

Nederlands klimaatbeleid in strijd met het EVRM

Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591

NTBR 2018/39

Het Hof Den Haag heeft in het hoger beroep van het Urgenda-proces geoordeeld dat het Nederlandse klimaatbeleid onrechtmatig is, en dat de Nederlandse Staat meer maatregelen moet nemen om zijn broeikasgasemissies te verminderen. Het klimaatbevel dat de rechter in eerste aanleg heeft opgelegd blijft dus overeind, maar het hof kiest een andere grondslag: het Nederlandse klimaatbeleid is in strijd met artikelen 2 en 8 EVRM. Stichting Urgenda kan volgens het hof een beroep doen op het EVRM, omdat ze als organisatie in de zin van artikel 3:305a BW opkomt voor de belangen van Nederlandse burgers, en de belangen van deze groep worden bedreigd door gevaarlijke klimaatverandering. Deze annotatie gaat in op de nieuwe grondslag voor de klimaataansprakelijkheid, en op de rol die causaliteit speelt bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van een klimaatbevel.

1. Inleiding

Er is waarschijnlijk geen rechtbankuitspraak die zoveel (en zo uiteenlopende) reacties heeft uitgelokt als het *Urgenda*-vonnis.² In deze uitspraak oordeelt rechtbank Den Haag dat het Nederlandse klimaatbeleid gevaarzettend is. De rechter beveelt de Nederlandse Staat om de uitstoot van broeikasgassen eind 2020 met 25% te verminderen ten opzichte van 1990. De Nederlandse Staat ging in hoger beroep, en op 9 oktober verscheen de langverwachte uitspraak van Hof Den Haag. Tot verrassing van velen wordt *Urgenda* opnieuw in het gelijk gesteld. Het hof doet er zelfs nog een schepje bovenop: het Nederlandse klimaatbeleid is niet (alleen?) in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, maar (ook?) in strijd met artikelen 2 en 8 van het EVRM. Zo is klimaataansprakelijkheid opeens een mensenrechtenkwesie geworden.

Net als klimaatverandering, is *klimaataansprakelijkheid* een veelomvattend probleem. Er zijn genoeg aspecten aan het *klimaat*-arrest om meerdere juridische tijdschriften te vullen – en dan niet alleen tijdschriften voor burgerlijk recht, maar ook tijdschriften over bijvoorbeeld Europees recht, mensenrechten, staatsrecht, procesrecht, rechtsvinding en rechtseconomie. Voor deze annotatie licht ik twee aspecten uit die voor privatisten van groot belang zijn: de grondslag voor de onrechtmatigheid van het Nederlandse klimaatbeleid

(par. 3), en de rol die causaal verband speelt in vraagstukken van klimaataansprakelijkheid (par. 4). Hierna geef ik eerst een samenvatting van het geschil (par. 2). Ik sluit af met enkele algemene opmerkingen over klimaataansprakelijkheid (par. 5).

2. Geschil

In hoger beroep zijn stichting *Urgenda* en de Nederlandse Staat het over veel aspecten eens. Niet in geschil is dat klimaatverandering een ernstige bedreiging vormt voor mens en natuur in binnen- en buitenland. Ook zijn partijen het erover eens dat de mondiale temperatuurstijging in ieder geval ruim onder de 2° Celsius, zo mogelijk 1,5° Celsius moet worden gehouden, ten opzichte van het pre-industriële niveau. Ook is er overeenstemming over de reductiedoelstellingen voor de lange termijn: in het jaar 2100 moeten de wereldwijde broeikasgasemissies tot staan zijn gebracht, in 2050 moet er 80-95% gereduceerd zijn ten opzichte van 1990, en *Urgenda* onderschrijft de door het kabinet vastgestelde reductiedoelstelling van 49% in 2030 (r.o. 3, 44, 46).

Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of van de Staat kan worden gevergd dat hij eind 2020 een reductie realiseert van tenminste 25% ten opzichte van 1990. Het betoog van de Nederlandse Staat in hoger beroep komt in de kern op het volgende neer. De Staat stelt dat klimaatverandering een mondiaal probleem is, en dat klimaatverandering daarom internationaal aangepakt moet worden. De keuze om verder te gaan dan de internationale emissiereductienormen is volgens de Staat een politieke aangelegenheid. Bovendien zou de extra emissiereductie van Nederland geen zin hebben, omdat Nederland maar een klein deel van de mondiale CO₂-uitstoot voor zijn rekening neemt, en doordat aanvullende maatregelen ertoe zouden leiden dat er meer wordt uitgestoten in andere landen (het zogenaamde ‘waterbed-effect’³ en ‘carbon leakage’⁴). Ook wijst de Staat erop dat de 25% reductie per einde van 2020 niet strikt noodzakelijk is, omdat er meerdere reductiepaden mogelijk zijn, en dat er bovendien nog veel onzekerheden bestaan in de klimaatwetenschap. Omdat het Nederlandse klimaatbeleid voldoet aan de Europese klimaatdoelstellingen, zou het handelen van de Staat niet in strijd zijn met een (geschreven dan wel ongeschreven) rechtsplicht.⁵

Stichting *Urgenda* onderkent dat het gaat om een mondiaal probleem, maar stelt dat er niettemin een rechtsplicht rust op de Nederlandse Staat om zijn uitstoot te verminderen.

