrijk om te realiseren dat de rol van schade anders is bij de gebodsactie dan bij de schadevergoedingsactie. De schadevergoeding die wordt toegewezen moet immers in verhouding staan tot de omvang van de schade en het aandeel van de laedens in het veroorzaken van die schade, maar deze noodzaak dat schade concreet gemaakt wordt, geldt niet voor de verbodsactie.

Ten slotte, ik zal niet beweren dat het loslaten van de fixatie op concrete schade bij de gebodsactie plotsklaps leidt tot een eenvoudige juridische discussie. Klimaatverandering is nu eenmaal een zeer atypisch, complex en veelomvattend probleem, en het leerstuk van de gebodsactie kent nog de nodige onduidelijkheden. Maar we moeten het ook niet onnodig moeilijker maken dan het is. Dat vergt enerzijds erkenning van het onzekere en afhankelijke karakter van

klimaatschade. Zonder glazen bol is het onmogelijk om te bepalen hoeveel, wanneer, en waar de schadelijke gevolgen van klimaatverandering precies intreden. Anderzijds moet aan de gebodsactie een invulling gegeven worden die past bij de aard van de remedie. Er moet voor gewaakt worden dat de gebodsactie niet alsnog genormeerd wordt alsof het een schadevergoedingsactie is. Concrete schade mag dan ook niet gelden als voorwaarde voor de toewijsbaarheid van een emissiereductieverbod. In plaats daarvan zouden de klimaatverplichtingen van de Staat het brandpunt van de discussie moeten vormen. Voor die verplichtingen is klimaatschade nog wel een factor, maar bestaan er ook andere aanknopingspunten.

4. Ter afronding

Schade is weliswaar geen zelfstandig vereiste van het rechterlijk bevel en verbod, maar het speelt indirect nog wel een rol in de andere vereisten, zoals onrechtmatigheid, relativiteit en voldoende belang. De verwevenheid met schade is vanuit een historisch oogpunt te verklaren. De vereisten die nu gelden voor de gebodsactie zijn ontwikkeld in de context van het schadevergoedingsrecht, waar schade logischerwijs verondersteld kan worden nu deze remedie inherent gericht is op herstel van schade. Maar de gebodsactie heeft een ander doel, en soms is schade totaal niet aan de orde. Om de gebodsactie zijn functie goed te laten vervullen, kunnen criteria niet zomaar een-op-een geïmporteerd worden uit het schadevergoedingsrecht, maar is herijking van deze criteria wenselijk.

De bestudering van het rechterlijk bevel en verbod roept nieuwe vragen op. Bijvoorbeeld, nu niet elke gebodsactie ziet op het voorkomen van schade, is het bijvoorbeeld belangrijk om goed na te denken over welke belangen beschermd kunnen worden in het privaatrecht; of, welke maatregelen afgedwongen kunnen worden wanneer persoonlijkheidsrechten geschonden worden.⁷⁹ Ook de aard en oorsprong van rechtsplichten verdienen meer aandacht dan ze nu krijgen. Lange tijd stond het aansprakelijkheidsrecht in het teken van schadevergoeding, waardoor deze kwesties onopgemerkt bleven. Maar aansprakelijkheidsrecht is meer dan een instrument voor schadevergoedingen.⁸⁰ Dit besef heeft ongetwijfeld ook een rol gespeeld bij de keuze voor het onderwerp van dit themanummer, waarin de vraag centraal staat of het schadebegrip wellicht niet te beperkt is. Echter, in plaats van het schadebegrip te verruimen, zou ik ervoor pleiten de rol van schade in het aansprakelijkheidsrecht te relativieren.

77 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1 2016/8.

78 A.G. Castermans, 'Het klimaatgevaar en het gouden Kelderluik', AA 2016/1; C.H. van Dijk, 'Opwarming van de Aarde en de Kelderluikcriteria', M en R 2016/43.

79 Zie hieromtrent ook het proefschrift van Emaus, Emaus 2013.

80 Over het doel van het aansprakelijkheidsrecht, zie C. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht Deel 1: Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel* (2^e druk), Den Haag: Bju 2015, nrs. 101 en 104.