

VAN DEN HAAG TOT WENEN

Wereldreis in het Nederlands privaatrecht

Anneloes Kuiper-Slendebroek*

Op mijn eerste werkdag als promovenda op de afdeling Privaatrecht kwam tijdens de lunch de insteek voor mijn proefschrift aan de orde: de doorwerking van internationaal recht in de civiele rechtspraak. 'Internationaal recht', zei één van mijn collega's nadenkend, 'dat is toch eigenlijk geen recht?'

Enigszins verbouwereerd antwoordde ik dat het ontbreken van een hogere instantie die naleving van afspraken afdwingt niet betekent dat deze afspraken geen recht zijn, dat open normen uit het privaatrecht en de rol van de rechter mede worden ingevuld door het internationale recht. Deze opmerking van mijn collega bleek echter niet op zichzelf te staan. Aan de universiteit en ook in de praktijk worden het privaatrecht en het internationale recht vaak benaderd als twee gescheiden rechtsgebieden.

Daarom als voorproefje een verkenning van het grensgebied: de internationalisering van het Nederlands privaatrecht. Deze verkenning voert langs nationale en internationale rechtsbronnen en interpretatiemethoden, langs verdragsverplichtingen en de rol van de rechter, om via twee arresten van de Hoge Raad te eindigen bij de toepassing van internationale rechtsnormen in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

Ongeschreven normen en rechtsontwikkeling

In 1919 overweegt de Hoge Raad dat onder 'onrechtmatige daad' ook kan worden verstaan het handelen of nalaten in strijd met 'de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt'.¹ Hiermee introduceert hij de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm en rechtsontwikkeling door de rechter in het Nederlands privaatrecht.

Ook voor het internationale recht is rechterlijke rechtsontwikkeling van belang. Door interpretatie wordt het internationale recht ontwikkeld en versterkt en aan de nationale toepassing ervan ontleent het internationale recht zijn legitimatie. Dit wordt duidelijk als we kijken naar de twee belangrijkste bronnen van het internationale recht: het gewonterecht en het verdrag.²

Het (veelal ongeschreven) gewonterecht ontstaat ook heden ten dage door een consequente statenpraktijk – waaronder nationale rechtspraak – en *opinio iuris*, de overtuiging dat de regel als recht dient te gelden.³ Een voorbeeld van gewonterecht is de regel van staatsimmunitet: staten oefenen in beginsel geen rechtsmacht over elkaar uit. Dit is bij uitstek een onderwerp van internationaal recht dat voornamelijk in een nationale context wordt toegepast, namelijk wanneer een vreemde staat wordt opgeroepen om voor de nationale rechter te verschijnen.

Voor de interpretatie en toepassing van verdragen zijn (gewoonterechterlijke) regels neergelegd in het Weens Verdragenverdrag.⁴ Dit zijn regels waaraan ook Nederland zich heeft gebonden. Het Weens Verdragenverdrag bepaalt onder meer dat bij de interpretatie van een verdrag ook rekening moet worden gehouden met 'ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag', de *subsequent practice*.⁵ Een voorbeeld is de toepassing van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)⁶ in het *Urgenda*-arrest. Hier gebruikt de Hoge Raad de common-ground-methode, waarbij (inter)nationale rechtspraak, maar ook niet-geratificeerde verdragen en *soft law* – juridisch niet-bindende instrumenten – worden gebruikt om de betekenis en strekking van bepalingen uit het EVRM vast te stellen.⁷

Rechtstreekse werking

Het Weens Verdragenverdrag laat het nationale recht bepalen hoe het internationale recht hierin doorwerkt. Het Nederlandse constitutionele stelsel heeft een monistische insteek: al het internationale recht dat de Nederlandse staat bindt, behoort tot het objectieve recht.⁸ Dit betekent dat elk staatsorgaan het relevante internationale recht moet toepassen.⁹ Voor de rechter is in het bijzonder van belang het uitgangspunt dat de staat zijn volkenrechtelijke verplichtingen wil nakomen. Daarom mag nationaal recht niet in strijd met internationaal recht worden uitgelegd.¹⁰

* Mr.dr. B.A. Kuiper-Slendebroek is als universitair docent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht

- 1 HR 31 januari 1919, ECLI: NL:HR:1919:AG1776 (*Lindenbaum/Cohen*).
- 2 Art. 38 lid 1 Statuut van het Internationaal Gerechtshof.
- 3 Art. 38 lid 1 sub b Statuut van het Internationaal Gerechtshof.
- 4 Vienna Convention on the Law of Treaties (WVV), Wenen 23 mei 1969, *Trb.* 1972, 51.
- 5 Art. 31(3)(b) WVW.
- 6 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154.
- 7 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.4.2-5.4.3.
- 8 L.F.M. Besselink, 'Internationaal recht en nationaal recht', in: N. Horbach e.a., *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007.
- 9 Zoals bijvoorbeeld de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag.
- 10 J.W.A. Fleuren, art. 93 Gw, aant. 6, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Wat betreft de werking van internationaal recht richting particulieren zijn met name de artikelen 93 en 94 Grondwet van belang. Hierin is zowel de rechtstreekse werking van internationale (verdrags) bepalingen neergelegd als de mogelijkheid om nationaal recht buiten werking te laten wanneer dit strijdig is met internationaal recht. De Grondwet geeft echter geen criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld wanneer sprake is van een rechtstreekse werkende bepaling.¹¹ Het Weens Verdragenverdrag kent hierover wel een algemene regel, namelijk dat het nationale recht de werking van het verdrag niet mag belemmeren.¹²

De actieve rechter

Deze regel lijkt de Hoge Raad echter niet te volgen wanneer hij in het *Spoorwegstaking*-arrest de criteria vaststelt voor rechtstreekse werking van verdragsbepalingen.¹³ Volgens deze criteria moet de rechter kiezen: óf de internationale bepaling bevat een verplichting voor de staat om nationale wetgeving aan te nemen, óf deze bepaling bevat rechten die door de rechter rechtstreeks kunnen worden toegepast.¹⁴ De verplichting voor de staat om wetgeving aan te nemen gaat niet samen met de rechtstreekse werking van die internationaalrechtelijke bepaling. Oftewel: wordt de wetgever om actie gevraagd – ongeacht of deze daadwerkelijk actie onderneemt – dan zit de rechter stil. Deze criteria zijn jarenlang leidend in de Nederlandse rechtspraak.