1 Citeerwijze: T.R. Bleeker, ‘Nederlands klimaatbeleid in strijd met het EVRM’, *NTBR* 2018/39. Mr. T.R. (Tim) Bleeker is als promovendus verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht, en doet onderzoek naar het milieuaansprakelijkheidsrecht.

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

3 Zie hieromtrent www.pbl.nl/vraag-en-antwoord/wat-is-het-waterbedeffect.

4 Zie hieromtrent https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances/leakage_en.

5 Zie de memorie van grieven, p. 4-6, en r.o. 30 van het *Urgenda*-arrest. Alle processtukken zijn te raadplegen op www.urgenda.nl/themas/klimaat-en-energie/klimaatzaak/.

Urgenda wijst in de eerste plaats op de grote risico's die gepaard gaan met klimaatverandering (ook voor Nederlandse burgers), en op de achterblijvende klimaatprestaties van Nederland. Nederland heeft namelijk de klimaatambities op verschillende momenten naar beneden bijgesteld, loopt qua emissiereductie achter op vrijwel alle andere Europese landen, en heeft per capita een hoge CO₂-uitstoot. Met inachtneming van het voorzorgsbeginsel en het billijkheidsbeginsel, zou er op de Nederlandse Staat een individuele rechtsplicht rusten om aanvullende klimaatmaatregelen te nemen. Voor de onrechtmatigheid van het Nederlandse klimaatbeleid gaat *Urgenda* – net als in eerste aanleg – voor twee ankers liggen. Ten eerste stelt *Urgenda* dat de Staat in strijd handelt met een ongeschreven zorgvuldigheidnorm in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW: het klimaatbeleid zou namelijk gevaarzettend zijn. Daarnaast stelt *Urgenda* dat het Nederlandse klimaatbeleid in strijd is met artikelen 2 (recht op leven) en 8 (recht op bescherming van privéleven en het gezinsleven) van het EVRM.⁶

3. Grondslag van onrechtmatigheid

3.1 De rechtbank

In eerste aanleg oordeelt Rechtbank Den Haag dat het Nederlandse klimaatbeleid niet in strijd is met het EVRM. Volgens de rechtbank komt namelijk aan belangenorganisaties, op grond van artikel 34 EVRM, geen rechtstreeks beroep toe op artikelen 2 en 8 EVRM. De rechtbank stelt dat een rechtspersoon, anders dan een natuurlijk persoon, niet aangetast kan worden in zijn privéleven of fysieke integriteit (r.o. 4.45 e.v.). Dit is niet anders als de rechtspersoon opkomt voor de belangen van anderen, zoals *Urgenda*, omdat voor het beroep op een EVRM-recht vereist is dat de eiser rechtstreeks wordt geraakt in het *eigen* belang. De mensenrechten en andere publiekrechtelijke beginselen spelen volgens de rechtbank nog wel indirect een rol bij de rechtmatigheidstoets, namelijk bij de beoordeling van hoeveel beleidsvrijheid de Staat toekomt bij de uitvoering van haar taken.⁷

Het beroep op de gevaarzettingsleer wordt door de rechtbank wel gevolgd. Gevaarzetting wordt vastgesteld aan de hand van de *Kelderluik*-criteria, te weten 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; en 5) de bezwaarlijkheid (voor de potentiële dader) in termen van kosten, tijd en moeite voor het nemen van voorzorgsmaatregelen.

De *Kelderluik*-toets kan worden vergeleken 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. Als de balans doorslaat naar de schade, dan is de gedraging onrechtmatig. De rechtbank ziet dat klimaatverandering zeer ernstige gevolgen kan hebben voor Nederlandse burgers, dat er een grote kans is dat gevaarlijke klimaatverandering zal intreden als er geen maatregelen genomen worden, en dat de Nederlandse Staat zich onvoldoende inspant om de Nederlandse uitstoot te verminderen. Het Nederlandse klimaatbeleid is daarom gevaarzettend, en zodoende in strijd met de derde onrechtmatigheids categorie van artikel 6:162 lid 2 BW ('ongeschreven zorgplicht'). De rechtbank komt daarom tot de slotsom dat op de Staat een zorgplicht rust om aanvullende mitigatiemaatregelen te treffen (r.o. 4.83-4.86).

3.2 Het hof

In hoger beroep komt de rechter niet toe aan de gevaarzettingsleer, want het hof meent dat *Urgenda* wél een beroep kan doen op de rechten uit het Europese mensenrechtenverdrag. Artikel 34 EVRM staat hier niet aan in de weg, omdat dit artikel volgens het hof slechts regelt wie toegang heeft tot het Hof in Straatsburg (EHRM). Voor de toegang tot de Nederlandse rechter is de Nederlandse wet bepalend (r.o. 35-37). Vervolgens constateert het hof dat stichting *Urgenda* – als belangenorganisatie in de zin van artikel 3:305a BW – opkomt voor de belangen van (onder meer) Nederlandse burgers. Het hof wijst erop dat de fysieke integriteit en de privélevens van deze groep bedreigd worden door klimaatverandering, en dat deze personen wel een beroep kunnen doen op de (rechtstreeks werkende) artikelen 2 en 8 EVRM.

De interpretatie van het hof van artikel 34 EVRM in samenhang met artikel 3:305a BW lijkt me juist. Artikel 34 EVRM regelt de toegang tot het EHRM, dat volgt reeds uit de formulering van het artikel.⁸ Daarmee zegt artikel 34 EVRM niets over de toegang tot de Nederlandse rechter. De lidstaten zijn vrij om te bepalen op welke manier de EVRM-rechten worden gewaarborgd, en dus ook welke procedurele eisen ze stellen aan de procespartijen.⁹ Daarom staat artikel 34 EVRM er vanzelfsprekend niet aan in de weg dat Nederlandse burgers (al dan niet vertegenwoordigd door een belangenorganisatie) EVRM-rechten invoeren bij een Nederlandse rechter. Het EHRM is er vervolgens 'slechts' als 'court of last resort' om erop toe te zien dat het resultaat in overeenstemming is met het EVRM. De volgende passage van het EHRM kan dit illustreren:

"It is primordial that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights. This Court is concerned with the supervision of the implementati-

6 Zie memorie van antwoord, respectievelijk par. 8 en par. 11; en r.o. 27-29 van het *Urgenda*-arrest.

7 De rechtbank betrof de publiekrechtelijke beginselen in de *Kelderluik*-toets, voor het beoordelen van de beleidsvrijheid die aan de Staat toekomt. *Urgenda*-vonnis r.o. 4.46, 4.56-4.63, 4.74-4.83.

8 Artikel 34 EVRM bepaalt dat: "The Court may receive applications...".

9 Zie uitvoerig J.H. Gerards, 'The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of 'shared responsibility'', in: J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerp: Intersentia 2014, p. 13-94.

on by Contracting States of their obligations under the Convention. It cannot, and must not, usurp the role of Contracting States whose responsibility it is to ensure that the fundamental rights and freedoms enshrined therein are respected and protected on a domestic level. The rule of exhaustion of domestic remedies is therefore an indispensable part of the functioning of this system of protection. States are dispensed from answering before an international body for their acts before they have had an opportunity to put matters right through their own legal system and those who wish to invoke the supervisory jurisdiction of the Court as concerns complaints against a State are thus obliged to use first the remedies provided by the national legal system (...). The Court cannot emphasise enough that it is not a court of first instance; it does not have the capacity, nor is it appropriate to its function as an international court, to adjudicate on large numbers of cases which require the finding of basic facts or the calculation of monetary compensation – both of which should, as a matter of principle and effective practice, be the domain of domestic jurisdictions.”¹⁰

Het hof beschouwt artikel 3:305a BW in wezen als een vertegenwoordigingsinstrument. Dit sluit mijns inziens goed aan op de strekking van het artikel, de bedoeling van de wetgever,¹¹ de lezing die men in de literatuur eraan geeft¹² en de jurisprudentie.¹³ De belangenorganisatie treedt niet op voor het eigen (statutaire) belang – daarvoor heeft het immers artikel 3:305a BW niet nodig – maar voor de belangen van anderen.

Nu de belangenorganisatie rechtstreeks een beroep kan doen op EVRM-rechten, komt het Hof bij de vraag of artikelen 2 en 8 EVRM inderdaad klimaatverplichtingen opleveren. Het Hof schetst eerst (kort) het juridisch kader. Het hof overweegt dat de bescherming van artikel 2 EVRM ook omgevingsgerelateerde situaties omvat die het recht op leven aantasten of dreigen aan te tasten. Ook artikel 8 EVRM kan worden ingeroepen voor omgevingsgerelateerde situa-

ties, vervolgt het hof, indien (1) een handeling/nalaten een nadelige invloed heeft op de woning en/of het privéleven van een burger; en (2) die nadelige invloed een zeker minimum bereikt (*‘minimum level of severity’*) (r.o. 41).¹⁴ Indien het gaat om positieve verplichtingen om concrete handelingen te verrichten, zoals bij een klimaatbevel aan de orde is, overweegt het hof dat de artikelen 2 en 8 EVRM uitgelegd moeten worden op een manier die geen ‘onmogelijke of disproportionele last’ (*‘impossible or disproportionate burden’*) legt op de overheid. Bovendien behoeft de overheid alleen concrete handelingen te verrichten die redelijk zijn en waartoe zij bevoegd is, indien sprake is van een reëel en onmiddellijk (dreigend) gevaar en de overheid dit gevaar kende of behoorde te kennen. Het hof voegt eraan toe dat bij de keuze van maatregelen de overheid een *‘wide margin of appreciation’* heeft (r.o. 42).¹⁵ Het hof stelt dat de verplichtingen uit artikelen 2 en 8 EVRM gelden voor alle activiteiten, publieke en niet-publieke, die de aldus beschermde rechten in gevaar kunnen brengen, en zeker gelden als er sprake is van industriële activiteiten die naar hun aard gevaarlijk zijn. Wanneer de overheid weet dat er sprake is van een reëel en onmiddellijk dreigend gevaar, moet de Staat preventieve maatregelen nemen om de aantasting zoveel mogelijk te voorkomen (r.o. 43).