Een enkele keer laat de rechter het niet rechtstreeks werkende internationale recht alsnog doorwerken via de interpretatie van nationale open normen – zoals het goed werkgeverschap uit artikel 7:611 BW¹⁵ – of gebruikt hij dit bij de interpretatie van rechtstreeks werkend internationaal recht – bijvoorbeeld bij de uitleg van het EVRM.¹⁶ Door deze zogenoemde reflexwerking kunnen ook niet rechtstreeks werkende (normen uit) verdragsbepalingen in zekere mate doorwerken in het Nederlandse (privaat) recht.

In het *Rookverbod*-arrest uit 2014 brengt de Hoge Raad een wijziging aan in de criteria uit het *Spoorwegstaking*-arrest en daarmee in de doorwerking van het internationale recht. De vraag over rechtstreekse werking van een verdragsbepaling moet voortaan worden beantwoord door een uitleg aan de hand van de maatstaven uit het Weens Verdragenverdrag.¹⁷ Daarnaast geeft de Hoge Raad uitdrukkelijk aan dat de twee stappen naast elkaar kunnen bestaan:

'De enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, [belet] niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft. Of van die werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren.'¹⁸

Deze route betekent een actievere rol voor de rechter: bij elke internationale bepaling waarop een beroep wordt gedaan, dient de vraag te worden

beantwoord of deze in de voorliggende context van het concrete geval als objectief recht kan worden toegepast.

De rechtstreekse toepassing van internationaal recht door de burgerlijke rechter is vaak aan de orde in verticale verhoudingen – meestal: de Nederlandse staat wordt aangesproken op haar internationale verplichtingen – maar schaarser in geschillen tussen private partijen. De internationale afspraken waaraan de Nederlandse staat is gebonden, bevatten soms ook rechten en plichten voor deze private partijen. Ook in horizontale verhoudingen kan dus sprake zijn van de toepassing van internationale normen in het concrete geval.

Van consensus tot zorgvuldigheidsnorm

In de zaak *Milieudefensie/Shell* bij de rechtbank Den Haag over de verplichting van Shell om CO₂-uitstoot te reduceren, staat de reikwijdte van de zorgvuldigheidsnorm uit artikel 6:162 BW centraal.¹⁹ De rechtbank leidt uit het *Urgenda*-arrest af dat mensenrechten ook bescherming bieden tegen de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering.²⁰ Voor het vaststellen van de mensenrechtelijke verantwoordelijkheid van (multinationale) bedrijven vindt de rechtbank aansluiting bij de United Nations Guiding Principles (UNGP) en andere soft-law-instrumenten. Tezamen weerspiegelen zij een nieuw ontwikkel(en)de internationale consensus waaruit de rechtbank afleidt dat het internationaal algemeen aanvaard is dat bedrijven een verantwoordelijkheid hebben om mensenrechten uit onder meer het EVRM te respecteren.²¹ Ook wat betreft de reductieverplichting om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen neemt de rechtbank de 'brede consensus' mee die hierover internationaal bestaat.²² Er is geen concrete uitwerking voor de te volgen reductiepaden, maar volgens de rechtbank zijn er door de brede consensus wel voldoende aanknopingspunten voor de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: een concernbeleid dat zich richt op 45% vermindering van CO₂-uitstoot in 2030 ten opzichte van 2019. De potentiële schending van de zorgvuldigheidsnorm leidt vervolgens tot aansprakelijkheid van Shell.

Deze werkwijze van de rechtbank weerspiegelt de common-ground-methode die in lijn is met de *subsequent practice* uit het Weens Verdragenverdrag: bij verdragsinterpretatie dient mede acht te worden geslagen op latere ontwikkelingen en de concrete toepassing in verdragsstaten. De rechtbankuitspraak zelf is ook een *subsequent practice*, en wellicht een bouwsteen voor het ontstaan van een gewoonterechtelijke regel.

Zo wordt de ongeschreven norm van artikel 6:162 BW, die in het nationale recht tot aansprakelijkheid leidt, gevonden op het internationale speelveld met inachtneming van nationale en internationale interpretatieregels en toegepast in het concrete geval. Het internationale recht steekt de grens over naar het privaatrecht, over een weg die lang geleden al is aangelegd.

11 Wel is er een beperking genoemd in art. 120 Grondwet: de rechter toetst verdragen niet aan de Grondwet.

12 Art. 27 WvV.

13 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*Spoorwegstaking*).

14 Deze keuze komt na beantwoording van de vraag of verdragsluitende partijen zijn overeengekomen dat een bepaling géén rechtstreekse werking toekomt, hetgeen bijna nooit het geval is.

15 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322 (*Agfa/Schoolderman*).

16 Rb. Rotterdam 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6769, Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2651; of via het Internationaal Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten: HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8448.

17 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*), r.o. 3.5.1-3.5.2.

18 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*), r.o. 3.5.3.

19 Rb. Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

20 Rb. Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*), par. 4.4.10.

21 Rb. Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*), par. 4.4.14.

22 Rb. Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*), par. 4.4.26 e.v.