Eerst gaat het hof na of er sprake is van een reëel gevaar. Het hof benoemt een aantal schadelijke gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering, zoals extreme weersomstandigheden, zeespiegelstijging, hittestress, en verstoring van voedselproductie en de drinkwatervoorziening. Het hof wijst op het directe, lineaire verband tussen antropogene broeikasgassen en de opwarming van de aarde, en benadrukt dat er aanzienlijke inspanningen nodig zijn om het tij te keren. Bovendien, hoe langer gewacht wordt met de emissiereductie, hoe lastiger het wordt om de beoogde maximale temperatuurstijging te halen (r.o. 44). Er is daarom volgens het hof sprake van een reële dreiging van gevaarlijke klimaatverandering waardoor er een ernstig risico bestaat dat de Nederlandse burgers worden geconfronteerd met verlies van leven en/of verstoring van gezinsleven. Uit artikelen 2 en 8 EVRM zou daarom een verplichting volgen om tegen deze reële dreiging bescherming te bieden (r.o. 45).

Vervolgens rekent het hof één voor één af met de verweren van de Nederlandse Staat. Hoewel er meerdere reductiepaden mogelijk zijn om de lange termijn doelen te halen, is het toch nodig dat de Staat in 2020 al de 25%-norm heeft gehaald: uitstel leidt tot meer cumulatieve emissies, en behelst

10 EHRM (GK) 1 Maart 2010, 46113/99 (*Demopoulos et al/Turkije*), par. 69, met dank aan mr. Claire Loven, die me heeft gewezen op deze uitspraak, en aan prof. Janneke Gerards, voor het delen van haar inzichten over dit onderwerp.

11 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 19-23.

12 N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss.) Nijmegen, Deventer: Kluwer 1994, p. 35, 42-44, 78, 96, 112-113; *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/155; A. Jongbloed *Groene Serie Vermogensrecht*, Kluwer, artikel 305a Boek 3 BW, aant. 18, “Het is van essentiële betekenis zich te realiseren dat de eisende rechtspersoon die zich op deze bepaling beroept, niet opkomt voor zijn eigen belangen, maar zich richt op de behartiging van de belangen van anderen”. Zie uitvoerig T.R. Bleeker, “Voldoende belang in collectieve acties: drie maal artikel 3:303 BW”, *NTBR* 2018/20.

13 De lezing van artikel 3:305a BW komt ook overeen met die van de rechtbank in de luchtkwaliteitsproces van Milieudefensie en Stichting Adem tegen de Nederlandse Staat. De rechtbank overweegt dat de belangenorganisaties niet zelf bescherming ontlenen aan het EVRM, maar dat ze wel namens degenen voor wie zij opkomen een beroep kunnen op artikelen 2 en 8 EVRM. Rechtbank Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.80, met verwijzing naar EHRM 12 mei 2009, 73235/12 (*Greenpeace/Duitsland*) en EHRM 12 mei 2015, 73235/12, par. 41 (*Identoba cs/Georgië*). Zie hieromtrent ook Bleeker *NTBR* 2018/20 en E.R. de Jong, Rechterlijke risicoregulering en het EVRM: over drempels om de civiele rechter als risicoreguleerder te laten optreden, *NTM-NJCM Bull.* 2018/16, p. 227 e.v.

14 Het hof verwijst naar *Öneryıldiz/Turkije* (EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99), *Budayeva e.a./Rusland* (EHRM 20 maart 2008, nrs. 15339/02, 21166/02, 20058/02), 11673/02 en 15343/02), *Kolyadenko e.a./Rusland* (EHRM 28 februari 2012, nrs. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05), en *Fadeyeva/Rusland* (EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00).

15 Let wel, deze *margin of appreciation* is de ruimte die het EHRM laat aan de lidstaten. Het is dus geen Trias-overweging, maar een kwestie van subsidiariteit. De ruimte die het EHRM aan Staten laat, is niet alleen van toepassing op de uitvoerende macht maar op de hele overheid, dus ook de rechter. Deze *margin* moet niet worden uitgelegd als volledige beleidsvrijheid van de regering. Aldus ook prof. Christina Eckes, in haar blog op EU Explainer, C. Eckes 27 oktober 2018, <https://euexplainer.nl/?p=520>.

bovendien een onaanvaardbare vergroting van het risico dat de reductiedoelen niet gehaald worden (r.o. 46-48, 66). Verder heeft *Urgenda* overtuigend gesteld dat de doelstelling voor 2020 nodig is om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen, en heeft de Nederlandse Staat geen klimaatwetenschappelijke onderbouwing geproduceerd waarom minder reductie voldoende zou zijn (r.o. 51-53, 72). Het waterbed-effect en carbon-leakage zijn onvoldoende onderbouwd, en vormen bovendien op zichzelf geen beletsel om verdergaande klimaatmaatregelen te nemen (r.o. 54-58).¹⁶ Adaptatie is niet voldoende (r.o. 59). Dat dit een probleem op wereldschaal is, ontslaat de Staat niet van de verplichting om op eigen grondgebied adequate maatregelen te nemen. Bovendien heeft de Nederlandse Staat niet onderbouwd waarom hij minder zou hoeven doen dan andere Annex-I landen (r.o. 59-62). Volstrekte wetenschappelijke zekerheid over de doeltreffendheid van het bevolen reductiescenario is niet nodig, de verregaande aannemelijkheid voldoet (r.o. 63). Er is geen sprake van strijd met het stelsel van machtscheiding, omdat het Nederlandse klimaatbeleid in strijd is met mensenrechten en het hof gehouden is om rechtstreeks werkende bepalingen zoals artikelen 2 en 8 EVRM toe te passen (r.o. 66-67, 69). Doordat het reductiebevel aan de Staat ruimte laat te bepalen hoe de doelstelling gehaald wordt, is er ook geen sprake van een wetgevingsbevel (r.o. 68).

Het hof komt tot de slotsom dat de Staat zijn op artikelen 2 en 8 EVRM gebaseerde zorgplicht schendt door de 25%-norm niet te halen voor 2020. Omdat de onrechtmatigheid van het klimaatbeleid reeds is vastgesteld op grond strijd met het EVRM, laat het hof de gevaarzettingsleer verder onbesproken (r.o. 76). Voor de duidelijkheid, de zorgplicht om aanvullende klimaatmaatregelen te nemen vloeit direct voort uit artikelen 2 en 8 EVRM. De grondslag voor de onrechtmatigheid is dus niet een ongeschreven zorgvuldigheidscategorie (de derde onrechtmatigheidscategorie van artikel 6:162 lid 2 BW) die wordt ingevuld door EVRM-bepalingen,¹⁷ maar een inbreuk op een recht (de eerste onrechtmatigheidscategorie van artikel 6:162 lid 2 BW).

3.3 Van gevaarzetting naar mensenrecht

Dezelfde conclusie, een nieuwe grondslag: het Nederlandse klimaatbeleid is onrechtmatig. Veronderstellend dat het hof artikelen 2 en 8 EVRM juist heeft geïnterpreteerd – waarover hieronder meer – heeft de klimaataansprakelijkheid van de Nederlandse Staat in hoger beroep een robuustere grondslag gekregen dan in eerste aanleg. Daarvoor zie ik in ieder geval twee redenen.

Ten eerste kunnen er vraagtekens gezet worden bij de grondslag voor de klimaataansprakelijkheid die de rechtbank heeft

gekozen.¹⁸ De gevaarzettingsleer is naar mijn idee de verkeerde maatstaf voor de beoordeling van het Nederlandse klimaatbeleid, omdat klimaatverandering een te complex en veelomvattend probleem is voor een zinnige toepassing van de *Kelderluik*-toets. Dát klimaatverandering kan leiden tot catastrofale gevolgen is evident. Maar welke soort schade, en hoeveel, en bij wie precies, en wanneer, is lastig te concretiseren. Bovendien zou het nemen van voorzorgsmaatregelen door de Staat niet voorkomen dat die schade zich materialiseert. De Nederlandse emissiereductie kan het klimaatgevaar (voor Nederlandse burgers) niet keren. Daarom rijst de vraag: wat leg je op de schalen van de *Kelderluik*-weegschaal, en hoe beïnvloedt de ene schaal de andere? De gevaarzettingsleer krijgt bij een complex en veelomvattend probleem als klimaatverandering dus al snel het karakter van een doelredenering.¹⁹

Ten tweede zijn mensenrechten bij uitstek een geschikte grondslag voor de rechter om in te grijpen op overheidsbeleid. Mensenrechten zijn immers bedoeld om burgers te beschermen tegen hun overheid. De beleidsvrijheid van besturende en wetgevende macht gaan niet zo ver dat mensenrechten terzijde geschoven kunnen worden. Ook dat hoort bij de rechtsstaat. Het hof merkt terecht op dat de bepalingen uit het EVRM deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde, en zelfs voorrang hebben boven wetten die daarvan afwijken (r.o. 69). Mensenrechten vormen dus een robuustere grondslag voor een klimaatbevel dan (vage) ongeschreven zorgvuldigheidscategorieën. Maar daarmee is nog niet gezegd dat het Hof het EVRM juist geïnterpreteerd heeft. Hier kom ik nog op terug in de volgende paragraaf.

4. Causaal verband

4.1 Causaal verband en de gebodsactie

Een belangrijk verweer van de Staat, zowel in eerste aanleg²⁰ als in hoger beroep,²¹ is dat er geen causaal verband is tussen het de Nederlandse broeikasgasuitstoot en de schadelijke gevolgen voor klimaatverandering voor Nederlandse burgers. Dat het verband tussen de Nederlandse uitstoot en klimaatschade (en dus ook, het verband tussen *broeikasgasreductie* en klimaatschade) zeer indirect is, is een feit.²² Het is echter de vraag of dit ook een onoverkomelijk obstakel is voor de toewijsbaarheid van het emissiereductiegebod.

In het *Urgenda*-arrest stelt het hof dat causaliteit maar een beperkte rol speelt bij een rechterlijk bevel (r.o. 64). Het is juist dat voor een gebodsactie, in tegenstelling tot de scha-

16 In dat kader wijst het hof er ook op dat deze fenomenen er kennelijk niet aan in de weg staan om op de langere termijn doelen te stellen die ambitieuzer zijn dan internationaal vereist. R.o. 58.

17 Dit wordt ook wel de reflexwerking van het EVRM. Zie o.a. N.J. Schrijver, 'De reflexwerking van het internationale recht in de klimaatzaak van *Urgenda*', *Milieu en Recht* 2016/41; De Jong 2018, par. 2.

18 Aldus ook R. Schutgens, 'Urgenda en Trias: Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het gerucht makende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675; Oztürk en Van der Veen in hun annotatie bij het *Urgenda*-vonnis, Rechtbank Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, *O&A* 2015/58. Anders: 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.

19 Zie uitgebreid T.R. Bleeker, 'Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak', *NTBR* 2018/2.

20 Zie o.a. de CvD p. 128-133.

21 Zie o.a. MvG p. 49.

22 Zie uitvoerig hierover T.R. Bleeker, 'Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak', *NTBR* 2018/2, par. 2.

devergoedingsactie, causaal verband geen zelfstandig vereiste is.²³ Voor de toewijzing van de gebodsactie is (slechts) vereist dat er sprake is van 1) een reële dreiging van een 2) onrechtmatige gedraging 3) jegens de eiser, en dat de eiser 4) voldoende belang heeft bij het gebod.²⁴ Echter speelt causaliteit nog wel indirect een rol bij sommige andere criteria: namelijk bij de voldoendebelangtoets (artikel 3:303 BW) en de onrechtmatigheidstoets (artikel 6:162 lid 2 BW). Hierna ga ik kort in op de causaliteit bij de beoordeling van het belang van de procespartijen, en vervolgens sta ik stil bij de plek van causaliteit in de onrechtmatigheidstoets.

4.2 Causaal verband en voldoende belang

Voor een rechterlijk gebod is causaal verband zoals gezegd geen zelfstandig vereiste, maar causaliteit speelt ook een rol bij het beoordelen van het belang van de procespartijen. Artikel 3:303 BW bepaalt dat zonder 'voldoende belang' niemand een rechtsvordering toekomt. Indien een vordering bij volledige toewijzing voor de eiser geen enkel gunstig effect sorteert, is de eiser op grond van artikel 3:303 BW niet-ontvankelijk. Het gebod moet dus de dreigende schending van een rechtsplicht kunnen voorkomen. Bovendien moet het belang dat de eiser heeft bij zijn vordering groot genoeg zijn (*de minimis non curat praetor*) en van het juiste soort zijn (een louter emotioneel belang is bijvoorbeeld onvoldoende).²⁵ Voor het toetsen van voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW, moet dus de causale vraag beantwoord worden wat de gevolgen zijn van de toewijzing van de vordering. Toegepast op het *Urgenda*-vonnis, rijst dus de vraag of het emissiereductiegebod kan voorkomen dat de Staat de klimaatplicht die voortvloeit uit artikelen 2 en 8 zal schenden, en moet *Urgenda* aantonen dat haar achterban bij de het klimaatbevel gebaat is.

Zowel in eerste aanleg²⁶ als in hoger beroep²⁷ betwist de Staat dat *Urgenda* voldoende belang heeft bij het klimaatbevel, en gebruikt hij daarvoor causale argumenten. De Staat meent, kort gezegd, dat *Urgenda* onvoldoende belang heeft omdat het emissiereductiegebod niet effectief is en omdat onvoldoende zeker en concreet is welke schadelijke gevolgen van klimaatverandering de achterban van *Urgenda* zal ondervinden. In

een recente *NTBR*-bijdrage ben ik uitvoerig op deze kwestie ingegaan.²⁸ Daarin concludeer ik dat de causale argumenten met betrekking tot voldoende belang van de Staat niet overtuigend zijn, omdat ze blijken te geven van een te grote nadruk op schade bij de beoordeling van artikel 3:303 BW. Andere effecten van het klimaatbevel die niet (direct) gerelateerd zijn aan het voorkomen van schade – zoals het versnellen van de energietransitie, verduurzaming van de maatschappij en politieke bereidheid om op Europees niveau te pleiten voor aanvullende klimaatmaatregelen – kunnen reeds voldoende belang opleveren voor *Urgenda* bij het klimaatbevel.

4.3 Causaal verband en onrechtmatigheid

Welke rol het causale verband speelt in de onrechtmatigheidstoets, hangt af van de norm waarop de onrechtmatigheid wordt gebaseerd. Bij sommige normen speelt causaliteit helemaal geen rol, omdat de bescherming die de norm biedt niets te maken heeft met de (economische) schade die het gevolg is van de gedraging die inbreuk maakt op de norm. Bijvoorbeeld, het recht op privacy en het recht om te weten wie je ouders zijn, bestaan niet bij gratie van het voorkomen van schade, maar hebben een intrinsieke waarde.

Andere normen bestaan juist bij uitstek om schade te voorkomen, en bij die normen spelen schade en causaal verband een centrale rol. De gevaarzettingsleer is hier een goed voorbeeld van. Op grond van de gevaarzettingsleer is een handeling of nalaten onrechtmatig, omdat de gedraging schadelijke gevolgen kan hebben: causaliteit bepaalt welke gevaren meegewogen moeten worden. Ook de voorzorgsmaatregelen die op grond van de gevaarzettingsleer (minimaal) genomen moeten worden, staan in een causale verbinding met de gevreesde schade. Als de genomen voorzorgsmaatregelen de schadelijke gevolgen niet kunnen voorkomen, dan heeft de laedens niet voldaan aan de zorgplicht. Wie de *Kelderkluik*-weegschaal openschroeft, ziet een causaal mechanisme.

De vorige twee groepen normen bevinden zich op verschillende uitersten van een spectrum, artikelen 2 en 8 EVRM zitten er ergens tussenin. Schade speelt wel een rol bij de beoordeling of het recht op leven en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer zijn geschonden: levensgevaarlijke situaties leveren strijd op met artikel 2 EVRM, en voor strijd met artikel 8 moet er sprake zijn van een zekere nadelige invloed op het privéleven van een burger, en de gevolgen moeten een *minimum level of severity* hebben. Tegelijkertijd is het een misvatting dat deze EVRM-rechten alleen bescherming bieden tegen directe, concrete schade.²⁹ Een lidstaat moet bijvoorbeeld op grond van artikel 2 EVRM niet alleen preventieve maatregelen nemen als er sprake is van een reëel en direct gevaar voor het leven van een op voorhand identificeerbaar individu; preventieve maatregelen kunnen ook geboden zijn wanneer er sprake is van een

23 Dit pleegt men nog wel eens te vergeten. Bijvoorbeeld, na het *Urgenda*-vonnis beklagt Bergkamp zich over de 'volledige negatie van de causaliteitsleer' en hij hamert erop dat bij klimaatschade het CSQN-verband ontbreekt; L. Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis: Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste', *NJB* 2015/1676. Ook de Staat beroept zich op het ontbreken van een CSQN-verband, CvD par. 8.40-8.41; MvG par. 14.86.

24 Zie uitvoeriger over het bevel en verbod, C. Van Nispen, *Het Rechterlijk Bevel en Verbod* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 1978; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 153; T. Deurvorst, *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, II.1.2.1; W. Th. Nuninga, 'Recht, plicht, bevel, verbod', *NTBR* 2018/21; Bleeker *NTBR* 2018/2; en 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.

25 Zie o.a. HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853 (*Van Aalten/VCWO, ofwel Jeffrey*); HR 5 november 1999, *NJ* 2000/63, m.nt. Bloembergen (*Bigamie*); HR 3 januari 1992, *NJ* 1994/627 (*U/Staat*).

26 CvD onder 8.9-8.11.

27 Het bestaan van de mogelijkheid van schade moet worden beoordeeld aan de hand van het materieel belang in de zin van artikel 3:303 BW, MvG 14.79. Zie verder MvG, par. 14.79-14.80.

28 Zie uitgebreid Bleeker *NTBR* 2018/20.

29 Zie hieromtrent uitvoerig de noot van Schlössels en Sanderink bij ABRvS 18 november 2015, *JB* 2015/218, met verschillende verwijzingen naar jurisprudentie en D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

risico voor de maatschappij als zodanig.³⁰ Het EHRM heeft meermaals overwogen dat de verplichting om preventieve maatregelen te nemen zeker geldt wanneer er sprake is van industriële activiteiten die naar hun aard gevaarlijk zijn.³¹ Voor het bestaan van een klimaatzorgplicht op grond van artikelen 2 en 8 EVRM is, mede gelet op het voorzorgsbeginsel, geen directe, concrete schade nodig.

Toch had het voor de hand gelegen als het hof deze kwestie duidelijker had toegelicht, want er zit nu wel een aanzienlijk gat tussen de *Urgenda*-casus en de casus in de jurisprudentie waarnaar het hof verwijst. In de door het hof aangehaalde jurisprudentie van het EHRM is er steeds sprake van behoorlijke concrete, directe schade ten gevolge van het handelen of nalaten van de overheid. Bijvoorbeeld, in de zaak *Öneryıldiz/Turkije* was er sprake van een explosiegevaarlijke vuilnisbelt.³² De Turkse overheid ondernam geen actie, en toen de vuilnisbelt explodeerde kwamen er in een nabijgelegen krottenwijk 39 mensen om het leven. Een dergelijke casus laat zich natuurlijk moeilijk vergelijken met klimaatverandering: er is acute dreiging van schade, en door het nemen van de juiste voorzorgsmaatregelen kunnen de levens en de leefomgeving van de omwonenden gespaard worden.

Ik merk nog op dat de (concrete) schadelijke gevolgen van het klimaatbeleid niet het brandpunt moeten vormen voor de beoordeling van klimaataansprakelijkheid. Daarmee gaan mijns inziens belangrijke aanwijzingen voor klimaatverplichtingen verloren. Artikel 3:296 BW kan immers gebruikt worden voor meer dan alleen schending van (mensen)rechten en de gevaarzettingsleer: er zijn ook nog andere (ongeschreven) rechtsplichten die via de rechter afgedwongen kunnen worden.³³ Enkele voorbeelden van omstandigheden – die ook aan bod komen in hoger beroep – waaruit klimaatzorgplichten zouden kunnen voortvloeien: dat Nederland relatief minder doet dan andere Europese landen; dat Nederland zonder klimaatwetenschappelijke onderbouwing zijn reductiedoelen naar beneden heeft bijgesteld; dat Nederland ook zelf onderschrijft dat er meer moet gebeuren om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen. Bedenk ook dat de maximale hoeveelheid CO₂ die uitgestoten kan worden beperkt is, dus alles wat wij extra uitstoten, kunnen andere landen minder uitstoten. Dus nog los van de vraag of Nederlands klimaatbeleid schadelijke gevolgen heeft, zou de rechtsplicht (mede) gebaseerd kunnen worden op het

verdelingsvraagstuk dat achter klimaatverandering schuilgaat. Een fixatie op de concrete schadelijke gevolgen van het Nederlandse klimaatbeleid, zorgt ervoor dat deze en andere belangrijke aanknopingspunten voor de onrechtmatigheid van CO₂ uitstoot buiten zicht blijven.

5. Ten slotte

Het klimaatbevel van Rechtbank Den Haag bracht een schokgolf teweeg in binnen- en buitenland. Toch spraken velen van een incident. Het hof had een einde kunnen maken aan het prille bestaan van het Nederlandse klimaataansprakelijkheidsrecht. In plaats daarvan werd de grondslag van de klimaataansprakelijkheid nog verder bestendigd: in plaats van een zorgplicht op grond van een (vage) ongeschreven zorgplicht vloeit de zorgplicht nu voort uit EVRM-rechten. Klimaatverandering is een mensenrechtenkwestie geworden.

Het klimaatbevel van het hof is in een aantal opzichten ook nog ‘harder’ dan dat van de rechtbank. Het hof ziet bijvoorbeeld niets in technieken die CO₂ uit de atmosfeer verwijderen, ook wel bekend als ‘negatieve emissies’. Het zou ‘zeer onzeker’ zijn dat die technieken succesvol zijn, waardoor klimaatscenario's die uitgaan van negatieve emissies een ‘te laag realiteitsgehalte’ hebben (r.o. 49). De Staat moet daarom de volledige 25% emissiereductie bereiken door middel van mitigatie, met een veel steiler CO₂ reductiepad tot gevolg. Verder oordeelt het hof dat de Staat bij twijfel eerder meer moet reduceren dan minder: het voorzorgsbeginsel staat in de weg aan een ruime onzekerheidsmarge (r.o. 49, 73).

Dat een Nederlandse rechter artikelen 2 en 8 EVRM zo heeft geïnterpreteerd dat er klimaatverplichtingen uit voortvloeien, zal ook worden opgemerkt door actiegroepen, overheden en rechters in andere lidstaten. Indien buitenlandse rechters tot dezelfde conclusie komen, zal de klimaatzorgplicht nog verder worden bestendigd.³⁴ Echter, net als klimaatverandering, heeft ook de interpretatie van het EVRM een *tipping point*: rek mensenrechten te ver op, en ze verliezen aan overtuigingskracht. Bovendien staan staatsrechtjuristen op de loer: ingrijpen bij overheidsbeleid op grond van het EVRM is tot daar aan toe. Maar stel dat het mensenrecht niet overeind blijft maar de klimaataansprakelijkheid wordt gebaseerd op schending van een ongeschreven zorgplicht, dan zal dit ongetwijfeld leiden tot (nog veel meer) Trias-gerelateerde weerstand.

Al met al is klimaataansprakelijkheid nog immer geen rustig bezit. Voor het klimaatbevel van het hof maakt dat overigens niet veel meer uit: het arrest is uitvoerbaar bij voorraad verklaard en 2020 komt de overheid met rasseschreden tegemoet. De Nederlandse Staat ontkomt er dus niet aan zijn klimaatambities op last van de rechter omhoog bij te stellen.

30 Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM overwoog dat schade niet tot een individu concretiseerbaar hoeft te zijn voordat er sprake is van strijd met 2 EVRM, is de zaak van *Mastrmatteo/Italië*. *Mastrmatteo/Italië* (EHRM 24 oktober 2002, nr. 37703/97), r.o. 67 e.v., met dank aan prof. Rick Lawson, die me heeft gewezen op dit argument. In de zaak wordt overigens geen schending van de positieve verplichtingen uit artikel 2 EVRM aangenomen.

31 (*Kolyadenko e.a./Rusland*) EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, JB 2012/120, m.nt. Sanderink.

32 *Öneryıldiz/Turkije* (EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99).

33 Mocht blijken dat er geen klimaatverplichtingen voortvloeien uit artikelen 2 en 8 EVRM, maar wel op grond van een andere ongeschreven zorgplicht, dan gaat de Trias-vraag wel weer meer spelen. Het stelsel van machtscheiding en de hardheid van de grondslag zijn dus communicerende vaten: hoe robuuster de geschonden norm is, hoe minder beleidsruimte de wetgevende en besturende macht resteert.

34 Zie ook het United Nations Human Rights Committee, General comment 36, par. 61. “Environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life”.